

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL JUNIO/DICIEMBRE **I/2007**

CONSEJO EDITORIAL*:

Tomás S. Vives Antón

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (Director)

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

María José Añón Roig

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (Coordinadora)

COMITÉ CIENTÍFICO*:

Gregorio Peces-Barba Martínez

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Tomás Sala Franco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Luis López Guerra

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Luciano Parejo Alfonso

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Javier de Lucas Martín

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

María Rosario Valpuesta Fernández

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Emilio Beltrán Sánchez

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad CEU San Pablo de Madrid

* Por orden de edad

PVP número suelto: 55 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 99 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: teoria@tirant.es. Sitio web: www.tirant.com/teoriayderecho

Correspondencia

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita

Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Fax: 96/369 41 51

Mail: tlb@tirant.com

<http://www.tirant.com>

ISSN: en trámite

Depósito legal: V - 2840 - 2007

Diseño y maquetación: PMc Media, S.L.

Imprime: Guada Impresores, S.L. - PMc Media, S.L.

SUMARIO

Presentación	7
--------------------	---

DEBATE

“¿Ministerio fiscal o juez instructor? La investigación penal a debate”

El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal.....	10
<i>Perfecto Andrés Ibáñez</i>	
Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador	28
<i>Luis María Díez-Picazo</i>	
Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral	40
<i>Juan Montero Aroca</i>	
El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos	74
<i>Víctor Moreno Catena</i>	
Sobre la imparcialidad del Juez y la dirección de la investigación oficial del delito	98
<i>Tomás S. Vives Antón</i>	

ESTUDIOS

De McDonald's a Google: la ley ante la tercera revolución productiva	124
<i>Andrés Boix Palop</i>	
Códigos decimonónicos y derechos fundamentales.....	148
<i>Ángel M. López y López</i>	
Pasado, presente y futuro del impuesto sobre sucesiones y donaciones	168
<i>José Luis Martín Moreno</i>	
Hannah Arendt: una mirada sobre nuestro presente	192
<i>Cristina Sánchez Muñoz</i>	

TEMAS DE HOY

La nueva configuración de la Constitución territorial de España. Una crónica	206
<i>Juan Cano Bueso</i>	
El sistema de justicia en la lucha contra el terrorismo en los Estados Unidos: seguridad nacional y derechos fundamentales	234
<i>Luis P. Salas</i>	
La Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres	264
<i>María Rosario Valpuesta Fernández</i>	

VARIA

Martin Wolff : Constitución del Reich y propiedad.....	290
Traducción de <i>Ángel M. López y López</i> y <i>Francisco Infante Ruiz</i>	
Normas de la revista	308

PRESENTACIÓN

PRESENTACIÓN

La verdad es que no es mi costumbre presentar los proyectos editoriales que van saliendo al mercado, pero la aparición de *Teoría y Derecho* es uno de los más emblemáticos que acomete la Editorial Tirant.

Esta breve presentación intenta responder a las siguientes preguntas ¿Qué es Teoría y Derecho? ¿Cómo funciona? ¿Por qué se publica ahora?

Teoría y Derecho es una revista de pensamiento jurídico. Con ella la Editorial pretende desarrollar un espacio de creación intelectual, hoy desatendido, en el que la inteligencia y la reflexión al nivel más alto sean los protagonistas.

Cuando nos pusimos a definir el proyecto fue un requerimiento de la casa, asumido plenamente por el Consejo Editorial y el Comité Científico, el que el compromiso básico de la Revista fuera con la **calidad** de lo que se publica. Sin limitaciones ideológicas, ni políticas, ni derivadas de la situación funcionarial y académica de los participantes, ni ninguna otra. Para ello se ha arbitrado un riguroso sistema de selección de originales y por ello los Comités Científico y Editorial están compuestos por quienes los componen. Los otros requerimientos que tiene la Revista (que en parte son meras derivaciones del primero) son el de **pluralidad** (patente en el primer número y que va a permitir a los lectores acceder a las diferentes opciones intelectuales sobre cada asunto), el de **originalidad** y el de ofrecer una **visión interdisciplinar** con una especial vocación por los temas generales.

Teoría y Derecho se configura como una Revista Semestral (combinando periodicidad con la necesaria maduración que requieren los contenidos que se ofrecen) en la que confluye el debate reflexivo, sereno y de calidad sobre temas de interés general, la publicación de estudios científicos de alto nivel, las traducciones de textos clásicos de importancia especial y la sección Temas de Hoy en la que se reflexiona sobre procesos recientes, de trascendencia especial.

Nace ahora, en un momento nada fácil para la cultura en general y para la alta cultura en particular. Es, como muchas de las apuestas de la Editorial, arriesgada y, además, desde un punto de vista de mercado, quizá vaya a contracorriente.

Y si he de contestar a la pregunta de ¿por qué ahora?, no sabría que decir. Quizá sea porque aunque Tirant tiene muchos frentes editoriales y desarrolla su actividad en múltiples materias, soportes y mercados, la inteligencia y la cultura es donde nos desenvolvemos mejor. Es como volver a casa tras haber estado mucho tiempo ausente: De vez en cuando es necesario.

No puedo dejar pasar la ocasión de manifestar a todos los que participan en la revista mi agradecimiento. A todos y cada uno de ellos: Al Consejo Editorial, al Comité Científico, a la coordinadora y a todos los autores que han colaborado en este primer número o que han comprometido sus colaboraciones para el futuro. Han acogido la idea con un entusiasmo que me anima y reafirma en la oportunidad y necesidad de *Teoría y Derecho*.

El Editor

DEBATES

“¿Ministerio fiscal o juez instructor? La investigación penal a debate”

El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal

Perfecto Andrés Ibáñez

Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador,

Luis María Díez-Picazo

Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral

Juan Montero Aroca

El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos

Víctor Moreno Catena

Sobre la imparcialidad del Juez y la dirección de la investigación oficial del delito

Tomás S. Vives Antón

RESUMEN

En el sistema judicial de ascendencia liberal, el fiscal ha sido, generalmente, la vía de comunicación, sino de penetración, de la política en la jurisdicción en el proceso penal, hecho facilitado por su habitual dependencia del ejecutivo. El fenómeno se incrementa cuando el proceso penal ve acentuado su papel de medio directo de control social, que es lo que hoy ocurre. Este papel y este modo de operar del/con el fiscal suele justificarse atribuyéndole la condición de agente de la política criminal del gobierno, a través del cual recibiría la legitimación democrática que precisa para ejercer esa función.

Pero en el Estado constitucional de derecho el fiscal tiene asignado un papel central, que es el que debe prevalecer: el ejercicio de la acción penal desde y a favor de la legalidad. Y, por tanto, con independencia política, que es lo que posibilita la existencia de una jurisdicción independiente, esencial en ese modelo de Estado. Así, su legitimación es constitucional/legal, no democrático-representativa, y no debe ser organizado como agente gubernamental sino como órgano del derecho.

PALABRAS CLAVE

FISCAL, MINISTERIO PÚBLICO, JURISDICCIÓN, ESTRICTA LEGALIDAD, INDEPENDENCIA JUDICIAL, IMPARCIALIDAD JUDICIAL, PROCESO ACUSATORIO, GARANTÍAS DEL IMPUTADO, INSTRUCCIÓN O INVESTIGACIÓN CRIMINAL, CORRUPCIÓN, POLÍTICA CRIMINAL, NEGOCIACIÓN SOBRE LA CULPABILIDAD O SOBRE LA PENA.

ABSTRACT

Abstract: In the judicial system of liberal ancestry, the public prosecutor has generally been the channel of communication, even of penetration, of the policy in the jurisdiction in the penal process, fact which has been facilitated by his habitual dependency of the executive. The phenomenon increases when the penal process stresses its role as a direct mean of social control, which is what happens today. This role and this way of operating of/with the public prosecutor usually justifies itself attributing to the public prosecutor the condition of agent of the government's criminal policy, through which he would receive the democratic legitimacy that needs to exercise that function.

But in the constitutional Rule of Law the public prosecutor has assigned a central role, which is the one that must prevail: the exercise of the criminal action from and in favour of the legality. And therefore, with political independence, that is what makes possible the existence of an independent jurisdiction, essential in that model of State. Thus, its legitimacy is constitutional/legal, but not democratic-representative; and it must not be organized as a governmental agent but as an organ of the law.

KEYWORDS

PUBLIC PROSECUTOR, DEPARTMENT OF PUBLIC PROSECUTIONS, JURISDICTION, STRICT LEGALITY, JUDICIAL INDEPENDENCE, JUDICIAL IMPARTIALITY, ACCUSATORY PROCESS, PROCEDURAL GUARANTEES OF THE DEFENDANT, CRIMINAL INVESTIGATION, CORRUPTION, CRIMINAL POLICY, BARGAINING ON GUILTINESS AND PENALTIES.

EL FISCAL EN LA ACTUAL REGRESIÓN INQUISITIVA DEL PROCESO PENAL

Perfecto Andrés Ibáñez

Magistrado

Sumario: 1. El Ministerio Fiscal: institución en tensión. 2. Lógicas de poder y lógica de la jurisdicción. 3. Estricta legalidad. 4. Un juez en/para la instrucción. 5. Eficacia, garantías y usos del derecho penal. Nota bibliográfica.

1. EL MINISTERIO FISCAL: INSTITUCIÓN EN TENSIÓN

Hay un modo bastante habitual de no ocuparse realmente del tema que, sin embargo y en apariencia, se aborda. Consiste en hacer abstracción de ciertos datos centrales del marco de referencias, justificando el *escamotage* con el argumento de la calidad sólo *teórica* del enfoque elegido. Una táctica de este género aplicada al asunto del fiscal llevaría a la comparación de algunos tipos ideales en cierto marco intemporal del proceso, habitado por modelos de éste susceptibles de una pacífica comparación conceptual.

Nada más lejos de mi propósito que descalificar esta clase de aproximaciones que, en ocasiones, tienen su razón de ser y su pertinencia. Lo que ocurre es que existe un modo tradicional de evasión en perspectivas de esa clase, muy frecuentado por cierta cultura jurídica, fundado en el desentendimiento nada inocente, de aspectos de la realidad empírica, generalmente comprometedores, sin cuya integración en el discurso difícilmente podría entenderse lo que sucede en el plano de las prácticas institucionales.

En el caso del fiscal *la cosa* ha ido durante mucho tiempo *de naturalezas jurídicas*, mientras lo cierto es que, desde antiguo, la institución ha tenido (y tiene) algo de *campo de batalla*, en el que se jugaban precisas opciones políticas dotadas de aspectos nada ideales, sobre las que los polemistas corrían el socorrido velo.

Por eso, puede decirse, el fiscal como institución, lo referente a su papel, no ha estado nunca *en paz*. Y esto es hoy, si cabe, más cierto que nunca. Pues, en efecto, nuestros países conocen un preocupante momento del proceso penal, de franca involución en materia de garantías, con patentes indicios de regresión neoinquisitiva, apenas cubiertos por tecnocráticas propuestas de relectura de la actual disciplina constitucional de aquél. Todo en nombre de las nuevas acuciantes necesidades de represión, a las que el sistema penal tendría que dar respuesta con eficacia. Sin demasiados *remilgos*, por tanto. (Para muestra, un botón, baste aludir al recentísimo acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, reescribiendo la Ley de Enjuiciamiento Criminal para atribuir valor probatorio al atestado policial, como medio de sortear el derecho al *nemo tenetur* del imputado, en casos de terrorismo, sobre todo).

Pues bien, no es infrecuente que estrategias como la aludida tengan su punta de lanza en el uso, en ciertos usos, del fiscal, notablemente favorecidos por su colocación institucional. Y tal es lo que ahora sucede en países como el nuestro, donde lo que está en curso no es una simple *reforma procesal*, en el tópico sentido de los términos, sino una profunda reconsideración a la baja del paradigma liberal-democrático en materia de proceso penal, de la que forma parte un perturbador sobredimensionamiento del papel del ministerio público.

Pues bien, lo cierto es que éste conforma un espacio institucional siempre en tensión, por un motivo que es inherente, podría decirse, a su propia *esencia*, en la práctica generalidad de las versiones existentes. En efecto, postulado como agente de la legalidad, suele representar, dependiendo de las peculiaridades del marco, un modo de presencia gubernamental más o menos explícita en la administración de justicia o, incluso, un cauce de inserción formal, o informal, a veces, de la política *tout court* en ese contexto. No en vano se trata de una institución del *ancien regime* rescatada por el Estado liberal, con ruptura de la lógica teórico-política de la separación de poderes; también rota, en el modelo de justicia continental del Estado liberal de derecho, con la integración de la magistratura en el ámbito del ejecutivo.

A lo apuntado se deben la actual, regular y universal, contradicción entre los fines constitucionalmente atribuidos al fiscal y el diseño orgánico y, como consecuencia, las conocidas dificultades de caracterización del instituto. Es también la razón de que hoy se le asigne el papel a que acaba de aludirse y de que ocupe el centro de una polémica en curso en realidad no nueva, en la que se hacen presentes los históricos ingredientes de antagonismo apuntados.

Así, en Francia, en años recientes el *ministere public* ha sido fuertemente cuestionado por su dependencia ministerial, a raíz de casos como el de Juppé y tantos otros. Precisamente, el estado de opinión desatado por tales asuntos fue una de las causas de que se crease la presidencial *Comisión Truche*, con, entre varios, un encargo: repensar el estatuto de dependencia

política del *parquet* con vistas a su relegitimación ante la ciudadanía. Al fin, un tema que parece definitivamente excluido del calendario de las urgencias políticas.

También en Alemania la cuestión del fiscal y, en particular, su dependencia ha conocido fundados cuestionamientos. Igualmente asociados a vicisitudes de trascendencia política con ribetes de escándalo, como la que dio lugar a la investigación parlamentaria de sospechosas decisiones de archivo de causas con tal clase de implicaciones en el *land* Baden-Württemberg. Y, más recientemente, el caso Kohl, que aportaría una significativa evidencia de corrupción y no persecución real de los posibles delitos.

Peculiar es la situación del fiscal italiano, dotado de un alto grado de independencia, pues —en el diseño de la Constitución de 1948— sus integrantes gozan del estatuto de magistrados, y forman parte de una organización, en sí misma, horizontal, sin perjuicio de algunos momentos de articulación jerárquico-funcional (en el interior de las fiscalías y en la estructura de la Dirección Nacional Antimafia). Ahora bien, la peculiaridad italiana está afectada ahora por una singularidad de signo contrario a las de los otros dos países aludidos, debida a la bien comprensible obsesión del imputado Berlusconi con/contra la justicia. Éste ha dejado una herencia de contrarreformas, que incluye la separación de carreras (discutida, pero en otro contexto menos sospechoso ciertamente defendible) y el retorno a la jerarquización, en claro perjuicio de independencia.

Interesante es también el caso de Portugal, donde la fiscalía es autónoma en relación con las restantes instancias de poder y está gestionada por un Consejo Superior, de composición mixta. Jerarquizada internamente, cada fiscal goza de la posibilidad de recusar las órdenes que estime ilegales, de objetar por grave violación de su conciencia jurídica, de reclamar por escrito la instrucción relativa a una causa concreta de la que discrepe.

El estatuto del fiscal español es bien conocido. De él habría que subrayar el mismo alto

coeficiente de contradictoriedad implícito en su posición institucional de dependencia (debida a la férrea articulación jerárquica y a la designación gubernamental del vértice) y en su cometido constitucional de garante de la independencia de los tribunales. Y, en íntima relación con este problema estructural, no puede dejar de apuntarse que, precisamente, el del ministerio público es uno de los escenarios institucionales más caracterizados del conflicto político durante la transición y aún ahora. Y uno de los en que más se echa de menos esa imprescindible cultura constitucional de la jurisdicción, cuyo desarrollo en nuestro país ha sido obstaculizado con lamentable ceguera, por las ya crónicas instrumentalizaciones, de gobierno y oposición.

Los fenómenos de corrupción han sido en estos años el verdadero banco de pruebas de la independencia política de la administración de justicia. Surgidos de manera profusa en la experiencia del Estado del *Welfare*, por su atribución al ejecutivo de relevantes funciones económicas en régimen de desregulación, han sido determinantes de la degradación criminal de una parte significativa de la actividad política (de la ya degradada política partidocrática). E indirectamente determinantes también de una inédita forma de presencia judicial en las realidades de muchos de los países afectados. Presencia que ha contado con diferentes grados de extensión y de incisividad, precisamente, en función de la capacidad de independencia de la judicatura, muy relacionada a su vez con la tasa de independencia de la intervención del fiscal, en razón de las peculiaridades estatutarias. Aunque lo cierto es que, al respecto, puede hablarse con buen fundamento de una cierta constante de pasividad; en casos realmente emblemáticos, cabalmente calificada de verdadera complicidad objetiva con prácticas de franca ilegalidad de sujetos públicos. Así, en expresivos textos de Raoul Mhum relativos a la experiencia de su propio país, Alemania.

Es lo que permite afirmar que, no sólo el índice de real independencia del juez incide en el carácter de la intervención jurisdiccional en relación con las ilegalidades de los sujetos de

poder, en general; sino que la posición institucional del fiscal es, a su vez, un factor fuertemente condicionante (en sentido negativo y positivo) de la calidad de la primera.

Un simple vistazo a la *geografía de la corrupción* y de la respuesta penal en los países europeos más significativos, resulta sumamente ilustrativo. Ejemplar es el caso de Italia donde, incluso los más críticos con los desarrollos procesales de *Mani pulite*, no podrán negar que las acciones que infectaron tan masivamente a la política eran penalmente típicas y de obligada persecución. Ejemplares en sentido negativo los de Francia y Alemania, en los que es bien advertible el peso de la dependencia política, con sus secuelas de inhibición del fiscal, cuando no de auténtico obstruccionismo a la persecución.

Y, sumamente sugestivo el caso de nuestro país, de tradicional indiferencia del ministerio público frente a esa clase de asuntos, en los que el protagonismo en la iniciativa correspondió siempre a las acusaciones particulares. Y dentro de este marco, el caso, ciertamente singular, de la conocida como Fiscalía Anticorrupción. Creada por una mayoría socialista ya en serias dificultades para mantenerse, como medio para tratar de acreditar, *in extremis*, la sedicente voluntad de afrontar los gravísimos casos de corrupción que la concernían de manera directa, recibió un inesperado —y seguramente no deseado— *oxígeno* cuando un fiscal incombustible, de acreditada adicción a la legalidad, Carlos Jiménez Villarejo, solicitó su jefatura. Por cierto, ocasionando *un problema* con su petición que, por fortuna, no pudo *resolverse políticamente* (en razón de los previsibles costes de imagen que ello habría acarreado al naciente organismo y a sus promotores). Es lo que abrió el camino a una experiencia inédita de compromiso esencial del ministerio público con la ley *erga omnes*, cancelada de manera abrupta, ya en otro marco político de mayoría PP. Después de que la institución tuviera que sufrir una oposición tan beligerante como indefendible a muchas de sus iniciativas, de parte de un Fiscal General del Estado, Cardenal, que rompió *olímpicamente* todos los *records* de

sumisión y dependencia. Eso sí, con singular desventura.

El repaso de las vicisitudes sumariamente evocadas permite reiterar un doble aserto ya enunciado al principio. En el estatuto del ministerio público se juega una relevante cuestión de poder, con directa incidencia en la proyección y desarrollos de la acción y el proceso penal. Sobre todo, cuando éste tiene por objeto formas de ilegalidad criminal producidas en el ejercicio de funciones públicas.

2. LÓGICAS DE PODER Y LÓGICA DE LA JURISDICCIÓN

Por tanto, cualquier reflexión sobre ese instituto que no quiera pecar de mistificado-rá habrá de integrar por necesidad una doble perspectiva: la que mira a la lógica del poder político, y la que tiene que ver con las exigencias propias de la jurisdicción. Ciertamente, en una perspectiva ideal, de deber ser del modelo de Estado constitucional de derecho, una y otra no tendrían por qué verse enfrentadas, como, sin embargo, lo están en la realidad.

El ministerio público es el órgano universalmente encargado del ejercicio de la acción penal y puede hacerlo, según los países, en régimen de monopolio o compartiéndolo con los particulares, cuya presencia en el proceso conoce diversas posibilidades y grados de implicación.

En esa perspectiva procesal cabe identificar dos opciones que encarnan una alternativa radical: la del fiscal como operador preferentemente político, dotado de total discrecionalidad, que tiene su mejor exponente en Estados Unidos; y la del fiscal como agente de la legalidad, en régimen de obligatoriedad de ejercicio de la acción penal, que es la italiana aún vigente.

Tomando ambos casos como expresión, bastante fiel, de otros tantos tipos ideales (en el sentido weberiano del término), hay que se-

ñalar que en apoyo de la opción que representa cada uno se manejan distintos argumentos.

Así, tratándose del primero, suele señalarse que el ejercicio de la acción penal no agota sus implicaciones en la mera aplicación de la ley al caso, aisladamente considerada. Que esta función institucional tiene trascendencia política general, debido a que en ella se expresa objetivamente la política criminal del gobierno. Se indica, además, que no todos los delitos son realmente perseguibles, lo que introduce, en cualquier supuesto, un ineliminable factor de discrecionalidad en las correspondientes iniciativas. Y que esta discrecionalidad reclama una legitimación, que ha de ser política, como también debe serlo la eventual exigencia de responsabilidad por posibles malos usos.

A favor de la segunda opción se razona que la acción penal es función del principio de legalidad, que lo es, a su vez, del de igualdad ante la ley. Que el contenido esencial de la legalidad —su auténtico deber ser— está representado por los derechos fundamentales, la «dimensión sustancial de la democracia» (Ferrajoli). Que éstos demandan necesariamente una institución independiente de garantía frente a todos en última instancia, que es la jurisdiccional, cuya legitimación no debe ser consensual ni representativa, sino constitucional-legal. Y, en fin, que la independencia en el ejercicio de la acción penal es un presupuesto necesario de la independencia judicial misma.

La acción penal es, no cabe duda, materia de fuerte densidad constitucional, por su condición de instrumento relevante entre los dispositivos de garantía de los derechos fundamentales. Y, en relación con ella, deben señalarse algunas evidencias. Así, que en su ejercicio concurre, en efecto, un coeficiente de discrecionalidad inevitable. Que en el uso de ésta hay también inevitable ejercicio de poder, político en algún grado. Pero que, no obstante, en las experiencias conocidas de organización del fiscal bajo la dependencia gubernamental, no se registra una eficaz contrapartida de responsabilidad política; y sí, en cambio, la proliferación de usos instrumentales de la institución con objeto de *garantizar* la impunidad

de los agentes públicos responsables de graves actos de ilegalidad penal.

Hablando de discrecionalidad, por cierto, resulta conveniente anticipar, incidentalmente, un matiz: no es lo mismo discrecionalidad política (en sentido fuerte) que discrecionalidad técnica (ejercida en el contexto de la interpretación/aplicación de un precepto legal).

También se hace preciso matizar la afirmación, en sí misma inobjetable, de la práctica imposibilidad de tratar procesalmente todas las acciones delictivas que se cometen, con el consiguiente *decalage* entre la cifra de éstas y la de las que son objeto de persecución real. Al respecto, hay que señalar que esto tiene que ver no tanto con el *ius puniendi* en sí mismo considerado, como con el modo de uso que, con la mayor frecuencia, contradice los rasgos estructurales que a ese instrumento normativo de intervención confiere el modelo constitucional. Así, la sobrecarga del proceso penal, que tanto compromete la vigencia del principio de legalidad, depende de factores que, en rigor, son ajenos a éste. Es el caso de la impropia y masiva utilización del derecho punitivo como instrumento *de gestión* de (las consecuencias de) graves problemas sociales no afrontados en sus sedes específicas; que hace de él *única* y no última *ratio* en tales contextos.

Por eso, es necesario afirmar que el argumento *económico* de la objeción estadística tiene trampa. Pues prescinde de los presupuestos extrajurídicos y extraprocesales, socio-políticos, del exponencial crecimiento de los *inputs* del proceso penal; para centrarse en la consideración de lo que sólo es el síntoma-resultado de un cierto modo de ser de la política penal, que podía (y debería) ser otro. Y se fija en los costes presupuestarios de la opción, dando la misma por buena y descuidando abiertamente los que, en términos de daño para los derechos y de calidad de vida civil, conllevan tales aplicaciones eficientistas, en realidad manipuladoras, del derecho penal y, antes aún, las opciones políticas que en ellas se expresan.

En fin, habrá que manifestar que el argumento de la responsabilidad política por la

gestión de la acción penal es francamente retórico. Al menos por una poderosa razón de experiencia que se concreta en la pregunta por los casos de efectiva exacción de la misma que se conocen. Esto es, los de crisis de gobierno o ministeriales debidas al (a veces verdadero) vacío de persecución pública de delitos en medios oficiales, constatable en la generalidad de nuestros países, de que se tiene noticia.

Como correctivo para este último inconveniente suele sugerirse la institución de fiscales independientes *ad hoc* para perseguir los delitos producidos en el ejercicio de funciones públicas atribuibles a sujetos de este carácter. Y para el representado por las desviaciones en el uso de la discrecionalidad, la fijación parlamentaria de opciones preferenciales de persecución de los delitos (en la línea de lo establecido por la portuguesa *Lei da política criminal*, recientemente aprobada, dirigida a «balizar la acción del ministerio público»).

Pero lo cierto es que, tratándose del actual Estado intervencionista y omnipresente, con sus múltiples ramificaciones, diversificadas y penetrantes formas de actuación, incluso en el mercado: ¿dónde situar el umbral de la necesidad *real* de ese operador de independencia reforzada? Y, de otra parte, en contextos como los de las políticas en curso en nuestros países, ¿es siquiera pensable un debate racional y, además, eficaz en la coyuntura, acerca de lo que en materia de delitos se debe perseguir, o perseguir más, y, sobre todo, perseguir menos o no perseguir?

Una aproximación rigurosa al ministerio fiscal como objeto de análisis hace imprescindible traer a primer plano las exigencias constitucionales de la jurisdicción penal. Ésta, en tal perspectiva, como medio de tratamiento jurídico-represivo de las más graves formas de desviación, con garantías de trato humano a los justiciables y de respeto a la verdad empírica, deberá ajustarse al principio de estricta legalidad de los supuestos determinantes de su puesta en funcionamiento; activarse en un uso tendencialmente igual (legal) de la acción penal; y regirse por las reglas del proceso acusatorio, fundado en el principio de presunción

de inocencia y en el paradigma indiciario, que es su implicación necesaria.

3. ESTRICTA LEGALIDAD

En derecho penal, el principio de legalidad es de «estricta legalidad» (Ferrajoli), en el sentido de que no sólo impone que la persecución de las conductas incriminables acontezca en un marco legal; sino también, y muy especialmente, que el mismo se articule sólo en previsiones típicas formuladas mediante proposiciones lingüísticas dotadas de significado unívoco y preciso.

En este contexto, la única discrecionalidad admisible es la «discrecionalidad» subordinada de carácter supletorio o complementario, esencialmente diferente de la discrecionalidad soberana del legislador o de la plena discrecionalidad del funcionario administrativo», de que habló Betti. Es decir, la que puede considerarse normal en una función heterointegradora de enunciados normativos de la clase aludida. O sea, de concurrencia inevitable en el ejercicio intelectual consistente en decidir motivadamente si una cierta acción es la denotada por un precepto legal. Algo bien distinto del acto representado por la decisión sobre si *conviene, es oportuno* o no, perseguir una conducta descrita en la ley como delito.

Así, el principio de legalidad se manifiesta incompatible con la discrecionalidad política en el uso del *ius puniendi*. Y ésta y no otra es la que está presente en el uso facultativo de la acción penal, con una escenificación privilegiada en la experiencia procesal de los Estados Unidos, donde —si se exceptúa el de no discriminación por razón de raza o religión, por ejemplo— ningún principio constitucional regula la iniciativa, libérrima, por tanto, del *prosecutor* (Fanchiotti).

En el Estado constitucional de derecho la jurisdicción penal tiene por cometido la aplicación tendencialmente igual de la ley de ese carácter. Donde ley quiere decir regla cierta y conocida.

Para que pueda predicarse con verdad del ministerio público el carácter de agente de la legalidad, es preciso que su actuación se ajuste a la lógica de este principio; lo que sólo será realmente posible si cuenta con un estatuto y una articulación orgánica funcionales a tal fin.

Situados en esa perspectiva, es decir, la del principio de legalidad como de «legalidad estricta», es advertible la existencia de una estrecha interimplicación y una esencial similitud estructural de los roles procesales del juez y del fiscal. En efecto, los dos están obligados a ajustar sus actuaciones al principio de presunción de inocencia (en la doble vertiente, epistemológica y de buen trato al justiciable); a operar conforme al paradigma indiciario en materia de hechos, tratando con rigor inductivo, esto es, con neutralidad, los datos así obtenidos; a calificarlos con precisión técnico-jurídica, en una interpretación restrictiva de la ley penal.

Como resultado de esa básica proximidad estructural de ambos roles, se siguen también similares exigencias para el juez y el fiscal: en materia de actitudes profesionales; en el modo de operar en la relación con la ley y los hechos; en el plano organizativo, es decir, el de las condiciones orgánicas de la independencia, como presupuesto de la sujeción *sólo a* la ley.

Cierto que en el juicio el fiscal, a diferencia del juez, al fin, es parte. Pero lo es en nombre de un interés público, el consagrado en la ley. Además, en cualquier caso, esa toma de posición parcial, contribución del fiscal a la dinámica del enjuiciamiento, deberá haber sido precedida (sin nada de paradoja) de una imparcial valoración de la calidad informativa de la *notitia criminis* y de la aptitud de su sustrato empírico para fundar una hipótesis acusatoria dotada de contrastada y suficiente aptitud explicativa.

Por tanto, en una inteligencia constitucional exigente del principio de legalidad, la propia del Estado constitucional de derecho, que impone la sujeción a la ley de todos los poderes, la obligatoriedad de la acción penal no es una alternativa opcional ofrecida al legislador, sino una *implicación necesaria* de aquél.

Donde tanto la decisión de proceder como la de no proceder en relación con una acción posiblemente delictiva sólo puede estar —taxativamente— fundada en derecho. Sin otro margen de actuación que el propio de la actividad interpretativa, es decir, de la atribución de significado a las palabras de la ley, dotada de rigor en el plano del léxico y respetuosa con el uso habitual de las mismas en el medio social y en la comunidad jurídica.

El principio de legalidad penal así entendido, se opone de manera frontal a la disponibilidad de las situaciones penales; y reclama los aludidos presupuestos de carácter orgánico y sustantivo.

El paradigma de la legalidad en esa doble perspectiva no es un fetiche de culto, tampoco se autorrealiza mecánicamente; y como principio constitucional ha de ser examinado en una doble dimensión. La ideal de categoría-límite de naturaleza fuertemente prescriptiva, pero, en cuanto tal, de imposible plena realización práctica, con lo que hay que contar. Y la propia del plano empírico, en el que puede alcanzar un muy estimable grado de efectividad, si bien a condición de que se le dote suficientemente con la técnica legislativa adecuada y en el orden de los medios materiales y personales.

En consecuencia, cabe hablar de dos posibles clases de quiebra del principio, que deben deslindarse netamente. Una *fisiológica* (que, ciertamente, no es tal), asociada a la primera recién aludida dimensión, de concurrencia ineludible en cualquier caso, con traducción en cierta inevitable «selección informal» de los supuestos, implícita, pues, en todo ejercicio de la acción penal conforme a la ley, pero sin duda controlable. Otra, expresiva de un desajuste que habrá que considerar *patológico* en una comprensión del principio de legalidad como la aquí postulada; normalmente asociado a los habituales usos abusivos del *ius puniendi* y/o a deficiencias de dotación de éste en distintos órdenes.

Es obvio que la presencia de esa primera forma de (relativa) crisis del paradigma de legalidad en el ejercicio público de la acción penal, connatural al mismo como principio, no

autoriza a poner en cuestión sus posibilidades reales de vigencia. Y menos aún la segunda, en la que el principio como tal no tiene ninguna responsabilidad y nada que ver.

La adecuada efectividad del principio de legalidad penal no implica la pretensión incondicionada de que toda forma de desviación realmente producida obtenga una respuesta institucional de corte represivo. Sino el requerimiento (de estricta jurisdiccionalidad) de que —dado el exigible uso correcto del *ius puniendi* como «última ratio»— cada *notitia criminis* digna de este nombre según la ley tenga un tratamiento regular conforme a las reglas universalmente consagradas del justo o debido proceso. Es algo que no está reñido con la previsión legal de cursos procedimentales diferenciados ni con la diversificación en las modalidades de respuesta en función de la calidad de las infracciones. Y tan respuesta es la representada por la tópica pena de prisión, como la que se traduzca en una decisión de no punibilidad por falta o irrelevancia de la lesión típica; e incluso la exclusión razonada de la persecución en supuestos legalmente definidos. El límite está representado por la exigencia de que la intervención punitiva se ajuste a las exigencias teóricas, hoy, en general, también constitucionales, de la jurisdicción.

Esencialmente incompatible con el principio de legalidad jurisdiccionalmente administrable con el mínimo de dignidad constitucional, es la actual inflacionaria y tendencialmente creciente tipificación de conductas, de imposible persecución real. Paradójico supuesto ideal, en cambio, para fundar el recurso a usos discrecionales y ejercicios facultativos de la acción penal. Como también para *justificar* la privación del enjuiciamiento a enteras categorías de imputados —induciendo su consenso al respecto mediante las conocidas técnicas *procesales* coactivo-disuasorias— con el insidioso recurso al argumento «económico».

Pues bien, la opción de un ministerio público políticamente vinculado, facultado para disponer potestativamente de las situaciones penales en régimen de discrecionalidad no es técnico-instrumental, sino de modelo. En su

modalidad extrema, la del fiscal estadounidense, expresa una verdadera *alternativa no jurisdiccional al proceso penal*. Y en todos los supuestos (aunque la cuestión del grado no sea indiferente) comporta el desplazamiento de poder judicial a un órgano no jurisdicente, con la consiguiente ruptura del paradigma jurisdiccional.

La opción cuestionada implica, en el orden procesal estricto, una verdadera regresión inquisitiva. Pues, en efecto, eliminar el juicio como momento nuclear del proceso lleva a que la decisión se apoye, en exclusiva, en datos de la investigación, unilateralmente obtenidos. Instauro la lógica puramente negocial del «toma y daca», en términos en los que la contratación sobre la culpabilidad y/o sobre la pena es meramente *adhesiva*. Confiere singular eficacia inmediata a datos propios de la subcultura del tipo de autor y a factores pragmáticos, todos de aleatoria incidencia, a *discreción* del *contratante* fuerte, y mediante la reducción a la pasividad de la parte débil de la, así, peculiar relación procesal.

Pero no hace falta *viajar* a los Estados Unidos para registrar esta clase de consecuencias. Schünemann, hablando hace años muy críticamente de las perversas consecuencias de la difusión en Alemania del llamado principio de oportunidad y de su articulación, el fiscal *made in USA*, señalaba como efectos indeseables de la progresiva implantación de esa corriente: la reducción del imputado a mero objeto de procedimiento; la apoteosis de la instrucción; la degradación global del marco jurisdiccional. Todo, con un demoledor efecto en la cultura de los agentes del orden judicial en general, atraídos a esa destructiva lógica por motivos pragmáticos de comodidad y productividad estadística, con la consiguiente crisis de profesionalidad.

4. UN JUEZ EN/PARA LA INSTRUCCIÓN

Del contexto en que se inscriben las precedentes consideraciones forma parte, con una

incidencia cultural no desdeñable, la cuestión del juez de instrucción del sistema acusatorio formal de progeñie francesa, figura tradicional y aún presente entre nosotros.

Se trata de una institución bien merecedora de un balance crítico. Pero que, entre nosotros, curiosamente, no lo ha tenido por sus propios méritos y deméritos, sino sólo en el marco de una estrategia dirigida, más que a reconsiderar con la objetividad exigible los perfiles negativos de tan compleja figura y su rol en el proceso, a *publicitar* la del fiscal-instructor, en el marco de una operación con mucho de las *de imagen*. Montada, por cierto, sobre la denuncia sesgada de los incuestionables defectos —y sólo defectos— del primero; y sobre el apologético sobredimensionamiento de las virtudes —y sólo virtudes— del segundo. Incluida la nada ingenua recuperación en esta clave de la dependencia política, ahora supuesto factor positivo en tanto que proclamado cauce de legitimación democrática.

En la dilatada ejecutoria del juez de instrucción pesarían dos inconvenientes. La calidad, sólo formal, nominal, de la connotación jurisdiccional, en realidad una suerte de coartada para atribuir tal calidad a sus aportaciones e introducirlas, como de contrabando, en el juicio. Y la función de unilateral administrador de la prisión provisional, ejercida con la objetiva inevitable parcialidad del implicado en la investigación. De este modo el uso de la terrible medida arrojaría un plus de ineptitud para la equidistancia, pues fundado siempre en una hipótesis (también necesariamente provisional) de autoría del hecho punible, la gravedad de la decisión de privar de libertad al imputado, difícilmente podría dejar de generar un potente estímulo, subliminal incluso, a la confirmación de aquélla, contribuyendo a dejar fuera del campo de la indagación datos de eventual relevancia en la perspectiva de la inocencia.

Dos inconvenientes reales, de una entidad objetiva que los hace, ya por esto sólo, bien dignos de preocupación. Pero que no creo que puedan ser denunciados con legitimidad bastante por quien, al mismo tiempo, esté

dispuesto a conceder patente de normalidad constitucional a la exclusión tendencialmente generalizada del juicio oral y a atribuir directo valor probatorio de cargo a los resultados de la investigación de un fiscal investido de poderes discrecionales y de funciones cripto-judiciales, en régimen de dependencia política. Además, en nombre del restablecimiento del principio acusatorio en la experiencia procesal (!).

Porque, en rigor, sólo cabe hablar de proceso acusatorio allí donde concurra una neta separación de los roles de acusación y enjuiciamiento, de juez y fiscal (sin desplazamiento de funciones del primero al segundo), un dato que es precondition necesaria de la concurrencia de las que Ferrajoli llama «garantías primarias o epistemológicas» del proceso penal, a saber: la formulación de la acusación, la carga de la prueba y el derecho de defensa del imputado. Cuyo valor central —con el complemento de las «secundarias» de publicidad, oralidad (inmediación y concentración), legalidad y motivación— radica en que hacen del proceso algo más que una sucesión regular de trámites legalmente previstos: un instrumento idóneo para la adquisición de conocimiento de calidad acerca de un hecho eventualmente punible.

Así las cosas —y consideraciones meramente nominalistas al margen— lo que, a tenor de estas prevenciones de orden teórico, debe seguirse de la evidencia de los rasgos negativos del modelo francés del juez instructor, es la decisión de excluirlos, pero con el preciso objeto de hacer de la instrucción un beccariano espacio apto para la «indagación indiferente del hecho», es decir, para la investigación imparcial, que tendrá que estar necesariamente a cargo de un sujeto que lo sea, por razón de estatuto y de su posición en ese espacio. Tal es lo único que puede situarle en las condiciones precisas para acopiar *toda* la información relevante, en la doble perspectiva de la (eventual futura) acusación y de la defensa. Ambas también necesariamente presentes, como partes bien diferenciadas, en esa fase del proceso.

Por consiguiente el «no» al juez de instrucción puede ser dirigido con toda legitimidad

a esa concreta figura en su contexto procesal específico, en especial el de origen. Pero dejando a salvo la necesidad incuestionable de un sujeto institucional idóneo para desempeñar de manera imparcial el protagonismo de la investigación, en posición de equidistancia de las posiciones parciales, ya en/desde ese mismo momento. Es lo que reclama la jurisdicción en su dimensión, primera tanto en el orden lógico como en el normativo, de actividad orientada al acopio de conocimiento, de función estatal dirigida a la obtención de un saber de calidad sobre hechos de eventual relevancia penal, condición de legitimidad del ejercicio de poder que lleva asociado.

A tenor de estas consideraciones, ¿cuál tendría que ser el papel del fiscal en el proceso penal? En el modelo de jurisdicción presupuesto, que es hoy el constitucional, le corresponde, desde luego (aunque no en exclusiva), la capacidad de iniciativa en la promoción de la investigación, como agente estatal encargado en primera persona en promover el ejercicio del *ius puniendi*. Esto hace de él una parte singular, sin duda, pero parte; si bien por su pertenencia institucional y especial vinculación con el principio de legalidad, concernida por un claro deber de imparcialidad. Y también sujeta al principio de presunción de inocencia como regla de juicio, que le impone un riguroso respeto del paradigma indiciario: una reflexiva tensión al autocontrol de los posibles prejuicios (de eventuales sospechas incompatibles con los datos en presencia) ya desde el punto de partida.

En esta doble afirmación no hay nada de contradictorio, porque la única *parcialidad* tolerable en el fiscal es la *objetiva*. La propia del sujeto que por hallarse directamente comprometido en la postulación de una hipótesis —aun con todas las cautelas idóneas para asegurar la tendencial objetividad de la misma— perderá, por eso solo, la aptitud para evaluar con la neutralidad requerida su calidad explicativa. Es decir, para injerirse en el ámbito de la decisión.

Imparcialidad aquí significa, por tanto, ajenezidad a otro interés que el de la averiguación

de lo efectivamente sucedido, en la reconstrucción del caso. Es decir, en la identificación de la acción humana antecedente causal de un determinado resultado lesivo que, al menos en principio, podría ser relevante en el sentido de determinar la aplicación del *ius puniendi*. Actitud que deberá proyectarse asimismo sobre el momento de la subsunción de aquélla en un precepto penal. Para lo que es preciso que entre el fiscal-intérprete y la disposición de referencia no se interponga ninguna suerte de diafragma institucional, formal o informal, y ningún interés ajeno al propio campo de la interpretación, que pueda condicionar su sentido. Y tampoco consideración alguna que no pueda verbalizarse y tener expresión en el momento de justificar la correspondiente toma de postura.

En definitiva, si la instrucción ha de ser contradictoria, y, en efecto, tiene que serlo, el fiscal no puede ser el órgano encargado de la misma. Este papel deberá desempeñarlo un tercero en posición no-parcial: la única idónea para garantizar a cada una de las partes la posibilidad de ocupar todo el espacio que le corresponde en ese momento procesal, como presupuesto de una interlocución equilibrada. Es un sujeto que no tendría por qué no llamarse «juez de instrucción», ya que ejerce funciones de dirección de ésta, con imparcialidad. Si bien, funciones no jurisdiccionales *sensu stricto*, que son las propias del enjuiciamiento, para las que, precisamente por su implicación en la instrucción, estaría inhabilitado. Por lo demás, es obvio que si se trata, como se trata, de que las aportaciones de esa primera procedencia no prevalezcan sobre las del juicio, bastará articular del modo más funcional a esta exigencia la relación entre ambas fases del proceso penal. Es decir, hacerlo de una manera rigurosamente opuesta a la que ahora domina, en parte por razón de ley, pero, sobre todo, en virtud de cierta jurisprudencia de naturaleza no sólo infraconstitucional sino incluso abiertamente infralegal; como la reciente relativa al valor procesal del atestado antes aludida.

Lo cierto es que hace falta un juez *de y en* la instrucción, del mismo modo que en ella

las posiciones parciales tienen que ser activas y estar bien demarcadas y suficientemente garantizadas. Por tanto, un juez encargado del control de la investigación, en directa interlocución con las partes, y obligado a tratar con tendencial objetividad sus pretensiones y aportaciones. También a decidir motivadamente con audiencia de las mismas sobre todo lo que comporte afectación a derechos (generalmente los del imputado). Excepción hecha de la prisión provisional, que en la medida en que —no cabe engañarse— implica un juicio previo de condenabilidad y, en caso de producirse, también una condena (anticipada), debería estar a cargo de otro sujeto institucional: no prevenido y tampoco contaminable, por externo a la investigación. Aquí podría entrar en juego la función del llamado «juez de garantías», asimismo encargado de conocer de los incidentes probatorios y sobre el envío a juicio de la causa, una vez concluida la instrucción.

Hay, en fin, un aspecto de la fase de investigación o de instrucción de especial interés, que, además, refuerza la evidencia de la necesidad de que la dirección de la misma corresponda a un sujeto con estatuto de juez. Me refiero a su incuestionable relevancia para el eficaz tratamiento jurisdiccional de la generalidad de los casos, sobre todo los de mayor dificultad. En efecto, la idea, ciertamente atractiva, del proceso dotado de una liviana investigación, en el que el juicio, susceptible de inmediata convocatoria, ocupase prácticamente todo el espacio, es hoy, en muchísimos supuestos, casi naïf. Salvo excepciones, dada la presencia de indicios de delito, será preciso verificar con algún detenimiento la concurrencia (o no) de datos *prima facie* hábiles para formalizar una hipótesis acusatoria dotada de aptitud explicativa. Lo que puede llegar a extremos de complejidad, si concurre una pluralidad de sujetos, se trata de conductas dotadas de cierta (a veces gran) sofisticación, de desarrollos dilatados en el tiempo, con diversidad de escenarios, distantes entre sí y posiblemente sujetos a regímenes jurídicos diferenciados, realizadas mediante el uso de los habituales recursos informáticos y otros... Cuando se dan estas circunstancias (pero hay

que insistir: incluso sin llegar a tanto), es necesario que las aportaciones instructorias alcancen un apreciable grado de concreción y gocen de la objetividad tendencial sólo obtenible en régimen de contradicción y con garantía judicial. Y no pienso en los típicos casos de previsible *imposibilidad* objetiva de aportación al juicio, que obligaría a acudir al incidente probatorio verdadero y propio. Me refiero a esos otros, tantos, en los que, simplemente, no es pensable un debate en vista pública sin contar antes con un cierto caudal de datos fijados preliminarmente de manera fiable.

Así resulta que, salvo aquellas causas relativas a los históricos «delitos naturales», debidos a acciones elementales, cometidas en presencia de testigos; en los que instruir equivale a la fácil constatación provisional de elementos de singular plasticidad y a la identificación de algunas personas para su citación posterior, la instrucción estará llamada a tener inevitable relevancia objetiva. Ciertamente es que, de ningún modo, a desplazar al juicio; pero tan cierto como que su celebración en condiciones que hagan posible un debate entre partes de algún rigor, requiere que éstas dispongan de un caudal de información. Un *dossier* cuyo conocimiento —si se trata de preservar la *genuinidad* y autonomía de aquél— podría/debería hurtarse al tribunal. Salvo en lo que fuese fruto de auténtica prueba anticipada que éste tenga que valorar.

No se me oculta que de este cúmulo de circunstancias resulta un contexto con algo de aporético, pues se postula la centralidad del juicio, y, al mismo tiempo, una instrucción dotada de la calidad y entidad que resulta de las exigencias de que he dejado constancia, pero que de ninguna manera debe prevalecer sobre aquél. Mas la aporía es sólo aparente, porque, visto el asunto en el plano epistémico (del proceso como medio de adquisición de conocimiento), en la instrucción se tratará de comprobar si hay base empírica para elaborar con rigor una hipótesis acusatoria, a fin de llevarla a un ámbito de discusión, ante un sujeto imparcial por ajeno a la elaboración de la misma: el encargado de evaluar su calidad y la de

las demás de eventual concurrencia. Esto en el momento del enjuiciamiento y de la decisión, realmente esencial e insustituible, no sólo por imperativos de orden jurídico-normativo, sino porque las hipótesis no se validan o invalidan a sí mismas, ni evaluarlas es función de la que pudiera ocuparse el responsable de su formulación, sino necesariamente, por elementales razones de método, un sujeto ajeno a la misma.

Toda opción política, también las de política judicial, tiene un precio. Como lo tiene, ciertamente elevado y universal, la pérdida de calidad jurisdiccional del proceso penal.

5. EFICACIA, GARANTÍAS Y USOS DEL DERECHO PENAL

En la materia, hay un *topos* que recorre transversal, mejor incluso, onmidireccionalmente, el campo del proceso: es el que se expresa en la gastada contraposición de garantías y eficacia represiva. Es un tópico de consistente presencia en las prácticas jurisdiccionales de todas las instancias, en las que, como *por sistema*, suelen primar consideraciones pragmáticas. Que conducen, de un lado, a la banalización jurisprudencial de fundamentales exigencias de principio (y de legitimidad) como —es el ejemplo más claro— las que, entre nosotros, se expresan en el art. 11,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, auténtico momento de coherencia del modelo, hoy prácticamente abrogado; y, de otro, a confirmar y contribuir a la perpetuación de prácticas policiales, judiciales y del ministerio público de notable falta de profesionalidad, que al fin *valen* para condenar.

Ese mismo tópico late, de forma ya no sólo implícita, en un discurso político de amplia implantación en medios oficiales, que lleva a computar presupuestariamente el gasto necesario para dotar las garantías procesales entre los costes sociales improductivos, que es como decir inasumibles. Esto, mientras crece la estadística de entradas en el proceso penal, merced en la mayor medida al actual uso ampliado e

impropio del *ius puniendi*, en la señalada calidad de *única ratio*, único medio de *gestión* de ciertos problemas sociales emergentes, en clave de «ley y orden», más bien de «orden» a cualquier precio. Sobre todo si el precio es *sólo* procesal y para el imputado estándar.

Ésta puede parecer una digresión por la periferia del asunto. Pero no es así, el tema sigue siendo el fiscal, o quizá mejor el uso del fiscal para fines que, cada vez con más desenvoltura, suelen describirse como de *deflación* del proceso penal. Pues tal es el sentido de las propuestas de replanteamiento de su papel que, al menos objetivamente, contribuyen a hacer real la «marcha triunfal del proceso penal americano en el mundo» a la que (ciertamente entre interrogantes retóricos) se ha referido con lucidez el ya citado Schünemann.

En tal clase de propuestas, al argumento teórico de un (supuesto) restablecimiento del principio acusatorio —prácticamente imposible cuando, como se ha visto los *materiales de construcción* son de perfil neoinquisitivo— se une la presentación táctica y llamativamente parcial de las cifras del proceso penal, debidamente descontextualizadas. El procedimiento consiste en confrontar al interlocutor con el último renglón de la cuenta de resultados, el de la comparación de los *inputs* y los *ouputs* globales de aquél. De donde resulta, que, en efecto, la diferencia acusa un crecimiento exponencial del número de casos que acceden al proceso penal. Datos que, en su elocuente *objetividad*, informarían de una situación de *necesidad* del sistema que impone la reconsideración de éste en sus constantes y, en todo caso, y desde ahora mismo, justifican la adopción de medidas extraordinarias.

Pero el planteamiento que se ilustra debe ser cuestionado, por falaz. Pues los valores numéricos manejados, al ser objeto de una sesgada consideración incompleta, no son todos; y, así, aunque fueran *reales*, tampoco lo serían del todo.

Una estimación equilibrada y realista (de toda la realidad) de la concepción a examen, en la que trata de fundarse la propuesta de re-

planteamiento del papel del fiscal aquí cuestionada, obliga a anticipar el umbral de la atención y de los interrogantes. A proyectarlos sobre un antes del momento propiamente procesal, en el que habrá que preguntarse por la naturaleza del uso actual del derecho punitivo y del proceso penal mismo, éste como instrumento de penalización inmediata. Y, todavía antes, por las causas sociales de las desviaciones criminales en sus diversas modalidades; por lo que social e institucionalmente se hace en el plano de la prevención, para tratar de excluir con eficacia el fácil recurso al *ius puniendi*; y por cómo se opera en/con otros sectores del ordenamiento y de la propia institucionalidad estatal.

Si de esta excursión a la periferia del sistema penal *sensu stricto* resultase que es en la administración de justicia donde radica el principal, si no exclusivo, modo hacer frente a problemas de desviación que ésta, por definición, no puede afrontar con *radical* eficacia; y que tal opción parte de la renuncia anticipada al empleo de otros medios que sí serían eficaces por su capacidad de incidir en la verdadera raíz del fenómeno, concurrirán las mejores razones para pensar que la del proceso penal y la jurisdicción es, cuando menos, una responsabilidad limitada en la materia. Incluso muy limitada. Que no esta justificado atribuir a uno y otra la condición de factor causal del estado de cosas. Y menos aún con el socorrido *argumento* de la falta de *productividad*.

En las circunstancias dadas, el notorio desequilibrio de la respuesta represiva en relación con la demanda, que luce en las cifras de uso habitual en instancias ministerial-*manageriales*, es real, pero no nace en el campo de la jurisdicción. Ésta, no hay duda, tiene responsabilidades. Pero, paradójicamente, no porque falte la calidad de *eficacia* —de eficacia sin principios, para entendernos— que se le demanda, de la que hay, por desgracia, verdadero superavit. Sino, precisamente, por el aludido déficit de garantías, *es decir, de profesionalidad*, que evidencian muchas prácticas consolidadas y no cuestionadas. Traducción procesal de la arraigada disposición política a ampliar ilimitada-

mente la reacción punitiva a cualquier precio; que, por desgracia, tiene mecánico eco en el asentimiento acrítico de una gran mayoría de los profesionales de la justicia.

Desde luego, lo que no cabe en modo alguno es derivar de tal desenfocado *decalage* entre los *inputs* y los *ouputs* del sistema penal alguna supuesta razón para cuestionar la vigente disciplina constitucional en la materia. Ciertamente que ésta representa un verdadero *obstáculo* al masivo procesamiento de tanta desviación como produce el también vigente sistema social (global) con su brutal incremento de las desigualdades. Pero ¿habrá que recordar que esa disciplina es algo más que una veleidad de juristas ensimismados? ¿Que si el régimen del proceso penal tiene el rango normativo que tiene es por la voluntad secularmente reiterada de mayorías abrumadoras en momentos de crecimiento democrático, como medio para cancelar esas experiencias atroces a las que conocidamente lleva la ausencia de garantías procesales?

La función y la prestación jurisdiccional, constitucionalmente entendidas, plantean fuertes exigencias de principio con necesaria traducción en el plano instrumental. Por eso, sus posibilidades de actuación en esos términos son necesariamente limitadas. Pues, como ya se ha indicado, están subordinadas de manera intensa a la concurrencia de determinados presupuestos. En efecto, la jurisdicción sólo puede desempeñar su papel adecuadamente, esto es, sin negarse a sí misma como tal, operando en última instancia. Esto es, como la última instancia del sistema socio-político en su conjunto. Actuando, por tanto, como función de cierre y contando con el previo correcto funcionamiento de otros momentos de aquél, institucionales y, antes, extrainstitucionales.

Es una obviedad que casi cuesta trabajo escribir, de puro tópica, que el instrumento punitivo tiene poco que hacer en la reparación de los más graves desequilibrios sociales, los que nutren los índices de la delincuencia *de subsistencia* en alza permanente. Puede, al máximo, *contener*, y sólo hasta cierto punto y temporalmente, algunos de sus efectos. Pero cuando aquéllos son lacerantes y llegan hasta hacer im-

posible la vida dentro de *la normalidad* a masas de excluidos, como ahora sucede, el orden penal entra en grave riesgo de quiebra, haga lo que haga. Ya que, de mantenerse en sus constantes de garantía (de lo que realmente no hay demasiada experiencia), incurrirá en la manida *ineficacia*, con la consiguiente deslegitimación ante los titulares de los bienes e intereses en riesgo. Y de optarse (como suele ocurrir) por la drástica atenuación de aquel estándar, la crisis será constitucional y de identidad, que es lo que hay, y que no importa tanto. Así, en este punto, la única eficacia posible y esperable de la jurisdicción constitucionalmente entendida reclama, por tanto, cierto equilibrio socioeconómico en el punto de partida, como presupuesto ineludible.

Otras formas de delincuencia, las estrechamente relacionadas con el poder económico y con el político viven y se desarrollan en gran medida a expensas de las gravísimas incoherencias del sistema institucional en sus diversos planos. Por ejemplo, de la alarmante (a veces masiva) degradación de la política, con lo que implica de banalización de toda una serie de momentos de control (parlamentario, político-administrativos); de la falta de coherencia en el plano de la legislación que, también por ejemplo, sigue haciendo de la mercantil y la fiscal y de su proyección (a veces falta de proyección) institucional un medio sumamente apto para desdibujar conductas típicas y, en los casos en que esto no se consigue, para dificultar aún más la persecución penal. Pues lo cierto es que el sistema, tan riguroso en la prevención y persecución de los delitos generadores de la tópica *inseguridad*, se multiplica en la oferta escandalosa de mil y una formas de elusión de deberes *civiles* (nunca mejor dicho) cuya exigencia y cumplimiento haría del mundo de la política en su convergencia con el de los negocios algo distinto del caldo de cultivo de diversas modalidades de desviación criminal que hoy permite, cuando no estimula. De esos macrodelitos que, cada tanto —aunque siempre con cuentagotas— explotan en la mesa de un juez, y cuyo tratamiento jurisdiccional suele aportar poco en término de reparación de los derechos lesio-

nados; y bastante, en cambio, en términos de deslegitimación y frustración de expectativas sociales, en el caso de que todavía las hubiere. Mientras confirma la evidencia del fracaso esencial de toda una serie de dispositivos de prevención diversamente ubicados en la geografía del sistema político-institucional. Que, ciertamente, no cree ni confía en la justicia y arroja sobre ella las gravísimas consecuencias de sus múltiples inhibiciones y del precario estándar de legalidad de sus prácticas.

Lo que se sigue de estas sumarias observaciones es que la seriedad de una política de la justicia penal realmente orientada, en clave de transformación, a la realización de los valores que cuentan en la materia, tendría que empezar su recorrido mucho antes y muy lejos de los límites del *palacio de justicia*. Y que la primera y más vehemente demanda al respecto ha de partir de los propios *moradores* de éste. Que tienen las mejores razones de experiencia para saber que la calidad de la prestación jurisdiccional está rigurosísimamente condicionada a la satisfacción de la exigencia de que esta función institucional opere como verdadera «última *ratio*». Es decir, en un contexto en el que las distintas articulaciones del sistema cumplan con razonable eficacia su propio papel constitucional.

En ausencia de tales presupuestos, los correspondientes vacíos de actuación seguirán siendo otras tantas maneras eficaces de contribuir al crecimiento de las cifras de la desviación delictiva de toda índole (así como al de la «cifra oscura» de la más grave de ellas). Y, a la vez, a la degradación progresiva de una justicia criminal sin más horizonte que el de seguir mecánicamente a la estadística en su exponencial *in crescendo*, al precio de negarse a sí misma. En buena parte ya satisfecho, al cargarse de finalidades sustantivas, como dispositivo penalizador en sí mismo.

En el Estado constitucional de derecho «jurisdicción» no es todo lo que resulte del funcionamiento de algún aparato judicial. Sino sólo del que esté organizado en forma apta para que sus actuaciones discurran por los cauces constitucionales del debido proceso, y cuando

efectivamente lo hacen. Este modelo procesal requiere que cada uno de los agentes centrales del sistema, juez y fiscal (en su interrelación y en la relación con el imputado), cumpla el papel ya ilustrado, en la investigación y en el enjuiciamiento. Para que cada una de estas dos fases del proceso juegue en relación con la otra, también el papel que le corresponde en la elaboración y el tratamiento de las hipótesis de delito, sin suplantaciones ni desplazamientos.

La jurisdicción del Estado constitucional de derecho debe, pues, discurrir por cauces de estricta legalidad, en el orden penal-sustantivo; de jurisdiccionalidad estricta, en el procesal. Y reclama: ser prestada por sujetos institucionales con un estatuto acorde con la naturaleza (garantista) de las correspondientes funciones; de modo que se ajuste a la disciplina constitucional del proceso, a la que es inherente, como regla esencial, la centralidad e inderogabilidad del juicio. Por eso la prestación jurisdiccional, la satisfacción de un derecho a la jurisdicción (que es derecho a garantías orgánicas y procesales) es inevitablemente costosa; y, de darse conforme al régimen que le es propio, poco elástica en la oferta.

El legislador *puede* ajustarse o no, en más o en menos, a ese paradigma. *Puede* diseñar roles y procedimientos para la aplicación del derecho sancionador. *Puede*, a despecho de lo que luego resulte de sus rasgos caracterizadores, llamar «juez» y «fiscal» a quienes los encarnen y gestionen. Pero lo que no está a su alcance es hacer que si en éstos, es decir, en su estatuto y en su modo de operar, no concurren determinadas constantes, orgánicas y procesales, de garantía, el producto final *sea* verdadera jurisdicción, en el sentido constitucional y teórico de ésta. El legislador tiene el dominio del BOE, pero no es señor del Diccionario. Tampoco de la teoría jurídica, que como bien ha explicado Ferrajoli, para merecer en serio ese título, debe desempeñar un papel *normativo* y crítico en relación con el derecho, sus instituciones y las prácticas a que da lugar, llamando, para comenzar, a las cosas por su nombre.

Alguien dirá que se trata de obviedades. Pero no deben serlo tanto cuando, ante nues-

tros ojos, hay una dinámica en curso en el escenario del proceso que gira en torno a tres ejes que son otras tantas cargas de profundidad en la base constitucional del mismo. A saber: la habitual atribución de relevancia probatoria a las actuaciones policiales; el desplazamiento al fiscal de competencias genuinamente jurisdiccionales; y la conversión del juicio contradictorio en una incidencia atípica y excepcional del proceso, en particular, del reservado al imputado estándar.

Enlazando con lo que se decía al principio, es de ver que, de nuevo, significativamente, la línea de ruptura de la regresión inquisitiva del proceso penal en curso pasa por la desnaturalización del papel ideal-constitucional del fis-

cal, para *rentabilizarlo* como *recurso*. Y por el mismo viejo motivo de que es —por razón de estatuto— el más disponible y más dúctil de los sujetos institucionales implicados.

Piero Calamandrei, en la advertencia a la segunda edición (1949) de la obra de Beccaria que él había cuidado, decía del «pequeño libro» que «no puede volver a su lugar de reposo en el polvoriento anaquel donde se olvidan las obras de los antiguos que cumplieron su misión», porque «no ha comenzado todavía a ser antiguo». Sigue teniendo razón, pues el modelo de proceso «informativo» que postuló el gran milanés parece contar cada día con más vigencia. Pero sólo como paradigma ideal pendiente de realización.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Sobre los antecedentes franceses del ministerio público en la experiencia europea continental, puede verse —con amplias referencias bibliográficas— M. Nobili, «Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale», en G. Conso (ed.), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 89 ss. Sobre el fiscal estadounidense y su papel en el proceso, cfr. V. Fanchiotti, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino, 1987, pp. 55 ss., 68 ss. V. Vigoritti, «Pubblico ministero e discrezionalità della azione penale negli Stati Uniti d'America», en G. Conso (ed.), *Pubblico ministero*, cit., pp. 256 ss.; J. Brown, «Meriti e limiti del patteggiamento», en E. Amodio y M. Cherif Bassiouni (eds.), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 131 ss.; R. M. Daley, «Il plea bargaining: uno strumento di giustizia senza dibattito», *ibid.*, pp. 151 ss. Para una crítica valoración global del sistema americano de justicia, cfr. W. T. Pizzi, *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, introducción y notas de C. Fidalgo Gallardo, Tecnos, Madrid, 1999; S. Thaman, «La protección de los derechos humanos en el proceso penal de los EE. UU.», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 38, 2000, pp. 81 ss. Sobre la incidencia de ese sistema procesal-penal en Alemania, véase B. Schünemann, «¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)», trad. de S. Bacigalupo, «Jornadas del derecho penal en Alemania», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 8, 1991, pp. 52 ss.; C. Roxin, «Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público», trad. de J. B. J. Maier y F. J. Córdoba, en Varios Autores, *El ministerio público en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 3 y ss. Acerca de la institución en el ordenamiento francés, cfr. F. Molinari, «Pubblico ministero e azione penale nell'ordinamento francese», en G. Conso (ed.), *Pubblico ministero*, cit., pp. 195 ss. También J. C. Nicod, «El ministerio público en Francia», trad. de J. R. de Prada Solaesa, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 18, 1979, pp. 83 ss. y A. Crenier, «Il pubblico ministero in Francia», en *Questione giustizia*, 4, 1991, pp. 979 ss. Sobre la institución en Alemania véase F. Molinari, «Pubblico ministero e azione penale nell'ordinamento della Repubblica federale di Germania», en G. Conso (ed.), *Pubblico ministero*, cit., pp. 217 ss. Una interesantísima aproximación crítica al respecto puede verse en R. Muhm, «Dependencia del ministerio fiscal del ejecutivo en la República Federal Alemana. (Crisis del modelo y perspectivas de reforma)», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 22, 1994, pp. 94 ss.; Id., «Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial: el caso alemán», en P. Andrés Ibáñez (ed.), *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, CGPJ, Madrid, 1998, pp. 147 ss.; R. Muhm y M. Muhm, «Alemania en busca de la independencia de la magistratura», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 33, 1998, pp. 93 ss. Del ministerio público en Portugal tratan: A. Cluny, *Pensar o ministério público hoje*, Cosmos, Lisboa, 1997; E. Maia Costa, «El ministerio fiscal en Portugal», trad. de C. López Keller, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 21/1994, pp. 84. Para el ministerio fiscal en Italia remito a C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, Cedam, Padova, 1984; Varios autores, *Il ministero pubblico oggi*, (actas del congreso sobre el tema organizado por el Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale), Giuffrè, Milano, 1994 (de particular interés, en la perspectiva de este trabajo, las aportaciones de M. Chiavario, V. Zagrebelsky y G. Neppi Modona); R. Romboli, «Il pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale e l'esercizio dell'azione penale», en S. Panizza, A. Pizzorusso,

R. Romboli (eds.), *Testi e questioni di ordinamento giudiziario e forense*, Edizioni Plus-Università di Pisa, 2003, pp. 307 ss. Acerca de los problemas suscitados por la creación de la *Direzione Nazionale Antimafia*, cfr. L. Pepino, «Superprocura e dintorni... (appunti su presente e futuro del pubblico ministero)», en *Questione giustizia*, 2, 1992, pp. 257 ss.; A. Gaito, «Indipendenza del pm e 'superprocura'», en B. Caravita (ed.), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 149 ss.; V. Borraccetti, «Los fiscales antimafia», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 32, 1998, pp. 78 ss.. En relación con la reforma judicial de Berlusconi, en lo que aquí interesa, G. Santalucia, «La controriforma dell'ordinamento giudiziario alla prova dei decreti delegati: il pubblico ministero», en *Questione Giustizia*, 1, 2006, pp. 103 ss. Para el caso de España, cfr. F. Granados, *El ministerio fiscal (del presente al futuro)*, Tecnos, Madrid, 1989; M. Marchena Gómez, *El ministerio fiscal: su pasado y su futuro*, Marcial Pons, 1992; C. Conde Pumpido, *El ministerio fiscal*, Aranzadi, Pamplona, 1999; A. Del Moral García, «Ministerio fiscal y reforma de la justicia», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 43, 2002, pp. 19 ss. Acerca del instituto, en general, en la experiencia comparada, cfr. L. M. Díez Picazo, *El poder de acusar*, Ariel, Barcelona, 2000. El mejor tratamiento sistemático del modelo jurisdiccional en el Estado constitucional de derecho se encuentra, sin duda, en L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, con prólogo de N. Bobbio, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 8ª edición 2006, en particular, cap. 9, pp. 537-692. Para una crítica de la figura del fiscal instructor y sus implicaciones procesales, P. Ferrua, «Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali», ahora en Id., *Studi sul processo penale III*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 39 ss. En general, sobre el asunto de las fórmulas negociales en la justicia penal, existen hoy múltiples publicaciones. Por todas, cfr. T. Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, prólogo de C. Roxin, PPU, Barcelona, 1991. La cita de E. Betti está tomada de su *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. de J. L. De los Mozos, E. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 147. La que se hace a P. Calamandrei, de «Advertencia a la segunda edición» que acompaña a C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, con prefacio y notas de P. Calamandrei, trad. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, EJEA, Buenos Aires, 1958, p. IX. A propósito de la actual involución del sistema penal, en nuestra literatura más reciente, pueden verse: J. L. Díez Ripollés, «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 49, 2004, pp. 25 ss.; E. Larrauri, «Populismo punitivo... y como resistirlo», *ibid.*, 55, 2005, pp. 15 ss.; F. J. Álvarez García, «El nuevo modelo de política criminal», *ibid.*, 57, 2006, pp. 18 ss.; M. Miranda Estrampes, «El populismo penal. (Análisis crítico del modelo penal securitario)», *ibid.*, 58, 2007, pp. 43 ss.; y R. Sáez Valcárcel, «Una crónica de tribunales. La justicia penal en la estrategia de la exclusión social», en *ibid.* 58, 2007, pp. 13 ss.

Fecha de recepción de originales: 3 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 28 de mayo de 2007.

RESUMEN

Este escrito analiza la conveniencia de introducir en España la figura del fiscal investigador, con la consiguiente supresión del juez de instrucción. Considera que no hay razones constitucionales a favor o en contra de una reforma de ese tipo, por lo que el debate debería producirse en el plano de la oportunidad. Examina las condiciones que, a juicio del autor, habrían de concurrir para que esa reforma fuera beneficiosa en una lógica garantista. Entre ellas, atribuye particular importancia a que el fiscal investigador no debería gozar de poderes exorbitantes, es decir, distintos de los que tiene cualquier particular.

PALABRAS CLAVE

FISCAL INVESTIGADOR, JUEZ DE INSTRUCCIÓN, PRINCIPIO ACUSATORIO, IGUALDAD DE ARMAS, UNIDAD Y JERARQUÍA DEL MINISTERIO FISCAL.

ABSTRACT

This essay examines the proposal, currently debated in Spain, to put criminal investigation into the hands of public prosecutors. It holds that there are no constitutional constraints (either for or against) in this field, so that the debate should concentrate on the expediency of the proposed reform. It also examines the conditions that, according to the author, should be met in order to find such reform defensible within a liberal logic. Among them, he thinks it would be particularly important not to give public prosecutors any power different from those usually enjoyed by private citizens.

KEYWORDS

INVESTIGATIVE DISTRICT ATTORNEY, EXAMINING MAGISTRATE, ACCUSATORY PRINCIPLE, EQUALITY OF WEAPON, UNIT AND HIERARCHY OF THE FISCAL DEPARTMENT.

SIETE TESIS SOBRE LA IDEA DE FISCAL INVESTIGADOR

Luis María Díez-Picazo

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

Primera tesis. El fiscal investigador no viene impuesto por la Constitución. 2. Segunda tesis. Es posible desarrollar una política criminal sin fiscal investigador. 3. Tercera tesis. El fiscal investigador sólo se justifica por la idea de igualdad de armas si carece de poderes exorbitantes. 4. Cuarta tesis. La apertura del juicio no debe ser dejada a la sola decisión del fiscal investigador, ni depender únicamente de la investigación por él realizada. 5. Quinta tesis. En una lógica garantista, la separación entre investigación y acusación es valiosa. 6. Sexta tesis. El riesgo de comportamientos abusivos del fiscal investigador está en relación con la estructura del Ministerio Fiscal. 7. Séptima tesis. El fiscal investigador dificultaría el ejercicio con probabilidades de éxito de la acción popular.

Tomás Vives Antón me ha invitado amablemente a que exponga mi opinión sobre la figura del fiscal investigador: ¿es conveniente o, incluso, necesario poner la fase preparatoria del proceso penal bajo la dirección del Ministerio Fiscal, suprimiendo así al tradicional juez de instrucción? Esta es la cuestión, sintéticamente formulada, que examinaré a continuación.

Antes de entrar en materia, sin embargo, no será ocioso hacer dos aclaraciones preliminares. Por un lado, todo lo que sigue debe entenderse, como dirían los franceses, «a Constitución constante»; es decir, mi análisis parte del marco constitucional existente en la actualidad y, por consiguiente, son desechadas todas aquellas posibles innovaciones del proceso penal que, aun siendo quizá deseables, requerirían una reforma de la Constitución.

Por otro lado, soy perfectamente consciente de que la propuesta, recurrente en España, de introducir la figura del fiscal investigador tiene ardientes defensores y acérrimos detractores. Se trata de una idea esencialmente controvertida. Quiero adelantar desde ahora que mi postura es, más bien, de escepticismo. Sin alinearme entre quienes se oponen a una eventual supre-

sión del juez de instrucción, no dejo de ver los inconvenientes y dificultades que plantearía encomendar el esclarecimiento de los delitos y la preparación del juicio a los fiscales. Mi propósito es, así, mostrar que sólo bajo ciertas condiciones, de no fácil cumplimiento, resulta sólidamente defendible la figura del fiscal investigador.

Siguiendo las instrucciones de mi anfitrión, prescindiré de todo aparato bibliográfico. Se pide sólo mi opinión; opinión que, como es notorio, no es la de un procesalista, sino simplemente la de un constitucionalista que en algún momento se ha ocupado de esa misteriosa institución que es el Ministerio Fiscal. Por ello, expondré mi parecer en forma de siete tesis.

1. PRIMERA TESIS. EL FISCAL INVESTIGADOR NO VIENE IMPUESTO POR LA CONSTITUCIÓN

Este debe ser el punto de partida: la Constitución no exige que la investigación de los

delitos y, más en general, toda la fase del proceso penal anterior a la apertura del juicio estén encomendadas a la fiscalía. Ni la regulación constitucional del Ministerio Fiscal ni las garantías constitucionales del proceso penal permitirían llegar a semejante conclusión.

La Constitución española es, en efecto, sumamente vaga a la hora de definir las funciones del Ministerio Fiscal. El apartado primero de su art. 124 dispone: «El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social». La verdad es que este enunciado, más allá de reflejar una genérica idea de que el Ministerio Fiscal es un defensor objetivo de la legalidad ante los tribunales, dice poco. Las concretas funciones que debe desempeñar el Ministerio Fiscal, tanto en el proceso penal como en otros terrenos, no están determinadas por el art. 124 de la Constitución; y éste, desde luego, no establece qué papel debe desempeñar el Ministerio Fiscal en el proceso penal con anterioridad a la apertura del juicio. El art. 124 de la Constitución permite tanto el juez de instrucción como el fiscal investigador, y quizá también otras posibilidades en materia de investigación criminal. Esta vaguedad constitucional acerca de las funciones del Ministerio Fiscal contrasta, por cierto, con la notable precisión de que el propio art. 124 de la Constitución hace gala para diseñar la estructura de la institución.

Tampoco de las garantías constitucionales del proceso penal, recogidas principalmente en el art. 24.2 de la Constitución, se desprende un determinado modelo de esclarecimiento de los delitos y preparación del juicio. Más que establecer cómo deben hacerse las cosas, el mencionado precepto constitucional dice cómo no deben hacerse. Las garantías constitucionales del proceso penal son, así, barreras

que no pueden cruzarse. La persona contra la que se inicia un proceso penal tiene, en todo caso, derecho a un abogado, a no confesarse culpable, a conocer la imputación que se le hace, etc. Estas y otras garantías constitucionales operan, sin duda, ya en la fase anterior a la apertura del juicio y, por tanto, delimitan el modo de llevar a cabo la investigación criminal. No condicionan, sin embargo, quién debe estar a cargo de ésta. Y algo similar puede decirse de las garantías proclamadas en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que también establece límites sin imponer un modelo determinado de proceso penal. Se puede, así, ser plenamente respetuoso de todas esas garantías constitucionales y convencionales tanto con juez de instrucción como con fiscal investigador.

Esta última afirmación merece una aclaración ulterior. A veces se oye decir que la Constitución española y, más en general, los grandes tratados internacionales sobre derechos humanos exigen un proceso penal de tipo acusatorio; y se oye decir, asimismo, que el proceso penal diseñado por la benemérita Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 sólo es acusatorio a medias. En una ocasión, escuché incluso a un destacado jurista con responsabilidades en la Administración calificarlo de proceso «semi-inquisitivo». Pues bien, este modo de razonar es, cuanto menos, equívoco. Hay que recordar, de entrada, que las categorías de «acusatorio» e «inquisitivo» son de origen doctrinal, no constitucional ni convencional; y, además, no designan modelos acabados de proceso penal, sino más bien tipos ideales. No existe un único modelo posible de proceso penal de tipo acusatorio, pues incluso dentro de la tradición del *common law*, donde se formó, existen diferencias de un país a otro. A ello hay que añadir que el principio acusatorio significa, en rigor, que debe haber una separación neta entre acusador y juez; es decir, que ha de ser alguien distinto del juez quien sostenga la acción penal. De aquí se sigue, sin duda, que quien ha investigado un asunto queda inhabilitado para juzgarlo, tal como viene afirmando la jurisprudencia del Tribu-

nal Constitucional desde su importante Sentencia 145/1988; pero no se sigue que quien investiga no pueda ser un juez. Seguramente, el principio acusatorio también implica otras dos cosas: primero, que la carga de la prueba pesa sobre la acusación, que debe destruir la presunción de inocencia, y segundo, que debe existir igualdad de armas entre la acusación y la defensa, incluida la posibilidad de que ésta presente las pruebas de descargo que estime pertinentes. Pero nada de esto resulta incompatible con que la fase anterior a la apertura del juicio quede encomendada a un juez de instrucción, máxime si se respetan las arriba mencionadas garantías constitucionales. Por ello, cuando se afirma que el proceso penal con juez de instrucción no es enteramente de tipo acusatorio, se está presuponiendo algo más, a saber: que la igualdad de armas debe existir también antes de la apertura del juicio.

Y aquí precisamente radica el equívoco, pues la existencia de un juez de instrucción no desequilibra por sí sola la igualdad de armas entre la acusación y la defensa en la fase sumarial. Antiguamente, cuando no existían las garantías constitucionales vigentes en la actualidad, aún podía decirse que la persona investigada se hallaba en situación de inferioridad y de relativa indefensión; pero esto ocurría frente al juez de instrucción, no frente a la acusación. Por ello, una vez establecidas las garantías constitucionales arriba mencionadas en todas las fases del proceso penal, no hay razones para pensar que la igualdad de armas entre acusación y defensa se ve desequilibrada por la presencia de un juez de instrucción. Más aún, ¿es seguro que esa igualdad de armas no sufriría si la investigación del delito quedase encomendada a la acusación?

De todo lo anterior cabe concluir que el fiscal investigador no es una exigencia constitucional. Tiene sentido, así, discutir si la introducción del fiscal investigador es conveniente por razones políticas o técnicas, no si es constitucionalmente necesaria.

2. SEGUNDA TESIS. ES POSIBLE DESARROLLAR UNA POLÍTICA CRIMINAL SIN FISCAL INVESTIGADOR

Encomendar la investigación criminal a la fiscalía no es condición necesaria para que un país tenga una verdadera política criminal, es decir, una estrategia global en materia de prevención y represión de la criminalidad. La razón principal es que, en un ámbito como el penal dominado por el principio de legalidad, la política criminal depende esencialmente de las opciones legislativas que se adopten. El principal instrumento de la política legislativa es, sin duda, la ley. Dicho esto, también es cierto que las leyes penales, procesales y penitenciarias dejan a menudo cierto margen de discrecionalidad al operador jurídico. Se puede debatir si el ordenamiento jurídico español reconoce oficialmente el llamado «principio de oportunidad» en sede de persecución de los delitos y, en caso afirmativo, cuál es su alcance; pero lo que resulta poco discutible es que, de hecho, ese margen de discrecionalidad existe.

La causa de ello es básicamente económica: no existen medios suficientes para investigar, perseguir y castigar eficazmente todos los hechos delictivos que se cometen y, por consiguiente, es preciso escoger. En este orden de consideraciones, una política criminal sería aquella que establece criterios razonables de prioridad en el tratamiento de los asuntos. ¿Es esto más fácil de realizar con un fiscal investigador que con un juez de instrucción? No es seguro. Tal vez en algunos casos sea así. Esta es una cuestión muy necesitada de estudio empírico. Lo que puede afirmarse sin temor, no obstante, es que la fijación y aplicación de esos criterios razonables de prioridad en el tratamiento de los asuntos penales no pasa necesariamente por la existencia de un fiscal investigador. Ello implica que la política criminal, entendida como orden de prioridades, no constituye un argumento absoluto —es decir, que no admite ponderación con otros— a la hora de justificar la introducción del fiscal investigador. A lo sumo, siempre que se apor-

ten datos empíricos convincentes, será un argumento más a tener en cuenta.

Aún en el plano del razonamiento sobre medios escasos, es útil hacer brevemente otras dos observaciones. Una es que no está claro que la sustitución del juez de instrucción por el fiscal investigador supusiera un ahorro de medios humanos. Ciertamente, disminuiría la necesidad de jueces; pero ¿es seguro que el número de fiscales investigadores requeridos sería sensiblemente inferior al de jueces de instrucción suprimidos? La otra observación es que la causa económica que sirve de fundamento a quienes sostienen, con razón, la necesidad de articular una política criminal consciente y razonable no es coherente con la generalizada indulgencia ante las crecientes demandas de criminalización de conductas. Cualquier política criminal seria, en otras palabras, debería empezar por poner coto a lo que un ilustre penalista ha bautizado gráficamente como la «expansión del derecho penal».

La política criminal no se explica sólo por una causa económica. Algunos piensan que, al menos en ciertos casos, el margen de discrecionalidad que dejan las leyes penales, procesales y penitenciarias puede ser legítimamente utilizado al servicio de objetivos eminentemente políticos. Este es el núcleo central del debate acerca del ya mencionado principio de oportunidad. No se trata aquí, por supuesto, de terciar en esa encendida polémica; pero sí conviene poner de relieve sus posibles conexiones con el tema del fiscal investigador. Lo más importante a este respecto es darse cuenta de que el uso con fines políticos del margen de discrecionalidad existente no necesita en modo alguno de un fiscal investigador. La experiencia comparada es inequívoca: en Francia, donde rige oficialmente el principio de oportunidad, la investigación criminal no está encomendada a los fiscales; y, al mismo tiempo, Italia ha podido sustituir al juez de instrucción por el fiscal investigador sin que sufra el principio de la obligatoriedad de la acción penal expresamente proclamado en su texto constitucional. La propia experiencia española apunta también en esta dirección, pues la fiscalía dispone

de instrumentos suficientes para influir en la utilización a hacer en cada caso del margen de discrecionalidad existente.

La verdad es que, en materia de uso con fines políticos del margen de discrecionalidad existente, sólo hay una cosa que hoy se le escapa a la fiscalía: garantizar que un determinado hecho delictivo no será perseguido. Lo que los ingleses conocen como decisión de *nolle prosequi* no está actualmente al alcance del Ministerio Fiscal español. Ahora bien, no es evidente que con un fiscal investigador ello fuera posible. La razón es sencillamente que el ordenamiento jurídico español reconoce la acción popular. Así, por más que el fiscal decida no sostener la acusación, siempre puede haber algún particular que lo haga. Es verdad que la introducción del fiscal investigador podría tener, como se verá más adelante, un efecto de debilitamiento de la acción popular; pero, por lo que ahora interesa, es claro que la mera existencia de la acción popular impide que el Ministerio Fiscal pueda, si lo estima conveniente, garantizar la impunidad a ciertos delincuentes. La inexistencia de un monopolio público sobre la acción penal hace que en España el arduo problema de en qué condiciones es legítima la decisión de no acusar aun existiendo indicios suficientes, tan debatido en otros países, sea mucho menos dramático.

3. TERCERA TESIS. EL FISCAL INVESTIGADOR SÓLO SE JUSTIFICA POR LA IDEA DE IGUALDAD DE ARMAS SI CARECE DE PODERES EXORBITANTES

Ya se ha visto cómo la justificación del fiscal investigador —en términos de conveniencia, que no de necesidad— descansa sobre la idea de igualdad de armas. Se trataría de asegurar la igualdad de armas entre la acusación y la defensa en la fase previa a la apertura del juicio. Pues bien, para que esta justificación sea convincente, es imprescindible que el fiscal que

tiene a su cargo la investigación criminal carezca de poderes exorbitantes; es decir, no debe ostentar facultades distintas de las que tiene cualquier particular. Este extremo es de crucial importancia. En mi opinión, es aquí donde se encuentra el problema central de la figura del fiscal investigador y, por consiguiente, el debate debería centrarse principalmente en este punto. Ello puede comprenderse mejor observando las cosas en una perspectiva comparada.

La idea de igualdad de armas, como es bien sabido, tiene su origen en la tradición del *common law*. Consiste básicamente en concebir el proceso como una contienda, en la que ambos adversarios deben encontrarse en un mismo plano y disfrutar de idénticas posibilidades de ataque y defensa, limitándose el juez a velar por la observancia de las reglas del juego. De aquí que, tanto en el proceso civil como en el proceso penal, se hable normalmente de *adversary system*. Éste condiciona innegablemente el papel atribuido al fiscal en la investigación criminal. Así lo demuestra la experiencia de los Estados Unidos, pues en Inglaterra no hay, en puridad, un Ministerio Fiscal. Los fiscales norteamericanos no tienen más facultades que las propias de cualquier otro abogado. Su único poder radica en ostentar el monopolio sobre la acción penal: pueden poner en marcha el proceso penal, con todo lo que ello comporta; pero, a efectos de recopilar el material probatorio, dependen básicamente de la policía. Cuando la relación con esta última es fluida, pueden orientar su actividad investigativa; pero la policía no depende de la fiscalía y, además, en los ordenamientos estatales, en los que se aplica el grueso del derecho penal, ni siquiera la policía y la fiscalía tienen un superior común. Todo esto implica que el fiscal norteamericano efectivamente se encuentra en un plano de igualdad con la defensa también en la fase previa al juicio.

El panorama es algo distinto en aquellos países europeo-continenciales que, como Alemania desde 1974 e Italia desde 1988, han abolido el juez de instrucción e introducido el fiscal investigador. Es cierto que en ninguno de estos dos países la reforma ha consistido en transferir al fiscal investigador las facultades que antes

tenía el juez de instrucción. De entrada, hay determinadas medidas que el fiscal sólo puede adoptar con autorización judicial. Tal es destacadamente el caso de aquellas medidas que, por imperativo constitucional, están sometidas a una reserva de jurisdicción: detención preventiva, interceptación de comunicaciones, registros domiciliarios, etc. Ahora bien, la posición del fiscal investigador alemán o italiano presenta dos importantes diferencias con respecto al derecho norteamericano: la primera es que la fiscalía puede dar órdenes a la policía y dirigir su actividad investigativa; la segunda es que la fiscalía puede adoptar medidas vinculantes para los particulares. Por ejemplo, puede citar a una comparecencia, requerir documentos, etc. Es verdad que, a falta de cumplimiento voluntario, el fiscal necesitará del apoyo del juez para obtener su cumplimiento forzoso; pero ello no obsta a que la facultad de dar la orden no corresponde al juez, sino al fiscal. El juez sólo puede controlar que la medida es formalmente conforme a la legalidad y, en el mejor de los casos, que no es desproporcionada. Nada más.

En estas condiciones, las posiciones de la acusación y la defensa en la fase anterior a la apertura del juicio no son equivalentes. El fiscal investigador sigue siendo un funcionario público investido de autoridad, a diferencia de lo que ocurre en el *adversary system*. Por ello, más allá de la retórica, es muy difícil justificar el fiscal investigador a la alemana o a la italiana sobre la idea de igualdad de armas.

4. CUARTA TESIS. LA APERTURA DEL JUICIO NO DEBE SER DEJADA A LA SOLA DECISIÓN DEL FISCAL INVESTIGADOR, NI DEPENDER ÚNICAMENTE DE LA INVESTIGACIÓN POR ÉL REALIZADA

La justificación del fiscal investigador no pasa sólo por la existencia de una auténtica

igualdad de armas, sino que requiere también el establecimiento de un filtro efectivo para la apertura del juicio. El mero hecho de ser sometido a una causa penal supone unos sufrimientos personales y unos costes económicos que, en la lógica liberal, sólo son admisibles si la imputación presenta un mínimo de solidez y seriedad. En otras palabras, la tradición del Estado de derecho exige que haya garantías efectivas frente a acusaciones infundadas, maliciosas y abusivas. La coloquialmente llamada «pena de banquillo» no debe ser menospreciada.

En la tradición del *common law*, ese filtro venía dado por el *grand jury* o jurado de acusación: sólo si un jurado compuesto por ciudadanos considera que hay base suficiente para sostener la acusación, puede abrirse el juicio. La facultad de citar ante el gran jurado, por cierto, es el único momento en que la fiscalía se halla en una posición de relativa superioridad, ya que la comparecencia es obligatoria y el interrogatorio se realiza bajo juramento; pero, aparte de que rigen los derechos a la asistencia de abogado y a no declarar contra uno mismo, el fiscal ha de convencer al jurado de acusación de que hay base suficiente para ejercer la acción penal. Dicho todo esto, el jurado de acusación es actualmente una institución en declive: en Inglaterra fue suprimido hace setenta años, y en los Estados Unidos sólo está constitucionalmente garantizado a nivel federal. Más aún, no deja de ser significativo que uno de los pocos derechos proclamados por la Constitución norteamericana que no han sido objeto de *incorporation* —es decir, declarado vinculante también para los Estados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo— es precisamente el derecho a no ser sometido a juicio por «un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un jurado no lo denuncia y acusa», recogido en la enmienda 5ª. Contra el jurado de acusación militan obvias razones prácticas, pues se trata de un mecanismo excesivamente complejo y costoso. En sociedades con índices de criminalidad altos, no sería razonable su utilización sistemática para cualesquiera delitos graves.

De aquí que, tanto en el derecho inglés como en el de muchos estados norteamericanos, el jurado de acusación haya sido sustituido por una vista ante un juez, que valora la solidez y seriedad de los elementos de que dispone la acusación. Es ese juez quien decide sobre la apertura del juicio y, en su caso, envía la causa al tribunal competente.

Un mecanismo similar existe en los derechos alemán e italiano, donde la decisión de abrir el juicio no queda a la sola voluntad del fiscal investigador, sino que se encomienda a la autoridad judicial. Existe, así, un filtro y no hay razones para dudar de que sea efectivo, en el sentido de que controla que la acción penal que se pretende ejercer no es infundada. En este aspecto, el fiscal investigador de tipo alemán o italiano puede ser aceptable.

No conviene, sin embargo, perder de vista un extremo íntimamente ligado a lo que se acaba de decir: el juez o tribunal que controla la solidez y la seriedad de los elementos de que dispone el fiscal investigador es, en principio, un filtro menos exigente que el juez de instrucción. Es verdad que, al igual que hacía el juez de instrucción, el juez o tribunal que controla al fiscal investigador puede impedir que se abra un juicio cuando no hay base suficiente para ello. Pero la función tradicionalmente atribuida al juez de instrucción no se agota aquí: no es sólo un órgano de control y, por tanto, esencialmente pasivo, sino que es también un órgano independiente e imparcial que toma iniciativas. El juez de instrucción, en particular, ha tenido siempre el deber de recoger todos los datos que puedan ser relevantes en el juicio; y ello comprende no sólo los adversos al imputado, sino también los que le resultan favorables. Esta función de genuina preparación del juicio, realizada en una posición *super partes*, se pierde cuando lo único que hay es un filtro. De aquí cabe extraer dos enseñanzas, una práctica y otra teórica.

La enseñanza práctica es que, para que no haya una merma de garantías, la introducción del fiscal investigador no sólo debe ir acompañada, por supuesto, de un trámite ante la autoridad judicial a fin de decidir si se abre o no

el juicio, sino también de la posibilidad de que esa misma autoridad judicial conozca de todos los datos relevantes y, si lo estima oportuno, ordene que se hagan ulteriores averiguaciones.

La enseñanza teórica es que, en contra de una opinión muy difundida, el juez de instrucción es una institución liberal. De un liberalismo moderado, pero liberalismo al fin y al cabo. Allí donde hay un juez de instrucción, especialmente desde que la fase anterior a la apertura del juicio está plenamente presidida por las ya mencionadas garantías constitucionales del proceso penal, hay un órgano independiente e imparcial que no se limita a dirigir una investigación criminal. Y, por supuesto, no se limita a recoger sólo aquellos datos que luego puedan servir como pruebas de cargo. El sumario es algo más: es la preparación del juicio (recogida de datos favorables al imputado, protección de los derechos de las personas implicadas, práctica anticipada de pruebas inaplazables, valoración de si hay base suficiente para sostener la acusación, etc.) y, precisamente por ello, tiene un significado garantista. Aunque ello no significa que el juez de instrucción tenga que ser conservado a toda costa, no debería olvidarse a la hora de proponer su supresión.

5. QUINTA TESIS. EN UNA LÓGICA GARANTISTA, LA SEPARACIÓN ENTRE INVESTIGACIÓN Y ACUSACIÓN ES VALIOSA

La máxima preocupación del constitucionalismo en materia de proceso penal ha sido asegurar una separación efectiva entre acusador y juez. Esta es la esencia del principio acusatorio. Mucha menos atención se ha prestado, en cambio, al problema de si es conveniente que el acusador también esté separado del investigador. En otras palabras, el problema de la separación de funciones en el proceso penal se ha planteado siempre río abajo, rara vez río arriba. Pero esto no implica que preguntarse por la conveniencia de separar la investigación

de la acusación sea plantearse un falso problema. De hecho, tiene mucho que ver con lo dicho poco más arriba acerca del juez de instrucción como órgano independiente e imparcial que prepara el juicio.

En un proceso penal con juez de instrucción, existe separación entre investigación y acusación. Ciertamente, esta separación no es absoluta, porque el fiscal participa en la fase sumarial y puede hacer todo tipo de peticiones al juez de instrucción con respecto a la actividad investigativa; pero la decisión corresponde al juez de instrucción, por lo que el fiscal no suele adoptar una actitud especialmente activa.

Es interesante observar que la separación entre investigación y acusación no es algo que ocurre únicamente en el proceso penal con juez de instrucción, como lo demuestra que siempre ha existido en el derecho inglés. Este se caracteriza, como es bien conocido, por la ausencia de un Ministerio Fiscal en sentido propio, es decir, de una institución específicamente encargada de defender la legalidad ante los tribunales y, más en particular, de ejercer la acción penal. La regla tradicional era que la policía, tras haber llevado a cabo la investigación criminal, ejercía la acción penal, si bien la acusación propiamente dicha era encomendada a un abogado contratado por la policía misma. De aquí que quien acusa ante el tribunal no es el mismo que ha investigado. Este rasgo del proceso penal inglés no se ha visto puesto en entredicho por la creación del *Crown Prosecution Service* en 1985. Sólo en un sentido muy lato es posible asimilar esta nueva institución a un genuino Ministerio Fiscal. Ciertamente, filtra los casos que llegan de la policía, de manera que la decisión de ejercer la acción penal no corresponde ya únicamente a aquélla; pero hay que destacar que, una vez tomada la decisión de sostener la acusación, no es el *Crown Prosecution Service* quien acusa ante el tribunal correspondiente, sino que lo hacen abogados independientes contratados para ello. De aquí que la acusación siga siendo una actividad predominantemente técnica, nítidamente separada de la investigación. Por lo demás, el hecho de que el derecho inglés,

como el español, admita el ejercicio de la acción penal por los particulares en nada afecta a cuanto se acaba de decir.

Pues bien, la separación entre investigación y acusación, aunque sea relativa, presenta una ventaja: tiende a excluir el apasionamiento del fiscal, caracterizando la acusación en una actividad técnica. Quien se limita a sostener la acusación en juicio sobre la base del material probatorio preparado por otros tiene normalmente una implicación personal menor que quien ya está familiarizado con el asunto, por haber conducido las pesquisas tendentes a esclarecer los hechos. Tendrá una visión menos sesgada y será más capaz de distinguir y matizar. A ello hay que añadir que la fiscalía como institución no considerará que su cometido consiste, más que nada, en obtener condenas, pues no se planteará la victoria procesal como justificación de la investigación realizada. Todo esto lleva a un acusador que, en circunstancias normales, mantiene un cierto distanciamiento y no se comporta como un simple abogado, sino como defensor de la legalidad.

Con esto último no quiero sugerir que la figura del fiscal investigador sería necesariamente contraria a la definición que el art. 124 de la Constitución hace las funciones del Ministerio Fiscal. Ya se vio más arriba que el pasaje que habla de «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley» es muy vago, por lo que de aquí no cabe razonablemente concluir que la separación entre investigación y acusación es un imperativo constitucional. Es más: una afirmación de esa índole tropezaría con la previsión del art. 126 de la Constitución, según el cual la policía judicial no está sólo a las órdenes de los jueces sino también del Ministerio Fiscal. Ahora bien, una vez reconocido todo ello, no cabe ignorar que la separación entre investigación y acusación casa bien con la concepción del Ministerio Fiscal como una institución al servicio objetivo de la legalidad.

6. SEXTA TESIS. EL RIESGO DE COMPORTAMIENTOS ABUSIVOS DEL FISCAL INVESTIGADOR ESTÁ EN RELACIÓN CON LA ESTRUCTURA DEL MINISTERIO FISCAL

Los principales ejemplos que suelen aducirse de fiscal investigador corresponden a países en que el Ministerio Fiscal está diseñado como una institución descentralizada y a veces, incluso, no unitaria.

Tal es, sin duda, el caso de los Estados Unidos, donde la fiscalía, salvo a nivel federal, tiene carácter local y electivo. Es verdad que, a nivel federal, todos los fiscales dependen del Departamento de Justicia, aunque consuetudinariamente gozan de un amplio margen de autonomía. Así lo demuestra el reciente escándalo desatado a raíz del cese de varios fiscales federales por no plegarse a las severas instrucciones procedentes de la capital. Hay que recordar, en todo caso, que los fiscales federales sólo se ocupan de delitos de derecho federal, que son estadísticamente un porcentaje reducido.

También en Alemania e Italia, aunque por razones distintas, el Ministerio Fiscal tiene una estructura descentralizada. En Alemania, ello es debido a que la fiscalía, al igual que los tribunales, es competencia de los *Länder*. Sólo en los tribunales de máximo nivel, que son de competencia federal, hay fiscales federales. En otras palabras, la propia organización judicial alemana, que distribuye la competencia sobre la administración de justicia entre el *Bund* y los *Länder* según un criterio de niveles jurisdiccionales, determina que no haya un Ministerio Fiscal unitario. En cuanto a Italia, aun existiendo teóricamente un Ministerio Fiscal unitario para todo el país, toda una serie de leyes relativas al estatuto de jueces y fiscales —no se olvide que allí constituyen una carrera única— han conducido a una notabilísima independización de cada fiscalía con respecto al Ministro de Justicia, así como a un no des-

deñable margen de maniobra de cada fiscal individualmente considerado. La única facultad efectiva de que dispone el Ministro de Justicia con respecto a los fiscales es la de ejercer la acción disciplinaria; pero, como es obvio, ello sólo sirve para controlar, no para dirigir. La independencia de los fiscales italianos, dicho sea incidentalmente, seguramente debe ser vista con precaución, pero por consideraciones que nada tienen que ver con lo que aquí se discute.

La vinculación de las funciones de investigación y acusación, inherente a la figura misma del fiscal investigador, resulta menos inquietante, en términos de acumulación de poder, en estos países donde el Ministerio Fiscal no presenta una estructura unitaria. El principal riesgo de comportamiento abusivo por parte del Ministerio Fiscal no estriba, hoy en día, en investigaciones y acusaciones guiadas por un móvil persecutorio, intimidador o vengativo. Frente a esta eventualidad, que en ningún caso debe ser subestimada, existen garantías razonablemente eficaces. El principal riesgo es, más bien, que el Ministerio Fiscal otorgue, de manera más o menos encubierta, inmunidad a ciertas personas o en determinados casos. La impunidad injustificada es siempre un mal, porque transforma la legalidad en algo puramente instrumental y mina la credibilidad del Estado.

Pues bien, es claro que, si la investigación criminal es dirigida por la fiscalía, ésta tendrá una doble ocasión para actuar con lenidad: por supuesto, al igual que allí donde la investigación corresponde al juez de instrucción, siempre podrá no ejercer la acusación o hacerlo con benignidad; pero también podrá, antes todavía, no investigar. Este riesgo existe cualquiera que sea la estructura del Ministerio Fiscal, ya que es inherente a la vinculación de las funciones de investigación y acusación. Pero, si a ello se añade un Ministerio Fiscal unitario y jerárquico, como por imperativo constitucional es el español, el resultado será la eliminación de frenos y contrapesos internos que permitan conjurar el mencionado riesgo de actuar con lenidad y, más en general, de manera arbitra-

ria. En los países donde el Ministerio Fiscal está descentralizado, en cambio, casi siempre cabe, por vía directa o indirecta, que las omisiones de una fiscalía sean paliadas por otra.

Si en España se introdujera la figura del fiscal investigador, y dada la estructura constitucionalmente predeterminada del Ministerio Fiscal español, el único verdadero límite frente a comportamientos abusivos vendría dado por la acción popular.

7. SÉPTIMA TESIS. EL FISCAL INVESTIGADOR DIFICULTARÍA EL EJERCICIO CON PROBABILIDADES DE ÉXITO DE LA ACCIÓN POPULAR

No se trata aquí de examinar las bondades y maldades de la acción popular en materia penal. Baste recordar dos extremos: primero, la acción popular está expresamente garantizada por el art. 125 de la Constitución y, aunque la jurisprudencia constitucional permite imponerle algunas restricciones, no puede ser suprimida ni desfigurada; segundo, es un derecho profundamente arraigado en la cultura jurídica española y, como ha quedado apuntado, sirve de contrapeso a un Ministerio Fiscal dependiente del Gobierno. Esto es algo típicamente español, ya que la pauta general en una perspectiva comparada es el monopolio público sobre la acción penal. Así, cualquiera que sea la valoración que cada uno haga de la acción popular, parece claro que sirve para limitar el poder; y esto es, cuanto menos, relevante en una lógica constitucional.

Dicho esto, ya se ha visto que, en España, el verdadero límite frente a comportamientos abusivos de un Ministerio Fiscal que tuviera encomendada la investigación criminal sería la acción popular. Ni que decir tiene que éste debería ser un elemento muy a tener presente a la hora de valorar la oportunidad de una reforma conducente a introducir el fiscal investigador:

¿sería prudente incentivar el uso de la acción popular?

Pero, más allá de consideraciones de oportunidad de esta índole, convendría asimismo llamar la atención sobre otro extremo: el mero hecho de poner la investigación criminal en manos del Ministerio Fiscal debilitaría la efectividad de la acción popular. Ello se debe a que los particulares, salvo en contados casos, no disponen de los medios para esclarecer debidamente los hechos delictivos y hacer acopio del material probatorio necesario para sostener la acusación. El particular que ejerce la acción penal puede ahora apoyarse en el juez de instrucción, que es un órgano independiente del poder político e imparcial con respecto a la acusación y la defensa. Si el juez de instrucción cree que la iniciativa de ese particular no es temeraria o maliciosa, pondrá sus facultades al servicio del esclarecimiento de los hechos y,

así, le dará una oportunidad de sostener con probabilidades de éxito la acusación. La efectividad de la acción popular, dicho en términos generales, depende en gran medida de que la investigación criminal está dirigida por un órgano independiente e imparcial. Este panorama podría verse notablemente alterado por la introducción del fiscal investigador, pues tendría instrumentos para dificultar el acceso de los particulares a los datos necesarios para ejercer seriamente la acción penal.

Es cierto que ello no supondría formalmente una vulneración del art. 125 de la Constitución, ya que las condiciones legales de ejercicio de la acción penal no se verían afectadas; pero es igualmente claro que el contrapeso que la acción popular representa frente a un Ministerio Fiscal dependiente del Gobierno se vería debilitado.

Fecha de recepción de originales: 3 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 21 de mayo de 2007.

RESUMEN

La necesaria reforma del proceso penal español, y específicamente de la fase de procedimiento preliminar o instrucción, puede intentarse desde dos puntos de vista políticos muy diferentes.

Según uno de ellos debería atribuirse al Ministerio Fiscal o, lo que es lo mismo en la actual situación española, al Poder Ejecutivo, el cual debería asumir también, al menos en lo posible, el monopolio de la acusación, y con ello se trataría de copiar modelos ajenos al nuestro, modelos que por cierto no aseguran una justicia penal en la que se garanticen mejor los derechos de todas las personas (acusados, víctimas).

Según el otro, el que se propugna en estas páginas, la instrucción es algo diferente de la investigación y aquella debe atribuirse a un órgano del Poder Judicial y por ello independiente, aparte de que el Ministerio Fiscal nunca debería asumir monopolio alguno en la acusación.

El objeto del estudio responde así a la idea de que la necesaria reforma de nuestro proceso penal, no debe llevar a importar modelos ajenos y en buena medida inquisitivos, sino que debe hacerse desde el perfeccionamiento de nuestro sistema y por el camino de las garantías efectivas; entre ellas la del juicio oral no puede llegar a convertirse en amenaza.

PALABRAS CLAVE

PROCESO PENAL, DEPARTAMENTO FISCAL, INVESTIGACIÓN, INSTRUCCIÓN, IMPARCIALIDAD.

ABSTRACT

The necessary reform of the penal Spanish process, and specifically of the phase of preliminary procedure or instruction, can be traed from two political very different points of view.

According to one of them one should attribute to the Attorney General's office or, which is the same thing in the current Spanish situation, to the Executive Power, which should take up office also, at least in the possible thing, the monopoly of the accusation, and with it to be a question to copy models foreign to our one, models who certainly do not assure a penal justice in which there should be guaranteed better the rights of all the persons (defendants, victims).

According to other one, which is supported in these pages, the instruction is something different from the investigation and that one must assume to an organ of the Judicial Power and for independent it, apart from the fact that the Attorney General's office should never assume any monopoly in the accusation.

The object of the study answers to yes to the idea of that, the necessary reform of our penal process, must not go when foreign models matter and mostly inquisitive, but it must be done from the development of our system and for the way of the effective guarantees; between them that of the oral judgment cannot manage to turn into threat.

KEYWORDS

PENAL PROCESS, FISCAL DEPARTMENT, INVESTIGATION, INSTRUCTION. IMPARTIALITY.

INVESTIGACIÓN E INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL

A favor del imperio de la ley y de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral

Juan Montero Aroca

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia.
Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

1. Algunos puntos de partida. A) La naturaleza política de la cuestión. a) El conjunto de las reformas pretendidas. b) El momento de proposición de las reformas. B) El carácter interno del debate. a) La inexistencia de norma internacional. b) La dispersión del derecho comparado. C) La parcial libertad del legislador ordinario. D) La finalidad política a conseguir. 2. ¿Qué es el Ministerio Fiscal español? A) Un órgano integrado en la órbita del Poder Ejecutivo. a) La ficción de la integración en el Poder Judicial con autonomía funcional. b) La realidad de la integración en el Poder Ejecutivo. B) Un órgano sometido a la legalidad y unas personas imparciales. a) Legalidad y sumisión a la ley. b) Interés objetivo e interés individual. 3. ¿En qué consiste la actividad preparatoria en el proceso penal? A) Investigación. B) Instrucción. a) Preparar el posterior juicio oral. b) Impedir que llegue a abrirse el juicio oral (evitar la “pena de banquillo”). 4. Límites de la actividad preparatoria atribuible al Fiscal. 5. El sacrificio de la eficacia material en aras del aumento de los poderes del Fiscal (=poder ejecutivo). A) Del sueño a la pesadilla con el Ministerio Fiscal actual. B) La reiteración inútil de actos preparatorios. a) Referidos a los sistemas de incoación de la actividad preliminar. b) Referidos a la realización de la actividad investigadora. c) Referidos a la adopción de medidas cautelares. d) Referidos a los actos de limitación de derechos. e) Referidos a los juicios jurídico-penales que hacen avanzar la instrucción o la terminan. 6. Muy lejos de la complacencia en la situación actual.

1. ALGUNOS PUNTOS DE PARTIDA

No hace mucho tiempo, y entonces con referencia al proceso civil, me vi en la necesidad de advertir, como dato constatado una y otra vez por la experiencia, que una de las actitudes típicas del profesor universitario español consiste en pretender hacernos creer que cuando él habla o escribe lo hace siempre científicamente y, por tanto, alejado de cualquier connotación política. Por ello ese profesor se presenta siempre revestido de la apariencia de que él opina simplemente desde la técnica, afirmando que la política queda muy lejos de su quehacer, aparte de que suele insistir en que la misma es

incompatible con la aséptica neutralidad propia del científico. Se trata de una burda negación de la realidad.

La situación me parece más grave aún, si cabe, cuando quien escribe o habla es un magistrado, pues entonces, escudándose éste en los deberes y prohibiciones que le imponen su estatuto personal, y especialmente desde una pretendida no implicación política, acaba o por no llegar a tomar realmente posición, limitándose a resumir posiciones ajenas, o por tomarla, pero con tal cúmulo de prevenciones, matizaciones y distinguos que acaba por desnaturalizar esa toma de posición. Aquí, el necesario alejamiento de los partidos políticos

necesidad evidente en un juez, se quiere utilizar por los jueces para olvidar su condición de ciudadano implicado, como todos, ni más ni menos, en lo que es mejor para la sociedad en la que vive.

Es el caso, con todo, que la cuestión de a quién debe corresponder tanto la investigación como la instrucción en el proceso penal es una cuestión eminentemente política, y lo es en tal medida que se trata, nada menos, que de decidir si las mismas deben atribuirse al Poder Ejecutivo o al Poder Judicial. Digámoslo con claridad: Lo que está en juego no es una cuestión de mera técnica jurídica, sino algo estrictamente político, por lo que los argumentos a utilizar, naturalmente en uno y otro sentido, no se basan en una pretendida interpretación de una norma u otra, sino en lo que se considera más adecuado para los fines que el derecho y el proceso penal deben cumplir en la actualidad.

Debe darse incluso un paso más para llegar también a afirmar que el debate en torno a quién debe asumir la investigación y/o la instrucción no debería llegar a integrarse en la cuestión de una pretendida eficacia formal del proceso penal, entendiendo por esta eficacia la referida a su duración y a su coste. Esta manera de entender la eficacia responde también a una (otra) manera de ocultar en el fondo del debate.

No se discute que en la regulación del proceso penal habrá de atenderse a la eficacia meramente formal (la referida fundamentalmente al tiempo y al coste) y que ello precisará, sin duda, de reformas orgánicas y procesales (a veces simplemente procedimentales), pero la atribución de la investigación y/o la instrucción al Poder Ejecutivo o al Poder Judicial no puede decidirse atendiendo ni exclusiva ni principalmente a esta eficacia. Esa atribución sólo puede decidirse desde la verdadera eficacia del proceso penal, la material, esto es, desde las funciones propias del sistema de imposición de penas (seguridad y libertad) y desde la comprensión política de las funciones de los poderes en el estado. Se trata de atender, en primer lugar, a las garantías de las personas

frente al estado a la hora de la aplicación del derecho penal, garantías referidas sin duda al imputado, pero también a las víctimas, a cada uno de los ciudadanos y a la sociedad en su conjunto.

A) LA NATURALEZA POLÍTICA DE LA CUESTIÓN

El debate sobre quién debe tener atribuida la investigación y/o la instrucción en el proceso penal es en España un debate reciente y con connotaciones referidas a algo más complejo que una mera atribución de competencia. Para entender ese debate debe advertirse la concurrencia de, al menos, dos circunstancias.

a) *El conjunto de las reformas pretendidas*

La primera de las circunstancias a examinar se refiere al encuadramiento de esta cuestión, pues la misma no se presenta sola. En las páginas que siguen me centro en la investigación y/o instrucción por el fiscal, pero tengo que dejar constancia que esa reforma concreta no se presenta aislada, sino en un cuadro mucho más general de reformas del sistema procesal penal. Algunas de esas reformas son las siguientes:

1ª) El Ministerio Fiscal —se sostiene por estos reformadores— debe ser el titular en régimen de monopolio de la acusación penal; el único que debe poder sostener esa acusación tiene que ser un órgano público y ello implica, bien la desaparición de otros posibles acusadores (tanto particulares como populares), bien la reducción de estas otras acusaciones a lo mínimo que no choque frontalmente con lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución, y sin olvidar la inclusión de esa acción penal por el ofendido por el delito en el artículo 24.1 de la misma norma fundamental. No puede dejar de reconocerse por los reformadores que en nuestro sistema constitucional el reconocimiento de legitimación a los particulares, por lo menos en algunos casos, comporta la atribución de un derecho de rango fundamental, pero esto se ve como un simple obstáculo al

ideal perseguido del monopolio público, obstáculo que debe vencerse con medidas imaginativas (esta frase no es, naturalmente, mía).

Este es, otra vez, el momento apropiado para recordar a Solón. Según Plutarco (*Vidas paralelas, Solón, XVIII, in fine*): «Se preguntaba Solón: ¿Cuál es la ciudad mejor regida? Y se respondía: Aquella en que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos, los que no han recibido ofensa». Y añadía Plutarco: «Concedió indistintamente a todos el poder presentar querrela en nombre del que hubiese sido agraviado; porque herido que fuese cualquiera, o perjudicado o ultrajado, tenía derecho el que podía o quería de citar o perseguir en juicio al ofensor; acostumbrando así el legislador a los ciudadanos a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo». Parece claro que Solón se sentiría decepcionado por quienes pretenden, dos mil seiscientos años después, que la acusación la asuma en exclusiva el Poder Ejecutivo, apartando de ella a los ciudadanos, como si éstos hubieran de considerarse ajenos al cuerpo que ha sentido la ofensa de los insolentes.

2ª) Junto con el monopolio anterior —siguen sosteniendo los reformadores— debe reconocerse que el ejercicio de la acusación penal por el fiscal no debe estar sujeta rígidamente al principio de legalidad, sino que debe darse entrada al principio de oportunidad, con más o menos garantías y con mayor o menor extensión. No es del caso entrar ahora en este pretendido principio (que, desde luego, no es tal), pero sí es necesario recordar que el mismo suele defenderse desde un aparente criterio de eficacia de la justicia penal (siempre en sentido formal, y no en el material de garantía).

Realmente lo sostenido ahora es que, dado que los insolentes son muchos y no pueden perseguirse todas sus ofensas a quienes forman parte del cuerpo social, el Poder Ejecutivo tiene que tener la facultad de decidir, caso por caso, a quién y qué es lo que persigue y a quién y qué, digamos, se olvida. La prohibición general de la autotutela, con la promesa de la tutela judicial efectiva, pasando por la tipificación de conductas en el Código Penal, acaba quedando

en nada; acaba quedando en lo que el Poder Ejecutivo decida cuando llegue cada caso. No se perseguirá a todos los que realicen acciones u omisiones previstas en el Código Penal, no; se perseguirá sólo a quienes el Gobierno considere «oportuno» llegados los casos concretos.

3ª) La oportunidad anterior tiene que permitir la introducción de un fuerte componente transaccional o pactista, por medio del cual los reformadores pretenden disminuir drásticamente el número de procesos penales, siempre con la vista puesta, desde luego no en la justicia (esto es, no en el cumplimiento de lo dispuesto en el Código Penal), sino en la eficacia (digamos otra vez formal del sistema penal). Naturalmente la posibilidad de acusaciones populares o particulares se ve aquí también como un obstáculo a superar.

El proceso penal, concebido constitucionalmente como garantía de las personas en la aplicación del derecho penal, acaba con esta otra auspiciada reforma convirtiéndose en algo que debe ser preferentemente evitado, y ello atendiendo a razones de economía de esfuerzos personales y de medios materiales. De este modo, el proceso mismo se convierte de hecho, no ya en garantía, sino en amenaza; el acusado no ve ya en el proceso la garantía básica de sus derechos, sino algo que utiliza la acusación como instrumento para la agravación de las penas, de modo que la persona es coaccionada para que prefiera una pena menor, impuesta administrativamente, a una pena mayor, aunque ésta se imponga con todas las garantías del proceso

4ª) Ni que decir tiene que en este caldo de cultivo la ejecución de la pena debe corresponder al fiscal. Los jueces —se concluye finalmente— han de limitarse a realizar el juicio oral sólo cuando el fiscal así lo inste y, en su caso, a condenar (que es la vieja *iurisdictio*), pero una vez impuesta la condena su misión acaba, pues en la ejecución de las penas no hay ejercicio de jurisdicción.

Todo lo anterior es una mera síntesis del cuadro de reformas perseguidas desde una (¡naturalmente!) política manera de entender

el sistema de aplicación del derecho penal. El principio esencial a nuestra civilización de que los únicos que aplican el derecho penal son los jueces y de que lo hacen sólo por medio del proceso, puede tener que reconocerse si bien por algunos de los reformadores sólo formalmente y a regañadientes, pues lo que sostienen es que, primero, el proceso no sea siempre necesario para imponer penas y, después, la aplicación del derecho penal por los jueces se haga sólo cuando y de la manera que el Poder Ejecutivo, y por su instrumento que es el Ministerio Fiscal, estime oportuno.

Esta pretensión de pasar la aplicación del derecho penal por el filtro de la voluntad del Gobierno se califica por sus propugnadores como «progresista», lo que, a contrario sensu, debe significar que los que no compartimos semejante aumento del poder del Gobierno debemos ser considerados «conservadores» o puede que incluso «reaccionarios». Estas «etiquetas» ni siquiera merecen respuesta, al tratarse de meros improperios indignos de quien debería utilizar la razón, el argumento y la experiencia para un debate político. Las etiquetas y los eslóganes de ese estilo pueden llegar a ser los más adecuados para vender detergentes, por ejemplo, pero el uso en un debate político descalifica a quien los utiliza. Por mi parte nunca osaré calificar a los propugnadores de las reformas dichas de totalitarios, tampoco de autoritarios y, desde luego, no de negadores de la libertad.

Con todo, no estará demás recordar que el «progreso» no puede consistir, positivamente, en estar a favor del aumento del poder de los detentadores del mismo y, negativamente, en estar en contra de la libertad de las personas. Mi manera de entender el progreso radica en estar a favor de todo lo que de pasos por el camino favorecedor de la libertad de las personas y en oponerme a todo aquello que, de una u otra manera, pueda limitarla. No estará de más recordar que la libertad (o la limitación de la misma) no es un medio para conseguir un fin político más alto; la libertad es en sí misma el fin político más alto (Lord Acton).

b) El momento de proposición de las reformas

La otra circunstancia es temporal y atiende a cuándo política y doctrinalmente surgió en España la idea de que debe atribuirse al fiscal la investigación y/o la instrucción en el proceso penal. Dejando a un lado las alusiones a otros sistemas procesales penales (el falaz recurso al derecho comparado), alusiones a las que me referiré seguidamente, deben advertirse dos coincidencias, que no dos casualidades:

1ª) Sin perjuicio de antecedentes —que siempre pueden encontrarse para todo— es en la década de los ochenta cuando en España se suscita la pretendida necesidad de que la investigación y/o la instrucción se atribuya al Ministerio Fiscal. Por ejemplo, la primera Memoria de la Fiscalía General del Estado que entra en el tema es la de 1987 y, a partir de ahí, hasta la correspondiente a 1994, se insiste machaconamente en el tema, aunque en esta última ya se acaba por admitir que esa instrucción por los fiscales no suscita precisamente entusiasmo en la carrera fiscal. De la misma manera el intento legislativo en el que se llegó más lejos es el del borrador de Ley del Tribunal del Jurado realizado por el Ministerio de Justicia, intento al que se renunció políticamente en buena medida, como se advierte en el proyecto remitido a las Cortes y luego ya en la Ley Orgánica 5/1995 (y dejó a un lado la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, por la especialidad de la misma, caso del llamado principio del interés superior del menor, detrás del que se han podido ocultar otras intenciones). No puede ser casualidad que parte de la doctrina (y no sólo la procesal, sino casi principalmente la penal) inicie la batalla de la investigación y/o de la instrucción por el fiscal precisamente en esos años.

2ª) Como nada es casualidad cuando de decisiones del hombre se trata, debo simplemente evocar la situación de la Fiscalía General del Estado por esas fechas de los ochenta, con muy reveladores sucesos, algunos de los cuales se han referido a procesos muy importantes con-

tra muy altas autoridades del Estado. Debería bastar la mera evocación de la inadmitida que-rella de Eligio Hernández pero, sobre todo, la «inhibición» de la Fiscalía General del Estado en casos tan importantes como los de los GAL, Filesa o los Fondos reservados, para tener un elemento de juicio muy importante a la hora de entender lo que ha estado sucediendo y, especialmente, los datos prácticos a la hora de tomar decisiones futuras.

Nunca como en los últimos tiempos los fiscales generales del Estado han insistido en que desde la Constitución de 1978 el Gobierno no ordena la actuación del Ministerio Fiscal y, posiblemente también, nunca ha sido más evidente en la práctica su dependencia del Gobierno. Cuanto más han proclamado (presumido) su independencia, más claramente se ha visto su sumisión (de lo que carecen).

Es cierto que la sociedad actual o, mejor, la mayoría de las personas que la integran, carece de memoria, tanto que a buena parte de ellas no les «sonarán» muchos nombres de fiscales generales del estado, pero habrá de reconocerse que alguno de esos nombres forman parte del anecdótico que ha de integrar una parte de nuestra historia (con minúscula). A los que seguimos la evolución político-jurídica en general de España nos siguen sonrojando una y otra vez las actitudes de algunos fiscales generales, los cuales, a pesar de ser meros lacayos al servicio del Gobierno, quieren, encima, que la sociedad española se crea que actúan de modo independiente (a veces dicen autónomo).

B) EL CARÁCTER INTERNO DEL DEBATE

Desde esa visión política hay que empezar despejando algunas apariencias de argumentación:

a) La inexistencia de norma internacional

No existe norma internacional alguna, por lo menos de aquellas que obligan a España, que determinen la decisión que el legislador

interno debe tomar sobre quién debe realizar la investigación y/o la instrucción.

Me he releído en estos días, no se si atreverme a decir de cabo a rabo o si sería más prudente decir desde la cruz hasta la raya: 1) La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, 2) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, 3) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950 (éste en la versión del Protocolo 11, de 11 de mayo de 1994) y 4) También el por ahora defenestrado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (sin fecha, claro), y después de la paciencia que hace falta para llegar al final de todas estas normas puedo hacer la afirmación con que he encabezado este apartado: Nada obliga a España a modificar su sistema actual sobre la investigación y/o instrucción del proceso penal.

Es cierto que en algún voto particular de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede haberse deslizado por algún juez de formación no europea continental alguna opinión no propicia a ese sistema europeo continental, basado tradicionalmente como es sabido en el juez de instrucción, pero esto no afecta a lo que digo. Ese Tribunal lo que ha dejado claro es que:

1) El juez que ha intervenido en la instrucción no puede luego formar parte del tribunal juzgador de la causa. Esto se ha reiterado con matices por lo menos desde 1984 (caso *De Cu-ber*).

2) El fiscal que ha intervenido como tal en la instrucción no puede luego integrar el tribunal juzgador. Esto se indicó por primera vez en el caso *Piersack* de 1982.

Insisto: Desde el punto de vista de las normas internacionales que obligan a España no puede afirmarse que exista nada que afecte a una pretendida necesidad de que España reforme su sistema procesal penal, de modo que esa reforma consista en conferir al Ministerio Fiscal la investigación y/o la instrucción. Ni

siquiera en proyectos (caso del Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal, de 1992) se encuentra tal imposición internacional.

b) La dispersión del derecho comparado

La apelación al llamado derecho comparado carece de utilidad a la hora de legislar sobre la investigación y/o la instrucción penal y, de modo muy especial, cuando se trate de configurar las funciones del Ministerio Fiscal.

Es fácil recordar como en el llamado derecho comparado se encuentran argumentos para defender cualquier posición, pero lo preocupante es que cuando se quieren utilizar otros sistemas políticos de organizar el proceso penal como argumento para defender una determinada posición en España, esa utilización es siempre parcial, en el sentido de no completa. Cabe poner muchos ejemplos.

a) El caso más citado es el de la justicia penal de los Estados Unidos, con su llamado proceso acusatorio o de sistema *adversarial*, pero es difícil dejar de recordar que en ese sistema, simplemente a título de ejemplo:

1) El 90 por 100 de las personas que están en la cárcel cumpliendo una pena de privación de libertad lo están, no por haber sido condenados después de un proceso, sino por acuerdos entre el fiscal y el abogado defensor (alguien ha llegado a hablar de «condenas impuestas por autoridades encargadas de la investigación sin que exista un serio control judicial»). El sistema ha conducido a la aberración política de que el proceso (el juicio ante el jurado que promete la Constitución norteamericana) no sea ya garantía sino instrumento de coacción en manos del fiscal para forzar la conformidad del acusado; también se ha dicho que el consentimiento del acusado «se compra» con una rebaja importante en la pena.

2) Los fiscales de los Estados Unidos tienen poco que ver con los de España. El Fiscal Federal es parte del Gobierno Federal, no es que dependa de ese Gobierno, sino que for-

ma parte del mismo, y por ello se acaba imputando sólo a los que el Gobierno decide; más aún, cuando la presión ciudadana (sobre todo de los medios de comunicación) impone esa acusación al Gobierno, éste tiene que nombrar un fiscal independiente. Todos recordamos a Clinton, a Monica Lewinsky y al fiscal especial Kenneth Starr (y habría que saber qué ha sido de éste) como consecuencia de lo que se quiso llamar, bien «contactos íntimos inapropiados», bien «comportamiento inadecuado», a pesar de que tiene un nombre latino y otro español más contundentes. Por otro lado los fiscales de los estados y de los distritos son elegidos, como todos los demás cargos públicos, y la fiscalía es una etapa en una carrera política que se pretende que sea de largo recorrido.

La «fascinación» que algunos sienten en España por el sistema de justicia penal de los Estados Unidos es algo que escapa a la comprensión de cualquiera que se acerque al mismo con ojos de búsqueda de la justicia y de la garantía procesal. Naturalmente que no faltan grandes aciertos parciales (por ejemplo en la prueba ilícita), pero ello no es obstáculo para poder concluir que ese sistema no es desde luego asumible por España. Y ello aunque la fascinación haya llevado a Alemania a asumir buena parte de este sistema, con la consecuencia, por ejemplo, de que en más del 50 por 100 de los casos la pena no se impone después de un verdadero proceso. Tampoco suele citarse que también en Alemania, incluso con otro fiscal, éste ha archivado frecuentemente casos en que se hallaban implicados personajes del mundo político y de las altas finanzas.

b) En las antípodas se encuentra el fiscal italiano, pues éste está plenamente integrado en el Poder Judicial, del que es uno de sus componentes. Baste recordar que en Italia jueces y fiscales (la llamada magistratura) está unificados por el concurso de ingreso, por el aprendizaje, por la antigüedad, siendo posible el paso de los magistrados de una a otra función y a solicitud de los mismos. La única diferencia se acaba refiriendo a la capacitación para las funciones, bien enjuiciadoras, bien requirentes. Otra cosa que entre los llamados procuradores se haya

mantenido el principio jerárquico dentro de la organización del Ministerio Público y que el jefe de la oficina correspondiente tenga libertad para asignar asuntos a los «magistrados» integrados en la misma. El fiscal italiano es un magistrado, con las garantías propias de ese estatuto, y ello marca todas las diferencias.

No se trata, obviamente, de ir desgranando ejemplos de sistemas de organización de procesos penales y de fiscales de unos u otros países. Estoy tratando simplemente de decir que lo que haya sucedido o lo que esté sucediendo en otros países, sean o no de nuestro entorno, es útil conocerlo, pero no es criterio determinante para la toma de nuestras propias decisiones políticas.

C) LA PARCIAL LIBERTAD DEL LEGISLADOR ORDINARIO

La decisión sobre el sistema procesal penal es naturalmente interna, y ahora lo que debemos preguntarnos es, ya dentro de nuestro sistema, cuáles han de ser las relaciones entre lo predeterminado por la Constitución y el ámbito de los poderes del legislador ordinario. A esta cuestión debe responderse de manera clara que, en principio, en la Constitución no existe norma alguna desde la que pueda calificarse de inconstitucional, ni el mantener la completa atribución de la instrucción a un llamado juez de instrucción (la denominación es indiferente), ni la solución de optar por conferir algunos elementos de la instrucción (no, desde luego, el conjunto de ella) al fiscal (basta aquí citar las SSTC 45/1988, de 12 de julio, 32/1994, de 31 de enero, 41/1998, de 24 de febrero, y 87/2001, de 2 de abril y simplemente como meros ejemplos). En general, pues:

a) No pueden compartirse las opiniones que, de modo más o menos indirecto, parecen sostener que el sistema procesal penal actual, basado en la instrucción por un juez, es contrario al sistema que pareciera quererse determinar por la Constitución.

El esquema argumental de quienes sostienen lo anterior pareciera ser éste: 1) El ámbito

de la función jurisdiccional, según el artículo 117.3 de la Constitución, es solo juzgar y ejecutar lo juzgado, 2) La investigación (no ya la instrucción, pues normalmente se elude emplear esta palabra) no es ejercicio de potestad jurisdiccional, 3) Pugna con la Constitución la idea de «investigación judicial», la cual, además, no es garantía, sino engorro. Desde otros puntos de vista se insiste en que hay que proceder al reparto de papeles en el proceso penal de modo que la investigación (también suele usarse esa palabra) tiene que corresponder al fiscal.

Dejando a un lado que no es lo mismo hablar de investigación que de instrucción, como intento explicar seguidamente, lo cierto es que esta corriente de opinión pareciera partir, además de una idea muy imprecisa de lo que es el proceso llamado acusatorio, de que el Poder Judicial no puede asumir funciones atinentes a la garantía de cualquier derecho, a pesar de lo que dice el artículo 117.4 de la Constitución. Esa norma ampara que los integrantes del Poder Judicial asuman, no ya el Registro Civil, sino papeles determinantes en el sistema electoral, pero a una parte de la doctrina y de la práctica le parece que no es base suficiente para la asumir la instrucción.

Tampoco faltan quienes, mezclando la investigación y la instrucción, parecieran sostener que esa única función tiene que quedar excluida de los titulares de la potestad jurisdiccional. Se pretende así que el juez previsto en la Constitución no puede ser un juez instructor en el proceso penal. Todas estas afirmaciones suelen partir de configurar un juez a la medida del autor de turno y luego sostener que ese es el único juez constitucional. Hecho lo anterior, ya resta sólo decir que el juez instructor es contrario a la Constitución. Naturalmente no se explica cómo desde la Constitución de 1978 hasta la actualidad no se ha declarado la inconstitucionalidad de toda la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni cómo se han dictado leyes procesales penales por distintas mayorías parlamentarias en las que se ha partido de la constitucionalidad del juez instructor. Según estas opiniones estaríamos viviendo en el pecado (digo, per-

dón por el lapsus) en la inconstitucionalidad casi treinta años, y ello a pesar de que la STC 87/2001, de 2 de abril, simplemente como ejemplo, ha declarado «la compatibilidad con la Constitución del modelo legalmente vigente de Juez instructor, que dirige la investigación (sic) criminal» y que antes la STC 41/1998, de 24 de febrero, había afirmado resueltamente que el modelo de juez instructor no había sido modificado por la Constitución.

b) En sentido contrario tampoco considero que pueda sostenerse que la atribución al fiscal de la investigación (insisto, sólo de la investigación, no de la instrucción) se oponga a lo dispuesto en la Constitución. Los problemas no se refieren a la investigación, sino a la instrucción; sólo si excluyéramos de ésta todo lo atinente a las medidas cautelares, a las medidas que afecten a la limitación de cualesquiera derecho, de modo especial a los derechos fundamentales, todo lo referido a la prueba y, especialmente, las decisiones inicial, la de incoar o no la instrucción, y final, la de abrir o no el juicio oral, podría atribuirse esa, que ya no sería instrucción, al fiscal (por ejemplo, la actividad que pueda realizarse por el fiscal nunca podría llegar tener el valor de prueba en el proceso penal). En este sentido una vez procedido a casi suprimir la instrucción, dejándola reducida a la mera investigación, nada constitucional se opondría a que la misma se confiara a un órgano como es el fiscal (y no en régimen de monopolio). Sólo que entonces no habría instrucción en sentido estricto, aparte de que la investigación se complicaría pues el fiscal no podría ser el titular único de la acusación.

Vuelvo así a decir que la conformación del sistema procesal penal queda en buena medida dejada a la decisión del legislador interno español y que la decisión de éste es política. Lo es en el sentido de que los argumentos a utilizar en defensa de una u otra decisión han atender a lo que se considere mejor para la obtención de una cierta finalidad. Naturalmente siempre operarán los límites constitucionales, pero ya dentro de los mismos el debate es esencialmente político.

D) LA FINALIDAD POLÍTICA A CONSEGUIR

A la hora, pues, de tomar esa decisión por el legislador ordinario, la base de la misma no puede ser otra que lograr aquello que se estime más adecuado —siempre con las limitaciones que se derivan de la Constitución— a la finalidad propia de todo el sistema legal de aplicación del derecho penal. Dicho de otra manera, la decisión no se basará en argumentos jurídicos (que responden sustancialmente a aplicar una norma) sino en argumentos políticos (determinando lo que se estima mejor para el interés general y cuáles son los medios más adecuados para conseguirlo).

A partir de aquí, parecería conveniente simplemente apuntar cuál es la finalidad propia de todo este sistema, y lo es de modo especial porque a estas alturas estoy convencido que no existe una única finalidad, sino que debe distinguirse entre las fases propias de cualquier sistema de aplicación del derecho penal. Como es sabido el debate entre sistemas político-jurídicos se ha centrado en torno a la llamada verdad material. Dejo ahora a un lado el absurdo que supone simplemente hablar de verdad material, como si hubiera varias clases de verdades, unas más y otras menos verdaderas que otras, y me limito a lo esencial. Por ello indico solamente que:

a) En los sistemas jurídicos de la Europa continental pareciera partirse de la idea de que el sistema de justicia penal lo que debe perseguir es el descubrimiento de la verdad, y al servicio de esa finalidad estima que deben ponerse todos los medios necesarios. Esto ha llevado en ocasiones a soluciones muy poco asumibles en la actualidad, caso, a título de mero ejemplo, de las grandes facultades del juez en el juicio oral, que puede llegar acordar pruebas de oficio. Cierto es ahora que en la persecución de la verdad no todo vale, pero esa finalidad última ha condicionado durante siglos todo este sistema, llevándolo a veces a consecuencias inquisitivas hoy imposibles de mantener.

b) Por el contrario, en los sistemas anglosajones se ha partido de que la idea base es, no

ya la negación de la verdad material, sino la de que el método mejor para acercarse a la verdad posible es el de la confrontación dialéctica entre dos partes, enfrentadas ante un juez neutral, el cual no puede asumir facultad alguna de dirección material (no puede acordar prueba de oficio, por ejemplo). Se ha entendido así que se trata de favorecer la competición limpia (el *fair play*), convencidos de que de esta manera acabará ganando el mejor, es decir, el que lleva razón. Naturalmente en esta concepción se ha partido de la ficción de que las partes son iguales y que las dos, el fiscal y el acusado, pueden hacer su propia investigación (con todos los medios necesarios); y ello además de que cabe que las partes se pongan de acuerdo en el resultado, y que se lo impongan al juez, el cual actúa desde la más estricta neutralidad.

c) No ha faltado ocasión en la que se ha sostenido que todo el sistema persigue la finalidad de restablecer la paz perturbada por el acto aparentemente delictivo, de modo que pareciera partirse de la existencia de un conflicto entre el delincuente y la víctima, conflicto que debe solucionarse, no según la verdad material ni la competición entre esas partes, sino por los medios mejores para restablecer la concordia y asegurar la paz, medios que pueden incluso ser no jurídicos, pues pueden no llevar a la imposición de pena alguna.

Dejando a un lado esta última posición que, desde luego, no puede compartirse, pues implica negar la mayor parte de los pasos que la sociedad ha dado en el camino de la civilización (¿qué «conflicto» existe entre el atracador y el atracado que deba solucionarse? y ¿cómo se logra la paz entre el violador y la violada?, y en los dos ejemplos sin imponer la pena prevista en el Código Penal), creo que las otras dos posiciones son asumibles si se refieren a aspectos distintos del sistema de imposición de las penas. El descubrimiento de la verdad, sin más, es la finalidad esencial de la investigación (seguridad, protección de la sociedad), mientras que el método del enfrentamiento de dos partes parciales en pie de igualdad ante un tercero neutral, en que se conforma el juicio oral,

es la garantía procesal (libertad, protección de los derechos de los imputados).

Lo veremos seguidamente, pero ahora me limito a afirmar que las finalidades del sistema de imposición de las penas son, por un lado, el descubrimiento de la verdad (naturalmente no a cualquier precio) y, por otro, el que las penas sólo se imponen por el instrumento de garantía que es el proceso (esto en todo caso). Al servicio de esas dos finalidades deben disponerse los medios más adecuados para conseguirlas. Las decisiones a adoptar por el legislador radican, pues, en cómo se articula la investigación para que la misma se acerque lo más posible al descubrimiento de la verdad (siempre respetando los límites constitucionales) y en cómo se regula de la manera más respetuosa con las garantías propias del proceso la fase de juicio oral.

Podría decirse también de esta otra manera: La fase de instrucción persigue básicamente la finalidad de acopiar los conocimientos necesarios para adoptar o no la decisión de abrir la fase segunda, o de juicio oral, y para ello es determinante alcanzar el conocimiento más completo posible de cómo realmente han ocurrido unos hechos. Abierto el juicio oral se tratará, no de alcanzar la verdad por su medio, sino, primero, de determinar si el o los acusadores alcanzan o no en el mismo a desvirtuar la llamada presunción de inocencia del acusado y, después, a si lo han hecho precisamente con todas las garantías propias del proceso.

2. ¿QUÉ ES EL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL?

Para saber lo que es el Ministerio Fiscal en nuestro Ordenamiento debemos partir de lo que dice el artículo 124 de la Constitución. Dejando a un lado la paja (por ejemplo, velar por la independencia de los tribunales) en la norma se dispone: 1) El Fiscal General del Estado se designa libremente por el Poder Ejecutivo (consecuencia primera: cualquier intento de limitar esa libertad es inconstitucional y,

desde luego, no se limita cuando el propuesto por el Gobierno es simplemente «examinado» por el Congreso, reservándose aquél la decisión final, sin vinculación alguna), 2) Los fiscales se organizan atendiendo a los principios de unidad y dependencia, y actúan según los de legalidad e imparcialidad (consecuencia segunda: no son independientes y la atribución de independencia por la ley a cada uno de los fiscales convertiría a ésta en inconstitucional), y 3) Tienen por misión promover la acción de la justicia en defensa del interés público o social, lo que hacen por medio del ejercicio de las pretensiones pertinentes ante los titulares de la potestad jurisdiccional (consecuencia tercera: quienes tutelan los derechos de los ciudadanos son los tribunales, no los fiscales).

La norma se copió luego en el artículo 1 de la Ley 50/1981, por la que se regula el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. Después el artículo 2 de ésta añade que éste está «integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial», aunque hasta ahora nadie ha conseguido explicar ni cómo ni en qué radica esa supuesta «integración», pues se trata de un mero recurso retórico carente de concreción, tanto política como jurídica.

A) UN ÓRGANO INTEGRADO EN LA ÓRBITA DEL PODER EJECUTIVO

Las dudas en torno a la naturaleza del Ministerio Fiscal deberían considerarse en la actualidad resueltas, siempre en el Ordenamiento español (que es al que me estoy limitando), si bien se sigue y se seguirá debatiendo sobre la misma prácticamente en el vacío, como sucede tantas otras veces.

a) *La ficción de la integración en el Poder Judicial con autonomía funcional*

Entre las cosas que se pueden leer en España aparecen algunas muy «curiosas», como las opiniones que, incluso después de la Constitución y de la Ley 50/1981, han pretendido que fiscal forma parte del Poder Judicial, y de ahí la

sorprendente distinción entre una magistratura decisoria y otra supuesta magistratura postulante. En la actualidad distinciones como la anterior parecen cosa del pasado, pues bastará recordar los elementos que integran la jurisdicción: por un lado, la función jurisdiccional y, por otro, el estatuto de los jueces y magistrados con sus correspondientes garantías.

a) A estas alturas de los tiempos parece innecesario insistir en que la función jurisdiccional se resuelve en que el juez es el último garante de los derechos que el Ordenamiento jurídico reconoce a las personas y sea cual fuere la rama de ese Ordenamiento que se tome en consideración. Naturalmente los derechos más importantes son los fundamentales, pero la garantía se refiere a todos ellos. De este modo resulta que los únicos que pueden proceder a limitar los derechos de una persona, siempre en aras de la tutela de los de otra, son los titulares de la potestad jurisdiccional.

En la aplicación del derecho privado se tratará de que el particular vea como «sus» derechos subjetivos (los que afirma como propios, no cualesquiera) sean examinados y se decida sobre ellos por los jueces y magistrados, y necesariamente con todas las garantías propias del proceso. En la aplicación del derecho penal se trata de que los jueces y magistrados son la garantía última del respeto a la libertad de todas las personas, de modo que ninguna limitación de derechos y, desde luego, ninguna pena, puede efectuarse o imponerse por el estado fuera del ejercicio de la función jurisdiccional por sus titulares y necesariamente por medio del proceso.

Consiguientemente, la tutela de los derechos de las personas explica la existencia misma del Poder Judicial y de la potestad que se atribuye a los jueces y a los magistrados que lo integran. La función tiene que basarse, pues, en el imperio de la ley (en su sentido más técnico y preciso), pues se trata de tutelar los derechos que se establecen en el Ordenamiento, y el instrumento para ello es el proceso.

El Fiscal General del Estado, y todos los fiscales que a él están subordinados y que de

él dependen, no tienen la función de tutelar los derechos de las personas, cualesquiera derechos, sino que, antes al contrario, promueven la actuación de los tribunales en aras del interés público o social; por lo mismo cuando en las normas se dice que promueven los derechos de los ciudadanos, ello debe entenderse en tanto que por ese medio se atiende al interés público; si no hay un interés público en juego, la actuación del fiscal no es que no sea necesaria, es que legalmente no es posible (y por ello la actuación del fiscal es muy reducida en los procesos no penales).

b) De la misma manera no debería ser necesario tener que insistir en que: 1) Los principios conformadores del estatuto del personal jurisdiccional (jueces y magistrados), de modo muy especial la independencia y consiguiente sumisión exclusiva a la ley, sólo puede referirse a ese personal; ningún funcionario administrativo y ninguna autoridad política puede pretender ser independiente y estar sometida exclusivamente al imperio de la ley, y 2) Las garantías incluidas en el estatuto del personal jurisdiccional, es tanto que medios para hacer efectivos los principios conformadores, sólo pueden referirse a ese personal. Sería absurdo que personal alguno (en su sentido más amplio) al servicio del estado o del Poder Ejecutivo quisiera ser independiente y tener las garantías propias del estatuto de los jueces y magistrados.

El estatuto de los fiscales se basa en la dependencia de los mismos respecto del Fiscal General del Estado, el cual es realmente el único fiscal (principio de unidad, con «dirección» e «inspección»), pues todos los demás actúan, bien como representantes (de la institución), bien como delegados (de su jefe respectivo) y las palabras no son mías, pues se utilizan en el artículo 23 de la Ley 50/1981. Por ello el representado ordena a los representantes, que son «sus subordinados», a los que imparte «órdenes» e «instrucciones» (arts. 22 y 25 siempre de la Ley 50/1981). Todo el estatuto de los fiscales está basado en que la actuación de cada uno de ellos comporta el cumplimiento de las órdenes (específicas) y de las instrucciones (ge-

nerales) recibidas. Pueden establecerse medios para garantizar la legalidad de las órdenes recibidas (y de ahí los arts. 8.2, 11, 25 y 27 de esa Ley 50/1981) pero la dependencia responde a la esencia de la organización del fiscal español. De aquí que la referencia a la «independencia» del artículo 7 de la Ley 50/1981 sea una mera palabra vacía de contenido jurídico, pues ni el Ministerio Fiscal ni los fiscales concretos actúan con independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados.

b) La realidad de la integración en el Poder Ejecutivo

Dejando a un lado construcciones teóricas, como aquella que, con variantes, pretende que el fiscal es un órgano del estado con autonomía funcional, un órgano entre poderes o, incluso, una especie de cuarto o quinto poder constituido (según se haga el cómputo de poderes), hoy es imposible sustraerse a la idea de que el Fiscal General del Estado está integrado en la órbita del Poder Ejecutivo y, por lo mismo, que esa es la integración de los fiscales que son sus subordinados.

Si se atiende a las funciones y al estatuto personal de los fiscales, empezando claro por el Fiscal General del Estado, habrá de admitirse que los fiscales son la mano del Gobierno a la hora de hacer efectiva una determinada manera de dirigir la acción política. Si se prefiere podría decirse de esta manera: El Gobierno, según el artículo 97 de la Constitución, tiene confiada la dirección de la política, de la interior y de la exterior, y realmente ello consiste, primero en la determinación de cuáles son los intereses generales y, luego, en cómo se sirve mejor a los mismos. De este modo decidir cómo se sirve a los intereses generales en el caso concreto es misión del Gobierno, el cual debería decidir en qué consiste ese interés público caso por caso en todos los que se van suscitando. Desde esta base constitucional los pasos siguientes son sencillos:

1) La determinación de cuál es el interés general en el caso concreto corresponde al Gobierno, pues como he dicho se trata de un

aspecto de la política interior. Esa determinación debe hacerse, como es obvio, dentro de la ley, pero advertido que la ley, al no poder ser exhaustiva, permite un cierto campo de maniobra, dentro del mismo tendrá que decidir qué es lo que sirve mejor a los intereses generales. Cada gobierno tiene que tener una visión (política, claro) de cuáles son los intereses generales y de cuáles son los mejores medios para alcanzarlos.

2) Como el Gobierno no puede de hecho estar decidiendo en los miles de casos posibles que pueden suscitarse ante los tribunales y caso por caso cuál es el interés general, aparece un órgano específico de defensa de los intereses generales ante el Poder Judicial, el Ministerio Público, el cual queda subordinado al Gobierno, por medio del Ministerio de Justicia, y de esa subordinación se desprende su naturaleza jurídica.

Desde este punto de vista deben entenderse las relaciones del Ministerio Fiscal con los «poderes públicos», a las que se refieren los artículos 8 a 11 de la Ley 50/1981 y especialmente el primero de ellos. Cuando el Gobierno «interesa» (¡feliz eufemismo!) del Fiscal General del Estado que promueva una actuación concreta en defensa del interés público, lo que el Gobierno está haciendo es simplemente asumir de modo directo la decisión de cuál es el interés público en un caso concreto y cuáles son los medios para conseguirlo. Y el Gobierno lo «interesa» de un Fiscal General del Estado que es nombrado y destituido por él únicamente con base en la confianza política. No puede ser citado en serio aquel fiscal general que sostenía que, frente a la invasión del Gobierno en el campo de actuación autónoma del fiscal, éste cuenta como dique con su «conciencia del deber» y, en último caso, con su «carácter».

Como incisos no estará de más recordar que, primero, el requisito de ser «jurista español de reconocido prestigio», requisito exigido legalmente para ser nombrado Fiscal General del Estado, se ha entendido reiteradamente en la práctica que lo cumplen todos los licenciados en Derecho y, después, que el plazo de quince años de ejercicio efectivo de la profe-

sión (que por lo menos una vez se olvidó por el Gobierno que hizo el nombramiento) lo cumplen todos los licenciados que han superado los cuarenta años de edad y que se han dedicado efectivamente a una profesión jurídica, a cualquiera de ellas. En total, buena parte de los españoles, por lo menos si recordamos que se ha irónicamente afirmado que todos los españoles con la edad apropiada son licenciados en derecho, por lo menos mientras no se demuestre lo contrario.

Dicho lo anterior carece de sentido cuestionarse, primero, la independencia del Fiscal General del Estado y, luego, la de los fiscales en concreto. Si se pretendiera introducir en nuestro sistema una y otra independencia debería procederse a la reforma de la Constitución y no simplemente de la Ley 50/1981. La independencia supondría un cambio radical en la configuración del Ministerio Fiscal (así se ha tenido que entender incluso en el Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 50/1981, de 31 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, presentado en el Congreso el 11 de diciembre de 2006 y en el que, desde luego, no se pretende ese cambio).

B) UN ÓRGANO SOMETIDO A LA LEGALIDAD Y UNAS PERSONAS IMPARCIALES

Llama poderosamente la atención como, a veces de buena fe pero otras sin duda interesadamente, se confunden conceptos que en la doctrina jurídica están claros hace centurias. En lo que nos importa ahora es el caso de la legalidad y de la imparcialidad.

a) Legalidad y sumisión a la ley

Se trata ahora simplemente de advertir que si el artículo 9 de la Constitución garantiza genéricamente el principio de legalidad en la actuación de todos los poderes públicos, luego existen evidentes diferencias entre la legalidad propia de la actuación del Poder Ejecutivo y la sumisión exclusiva a la ley que debe caracterizar la actividad de los integrantes del Poder

Judicial. En otras palabras: cuando el artículo 103 dice que la Administración Pública actúa «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» está diciendo algo muy distinto que lo que expresa el artículo 117.1 al disponer que los jueces y magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la ley».

La Administración (por seguir con la terminología constitucional, pero recuérdese que es el Gobierno el que dirige a la Administración) actúa conforme al principio de legalidad, pero es obvio que la función administrativa no consiste, ni puede consistir, sólo en aplicar la ley. Actúa sometida a la ley, desde luego, pero no con el exclusivo fin de aplicarla. El artículo 103 de la Constitución lo dice muy claramente: la Administración Pública sirve a los intereses generales o públicos, y en ello radica su función. Para ella el Derecho es cobertura, medio, límite, pero no es fin. Su fin es el interés general y la legalidad es sólo principio de actuación.

El principio de legalidad, pues, en la actuación administrativa no supone que la Administración justifique su existencia en el mero cumplimiento de la ley. Las decisiones que debe tomar el Gobierno en la dirección de la política no están siempre preestablecidas exactamente en la ley. El principio de legalidad significa (aparte de que la decisión la debe tomar el órgano competente y por el procedimiento adecuado) que la decisión no puede ser contraria a la ley; para ello el Derecho actuará como límite o como medio.

La actuación del fiscal está sujeta a la legalidad de la misma manera como lo está cualquier otra actuación del Poder Ejecutivo; ni más ni menos. La legalidad de la decisión del ministro del Interior a la hora de aplicar la Ley Penitenciaria no es diferente de la legalidad de la decisión del fiscal a la hora de pedir el sobreseimiento. Aquella decisión, la del ministro, puede ser conforme a la ley o ser contraria a la misma, es decir, prevaricadora, y ésta, la del fiscal, también. Cuando el fiscal no promueve la persecución de un delito puede vulnerar lo dispuesto en el artículo 408 del Código Penal, desde luego, pero esa su decisión se basa en el servicio objetivo de los intereses generales,

aunque ello se tenga que hacer, como es obvio, en un caso concreto; el caso se utiliza sólo en tanto que por su medio se quiere alcanzar un interés público.

Una de las necesidades apremiantes en la actualidad es tipificar más claramente conductas del fiscal como el sostener la acusación sólo para imponer a alguien la «pena de banquillo», a pesar de constarle su inocencia, como pedir el sobreseimiento o como retirar la acusación, en los dos casos a sabiendas de su injusticia. Por ejemplo, no puede quedar impune retirar la acusación cuando existe «prueba de cargo directa, objetiva y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia».

La Jurisdicción encuentra su razón de ser en que el juez es la garantía última en la tutela de los derechos de las persona, y en que actúa sólo con sujeción al imperio de la ley, sin nada más. El sometimiento de jueces y de magistrados al imperio de la ley no es cobertura o límite de una decisión jurisdiccional; es fin. El juez no actúa al servicio de los intereses generales; sus decisiones no responden a la persecución de lo que se estima adecuado en la dirección de la política interior; no se trata de servir a los intereses generales o sociales. El juez se limita a tutelar o garantizar los derechos individuales de las personas y lo hace con sometimiento exclusivo a la ley. Un acto judicial no puede ser expresión de cómo se sirve mejor a los intereses generales; es sólo expresión de la tutela del interés individual de la persona que acude al órgano judicial. Más claramente, en una sentencia —pero, en general, en todas las resoluciones judiciales— no se trata de decidir, ni cuál es el interés general en el caso concreto, ni cómo se sirve mejor a ese interés; se trata sólo de garantizarle a una persona la efectividad de los derechos que le reconoce el Ordenamiento jurídico.

b) Interés objetivo e interés individual

Cuando se dice que el Ministerio Fiscal actúa con imparcialidad se está incurriendo en una imprecisión técnica, pues la imparcialidad se refiere a las personas individualmente consi-

deradas, no a las instituciones. A veces lo que se está diciendo es claramente contrario a la doctrina consolidada en el último siglo y hoy integrada en nuestro sistema jurídico. Este es el caso, por ejemplo, de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 50/1981, de 31 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, presentado en el Congreso el 11 de diciembre de 2006, y en la que puede leerse: «Uno de los objetivos que se pretende alcanzar con la presente reforma es dotar al Ministerio Fiscal de una mayor autonomía en el desempeño de sus funciones, que contribuya a reforzar de cara a la sociedad el principio de imparcialidad que preside su actuación de conformidad con lo previsto en el artículo 124.1 de la Constitución».

Decía Chiovenda hace casi cien años que la función jurisdiccional era un ejercicio de soberanía y que debía distinguirse de otras funciones que las que también se ejercita soberanía. En la Jurisdicción y en la Administración hay actuación de la ley, pero la distinción entre una y otra responde a que así como la actividad de la Jurisdicción es siempre una actividad de sustitución, es decir y precisamente, de sustitución por una actividad pública de una actividad de otro, ello falta en la actividad de la Administración, pues esta actúa siempre en caso propio.

Va a aparecer así la noción de *alienità* como elemento caracterizador de la distinción de la Jurisdicción respecto de la Administración, uno de los temas siempre presentes en la doctrina desde entonces. Chiovenda la expresaba diciendo que «también la Administración juzga, puesto que no se obra sino sobre la base de un juicio; pero juzga de su propia actividad. En cambio, la Jurisdicción juzga de la actividad ajena y de una voluntad de ley que concierne a otros». De otra manera, puede decirse que la distinción entre Jurisdicción y Administración radica en que la primera no persigue fines propios, no gestiona ni dirige intereses ajenos a la ley en sí misma considerada, mientras que el Gobierno siempre persigue un interés propio. Más aún, lo que se sostiene actualmente es que

la Jurisdicción no tiene un interés objetivo en los casos que se someten a su decisión, mientras que la Administración actúa siempre con interés objetivo en lo que decide.

Sin ánimo de profundizar en esta distinción, porque no es necesario a los fines perseguidos, sí hay que recordar que la Administración Pública sirve a los intereses generales (art. 103.1 de la CE) y que lo hace partiendo de una determinada concepción política de lo que son los mismos y de los medios más aptos para lograrlos, aunque actúe con objetividad y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1). Ese servicio de los intereses generales se hace desde una perspectiva necesariamente parcial, por cuanto se corresponde con lo que el Gobierno entiende que son esos intereses generales en cada caso y con la que estima mejor manera de conseguirlos. Por esto precisamente es por lo que la Administración es siempre juez y parte en los asuntos de que conoce, lo que ocurre incluso cuando aparentemente tiene que decidir sobre un conflicto entre particulares, pues su decisión en ese conflicto sólo se justifica en tanto sea un medio para perseguir intereses generales.

Posiblemente el camino más idóneo para comprender la diferencia entre el actuar del Derecho objetivo por la Administración y por la Jurisdicción radique en la distinción entre autotutela de la primera y heterotutela de la segunda. Para la mejor gestión de los intereses generales la Administración se sirve de la autotutela, y ésta supone siempre aplicar el Derecho en asunto propio, mientras que la Jurisdicción ejerce siempre un sistema de heterotutela, es decir, actúa el Derecho objetivo en asuntos de otros. Es por esto por lo que la Administración es siempre juez y parte, esto es, está objetivamente interesada en los asuntos que gestiona, mientras que la Jurisdicción es únicamente juez y está desinteresada objetivamente de los asuntos en que decide.

En cualquier caso, hay que advertir que el desinterés objetivo de la Jurisdicción y el interés objetivo de la Administración no atienden a la persona del juez o de la autoridad o del funcionario concreto que conoce de un asunto

determinado, sino que se refieren a la función misma que ejercen; esto es, a la caracterización de dos funciones del Estado. Con esas características no guarda relación el requisito de la imparcialidad del juez y de la autoridad o del funcionario, que es algo que se debe de referir a un proceso y a un procedimiento determinados.

Y aquí radica la confusión que antes adelantaba. El artículo 124 de la Constitución y el artículo 2 de la Ley 50/1981 establecen como principio de la actuación del Ministerio Fiscal la imparcialidad y, después, el artículo 7 dice que por ese principio el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados. La mezcla de las palabras y de los conceptos es tan evidente como absurda.

La imparcialidad implica exigencia de desinterés subjetivo en la persona determinada que ha de conocer de un caso concreto para adoptar en él la necesaria decisión. No se trata ya simplemente de que quien debe decidir no sea parte en el asunto sometido a su decisión, lo que es tan obvio que las leyes ni siquiera lo contemplan de modo expreso al referirse a las causas de abstención y de recusación (baste así leer el art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 28 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común); se trata de que quien debe tomar una decisión no puede servir a la finalidad subjetiva de alguna de las partes en un proceso o en un procedimiento determinado; su juicio ha de estar determinado sólo por el correcto cumplimiento de la función que tiene encomendada (cada persona la suya propia, diferente de la de otra), sin que circunstancia alguna ajena al ejercicio de esa función influya en la decisión.

En este sentido de desinterés subjetivo la imparcialidad afecta a todos los que en el ejercicio de alguna de las funciones del Estado deben tomar una decisión. Por ello deben ser imparciales en este sentido tanto los funcionarios públicos (art. 103.3 de la CE) como los jueces (aunque el art. 117 de la CE no alude de modo directo a su imparcialidad, si bien luego

se ha tenido que entender como una garantía integrada en el derecho a un proceso con todas las garantías). Por lo mismo, también el Fiscal General del Estado debe ser imparcial (como deben serlo cada una de las personas en el ejercicio de la autoridad política) y deben serlo los fiscales (como cualquier funcionario público) y por ello tienen el deber de abstenerse (aunque no puedan ser recusados en sentido estricto, art. 28 de la Ley 50/1981).

Debe quedar así claro que en los asuntos en que interviene el Ministerio Fiscal lo hace siempre con interés objetivo, y en ello no hay nada anómalo al estar integrado en la órbita del Poder Ejecutivo; no existe una pretendida parte imparcial (*contradictio in terminis*), aunque el fiscal concreto que actúa en un asunto deba carecer de interés subjetivo en el mismo. En todo el ámbito de actuación del estado sólo los titulares de la potestad jurisdiccional actúan con desinterés objetivo; todos los demás titulares de poderes lo hacen siempre con interés objetivo.

Desde lo anterior, que es doctrina consolidada, cabe preguntarse a qué se refieren algunos autores cuando dicen que la instrucción por el juez de instrucción pone en riesgo la imparcialidad de éste, mientras que no aluden a la imparcialidad del fiscal.

3. ¿EN QUÉ CONSISTE LA ACTIVIDAD PREPARATORIA EN EL PROCESO PENAL?

Una de las decisiones más importantes que ha tomado la sociedad, por lo menos en el campo de las garantías de los derechos de las personas, atiende a que las penas sólo se impondrán, primero, por el estado y, después, por los tribunales y por medio del proceso, y no de otra manera. Esta decisión, que afecta a la esencia de nuestra civilización, comporta que ese proceso deberá ser realmente tal, con todo lo que ello implica. Con esto ya basta para evidenciar que, cuando se utilizan los conceptos con delimitación teóricamente precisa, no

existe un proceso debido (aquél por el que se pueden imponer penas) y otro indebido (aquél que no se sabe para qué servirá). Las penas se imponen necesariamente por un verdadero proceso. Y punto.

Pues bien, tratándose necesariamente de un proceso, parece claro que el proceso penal no podrá ser exactamente igual al proceso civil. No entraré aquí en otras diferencias entre el proceso civil y el proceso penal, pero sí destacaré la que ahora nos importa, que es la referida a la existencia necesaria en el proceso penal de una actividad preliminar de naturaleza pública que se ha denominado de varias maneras pero que, por ahora, llamaré simplemente actividad preparatoria para evitar adelantar juicios de valor sobre la misma.

El proceso civil comienza cuando ante un tribunal se presenta una demanda en la que una parte, el actor, formula una pretensión contra otra, el demandado. Naturalmente, la presentación de la demanda ha de estar precedida de una actividad preparatoria, realizada por el abogado del futuro actor, en la que se recojan los materiales necesarios para decidir, primero, si es conveniente para su cliente que la demanda llegue a ser presentada o no y, después, para hacer acopio de las fuentes de prueba con las que afrontar con éxito el proceso. Ahora bien, lo característico de esta actividad es que es privada y que las leyes no la regulan (sin perjuicio de que algunas leyes contemplen determinada actividad de jurisdicción voluntaria por medio de la que un órgano judicial puede colaborar en la preparación que debe realizar el abogado del actor). De la misma manera, el abogado del demandado debe realizar la actividad privada que le permita contestar a la demanda, y tampoco esa actividad tiene regulación legal.

Por el contrario, las leyes procesales penales de todos los países sí regulan la actividad preparatoria del proceso penal, la consideran imprescindible y le atribuyen naturaleza pública, con lo que están introduciendo un elemento desconocido en el proceso civil. Esa actividad preparatoria no es algo creado artificialmente, sino algo que responde a necesidades prácticas evidentes. Por lo mismo un código procesal

penal no puede prescindir de su regulación; no puede empezar la regulación por el escrito de formulación de la acusación por el fiscal (y demás acusadores). Muy en síntesis esa actividad preparatoria se justifica atendiendo a varias finalidades.

A) INVESTIGACIÓN

De entrada en la mayoría de las ocasiones es necesaria una actividad claramente de naturaleza investigadora, por medio de la que se trata de averiguar los delitos, practicar las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o (fuentes de) pruebas del delito. Esto es lo que dice el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al definir la función de la policía judicial. Se trata aquí de investigar, es decir, de partir de lo desconocido e ir a la búsqueda de cómo ocurrieron unos hechos que se presentan *prima facie* como constitutivos de delito.

Según el Diccionario de la Real Academia investigar (siempre en lo que ahora nos importa) es bien hacer diligencias para descubrir algo (lo que supone que se desconoce ese algo y se sale a conocerlo, pero siempre entendido que el desconocimiento inicial puede extenderse incluso a si existe algo), bien aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente (lo que supone una actividad netamente inquisitiva en la que se sale a la búsqueda de lo que salga). Si dejamos a un lado el segundo sentido (conscientes de que la actividad previa de un proceso penal no puede haber consistido en una *inquisitio generalis* referida a todos los aspectos de la vida de una persona), parece claro que investigar equivale a actuar para el descubrimiento de algo.

Con esto basta para advertir que la investigación penal en sentido estricto ha correspondido siempre a la policía (diré, pero sólo por decir algo, judicial) y que así habrá de seguir siendo, no por decisiones que puedan tomarse sobre competencia y que impliquen opciones diferentes entre las que se elige, sino porque no puede ser de otra manera. Más aún, dentro de

esa actividad investigadora debería seguir distinguiéndose:

a) Unas veces la actividad investigadora será necesariamente previa a la intervención de quien sea competente en general para la actividad previa en el proceso penal. No es del caso atender aquí a la actual regulación en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues no se trata ahora de detallar ni el contenido de esas diligencias investigadoras, ni sus límites, ni el valor jurídico que se deba dar a las mismas, debiendo bastar con recordar las regulaciones que se encuentran, por un lado y para el juicio ordinario, en el artículo 284 (con sus remisiones a los arts. 13 y 297) y, por otro y para el proceso abreviado, en los artículos 769 a 772. Tradicionalmente la referencia debía hacerse al juicio ordinario, y para el mismo el artículo 284 de la LECRIM dispuso en la redacción originaria, y sigue disponiendo, que la policía inmediatamente que tenga conocimiento de la existencia de un delito procederán a la práctica de diligencias de prevención (sin perjuicio de poner el hecho en conocimiento de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal).

b) Otras veces la policía judicial actuará cumpliendo las órdenes del Ministerio Fiscal; no entro ahora en las diferencias propias del proceso ordinario (art. 287) y del proceso abreviado (art. 733), pero en las dos normas se habla de que el fiscal ordenará a la policía judicial practicar diligencias para la comprobación de los hechos y de la responsabilidad del o de los partícipes en los mismos. Se descubre así que cuando pareciera decirse que la investigación corresponde al fiscal, lo que se está realmente diciendo es que el fiscal «encarga» la misma a la policía.

c) Por fin, lo más elemental de la práctica enseña que la investigación en sentido estricto, aún después de que se hayan incoado sumario o diligencias previas, sigue siendo actividad propia de la policía, pues el juez de instrucción lo normal es que le «encomiende» dicha actividad, por corresponderse así con una elemental distribución de trabajo. El juez de instrucción no es un investigador y tampoco lo es el fiscal, no se olvide; ninguno de los dos tiene la necesaria preparación teórica y práctica. La LECRIM

está plagada de referencias más o menos directas a que el juez encomienda, encarga, requiere u ordena a la policía (por ejemplo arts. 287, 289, 326) y sobradamente conocido es que, cuando consta la existencia de un hecho pero no es conocido el autor del mismo, el juez de instrucción se limita a ordenar a la policía que investigue lo procedente, en general, sin llegar a dar órdenes concretas.

Por si faltara algo, pudiera ser conveniente recordar que en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, su artículo 11 atribuye a estas fuerzas y cuerpos la función de: «g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente, y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes».

Cuando en la actualidad se dice que la investigación (no la instrucción) debe atribuirse al fiscal no se sabe muy bien a qué se quiere hacer referencia, pues en la actualidad y en el futuro la investigación en sentido estricto va a seguir de hecho en las manos de la policía. Lo único diferente, y sin duda es una diferencia muy importante, sería a quién debe atribuirse el «control» de esa investigación, esto es, qué órgano debe suplir las deficiencias en la investigación o quién debe completar la renuncia de la policía a otras líneas de investigación. Se tratará aquí de garantizar, tanto a los acusadores no públicos como a los acusados, que se ha respetado su derecho a la efectividad en la tutela de su derecho, bien de la acción penal, bien de la defensa, y en los dos casos que por medio de la investigación se ha perseguido de modo efectivo (y siempre dentro de la ley) el descubrimiento de la verdad, pues ésta es la finalidad propia de la investigación en tanto que actividad necesaria en la preparación del juicio oral.

B) INSTRUCCIÓN

Debo empezar por hacer una afirmación previa: Investigar e instruir (o investigación e instrucción, siempre referidas al proceso penal)

no son la misma cosa. Ya se descubre así en el Diccionario de la Real Academia, pues para ella instrucción significa, entre otras cosas, caudal de conocimientos adquiridos y, especialmente, curso que sigue un proceso o expediente que se está formando o instruyendo. De manera ya jurídico procesal penal la instrucción se integra por un conjunto de actuaciones, las cuales tienen varias finalidades:

a) Preparar el posterior juicio oral

A ello se refiere de modo directo el artículo 299 de la LECRIM. Quede claro ya, de entrada y por todo lo que sigue después, que no se trata de preparar la acusación pública (la del fiscal), sino de preparar el juicio oral, y por ello la instrucción implica hacer constar la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y las personas que han intervenido en ellos. En los últimos años por parte de alguna doctrina se está incurriendo, en mi opinión, en dos gravísimos errores: 1) Considerar que la actividad preparatoria consiste en la recogida de los elementos necesarios para determinar si se debe sostener la acusación por el fiscal y para preparar ésta, con olvido de que esa actividad debe servir también para preparar la acusación por las demás acusaciones, tanto la particular como la popular, y 2) Estimar que la preparación atiende sólo a lo que determina la inculpación, olvidando que también tiene que referirse a todo lo que la excluye y, en su caso, a todo lo que la matiza o condiciona, proporcionando los elementos fácticos necesarios para la defensa. Es decir, la preparación debe referirse tanto a las acusaciones, a todas ellas, como a la defensa.

El gravísimo error que quiero denunciar se manifiesta de modo evidente cuando se establece en alguna ley que sólo se practicarán diligencias de investigación por el juez de instrucción cuando las practicadas en el atestado no fueren suficientes para formular acusación, cuando se ordena legalmente al mismo juez que tan pronto como existan elementos suficientes para formular la acusación dará tras-

lado de las actuaciones al fiscal para que éste presente de inmediato su escrito de acusación y solicite la inmediata apertura del juicio oral, y, sobre todo, cuando la petición del fiscal de practicar nuevas diligencias para poder formular la acusación vincula al juez, mientras que no ocurre lo mismo con los otros acusadores y, especialmente, ni siquiera se ofrece al acusado la posibilidad de alegar que su defensa no está preparada para oponerse a la acusación porque en la actividad preparatoria no se han practicado diligencias tendentes a averiguar lo que le favorece. En todos estos supuestos la actividad preliminar no prepara el juicio, sino que se limita a preparar la acusación del fiscal, y con ello se desvirtúa la esencia misma de lo que es la actividad preparatoria pública.

La preparación del juicio oral comporta toda una serie de actividades:

1.^a) No puede desconocerse que el órgano instructor tendrá que tener la posibilidad, ciertamente no de realizar actos de investigación material en sentido estricto (no va a salir a la calle a preguntar de puerta en puerta a los vecinos qué es lo que han visto de un atraco), pero sí de asumir la dirección de la investigación y, en algún caso, de realizar actos concretos de investigación, en búsqueda de la verdad. Será posible así: 1) Ordenar diligencias de investigación complementarias a las realizadas por la policía judicial, y 2) Ordenar diligencias de investigación en línea investigadora distinta de la abierta y proseguida por la policía, y en los dos casos podrá hacerlo, bien a instancia de parte (de cualquiera de las partes, también de las otras acusaciones, pero de modo muy especial de la defensa del imputado), bien de oficio. El órgano encargado de la instrucción siempre podrá, por ejemplo, citar a testigos para declarar ante él (aunque la policía no los haya interrogado previamente) o encargar (=ordenar) informes periciales, bien no hechos por la policía judicial, bien de contraste respecto de los sí hechos. Lo que importa, con todo, es que esos actos de investigación no preparan la acusación del fiscal, sino el juicio oral, que es cosa muy diferente.

2.^a) Instruir es también, sin duda, realizar actos de prueba anticipada o, en su caso, realizar actos de investigación que pueden llegar a convertirse en medios de prueba por su lectura en el juicio oral. El punto de partida es aquí que en la instrucción no se practican medios de prueba, pues la actividad probatoria es propia del juicio oral, pero es el caso que en la instrucción pueden tener que practicarse medios de prueba anticipada, cuando se sabe que el acto no podrá reiterarse en el juicio oral, y pueden practicarse actos de investigación que, ante la imposibilidad posterior de reiterarse en el juicio, pasan a convertirse en medios de prueba en el mismo, siempre de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 730.

3.^a) De la instrucción forma parte también toda la actividad cautelar, tanto la referida a la persona del imputado (limitaciones de libertad de cualquier orden), como la atinente a las responsabilidades pecuniarias (aseguramientos de todo tipo, es decir, de penas pecuniarias y de la responsabilidad civil).

4.^a) Sin duda en la instrucción se integran todas las limitaciones de derechos, sean o no fundamentales, que puedan ser posibles constitucional y legalmente y que sean necesarias, bien para la prevención o evitación de acciones delictivas (por ejemplo, orden de alejamiento o suspensión de permiso de conducir), bien a los efectos de la preparación del futuro juicio oral.

Aquí deben aclararse, siempre en mi opinión, dos graves errores conceptuales y prácticos. El primero consiste en entender que la limitación de derechos, no de los fundamentales, pero sí de los demás, es algo que puede tener atribuido el fiscal como consecuencia de una investigación penal; frente a esta conclusión debe seguir afirmándose que la limitación de cualquier derecho, sea o no fundamental, en el curso de una investigación penal pertenece a la esencia de la potestad jurisdiccional cubierta por el artículo 117 de la Constitución y nunca podrá atribuirse al fiscal; sólo los investidos de la potestad jurisdiccional pueden limitar derechos con referencia a la existencia de un determinado delito ya cometido.

En el segundo error se incurre cuando se estima que las normas constitucionales lo que disponen es que la autoridad judicial puede *autorizar* a la autoridad administrativa o gubernativa para que ésta limite derechos y, de modo especial, alguno de los derechos fundamentales relativos. En sentido contrario creo que debe afirmarse que todo lo dispuesto en la regulación de esa limitación queda comprendido dentro del ámbito estricto de la actuación de los órganos dotados de potestad jurisdiccional, sin que sea posible autorización alguna.

Atribuir la limitación de los derechos, y de modo especial de ciertos derechos fundamentales, a la autoridad judicial, supone que esa facultad se integra en la reserva de exclusividad que establece el artículo 117.3 de la Constitución. La potestad jurisdiccional se ejerce exclusivamente por los Juzgados y Tribunales, y de esa potestad forma parte, por ejemplo, la limitación del secreto de las comunicaciones o de la inviolabilidad del domicilio. Por ello los Juzgados y Tribunales no pueden conceder autorizaciones para que la limitación de los derechos la realice la autoridad administrativa, sino que todo lo que comporta esa limitación queda dentro del ámbito de la exclusividad jurisdiccional. Para la entrada y registro de un domicilio, por ejemplo, la autoridad judicial no da autorización a la autoridad gubernativa y ésta la realiza, sino que la entrada y registro sólo puede «hacerla» la propia autoridad judicial. Las costumbres del pasado (el juez que se limita a autorizar) no pueden asumirse en el presente como algo normal; y de ahí que sea inadmisibles la conducta de algunos jueces que se inhiben de estar presentes en las entradas y registros.

Cosa distinta es que la autoridad judicial, asumiendo la limitación en exclusiva de los derechos, y especialmente de los fundamentales de naturaleza relativa, encomiende a la autoridad administrativa la realización de determinadas y concretas actividades meramente materiales, para las que la primera, bien no cuenta con los medios físicos necesarios, bien carece de los conocimientos prácticos necesarios. Esto es posible, por lo menos a veces, por-

que tradicionalmente se han negado a los titulares del Poder Judicial esos medios materiales (por ejemplo, una sala de escuchas telefónicas con el personal adecuado) y se ha forzado a los jueces y a los magistrados a encomendar la realización de ciertas actividades materiales a la policía, si bien ello no puede implicar autonomía de la autoridad administrativa en su actuación. Quien interviene un teléfono es un juez; éste no *autoriza* a la policía a que sea ésta quien lo haga.

b) Impedir que llegue a abrirse el juicio oral (evitar la «pena de banquillo»)

Realmente no puede formar parte de la instrucción, como es obvio, la decisión policial de iniciar o no iniciar una investigación administrativa (=policial) de hechos que se presentan como meramente posibles en virtud de la actividad de la policía preventiva. La policía tiene la posibilidad y, a veces, el deber, de investigar conductas inicialmente sospechosas, aunque no esté clara aún la comisión de un delito determinado y, de la misma manera, puede considerar ante una denuncia que no existe base fáctica o legal para poner en marcha una investigación.

Por el contrario, la decisión atinente a la incoación o no de la instrucción en sentido estricto, es decir, de la referida a la preparación del juicio oral, sí forma parte de la instrucción. Negar que se abra la actividad preparatoria porque los hechos denunciados o querellados, aún el caso de ser ciertos, no pueden ser constitutivos de delito, es negar la posibilidad de llegar al juicio oral. Luego desarrollaremos lo relativo a las diferencias entre denunciar y querellarse a los efectos de la incoación de la instrucción.

Ahora bien, lo que me importa realmente en este momento de fijar la función de la instrucción es referirme a que sentar o no a una persona en el banquillo del juicio oral, es decir, abrir o impedir que llegue a abrirse el juicio oral, porque el verdadero enjuiciamiento sólo debe ser sufrido por el imputado cuando

existan elementos suficientes para ello, forma parte esencial de lo que es la instrucción. Los acusadores, incluido el fiscal, no pueden sentar en el banquillo a quienes quieran, sino sólo a aquellas personas respecto de las que existan elementos suficientes para hacerles sufrir esa «pena».

El juicio oral sólo debe ser realizado cuando razonablemente se haya llegado a la constatación por un tercero ajeno a las partes, no de que va a obtenerse una sentencia condenatoria, lo que es obvio, pero sí de que existen indicios suficientes de que el hecho pudo existir, de que puede ser delictivo y de que de él puede ser autor el imputado. La decisión relativa a la apertura de la fase de juicio oral no puede quedar en manos de los acusadores, sino que se tiene que confiar a alguien ajeno a los mismos; no simplemente a alguien imparcial, sino a alguien carente de interés objetivo. El juicio oral no podrá existir si no existe acusación formulada por un acusador, pero la existencia de acusación no será suficiente para la apertura del juicio oral.

Este es un extremo trascendental en la concepción de cualquier sistema procesal penal. Un proceso civil se inicia y se llega a la sentencia sólo con base en el ejercicio del derecho a la jurisdicción por una persona. Un proceso penal en su fase de juicio oral no se abre sólo con la decisión de acusar que tome un acusador (sea público, el fiscal, o privado, los otros posibles acusadores), sino que precisa una decisión que tiene que tomar alguien distinto de esos acusadores. Naturalmente ese alguien no puede ser tampoco el juez o los magistrados competentes para la realización del juicio oral, pero ello es algo diferente. Lo que me importa ahora destacar es que la existencia del juicio oral no puede depender sólo de la voluntad positiva de los acusadores.

La que estoy llamado actividad preparatoria cumple, pues, dos finalidades básicas: por un lado, preparar el juicio, y, por otro, evitar juicios inútiles. Supongo que se habrá advertido que he evitado cuidadosamente entrar en el debate de si esa actividad es procesal o no y he preferido distinguir entre parte de la acti-

vidad que no es de atribución exclusiva de la Jurisdicción y aquello que comporta necesariamente ejercicio de potestad jurisdiccional. He preferido no entrar en un debate doctrinal que podría enturbiar el debate político.

El paso siguiente tiene que consistir en preguntarnos si es conveniente políticamente que el fiscal español (el existente ahora atendida la Constitución y no simplemente su vigente Estatuto orgánico, pues no hay otro) asuma la efectividad de las finalidades de preparar el juicio oral y de evitar el juicio inútil, siempre también en la medida que constitucionalmente sea posible.

4. LÍMITES DE LA ACTIVIDAD PREPARATORIA ATRIBUIBLE AL FISCAL

He sentado hasta aquí las bases, tanto conceptuales como prácticas, desde las que tomar la decisión política de a quién debe atribuirse la actividad preparatoria en el proceso penal. Con lo dicho debe haber quedado claro que en el debate que se ha suscitado en España se produjo desde el principio, y se sigue produciendo, una confusión muy grave, confusión que no estoy seguro que no se siga buscando de propósito. La claridad exige distinguir entre la competencia para la investigación y la competencia para la instrucción.

Cuando se trata de la investigación, en los términos antes dichos, debe precisarse entre la realización material de la investigación (investigar) y la adecuación de los resultados de la misma a la preparación del juicio oral (instruir). A estas alturas del debate no cabe seguir retorciendo los argumentos para desconocer algo elemental:

A) Una cosa es la investigación como actividad material, actividad que corresponde y no puede dejar de corresponder a los cuerpos y fuerzas de seguridad o, si se prefiere y dentro de los mismos, a la policía judicial. Esto no puede ser ni desconocido ni negado por nadie. Quien investiga, en sentido estricto, es la policía, pero

teniendo siempre en cuenta que ésta no tiene la facultad de decidir qué actos delictivos investiga y cuáles no, y ello porque la no persecución intencionada de un delito es, a su vez, constitutiva de delito (art. 408 CP). Importa más destacar, otra vez, que la investigación de la policía no sirve para determinar el sentido último de la instrucción; en la instrucción hay investigación, pero no sólo investigación.

B) Cosa distinta es quién debe preparar el juicio oral o, en su caso, impedir la realización del mismo por inútil, lo que desde el punto de vista de la investigación presupone:

a) Quién debe tener competencia para dirigir la investigación, es decir, para ordenar a la policía judicial la realización de actos de investigación, bien para completar los realizados ya por la policía, bien para realizar actos de investigación en camino distinto de los efectuados por la policía. Aparentemente pudiera parecer que no tiene dificultad teórica admitir que esa competencia de dirección quepa atribuirla al fiscal, y con ello al Gobierno, si bien la dificultad, por un lado, es práctica atendida todas las consecuencias derivadas de que el Gobierno pueda decidir qué delitos se persiguen y cuáles no y, por otro, la dificultad se convierte en imposibilidad de que la atribución se haga en exclusiva.

Atribuir esta competencia al fiscal equivale a admitir que un órgano dependiente del Gobierno (no independiente), con interés objetivo en el asunto (no con desinterés objetivo) y cuya función radica en servir al interés general (no tutelar de los derechos de las personas) va a tener el monopolio en la investigación de los delitos, con la consecuencia de que sólo se perseguirán de modo efectivo aquellos delitos que importe perseguir al Gobierno, el cual, recuérdese siempre, no actúa con sometimiento exclusivo a la ley, sino simplemente según el principio de legalidad. Atribuir el monopolio de la investigación al fiscal es atribuirlo al Poder Ejecutivo, con todas las consecuencias que ello implica, entre ellas la de que la investigación deje de tener como finalidad la búsqueda de la verdad, pasando a utilizarse como medio

para conseguir otras finalidades, siempre con el pretexto de servir al interés general.

Cuando se habla de atribuir la dirección de la investigación en exclusiva al fiscal suele decirse inmediatamente que se trata de reconocer al Gobierno la dirección de la política criminal, y ello en el sentido de que es éste quien debe decidir cómo se coordinan los medios de investigación del estado, el orden en que se realizan las investigaciones, la manera de practicarlas. Aunque no se dice claramente lo que realmente se está pretendiendo decir es que es el Gobierno quien decide qué investigaciones se realizan y cuáles no, con lo que en el fondo lo que se está propiciando es que el Gobierno decide qué actos delictivos se persiguen y cuáles no. Se entiende en estas proposiciones que dirigir la política criminal consiste en decidir qué actos delictivos concretos interesa perseguir y cuáles actos delictivos conviene «olvidar», y que una y otra cosa puede hacerse de modo irresponsable.

b) Más aún, atribuir la dirección de la investigación pública en régimen de monopolio al fiscal conlleva dos consecuencias, las dos gravemente perniciosas para la tutela de los derechos de las personas partes en el proceso:

1.^a) La investigación se convierte de esta manera, desde luego, no en la búsqueda de la verdad en aras de la preparación del juicio oral, sino en la preparación de la acusación, y no de cualquier acusación sino de la que importa al fiscal, y ni siquiera a los demás acusadores. Si algún acusador (particular o popular) estimara convenientes actos de investigación dirigidos a preparar su acusación tendría bien que instar de alguien la realización de esos actos, bien que realizarlos por su cuenta, de modo privado y a su costa.

Mientras exista en nuestro Ordenamiento el derecho, y nada menos que de rango fundamental, a ejercitar la acusación en el proceso penal —y ese derecho existirá mientras no se reforme la Constitución—, las acusaciones no públicas tendrán el derecho procesal instrumental a que se realicen por un órgano público los actos de investigación pertinentes y

útiles para el descubrimiento de aquello que importa a esas acusaciones. Ese derecho puede no ser respetado por el fiscal, en tanto que éste es una parte y por ello parcial, y alguien tendrá que darle efectividad; ese alguien desde luego no puede ser un superior dentro de la organización del Ministerio Fiscal, pues el principio de unidad en que se organiza éste hace inútil semejante idea. Ese alguien parece que sólo puede ser un juez, con lo que a la postre resultará que un juez ordenará a la policía actos de investigación o los realizará él mismo, se entiende en la medida que esto segundo le es posible (interrogar a unos testigos)

Sostener que los acusadores no públicos, en último caso, siempre pueden acudir a la investigación privada, realizando aquellas investigaciones que estimen privadamente convenientes y, se entiende, a su costa, es un sarcasmo. Primero ese tipo de investigación no podría atender a los casos en que es preciso limitar derechos de los imputados, pero, sobre todo y aún tratándose de acto de investigación que no afectaran a esos derechos, especialmente a los fundamentales, esa hipotética investigación privada sólo sería posible para quien dispusiera de medios económicos, con lo que al cabo sólo podrían acusar quienes dispongan de esos medios. La actividad preparatoria y, realmente, todo el proceso penal, se convertiría en cosa de ricos, por ahora desde el punto de vista de la acusación.

2.^a) Si la dirección en la realización de la actividad investigadora es monopolio del fiscal, el cual prepara sólo su acusación, no el juicio oral, ¿quién preparará el juicio oral desde el punto de vista de la defensa? Lo dicho antes para los demás acusadores se presenta aquí de modo más grave, si cabe, cuando se trata del imputado y de su defensa. ¿Quién realizará la investigación que precisa la defensa? Es inútil querer convencernos de que el fiscal, que es siempre una parte parcial que se mueve por criterios de persecución de intereses generales, va a tirar piedras contra su propio tejado realizando *motu proprio* los actos de investigación que interesan a la defensa de su acusado. No se me pida que crea en semejante posibilidad;

mi fe en el fiscal español actual (es decir, en el Gobierno), atendida mi experiencia, no da para tanto.

También aquí tiene que acabarse sosteniendo que si el fiscal no realiza esos actos de investigación debe buscarse fuera alguien que ordene la realización de esos actos o que los realice por sí mismo. De este modo otra vez estamos, a la postre y atendida la unidad del Ministerio Fiscal, ante un juez que dirige o que realiza actos de investigación.

En el modelo de proceso penal que fascina a los propugnadores del fiscal instructor se parte de la base de que es el imputado el que debe realizar los actos de investigación que estime adecuados para su defensa, y se sobreentiende a su costa. Pero no suele decirse que en ese modelo sólo los sobrados de medios económicos pueden realizar efectivamente esa investigación, mientras que la inmensa mayoría de los imputados se enfrentan en situación de clara desigualdad al todopoderoso fiscal (en realidad al estado) que dispone de todos los medios, mientras que el imputado tiene que conformarse con un abogado designado por el turno de oficio. Falta por saber cuántos imputados en España son defendidos por el turno de oficio y entonces ¿quién realizará los actos de investigación que les sean necesarios?

Confiar la dirección de la investigación al fiscal puede parecer teóricamente llevar a la efectividad un sistema de proceso penal *adversarial*, un proceso entre partes, una de las cuales es el Gobierno (=fiscal) y la otra es el acusado, quedando reservados los jueces para el juicio oral, en el que las partes comparecen en pie de igualdad. Esta apariencia es radicalmente falsa y el modelo procesal a que responde es radicalmente perverso, pues se basa en algo inicuo, en algo tan mendaz como que el estado está en pie de igualdad, aparte de con los demás acusadores, con el imputado. Por ello a veces las palabras de algunos partidarios de dejar la investigación en manos del fiscal «suenan» a sarcasmo; por ejemplo, cuando en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989 se dijo que la investigación privada no está prohibida a las partes, las cuales pueden

realizar investigaciones propias, y se ampara en ello para decir que «por el principio de igualdad de las partes» el fiscal también puede realizar su investigación.

C) Despejado lo relativo a la investigación en su faceta de preparación del juicio oral, hay que referirse ahora a las otras actividades que, como hemos visto antes, integran la instrucción. Aquí la conclusión es evidente: Ninguna de esas otras actividades puede atribuirse al fiscal. La Constitución impide atribuir al fiscal la adopción de cualesquiera medidas cautelares, desde luego las limitadoras de la libertad (salvo la detención y por plazo de setenta y dos horas, art. 17.2 CE), pero también las limitadoras de cualesquiera otros derechos (incluido el de propiedad con referencia al embargo cautelar). Todas las medidas restrictivas de derechos fundamentales (que no tienen realmente naturaleza cautelar) quedan fuera de las posibilidades de decisión a adoptar por el fiscal y lo mismo debe decirse de la decisión atinente a la apertura del juicio oral. Por si faltara algo, los actos de investigación del fiscal en ningún caso podrían llegar a convertirse en actos de prueba llegados al juicio oral. Esto es algo que me parece evidente y que no puede desconocerse, por lo menos si se quieren mantener garantías jurisdiccionales que son constitucionalmente irrenunciables.

Sólo un ejemplo. Los actos de investigación del fiscal nunca podrían llegar a ser actividad probatoria y tener valor de tal en el juicio oral. Los únicos elementos probatorios que pueden llevar a una sentencia de condena son los practicados en el juicio oral, y si se admite alguna excepción, de modo que un acto de investigación, es decir, realizado en la instrucción, tenga valor probatorio, es porque el mismo se ha visto revestido de las garantías que se derivan de ser un acto judicial. En nuestro sistema sólo los jueces realizan prueba anticipada y sólo la actividad judicial de investigación puede llegar a convertirse en elemento de prueba cuando no es reproducible en el juicio oral. Cuando el artículo 5, III de la Ley 50/1981 dice que las diligencias que el Ministerio Fiscal practique gozarán de presunción de autenticidad, debe

entenderse que se trata de una mera autenticidad formal, esto es, que la diligencia se ha practicado y que el resultado de la misma es el que consta en la documentación del acto, pero eso es algo muy distinto al valor probatorio. Se trata de que esa autenticidad tiene que referirse a la propia fase de investigación que realiza el fiscal, pero no alcanza a fases o actividades que no realiza propiamente el fiscal.

5. EL SACRIFICIO DE LA EFICACIA MATERIAL EN ARAS DEL AUMENTO DE LOS PODERES DEL FISCAL (=PODER EJECUTIVO)

Una de las razones que suele aducirse para defender la atribución al fiscal de la investigación (a veces incluso de la instrucción) es la de la eficacia formal, es decir, de tiempo y de coste. Se dice así que razones de economía procesal imponen evitar la reiteración de actuaciones procesales, unas veces a cargo de la policía o del fiscal y otras propias del juez de instrucción, con lo que se lograría —se afirma, aunque sin aportar prueba alguna— un importante recorte en el tiempo en la duración del proceso. Este argumento, que no discuto si tiene sentido o no en otros Ordenamientos, dado que he empezado diciendo que me importa atender ahora al sistema español, carece desde luego de sentido en nuestro sistema.

No puede dejar de advertirse, en general, que cuando se alude a un «proceso económico», es decir, a un proceso en el que priman consideraciones de economía de esfuerzos y de medios, se está poniendo la economía por encima de la garantía. La referencia a la llamada economía procesal, que a veces hasta se eleva a categoría de principio, es normalmente una excusa. En manos del legislador esta economía se utiliza para limitar las garantías de las partes, y en el proceso penal principalmente del imputado-acusado, y cuando se refiere a ella un tribunal suele tratarse de un falso argumento con el que evitar el cumplimiento de lo dis-

puesto en la ley. En demasiadas ocasiones hemos visto como la «aceleración del proceso» se ha convertido en un medio para llegar antes a la «meta de un proceso con menos garantías».

Más todavía, se ha dicho también que nuestro sistema procesal —en realidad en todos los sistemas basados en la existencia de un juez instructor— existe un «fallo estructural» que le impide poder realizar un proceso penal con las garantías esenciales de contradicción y de duración razonable, mientras esas garantías sí se alcanzan en otros sistemas, precisamente aquellos en los que la investigación corresponde al fiscal y no a un juez de instrucción. Lo mismo que antes no entro en lo que puede ocurrir en otros Ordenamientos, pero en el sistema español me parece evidente que en la actualidad difícilmente podrá sostenerse que el pretendido «fallo estructural» afecte a las garantías del imputado, primero, y del acusado, después. Y ni siquiera en lo referido a la duración del proceso, pues bastaría comparar sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por vulneración del artículo 6.1 del Convenio y el plazo razonable, unas referidas a España y otras a países en los que su Ordenamiento atribuye la investigación al fiscal.

A) DEL SUEÑO A LA PESADILLA CON EL MINISTERIO FISCAL ACTUAL

Pueden existir actuaciones del derecho penal que sean, en las exigencias de preparación del juicio oral, muy sencillas. Es posible que, no existiendo acusaciones no públicas o siendo estas irrelevantes y no siendo necesaria la adopción de medidas cautelares ni de actos coactivos de limitación de derechos del imputado, con una investigación muy simple, y realizada realmente por la policía, quepa abrir el juicio oral y que en el mismo se realicen con plenitud la acusación y la defensa. Como (casi) todo es posible, casos como el ahora descrito pueden llegar a darse en la realidad, y en esos casos nada impediría teóricamente que la investigación la realizara la policía con la dirección jurídica del fiscal. El juez, llamemos de instrucción o uti-

licemos el nombre que se prefiera, se limitaría a poco más que decidir que existen elementos para abrir el juicio oral, el cual se desarrollaría ante otro juez, naturalmente.

Es el caso, con todo, que incluso esta posibilidad teórica es muy difícil de admitir en la práctica española ante los evidentes peligros que comporta, por lo menos «si no nos alejamos demasiado de la realidad en la que vivimos». Precisamente en estos días (en el mes de marzo de 2007) estamos viendo como el Ministerio Fiscal adopta actitudes de sumisión al Gobierno y toma decisiones de no acusar o de pedir absoluciones que llegan a causar perplejidad a quienes creemos de buena fe que la misión del fiscal es la que dispone la Constitución, promover la acción de la justicia y no dificultarla o impedirla. No puede desconocerse que actualmente un sector de la sociedad y, especialmente, una parte de la colectividad jurídica, estima que el fiscal está pervirtiendo su misión de promover la acción de la justicia para pasar a ser un obstáculo para esa justicia. Si en el sistema actual el fiscal está hoy, no ya dejando de acusar, sino incluso pidiendo absoluciones desconcertantes, no me atrevo a pensar qué podría llegar a pasar en un sistema en el que ese mismo fiscal tuviera en sus manos el monopolio de la investigación de los actos aparentemente delictivos. Realmente, visto lo que está pasando, no es difícil imaginar a qué cotas de negación del imperio de la ley podría llegarse, aunque por ahora estoy prefiriendo no desplegar la imaginación por razones de paz espiritual. Todas las consideraciones teóricas acaban despeñándose en la dura realidad. Ha sido el Ministerio Fiscal el que con su comportamiento ha convertido el sueño de unos sobre la investigación por el fiscal en pesadilla de muchos.

La pesadilla no desaparecerá con unos pocos retoques en la Ley 30/1981, retoques que no pasan de ser meros gestos dirigidos a la sociedad. La afirmada ampliación de la autonomía del fiscal, conforme a lo previsto en el Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 50/1981, de 31 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal,

presentado en el Congreso el 11 de diciembre de 2006, es simplemente un gesto, entendido éste en el sentido del Diccionario que lo define como «aderezarse y componerse para parecer bien», se entiende sin modificación de fondo de lo que se es. Ese Proyecto de ley quiere que el fiscal siga siendo lo que es, pero intenta aparentar lo que no es pues se trata, una vez más, de cambiar algo para que todo siga igual.

B) LA REITERACIÓN INÚTIL DE ACTOS PREPARATORIOS

Estoy admitiendo que la anterior, la investigación policial dirigida por el fiscal, era una posibilidad retórica, más que teórica, y por lo mismo carente de adecuación a la realidad actual de España, pero pongámonos ante otras posibilidades y descubriremos como la pretensión de que el fiscal investigue (no ya que instruya) conduce al dispendio de esfuerzos, a la reiteración de actuaciones en las que se sacrifica la eficacia (la que he llamado antes formal) al aumento, por razones ideológicas pero contingentes, de los poderes del Gobierno. Lo que pretendo ahora decir es que el argumento de que atribuir la instrucción al fiscal agilizaría la Justicia al evitarse reiteración de actuaciones (se entiende practicadas unas por el fiscal y otras por el juez instructor), no es que carezca de soporte probatorio práctico (del que evidentemente carece), es que es una mera elucubración contraria a lo que dicta el buen sentido. Y sigo refiriéndome sólo a nuestro sistema procesal penal.

a) Referidos a los sistemas de incoación de la actividad preliminar

a) La actividad preliminar podría tener su origen en la denuncia de una persona que acude al fiscal con ese fin. No parece discutible que el fiscal podría inadmitir esa denuncia por lo mismo que lo puede hacer ahora, es decir, por no ser el acto constitutivo de delito o por ser la denuncia manifiestamente falsa. La resolución administrativa de inadmisión habría de

ser notificada al denunciante (como dispone ya el art. 5, I, de la Ley 50/1981), el cual podría permanecer pasivo y aquí se terminaría la (in)actividad; pero si el denunciante quisiera «algo más» tendría la ley que prever si puede presentarse la misma denuncia ante un juez (pues es un órgano judicial quien debe acabar por decidir si el hecho es o no aparentemente constitutivo de delito) o si es preciso que en lugar de denunciar el ciudadano se querelle; y entonces debería decidirse que la querrela sobre el mismo hecho no podría tener que volver a presentarse ante el fiscal, debiendo presentarse ante un juez.

b) Salvado lo anterior el conocimiento de la existencia de un acto aparentemente constitutivo de delito puede provenir de alguien que acude al fiscal y ante el mismo presenta una querrela. Si partimos de que se ha suprimido el juez de instrucción, la querrela también deberían presentarse necesariamente ante el fiscal y éste podría decidir la inadmisión de la misma al estimar que los hechos no son constitutivos de delito. En esta situación una ley de enjuiciamiento criminal futura no podría disponer, sin más, que la decisión del fiscal no admitiría control jurisdiccional alguno, pues si ese control no fuera posible se estaría disponiendo que:

1) Las acusaciones particular y popular no tendrían virtualidad alguna al depender en su misma existencia de la decisión del fiscal, el cual podría cerrarles el paso al verdadero proceso. Una cosa es que la acción penal sea un simple *ius ut procedatur*, la efectividad del cual exige sólo un pronunciamiento motivado, en su caso, sobre la inadmisión de una querrela, y otra que ese pronunciamiento necesariamente debe realizarlo un órgano jurisdiccional, no bastando la decisión de un órgano no jurisdiccional, como es el fiscal.

2) También se estaría disponiendo que es el fiscal quien decide sobre la naturaleza de los actos, de modo que un acto sería delictivo o no según quisiera el fiscal, sin que fuera un juez el único que puede decidir de modo definitivo sobre si un acto es delictivo o no. Baste aquí

recordar que el derecho penal lo aplican sólo los órganos jurisdiccionales.

Lo que estoy diciendo es claro: La inadmisión de la querrela por el fiscal exigiría necesariamente el posterior control judicial (desde luego no por medio de un recurso en sentido estricto) y con ello tendríamos que, ante la inadmisión por el fiscal de la querrela, el juez podría decidir la admisión de la misma, supuesto en el que sería poco práctico que, a pesar de todo, la dirección de la investigación la siguiera asumiendo el fiscal. Una mera referencia al sentido común y a la experiencia tendría que imponer que esa dirección en estos casos no se confiara al fiscal, sino a un juez, a riesgo de que la tutela judicial, la que promete el artículo 24.1 de la Constitución a los acusadores no públicos, dejara de ser efectiva para pasar a ser algo meramente retórico. Insisto: En estos supuestos mantener la atribución al fiscal de la dirección de la investigación sería una manera de burlar la decisión del juez de admitir la querrela.

b) Referidos a la realización de la actividad investigadora

Cabría la posibilidad de que el fiscal admitiera la querrela e iniciara la investigación por sí mismo o dando las órdenes oportunas a la policía; en este supuesto el querellante (acusador particular o popular, lo mismo da) tiene que tener plena intervención en esos actos de investigación, los cuales no pueden desarrollarse de modo secreto para él, ni siendo en los mismos un mero espectador. Por ejemplo, si el fiscal cita a un testigo para ser interrogado el acusador no público, mejor, su abogado, tiene que estar presente y poder formular sus preguntas. De la misma manera ese acusador puede pedir la realización de actos determinados de investigación y si el fiscal los deniega, al considerarlos impertinentes o inútiles, qué opciones debe prever la norma.

Razonablemente la única opción es la de permitir acudir ante alguien ajeno a la fiscalía y ese alguien sólo puede ser un juez, el cual podría decidir que los actos de investigación

pedidos por el acusador son adecuados al caso concreto y que deben practicarse. Tomada esta decisión surge la cuestión de quién debería efectivamente realizar esos actos de investigación: 1) ¿El fiscal? Desde luego no. El mismo que decidió antes que esos actos son inútiles o impertinentes no puede ser quien los practique luego; esta es una opción carente de sentido de la realidad, pues se le estaría imponiendo al Gobierno (digo, perdón, al fiscal) una línea de investigación que ha desechado por las razones que fuera, y 2) ¿El propio juez que decidió la realización de los actos? No descubro quién podría hacerlo si no es ese juez.

Si la investigación persigue el descubrimiento de la verdad —esa que llaman material, como si hubiera clases de verdades— aunque no sea a cualquier precio, no podrá negarse al imputado el derecho a instar del fiscal la realización de actos concretos de investigación, actos dirigidos, por un lado, a evitar la apertura del juicio oral contra él y, por otro, a preparar el juicio oral desde su punto de vista. Quiero dejar constancia, otra vez, que la investigación no es un elemento de la instrucción que persiga sólo preparar la acusación, sino que necesariamente debe servir también para la preparación de la defensa.

También aquí, desde el sentido común y desde la experiencia, cabe esperar muy poco del fiscal en la preparación de la defensa y ese «poco» puede manifestarse bien en negar la realización de los actos de investigación propuestos por la defensa del imputado, y aquí el argumento sería siempre el de su impertinencia o el de su inutilidad, bien en practicarlos formalmente pero de modo que lleven a la infructuosidad, es decir, a la ineficacia en el descubrimiento de la verdad.

Ante estas circunstancias a la defensa sólo le puede quedar abierta la posibilidad de acudir ante un órgano judicial para que éste decida bien la realización de esos actos, bien la realización útil de los mismos. Y otra vez se presenta la cuestión de quién debería efectivamente realizar esos actos de investigación: El fiscal o el juez, y la respuesta no puede ser diferente a la anterior.

Por este camino acabamos encontrándonos con que al mismo tiempo tenemos un fiscal que realiza los actos de investigación que entiendo útiles para sostener su acusación (o para poder acabar pidiendo el sobreseimiento, pues todo puede ser, como estamos viendo en estos días en que algún fiscal interroga al acusado para luego poder retirar la acusación), mientras por otro tenemos a un juez que realiza los actos de investigación que le han pedido, bien las otras acusaciones, bien la defensa. ¡Absurdo!, aunque puede que sea más correcto decir, en el sentido de más verdadero, ¡ridículo! En ningún caso se está ante la pretendida economía procesal; antes al contrario, se está ante la prodigalidad procesal.

c) Referidos a la adopción de medidas cautelares

Está fuera de duda que la adopción de todas las medidas cautelares en la actividad preparatoria del juicio oral no puede dejar de ser competencia de un órgano jurisdiccional. En ello están aparentemente de acuerdo hasta los propugnadores de la reforma consistente en que se atribuya al fiscal la investigación. A veces se deslizan expresiones de las que pudiera entenderse que por algunos se pretende que el fiscal sea quien adopte esas medidas y que sus decisiones sean susceptibles de ser después controladas por el órgano judicial, pero esta pretensión es, en todo caso, inadmisibles en nuestro sistema constitucional. Partiendo, pues, de la competencia exclusivamente judicial, veamos algunos casos:

1) El propio fiscal insta la adopción de alguna medida cautelar, tanto de limitación de la libertad del imputado, como de aseguramiento de responsabilidades pecuniarias. Esa petición tiene que hacerla a un órgano judicial, el cual deberá oír a todas las partes en el proceso, tanto a las acusadoras como a las acusadas, audiencia que teóricamente puede ser oral o escrita (aunque quepa preferir la oral, pero eso es accesorio sobre lo que ahora debatimos). En los dos casos se tratará de que las partes debatan sobre la concurrencia o no de los presupuestos propios

de la adopción de alguna de esas medidas, concurrencia que deberá acreditarse (no probarse, en sentido estricto; recuérdese lo que es el principio de prueba), teniendo en cuenta que para esa acreditación podrá, bien hacerse uso de la plasmación documental de los actos de investigación, plasmación que se ha de ofrecer al juez para su examen y para su incorporación a las respectivas piezas, bien practicarse ante el juez actos de acreditación específicos, los cuales podrán ser propuestos por cualquiera de las partes.

De una u otra manera imaginemos que el juez decide acordar una medida cautelar, bien personal, bien real. Acordada esa medida, debe tenerse en cuenta que la ejecución de la misma no puede dejar de ser jurisdiccional, esto es, no cabe que la ejecución de la medida quede en manos del fiscal (ni en las de otros acusadores), con lo que asistiremos al caso de que ese juez tendrá que asumir todo lo relativo a las que hasta ahora se han llamado pieza de situación personal y pieza de responsabilidad civil. Por un lado irá la, digamos, pieza principal, en manos del fiscal investigador y, por otro, estas otras piezas, asumidas por el juez en su totalidad, el cual deberá llevar a efecto todas las actuaciones derivadas de las mismas.

2) La situación puede complicarse cuando la petición de adopción de alguna de las medidas cautelares proviene de un acusador distinto del fiscal. No debe dudarse de que cualquier acusador puede pedir la adopción de una medida cautelar, e incluso que puede hacerlo habida cuenta de actos de investigación propios, no incluidos en la pieza principal que lleva el fiscal, y entonces éste podrá apoyar o no esa petición, y lo hará teniendo en cuenta su línea de investigación, línea que puede ser contraria a la propugnada por el acusador particular o privado y verse afectada por las peticiones cautelares de éste. Las piezas, con las plasmaciones documentales de los actos de investigación y con los actos de acreditación practicados en las mismas (y en este supuesto será normalmente más necesario la realización de esos actos ante el juez), volverán a quedar en manos del juez,

con todas las consecuencias que de ello se derivan.

3) El imputado no pedirá la adopción de medidas cautelares en su contra, pero sí puede pedir el levantamiento de las acordadas anteriormente y para ello tendrá que referirse, bien a la existencia de actos de investigación que han desvirtuado la concurrencia de los presupuestos que llevaron a la adopción de esa medida, con la plasmación documental de los mismos, bien a la proposición de actos de acreditación a practicar por el juez. Es obvio que también aquí deberá oírse a las partes y que deberá unirse pieza oportuna todas las plasmaciones documentales de actos de investigación y todo lo relativo a los actos de acreditación, con el fin de que el juez decida.

Y no nos hemos referido a algo que no es propiamente cautelar, pero que en nuestro sistema es esencial y determinante de una garantía que debe mantenerse a toda costa: la acumulación de la exigencia de responsabilidad civil al proceso penal. Esta acumulación puede ser relativamente simple cuando los responsables civiles y penales son los mismos, pero se complica un tanto cuando aparecen terceras personas no responsables penalmente los cuales pueden ser responsables civiles, bien directos, bien subsidiarios. En estos casos se hace necesario establecer la legitimación de los mismos como acto de preparación del juicio oral, y los actos propios de la determinación de la legitimación no pueden ser de la competencia del fiscal. Dicho de otra manera, la pieza de responsabilidad civil subsidiaria (la del art. 619 de la LECRIM) sólo puede formarla y tramitarla un juez, pues lo en ella debatido es una pura cuestión civil.

d) Referidos a los actos de limitación de derechos

Me he referido ya a los actos limitadores de derechos, de cualesquiera derechos, pero de modo destacado de los de rango fundamental, y creo que está también fuera de duda que los mismos sólo puede decretarlos y ejecutarlos un juez. Se trata ahora de insistir en que no

hay resoluciones judiciales de *autorización* a la policía ni al fiscal para que sean una u otros los que realicen la limitación. Partiendo de la consideración de que la limitación de derechos es exclusivamente jurisdiccional y de que lo es en toda la extensión de la limitación misma, las situaciones en la práctica podrían llegar a ser algo propio del teatro del absurdo, y no del de Ionesco, sino el de Jardiel Poncela. Voy a referirme, como ejemplo, a las intervenciones de teléfono.

El fiscal, el que está hipotéticamente haciendo la investigación, o cualquier acusador, se dirige al juez y le insta la adopción de la medida limitadora del derecho al secreto de las comunicaciones. A ese efecto deberá acreditarse ante el juez la concurrencia de los presupuestos que justifican una medida tan grave, entre otras cosas por las exigencias de motivación de la resolución que la decreta. Una vez decretada la intervención la naturaleza jurisdiccional de la realización de la misma sigue suponiendo que:

a) La ejecución de la medida le corresponde al juez y sólo razones de falta de medios y de disponibilidad de tiempo permiten que la actividad física de la escucha y de la grabación se encomiende a la policía.

b) Ni la policía ni el fiscal tienen competencia por sí mismos para determinar, de todas las escuchas realizadas y grabadas, cuáles son conducentes a los efectos de la investigación y de la preparación del juicio oral y cuáles no, de modo que el total de las grabaciones hechas debe ser entregado al juez que decretó la medida y es éste el que:

1) Excluirá, con la fe pública del secretario, las conversaciones que se han grabado de personas no investigadas; para esta exclusión ni siquiera se debe oír a las partes, pues esas conversaciones no entran en el ámbito de la investigación. Nadie, y por tanto tampoco el fiscal, tiene derecho a tomar conocimiento de las conversaciones de esas otras personas. Otra cosa es el destino de las grabaciones excluidas y también el descubrimiento del hecho casual, cuestiones sobre las que no cabe ahora pro-

nunciarse (porque ya lo he hecho en ocasión anterior).

2) Excluirá, ahora sí con intervención de las partes, las conversaciones grabadas de entre las sostenidas por la persona investigada que sean intrascendentes a los efectos de la investigación y de la instrucción. Se trata de que todas las partes, después de tomar conocimiento, podrán pedir al juez la unión a las actuaciones de aquellas conversaciones respecto de las que estimen que aportan datos de interés para la investigación o para la instrucción.

Si se llegara a admitir que sobre la constitucionalidad y legalidad de las intervenciones telefónicas puede decidirse en la instrucción es obvio que esa decisión habría de atribuirse a un juez.

He puesto el ejemplo de las intervenciones telefónicas, pero todas las limitaciones de derechos no son diferentes. Insisto: Esas limitaciones son de competencia exclusivamente judicial, en todos los aspectos de las mismas, de modo que la totalidad de la ejecución de las mismas está en manos de un órgano judicial. Por ello también aquí tendríamos actos de investigación en manos de un juez.

e) Referidos a los juicios jurisdiccionales que hacen avanzar la instrucción o la terminan

El proceso civil se inicia por medio de demanda y normalmente a lo largo de todo el mismo se procede simplemente a la aplicación de normas procesales, de modo que las normas sustantivas se aplican sólo en la sentencia; todo el proceso civil declarativo, menos la sentencia, puede hacerse sin aludir a las normas materiales. En el proceso penal las cosas suceden de modo muy distinto.

Desde la admisión de la denuncia (incluido el atestado) o de la querrela y hasta la apertura del juicio oral se van haciendo «juicios» en los que necesariamente se procede a aplicar el derecho material penal. La querrela o la denuncia se admiten sólo si los hechos en una u otra relatados pueden ser constitutivos de delito, y

ya he dicho que esa decisión no puede corresponder de modo definitivo a quien no tenga potestad jurisdiccional. El fiscal puede inadmitir una u otra, pero ello no puede significar que su decisión sea la última y, por tanto, que no quepa una admisión posterior por un juez.

De la misma manera, la instrucción sólo puede ir avanzando por sus pasos si se van haciendo juicios jurídico-penales, todos los cuales son, en único o en último caso, competencia de un órgano judicial. Como la atribución de la instrucción al fiscal se viene pretendiendo en España de modo genérico, no ofreciendo sus propugnadores un verdadero sistema, no puedo seguir por este camino, pues no se si llegaría a existir o no imputación formal (se llame o no procesamiento). Con todo, los supuestos más preocupantes, en caso de que la investigación se acabara atribuyendo al fiscal, son los siguientes:

a) La decisión de dar por concluida la investigación para pasar al juicio oral: Atribuida la investigación al fiscal no podría, a pesar de todo, entenderse que el fiscal podría dar por concluida la misma cuando lo estimara oportuno, dado que si la investigación prepara el juicio oral, tanto de todas las acusaciones, como de la defensa, un juez tendría que desestimar todas las peticiones que las acusaciones no públicas y la defensa hicieran de nuevos actos de investigación. Más aún, las acusaciones podrían pedir que el procedimiento se dirigiera contra personas no investigadas por el fiscal y el juez podría así decidirlo. De este modo, en nuestro sistema el fiscal ni siquiera podría tener el monopolio de contra quien va a formularse la acusación.

b) La decisión de apertura de juicio oral: Partiendo de que exista parte acusadora que lo pida, el juicio oral no se abre única y exclusivamente porque exista acusación sino que, como he adelantado, «la pena de banquillo» no puede «imponerla» la acusación por sí sola. En el sistema procesal penal español ha sido siempre garantía que, instada por algún acusador la apertura del juicio oral, el tribunal puede no acordarla cuando estime que los hechos imputados no sean constitutivos de delito, proce-

diendo entonces a acordar el sobreseimiento libre (y sin olvidar la previsión del actual art. 783 respecto de sobreseimiento provisional para el procedimiento abreviado).

c) La decisión alternativa a la apertura del juicio oral: El sobreseimiento, y en sus varias clases, no depende de la voluntad del fiscal, ni puede seguir dependiendo. Si el fiscal pide el sobreseimiento, cualquiera de los dos (provisional y libre), pero existe una parte acusadora que insta la apertura del juicio oral un órgano judicial debe decidir sobre la misma, y lo hará con referencia a si los hechos pueden ser o no constitutivos de delito. Más aún, una de las garantías más admirables de nuestro sistema procesal penal es aquella consistente en que, pedido el sobreseimiento por el fiscal y no existiendo parte acusadora constituida, se ordena al órgano judicial «salir a la búsqueda de acusador», es decir, se le ordena que ponga en conocimiento de los posibles interesados en el ejercicio de la acción penal la petición del fiscal, dándoles plazo para personarse para sostener la acusación.

c) Acordar el sobreseimiento libre: Dadas las consecuencias propias del mismo —nada menos que la cosa juzgada— sólo puede decretarlo un órgano judicial, y con los recursos necesarios. Y aquí sin comentarios, por no ser realmente necesarios.

No se trata ahora de recordar lo sabido. Sí se trata de advertir que la investigación por el fiscal no llevaría, sin más, a que éste pudiera decidir entre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento; llevaría a instar de un órgano judicial una u otra, y siempre teniendo en cuenta la existencia de otros acusadores o, simplemente, la posibilidad de llamar a los mismos.

6. MUY LEJOS DE LA COMPLACENCIA EN LA SITUACIÓN ACTUAL

Después de bastantes años de sumar experiencias concretas hasta adquirir una cierta experiencia general he aprendido, entre otras

cosas, que cuando me opongo a un cambio, por creerlo contrario a la eficacia propia de una institución jurídica, los defensores de ese cambio se llevan las manos a la cabeza, fingen sentirse escandalizados y pretenden hacer creer que oponerse a «su» cambio es oponerse a «todo» cambio, y que ello es consecuencia de estar confortablemente instalado en lo existente. Llegado al final de estas páginas, esa experiencia general me está imponiendo decir que estimar gravemente perjudicial para el sistema de justicia penal atribuir la investigación (y, desde luego, la instrucción) al fiscal no equivale a defender, sin más, lo existente. Se trata de algo obvio, pero necesario de decir.

También es necesario decir que en estas páginas se ha cuestionado la investigación y/o la instrucción a cargo del fiscal, pero que el encargo recibido no consistía en diseñar las grandes líneas de mi concepción del proceso penal del futuro en España. No se trata de eludir cuestiones, sino de someterse a las reglas del debate tal y como ha sido propuesto.

Sin perjuicio de lo anterior puede ser conveniente hacer unas pocas indicaciones:

a) La primera de ellas es, naturalmente, la referida a la duración excesiva de las instrucciones, duración que depende de un conjunto de factores, algunos evitables con una distinta regulación de la instrucción misma y otros no. Cuando se trata de que es el número de instrucciones que debe realizar un juez lo que retrasa la tramitación de la mayoría de ellas, es indiferente la regulación procedimental de aquélla, de modo que la modificación de ésta carecerá de efecto sobre el tiempo. En estos casos, el retraso se debe a razones ajenas a la regulación procedimental de la instrucción.

Naturalmente pretender arreglar la duración de los procesos por medio de la reducción del número de los mismos (por ejemplo, des-criminalizando conductas o permitiendo que el fiscal no acuse con base en la oportunidad) no es una verdadera solución, sino otra manera de contribuir al desbarajuste de la justicia penal. ¿Y qué decir de un sistema en el que se favoreciera el pacto entre fiscal y defensa como

medio de evitar procesos? Una cosa es admitir que el juicio oral puede simplificarse extraordinariamente cuando no existen discrepancias fácticas de relieve y cuando hay conformidad en la norma penal aplicable, y otra muy distinta llegar a un sistema en el que el proceso acaba viéndose por el imputado como una amenaza y no como una garantía.

b) También debería llegar a entenderse por qué nuestros jueces de instrucción han pretendido, tradicionalmente, realizar instrucciones cerradas, redondas, completas, tanto que dejaran muy poco espacio al juicio oral, con la consecuencia de emplear en ello demasiado tiempo. La explicación, que no la justificación, de esa errónea manera de entender la instrucción responde a la pervivencia de hecho de ciertas prácticas anteriores nada menos que a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. En efecto:

1.º) En sistema procesal anterior a 1882 existía un proceso escrito que constaba de dos fases: 1) Sumario, en la que se trataba de recoger los medios de prueba necesarios para llegar a descubrir la verdad de los hechos, y 2) Plenario, para confirmar, corregir o ampliar lo hecho antes, de modo que en esta fase no siempre era necesario practicar prueba. El juez que conocía de ese proceso tenía competencia tanto para el sumario como para el plenario, y por ello la importancia se la atribuía al primero.

2.º) Cuando con la Ley de 1882 se cambia de sistema procesal penal, se sigue hablando de sumario, a cargo del juez de instrucción, pero ahora ya, no de plenario, sino de juicio oral, de la competencia del tribunal sentenciador, y sin embargo esta clara diferenciación no impidió que en la práctica los jueces de instrucción siguieran actuando como si el sumario fuera lo decisivo y, por tanto, debiendo ser obra completa, acabada, perfecta.

Y no se impute el error sólo a los jueces, pues la doctrina de buena parte del siglo XX, todavía en los años sesenta del mismo, les alentó en su idea, sosteniendo que los actos de investigación del sumario servían para formar la

convicción de los magistrados del tribunal que realizaba el juicio oral.

c) No han faltado o, mejor, han sobrado, jueces de instrucción que a lo largo del siglo XX se han comportado como inquisidores a la hora de realizar tanto la investigación como la instrucción, pero, como en tantas otras ocasiones de la vida jurídica, la posibilidad o, incluso, la realidad de una utilización inadecuada del poder no debe llevar a declarar perverso un sistema y a su sustitución por otro, sobre todo cuando nada nos puede asegurar que algunos, o puede que muchos, fiscales investigadores no se nos convirtieran, asimismo, en inquisidores.

Respecto de esos jueces instructores que han visto su misión como algo propio de la inquisición, no es del caso referirse a su pretendida falta de imparcialidad, a riesgo de entender por ésta algo ajeno a su verdadero significado conforme a las leyes, dejando sin sentido la distinción entre desinterés objetivo (propio de la Jurisdicción, pero no de la Administración) y desinterés subjetivo (que deben mantener todos los que deben tomar decisiones en materias públicas). En cambio sí debe preocupar que un juez de instrucción, convertido en inquisidor, sea quien acabe tomando las decisiones limitadoras de derechos de los imputados, lo mismo que debería preocupar que un fiscal investigador, convertido en inquisidor, utilizara su poder para perseguir a los inocentes o para proteger a los insolentes.

d) Una ley procesal criminal futura debería aspirar a profundizar en nuestro sistema de aplicación del derecho penal, no a sustituirlo por otro sistema que, aparte de ser ajeno, ha conducido en su experiencia práctica y en el país que se nos quiere presentar como mo-

delo a lo más inquisitivo que se conoce en la actualidad en los países del mundo occidental. Insisto: Un país en el que el 90 por 100 de las penas se impone sin proceso y que tiene una visión economicista de su sistema penal y procesal penal no puede presentarse por algunos como algo digno de imitar.

e) La fase de instrucción confiada a un juez debería tener como finalidad última convertir al instructor en igualador de las partes en la preparación del juicio oral. Además de evitar juicios inútiles, la instrucción debería servir para que un tercero, desinteresado objetivamente en el asunto, preparara el juicio en condiciones de igualdad entre las partes, evitando que una de ellas, el fiscal, actuara desde la superioridad propia del Estado y dejando a las otras partes, principalmente al imputado, en situación de inferioridad. Si la instrucción debe perseguir conocer la verdad (en lo que es posible y nunca a cualquier precio), esa verdad no es la que conviene al fiscal, sino la necesaria para que las partes lleguen al juicio oral en situación de igualdad de armas. Ese juicio oral sería una farsa si la preparación del mismo se hiciera sólo para sostener la acusación pública.

En España hemos ido construyendo a lo largo de siglos un sistema que, después de muchos pasos inciertos y de errores manifiestos, acabó evolucionado hasta llegar en la Ley de 1882 a plasmarse en un sistema unánimemente considerado como liberal y garantista. Desde entonces han pasado muchos años, tantos como ciento veinticinco, y ha llegado el momento de seguir por el camino abierto por Manuel Alonso Martínez. El respeto a nuestro sistema no consiste en perpetuarlo, sino en adecuarlo al momento presente. Ése debería ser nuestro reto.

Fecha de recepción de originales: 2 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 23 de mayo de 2007.

RESUMEN

El Ministerio Fiscal es un órgano estatal que tiene encomendada la defensa de los intereses de la sociedad ante los tribunales de justicia, exigiéndose desde siempre su intervención en el proceso penal. Organizado jerárquicamente y situado en la esfera del Poder Ejecutivo, el Ministerio Fiscal debe gozar sin embargo de autonomía, actuando por medio de sus propios órganos y sin subordinación con el Gobierno, aunque pueda recibir de éste indicaciones o instrucciones generales y positivas sobre política criminal, que habrán de ser transparentes.

Aunque tras la revolución francesa el proceso penal se diseñó con una intervención del Ministerio Fiscal de mero control en la investigación de los delitos, atribuyendo esta responsabilidad al juez de instrucción, el modelo ha resultado claramente disfuncional, sobre todo porque éste no puede atender con imparcialidad su función de garante de los derechos del imputado. Por eso la investigación de los delitos debe encomendarse al Ministerio Fiscal, manteniendo el carácter público de esta fase del procedimiento, estableciendo la intervención imparcial de un juez de garantías que atienda sólo a la protección de los derechos de todos cuantos están concernidos por el proceso penal.

PALABRAS CLAVE

MINISTERIO FISCAL, AUTONOMÍA DEL GOBIERNO, INVESTIGACIÓN PENAL, RESPETO DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS, JUEZ DE INSTRUCCIÓN, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, JUEZ DE GARANTÍAS, IMPARCIALIDAD JUDICIAL, INVESTIGACIÓN PÚBLICA

ABSTRACT

The so-called Public- or Fiscal Ministry (PM) in the Spanish-speaking world is a key institution of the modern State organization whose function is to represent the State and social legal interests before the criminal courts. Its organization is characterized by a vertical hierarchy headed by the national Attorney General. It is not an autonomous entity but the PM is functional independent from the government which means that despite it is mainly placed within the executive branch, and exceptionally in the judicial branch, the decision-making process concerning whom to investigate, or accuse, is made by the Attorney General. Nevertheless the Public Ministry operates independently it is acceptable that the President of the Executive, or the Judicial, branch provide the head of the Public Ministry with suggestions related to what criminal, or prosecutorial, policy to follow in a particular case, —said suggestions are not mandatory for the Attorney General. As a result of the French Revolution, the Public Ministry was granted with a very limited role in crime investigation and persecution. In those days the institution only role was to assist the so-called *instructional judges* in investigating the crime, but as time passed by experience proved that judges were not capable to appropriately conduct crime investigations so these responsibilities were progressively given to the Public Ministry. Most judges because of being part of the crime investigation were vulnerable to develop biases which later were reflected in judicial opinions which affected the quality of the administration of justice. The way modern justice systems established controls (checks and balances) on the activity of the Public Ministry is through a new institution called the guarantee judiciary (or intermediate judge). The main mandate of the “intermediate judge” is to protect the basic rights and civil liberties of those individuals under judicial investigation as well as those of the crime victims.

KEYWORDS

PUBLIC- OR FISCAL MINISTRY, FUNCTIONAL INDEPENDENCE FROM GOVERNMENT, INVESTIGATION OF THE CRIME, PROTECTION OF INDIVIDUAL BASIC RIGHTS, CRIME INVESTIGATION BY JUDGES, PRESUMPTION OF INNOCENCE, JUDGE OF CONSTITUTIONAL GUARANTEES, JUDICIAL IMPARCIALITY, CRIME PUBLIC INVESTIGATION

EL MINISTERIO FISCAL, DIRECTOR DE LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. La posición del Ministerio Fiscal en el Estado de Derecho. 2. El sentido del proceso penal y de la investigación de los delitos. La relevancia de la fase de investigación. 3. El papel del juez de instrucción y el contenido de la potestad jurisdiccional en la investigación de los delitos. A) La ordenación de oficio de diligencias de investigación. B) La necesaria imputación por el juez. C) El juez de instrucción como garante de los derechos del imputado. D) La conclusión de la instrucción y la decisión sobre la apertura del juicio. 4. El papel de la Policía Judicial en la investigación de los delitos. 5. El Ministerio Fiscal como director de la investigación de los delitos. A) Medidas cautelares. B) Medidas de prevención e interrupción de acciones delictivas y medidas de protección. C) Medidas de obtención y aseguramiento de fuentes de prueba. 6. El mantenimiento del carácter público de la investigación. La garantía de los derechos de las partes. Nota bibliográfica.

1. LA POSICIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL ESTADO DE DERECHO

Las dos características que se han mantenido permanentemente vivas en el quehacer del Ministerio Fiscal (en adelante, MF) a lo largo de la historia del Estado moderno han sido, de una parte, su condición de órgano público promotor de justicia, es decir, de órgano de postulación procesal (el MF agota su intervención profesional en las actuaciones ante los tribunales de justicia) y, de otra parte, su carácter de defensor de la sociedad, de los intereses públicos.

El MF es un órgano estatal, con perfiles propios dentro del esquema institucional del Estado, con una organización administrativa jerarquizada y un indudable ámbito de autonomía. Por esa razón, la Constitución española reconoce específicamente este órgano en el art. 124, como lo hacen las recientes Constituciones europeas; pero se ve incapaz de esta-

blecer de un modo nítido sus contornos, en particular, su posición en el juego de poderes y el papel que debe desempeñar en el Estado social y democrático de Derecho, lo que otorga un amplio margen de decisión al legislador ordinario en su configuración.

Aun cuando el Estatuto Orgánico proclame que el MF está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (art. 2), lo cierto es que no forma parte del mismo, ni cabe una tal integración si se quiere que la expresión legal sea algo más que una pura declaración retórica. El MF no es Poder Judicial, no sólo porque son totalmente distintas las funciones que se le atribuyen a uno y otro, sino también porque difieren radicalmente en su respectiva organización. Mientras que al Poder Judicial se le atribuye de forma exclusiva y excluyente el ejercicio de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, el MF no ejerce potestad jurisdiccional alguna, sino que se limita a postular, a pedir ante los tribunales. En lo que hace a la organización, así como el Poder Judicial se

concibe como un poder independiente, con una organización también independiente, el MF no está definido en su estructura de esa manera, sino que se organiza jerárquicamente, de modo que sus miembros se rigen por el principio de dependencia, justamente lo contrario de la organización judicial, aunque debe reconocérsele autonomía de acuerdo con su consideración como órgano del Estado.

Tampoco puede decirse que el MF se integre en el Poder Legislativo, aunque una de sus funciones pueda ser la defensa de la legalidad. El MF no es ni debe convertirse en una suerte de comisionado del Parlamento para defender una correcta interpretación y aplicación de las leyes que emanan de él, puesto que el ejercicio de la potestad legislativa no alcanza más allá de la aprobación de las normas, y no permite hacer un seguimiento del ajuste a la legalidad de las diferentes actuaciones de los poderes públicos. El Poder Legislativo no es requerido cuando esté en cuestión su obra legislativa, pues la interpretación y aplicación de la ley, que es el modo de defenderla en concreto, se sustrae de sus funciones y resulta patrimonio exclusivo de los tribunales de justicia. El MF no es un comisionado o apéndice del Poder Legislativo, que intervenga ante los tribunales para defender la obra del legislador, pues la genuina misión del MF es la promoción de la justicia en defensa del interés público, una manifestación de la actuación ejecutiva, y es evidente que el Parlamento no podría establecer las medidas de ejecución de la política interior sin interferir en la acción de Gobierno, ni podría impartir órdenes, instrucciones o indicaciones a quien ha de llevar las decisiones políticas ante los tribunales, promoviendo la acción de la justicia. Así pues, el MF no está integrado en el Poder Legislativo, ni forma parte del mismo; y, por más que en algún momento se haya estudiado seriamente esta alternativa, como reacción contra la adscripción al Poder Ejecutivo o el mantenimiento de estrechos vínculos con él, ha resultado finalmente desechada. Así, durante los trabajos parlamentarios de la Constitución italiana de 1948 se perfiló con notable nitidez la solución de un “Procurador

General, Comisario para la Justicia”, y durante las discusiones para elaborar nuestra Constitución de 1978 el Grupo Socialista defendió una vinculación decidida del MF con el Poder Legislativo.

Históricamente el MF ha sido un órgano dependiente del Ejecutivo. La estructura actual del MF, organizado militarmente desde Napoleón, se inserta con más o menos intensidad en la órbita del Gobierno. En Francia, tras la reforma constitucional de 1983, modificando el diseño del Consejo Superior de la Magistratura, parece que se ha iniciado algún movimiento de renovación, sugerido por el presidente Chirac, para conferir al MF cierto grado de independencia, por más que el Consejo siga presidido por el Presidente de la República y su vicepresidente sea el Ministro de Justicia. La dependencia del Ejecutivo es todavía mucho más acusada en Bélgica. Por su parte, en Alemania, creado el MF con la finalidad de controlar a los jueces, dependen también del Ejecutivo, federal o de cada uno de los Länder. En Italia, desde la Constitución de 1948, el MF es un órgano de la Magistratura, absolutamente independiente del Ejecutivo, diferenciándose solamente de los jueces por la función, de modo que éstos constituyen lo que se llama magistratura decidente y los fiscales la magistratura postulante, con un notable debilitamiento del principio de jerarquía, que parece quererse corregir con lo que dispone la Ley 150/2005. En Portugal, del mismo modo, el MF no ya es sólo autónomo, sino independiente del Ejecutivo.

En España el MF asumía la “representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial” (así, art. 763 de la LOPJ de 15 septiembre 1870), lo que se mantuvo tanto en el Estatuto de 1926 (art. 1) como en el Reglamento orgánico de 1958 (art. 1). Esa expresión se sustituye más tarde, con la Ley orgánica del Estado de 1967, por otra que parece más aséptica, y se le definió entonces como “órgano de comunicación” entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia (art. 35.I), lo que se incorpora también en el Reglamento orgánico de 1969. Por consiguiente, la subordinación del

Ejecutivo ha sido una constante en la historia del MF, por ser la suya una “típica función de Gobierno con una inmediata significación política”, en expresión de ANDRÉS IBÁÑEZ.

Aun cuando, como se ve, la vinculación del MF con el Poder Ejecutivo ha sido entendida en términos de sumisión y dependencia, en el momento presente aparece concebida sobre bases de autonomía respecto del poder político, aunque naturalmente no ha perdido sus funciones de garantía y control (FLORES PRADA). La autonomía comienza por desgajar institucionalmente al MF del aparato de la Administración, debilitando o atenuando la posición de supremacía del Poder Ejecutivo. Y la Constitución de 1978 pone énfasis en que el MF ejerce sus funciones por medio de órganos propios, a través de los cuales actúa, de modo que se encuentra fuera de la estructura orgánica de la Administración del Estado. El modo en que se articule esta autonomía dependerá esencialmente de la solución que se adopte respecto de su legitimación democrática y, por tanto, del control del MF. Sin desechar la legitimación directa, la legitimación a través del Ejecutivo ha aparecido históricamente como la fórmula más adecuada para conjugar todas las exigencias que demandan sus funciones y su modo de actuación. Esta legitimación y control no puede suponer, como se ha dicho, una dependencia orgánica o institucional del Ejecutivo, sino que debe concebirse con criterios de autonomía de actuación.

Dado que la misión del Fiscal como promotor de justicia es de clara significación política, y entronca con algunas de las responsabilidades que se atribuyen al Ejecutivo, parece abonado considerar que el MF está próximo a él, aunque eso no puede significar una sumisión, como lo ha sido en periodos autoritarios. Debe articularse un juego de equilibrios entre el Ejecutivo y el MF, que sin duda resulta delicado, para mantener entre ambos una relación que vaya más allá del puro acto de designación del Fiscal General del Estado, y que aparezca definida jurídicamente de una manera clara y precisa. Porque lo cierto es que, de acuerdo con las normas vigentes, y fuera del nombramien-

to del Fiscal General, de los Fiscales Jefes y de algunos Tenientes Fiscales (art. 36.1 EOMF), el Estatuto Orgánico reduce las relaciones del MF con el Ejecutivo a la información, a través de la Memoria anual y de informes concretos que debe remitir el Fiscal a solicitud del Gobierno respecto de los asuntos en que intervenga cuando no exista obstáculo legal (art. 9); solamente en el art. 8 se prevé que el Gobierno pueda interesar del MF que promueva ante los órganos del Poder Judicial las oportunas acciones en defensa del interés público.

Es claro que el Poder Ejecutivo ha de asumir la responsabilidad de dirigir la política interior, y así se le atribuye al Gobierno en el art. 97 de la Constitución. En esta responsabilidad se incluye tanto la determinación y la ejecución mediante sus propios órganos de las acciones administrativas, como la definición de la política criminal, uno de los campos en que el MF tiene una intervención más relevante. La política criminal comprende un conjunto ordenado de acciones encaminado a mejorar el bienestar de los ciudadanos, que van desde la definición de las zonas que caen dentro del reproche penal —para lo cual hay que recurrir a la iniciativa legislativa con el fin de aprobar en el Parlamento las leyes penales—, pasando por la ordenación material de los órganos y medios con que cuenta el Ejecutivo —desde las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a la intervención en la ordenación ciudadana o la puesta en marcha de políticas sociales en los ámbitos más afectados por la delincuencia—, hasta llegar al ejercicio de las acciones penales ante los tribunales de justicia cuando se hubiera producido una infracción. Sin embargo, el Gobierno carece de cualquier tipo de órgano propio, desde la perspectiva constitucional, que específicamente le permita intervenir ante los Tribunales en defensa de estos intereses. Por tal motivo, el MF está llamado a promover la acción de la justicia a través de sus propios órganos, en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, pero también de los intereses públicos y pretendiendo la satisfacción del interés social (art. 124.1 CE). La autonomía aparece así como la situación

que debe definir al MF en sus relaciones con el Ejecutivo: es autónomo orgánicamente del Gobierno pues actúa mediante sus propios órganos (las distintas Fiscalías), y carece de toda inserción en el entramado de los diferentes órganos que conforman las Administraciones Públicas. Y también es funcionalmente autónomo del Poder Ejecutivo, pues al no estar subordinado a él no puede recibir órdenes de obligado cumplimiento, ya que el principio de autonomía actúa como filtro y garantía de la legalidad en la ejecución de la política criminal diseñada por el Gobierno.

En definitiva, el modo en que se relaciona el Gobierno y el Fiscal debe estar presidido por el sentido de la autonomía de éste, lo que requiere una clarificación de sus relaciones, que partan de reconocer que existen y se hacen públicas. Las indicaciones o las instrucciones del Gobierno al MF sobre política criminal deben ser transparentes y podrán estar sometidas a debate político; deben ser, además, generales, sin referencia a un caso concreto, y positivas, de persecución de ciertas conductas y no de prohibición de hacerlo. Ahora bien, el sentido de la autonomía del MF se impone tanto en la articulación de sus órganos como en el ejercicio de sus funciones, de modo que la organización jerarquizada encuentre mecanismos que sirvan de contrapeso del poder del Fiscal General o de los Fiscales Jefes, instituyendo o potenciando las instancias de control que fueren precisas para otorgar el debido reconocimiento al conjunto de los miembros del MF, gestionar más eficientemente al personal y prestar del mejor modo posible el servicio público en sus actuaciones ante los tribunales.

Históricamente el MF representó en el proceso los intereses y asuntos del Rey, de modo que sus componentes acabaron convirtiéndose en funcionarios cuya presencia permitía un enjuiciamiento formalmente imparcial, al diferenciarse a la parte procesal, interesada directamente en el resultado del proceso, de la persona imparcial que debía juzgar, aun cuando ambos tuvieran en el Monarca absoluto su legitimidad.

La defensa de la *res publica* —incluidos los intereses patrimoniales de la Corona— ante los tribunales de justicia marcó un hito histórico en el diseño del nuevo Estado de derecho, pues se sometió al imperio de la ley, expresión de la soberanía, y a las decisiones de los tribunales todos los conflictos regulados por el derecho. Desde la Revolución Francesa se da un vuelco a la institución para la defensa de la legalidad y de los intereses generales, bajo la dependencia del Gobierno. En España, durante el siglo XIX, y desde el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835, se estructura ya el MF con una organización suficientemente sólida, desligándose a finales de siglo de la responsabilidad de defender los intereses del Fisco, ya que el Real Decreto de 16 de marzo de 1886 atribuye al Cuerpo de Abogados del Estado la defensa de la Hacienda y de la Administración Pública.

Esta desvinculación de la defensa de intereses estrictamente patrimoniales, que asumen los Abogados del Estado, recolocan al MF en la dirección correcta, para defender ante los tribunales los intereses públicos. Por encima de la defensa de la ley, que se atribuye también a otros órganos, y teniendo en cuenta que los poderes públicos deben regirse en sus actuaciones por el principio de legalidad, el MF conserva como esencial función la salvaguarda del interés público cuando se encuentre amenazado o haya sido conculcado.

Precisamente en todos los supuestos, cada día más frecuentes, en que se producen situaciones sociales de desamparo, es imprescindible que alce la voz el MF en defensa del interés público, y en esta función adquiere un papel primordial, que empieza por su definición de ese interés, habida cuenta de los amplios márgenes de discrecionalidad implícita o entendida en que se mueve la actuación legislativa y procesal.

En esta línea, la Recomendación (2002) 19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa define al MF como “la autoridad encargada de vigilar en nombre de la sociedad y en interés general la aplicación de las leyes con sanciones penales, teniendo en cuenta, por una parte, los

derechos individuales y, por otra, la necesaria eficacia del sistema de justicia penal”.

Por lo tanto, el campo en que con más claridad se viene exigiendo desde siempre la intervención del MF en defensa del interés público es el proceso penal, hasta el punto de que en la actualidad existe en todos los países de la Unión Europea, con uno u otro nombre, y puede decirse que se trata de un órgano consustancial a la cultura jurídica occidental. Desde el momento en que se conozca la existencia de un tan grave atentado contra la sociedad, como es la comisión de un delito, el MF debe intervenir para la defensa de la sociedad y, de haberse consumado la agresión, instar la oportuna sanción.

2. EL SENTIDO DEL PROCESO PENAL Y DE LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS. LA RELEVANCIA DE LA FASE DE INVESTIGACIÓN

Con el proceso penal, que es el instrumento para la aplicación del Derecho penal, se deben pretender dos cosas: por un lado, esclarecer los hechos, es decir, proporcionar a las partes los elementos necesarios para sustentar el juicio, para determinar finalmente si el Estado, en el caso concreto, tiene derecho de imponer un castigo al acusado; por otro lado, el proceso penal tiene que resolver el conflicto que ha surgido como consecuencia de esos hechos y debe proporcionar una respuesta jurídica justa a ese conflicto. Es verdad que con demasiada frecuencia esta segunda finalidad no se toma en consideración y, centrados en la estricta idea del cumplimiento de la ley penal, se olvida que en el proceso, junto al conflicto entre la sociedad afectada por el delito y el responsable de los hechos, que efectivamente otorga a la persecución penal una consideración pública, hay otro conflicto, el que se entabla entre la víctima (el ofendido o el perjudicado) y el autor del daño. Este último conflicto no puede ser olvidado; ha de ocupar un puesto principal

en las inquietudes de los juristas, por encima incluso de la prevención general, porque el proceso penal no puede desamparar a ninguno de los que están o deben estar en él, salvo que convirtamos al derecho en un puro ropaje formal. Si se parte de una idea de legalidad estricta, que no puede ceder ante ningún otro interés porque entonces se estaría debilitando la autoridad del derecho penal, y vulnerando el principio de igualdad, en realidad lo que resultaría sería una grave traición de alguna de las otras finalidades, igualmente esenciales, que el sistema penal está llamado a cumplir.

Así pues, el sistema penal debe componer el doble conflicto jurídico que surge como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo: ha de conseguir la represión de una conducta que merece un especial reproche social, respetando las garantías que el ordenamiento jurídico impone y, además, debe atender a todas las consecuencias que los hechos con apariencia delictiva han provocado y dar solución a los distintos elementos implicados y concernidos por el delito.

El proceso penal, que viene abocado a la resolución obtenida del debate y la contradicción de las partes, presenta una singular característica que lo diferencia de los restantes tipos procesales: estructuralmente el proceso penal se inicia con una fase de instrucción, de investigación de los hechos, que sólo de forma excepcional aparece en los demás, habida cuenta de que generalmente los hechos que exigen la apertura del proceso penal no son conocidos para quien debe ejercer la acción penal y sostener la acusación. El autor de un delito generalmente intenta que no se descubra su comisión y, sobre todo, intenta ocultar las circunstancias que le rodearon y su propia responsabilidad; por esta razón, el proceso penal incorpora una fase inicial de esclarecimiento de los hechos, la llamada fase de instrucción, que desde el *Code d'instruction criminelle* de 1808 ha sido encomendada a un juez llamado precisamente juez de instrucción en los países de la Europa continental que siguieron la tradición francesa.

La instrucción se había diseñado como una actividad de mera preparación del juicio oral y,

por tanto, subordinada a este momento culminante del procedimiento (art. 299 LECRIM). Desde esta perspectiva, la instrucción había de ser rápida (el art. 324 de la LECRIM prevé que el sumario no dure por regla general más de un mes) y secreta, para respetar la presunción de inocencia de quienes, en muchos casos sin imputación judicial, se encuentran sometidos a un proceso penal.

Esa previsión legal nunca se cumplió y la instrucción ha cobrado en todos los países europeos una relevancia desmesurada, eclipsando en la inmensa mayoría de los casos al momento procesal del enjuiciamiento; se ha convertido en la piedra angular del proceso penal, no sólo por lo que en ella se obtiene, sino por su trascendencia en la represión, con lo cual se han traicionado sin un ápice de resistencia los dos principios básicos de este momento del procedimiento. En efecto, una de las razones que provoca en la práctica la desmedida duración de la instrucción ha sido precisamente su exhaustividad, debido en buena medida al hecho de que el juez no investiga para sí, y no puede conocer qué busca y cuándo ha obtenido los elementos suficientes para formular acusación; normalmente el juez ha investigado para la acusación, y el fiscal no suele poner coto a las diligencias instructorias que el juez ordena. Esta circunstancia eterniza la investigación de los delitos con grave quebranto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pues indebida es la demora en la resolución cuando las diligencias y actuaciones que se practican, por muchas que sean, no son conducentes de forma inmediata o mediata a la obtención de la respuesta judicial.

Pero, además, la instrucción, concebida como una fase instrumental del juicio, ha acrecentado su valor y relevancia para el resultado del proceso; no sólo por la trascendencia pública de todo lo que en ella acontece, con evidentes repercusiones afflictivas, sino por la eficacia en el juicio y en la sentencia de las diligencias instructoras, en cuanto realizadas con la “garantía” de la presencia judicial la instrucción, aunque se aparten de los principios esenciales que la debían regir, ha adquirido un carácter y decisivo en el curso del enjuiciamiento penal.

Este modelo de proceso penal, vigente en España desde la LECRIM de 1882 y, antes, desde la Ley provisional de 1872, incluida la Compilación general de las disposiciones vigentes en materia criminal de 1879, está sujeto hoy a una profunda reflexión para conseguir, en primer lugar, la incorporación efectiva y el riguroso respeto de las garantías que vienen siendo reconocidas a los intervinientes en el proceso, singularmente a la persona que se ve sujetado en su persona y en sus bienes al desarrollo del proceso; en segundo lugar, la actualización de las estructuras procesales, sobre todo por el papel que deben desempeñar los diferentes sujetos afectados por el sistema penal.

La fase de instrucción del proceso penal recibe hoy una atención esencial en todos los ordenamientos jurídicos porque, cumpliendo con su finalidad de depurar la *notitia criminis*, de esclarecer su correspondencia con la realidad y la identidad de los posibles autores, no sólo consigue *preparar el juicio oral* sino que, por encima de eso, permite *evitar el juicio oral*, en la medida en que proporciona a todos los sujetos los elementos para decidir si procede o no la continuación del proceso con la apertura del juicio.

Pero en los países en que se ha mantenido la figura del juez de instrucción, tempranamente la realidad procesal se apartó de la genuina esencia y justificación de esta fase del procedimiento. El modelo de proceso penal se ha adulterado hasta el punto de que su planteamiento original resulta difícilmente reconocible, y no se sostiene por más tiempo. La fase de instrucción, que en un principio se estableció como una fase del procedimiento corta y secreta, se ha convertido en actuaciones interminables y públicas. La permanente contradicción y el desmentido de la práctica forense a las previsiones de la ley, que parece aceptarse sin resistencia, no sólo suponen un apartamiento de las previsiones normativas, lo que de por sí sería algo grave; el problema viene de que tal y como se realiza la instrucción queda irremediablemente afectada incluso la *presunción de inocencia* como regla de tratamiento del imputado, que ha de ser tratado como inocente durante todo el proceso.

Con carácter general las medidas de investigación que se ordenan durante la instrucción carecen en la práctica de cualquier posibilidad de corrección por el órgano superior, y las peticiones de revisión de las diligencias y actuaciones de la instrucción están abocadas casi siempre al fracaso. La Audiencia suele refrendar el criterio del instructor, fundamentalmente porque toma en cuenta que todas las resoluciones de esta fase del procedimiento son por esencia modificables, de modo que si la petición de sobreseimiento y archivo de la causa, o de finalización de las diligencias, han sido rechazadas por el juez de instrucción en un determinado momento, pueden ser atendidas por él mismo más adelante, cuando lo aconsejen nuevas circunstancias, y por esa razón no entra a valorar las diligencias que ya se llevan practicadas. Esta forma de razonar parte de la idea, muy extendida entre la clase judicial, de que solamente la sentencia dictada tras el juicio oral decide sobre la responsabilidad criminal, de modo que todas las actuaciones anteriores nada resuelven con carácter definitivo y, por lo tanto, no son determinantes en la solución del proceso.

Sin embargo, en esa clave se olvidan de un modo imperdonable los efectos afflictivos que produce la apertura de la instrucción contra una persona determinada, las consecuencias de la imputación. Así pues, es necesario dejar sentado con claridad que cuando exista una persona imputada en las actuaciones, la instrucción debe concluirse en el preciso instante en que finalicen las diligencias ordenadas, y que se debe concluir total o parcialmente la instrucción para todos o algunos de los imputados cuando aparezcan indicios relativos a los hechos o a la responsabilidad que desvanezcan la inicial imputación, dictando una expresa resolución levantando la imputación que sujetó a una persona al proceso penal en cuanto aparezcan elementos que la justifiquen. El gratuito mantenimiento de una instrucción vacía, o la falta de una desimputación expresa, deben conducir no sólo a la exigencia de una responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino a la exigencia de responsabili-

dad personal de los jueces de instrucción y de los miembros del MF que realicen o toleren ilegítimas intromisiones en la libertad, en el honor o en el patrimonio de quien se ve sometido a un proceso penal.

En primer lugar, el juez debe ordenar el inmediato cierre de la instrucción desde el instante en que hubieran finalizado las diligencias que se hubiesen ordenado, bien para el esclarecimiento de los hechos, bien para el aseguramiento de las responsabilidades; porque supone una flagrante vulneración de las garantías procesales básicas tanto que si no existe actividad instructora alguna no se clausure rápidamente esta fase del procedimiento, como que se llegue a ordenar la práctica de diligencias que sean innecesarias o inútiles y se acuerden con fines meramente dilatorios, para no permitir que se gane la prescripción. Cuando el juez instructor mantiene *abierto un procedimiento penal* que se ha dirigido contra un concreto imputado *más allá del tiempo absolutamente imprescindible*, no se produce una simple dilación en la actividad de la justicia penal; ni siquiera puede decirse que sólo tenga lugar la infracción del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Las consecuencias van mucho más allá de la infracción del derecho de obtener una pronta justicia: los efectos afflictivos de la instrucción exigen considerar que la continuación innecesaria de las diligencias es una verdadera *medida sancionadora* —una sanción encubierta si se quiere—, que se impone sin ninguna de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y, por tanto, que carece de respaldo constitucional.

Ningún fin constitucionalmente legítimo, tampoco la represión de las conductas delictivas, autoriza para que al imputado se le grave con la carga de soportar la falta de recursos, la ineficacia o la desidia de los órganos públicos encargados de la investigación penal. Antes al contrario, la tutela del derecho a la dignidad y al honor del imputado, y la proporcionalidad de su sometimiento al poder público en el marco de un proceso penal, exigen el *cierre de las actuaciones tan pronto como las diligen-*

cias acordadas finalicen y si éstas no permiten la apertura del juicio oral contra él, si la investigación no ha tenido éxito, no se puede tolerar que el imputado padezca una dilación que le causa inmediatos y ciertos perjuicios, y que se puede convertir en insoportable, pues en ocasiones no existe expectativa alguna de proporcionar nuevos elementos para el avance o la conclusión de las investigaciones.

En segundo término, es imprescindible que cuando de las diligencias practicadas se desprendan indicios que desvirtúen los que dieron lugar a la apertura del procedimiento penal ha de ponerse fin a la instrucción. Las consecuencias afflictivas que derivan de la apertura del procedimiento penal contra el imputado, agravadas por la falta de instrumentos legales efectivos para obtener del juez su terminación, deben imponer una regla inexorable para el instructor, que le exija concluir la instrucción desde que aparezcan en la causa suficientes indicios contrarios a los que justificaron la apertura del procedimiento, sea en cuanto a los hechos, sea en relación con la responsabilidad del imputado o de alguno de los imputados. Desde el momento en que resulte *desvirtuado el elemento objetivo o subjetivo de la imputación, hay que poner fin a la instrucción*, que no se puede mantener abierta por inercia o por comodidad, sobre todo cuando el proceso se ha planteado con fines confesadamente espurios a la investigación penal.

Esta exigencia no supone merma alguna de la eficacia en la persecución penal, pues de aparecer con posterioridad otros elementos que señalen a la misma persona como responsable, siempre podrá el juez reabrir las actuaciones o dirigir de nuevo el procedimiento contra él. El proceso penal no se puede utilizar legítimamente como elemento de presión, señaladamente de presión mediática, en contra de una persona que, por su relevancia pública, por su posición económica, por su vulnerabilidad intelectual o por otras causas, se vea injustamente condicionado por el hecho de que se mantenga o se levante su posición en el proceso.

Esto supone también que la imputación realizada en el curso de un proceso penal debe

levantarse expresamente en cuanto aparezcan indicios suficientes que apunten a la falta de responsabilidad del imputado. Cuando el juez de instrucción llama a una persona a declarar en calidad de imputado, sea porque su posible responsabilidad se desprende de las actuaciones practicadas en la instrucción, sea porque asume como verosímil la imputación realizada en el atestado, en la denuncia o en la querrela, y ordena abrir la investigación para corroborarla, está sujetando al imputado al proceso penal. De esta sujeción derivan consecuencias afflictivas, que pueden provocar efectos aún más devastadores si cabe que la propia sentencia de condena, puesto que en esa condición de imputado y por esa sola circunstancia se han ido recibiendo por anticipado los reproches sociales que se enlazan a la condena. Si a ello se le añaden las medidas cautelares que se hubieran llegado a acordar contra él, tanto las que afecten a su propia esfera de libertad (suspensiones, libertad provisional o prisión provisional) como las de contenido patrimonial (fianzas o embargos), es obvio que esa situación procesal reclama no sólo una decidida y constante atención por parte del responsable de la instrucción sino, al propio tiempo, que se adopten las resoluciones precisas para acomodar las situaciones personales de los imputados a los resultados de las diligencias que se vayan practicando.

La provisionalidad y revisabilidad de las decisiones de la instrucción exigen que, una vez que el juez ha formulado o asumido una imputación, la mantenga solamente mientras resulte necesario, es decir, que *levante la imputación y aparte del procedimiento al imputado desde el momento en que se desvirtúen las razones que le llevaron a oírle en esa calidad*, aunque el desvanecimiento de la imputación aparezca sólo de modo indiciario. La desimputación ha de hacerse de inmediato, en el momento en que se hayan debilitado los indicios contra un concreto imputado, lo que daría cumplimiento efectivo al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y al derecho a no ser sancionado sin previa ley penal y respetando las garantías procesales, sin desatender el ejercicio del *ius*

puniendi del Estado, ni dejar sin sanción las conductas delictivas puesto que, siendo provisional el cierre de la instrucción, si aparecieran nuevos indicios sobre los hechos o sobre la responsabilidad, podría volverse a abrir sin dificultad alguna el procedimiento penal. Eso sí, entonces la gestión procesal de los procedimientos podría ser más engorrosa; sin embargo, esa dificultad no puede amparar ni justificar que padezcan los derechos fundamentales de los ciudadanos. No puede aceptarse que la separación del imputado sólo aparece al final de las diligencias previas, o durante la fase intermedia del proceso ordinario, desimputación que se debe inferir muchas veces de la simple omisión del nombre del imputado en el auto de transformación de las diligencias previas, o de la falta de acusación a esa persona en los escritos de calificaciones; porque si el imputado ha padecido un inicial sometimiento al proceso penal, que en muchos casos ha durado varios años, merece cuando menos la reparación de un pronunciamiento expreso que reconozca lo indebido de su situación procesal hasta ese momento.

Por otra parte, parece haberse asumido que la *publicidad* de la instrucción, de todas las actuaciones y diligencias que en ella se practican, es la regla, sin reparar en las consecuencias que se derivan de esta medida. Porque con la publicidad de las actuaciones, con el conocimiento general de la imputación de una persona, se anticipa sin recato la represión que implica la publicidad propia de la condena penal, pero en este caso sin que un semejante reproche venga sustentado y legitimado por el juicio oral contradictorio; en la generalidad de los casos durante la instrucción el imputado se verá sometido a la recriminación pública con poco que su persona o los hechos que se investigan presenten el más leve interés a los ojos de los medios de comunicación.

Normalmente sin la más mínima oposición de los órganos de gobierno del Poder Judicial, cuando se abre un procedimiento penal se abren también de par en par las puertas del Juzgado, se levantan todas las cautelas y se olvidan todas las garantías, aunque persista el mismo status

para el imputado, y deba rodeársele de todos los derechos, también la presunción de inocencia como regla de tratamiento. El reproche social se anticipa así a un temprano momento del procedimiento, cuando se está actuando sólo a partir de indicios o de imputaciones que incluso puede que la autoridad judicial no haya hecho suyas, y quedan así afectados, de forma muchas veces irreversible, bienes enormemente valiosos para el imputado.

En definitiva, el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado sufre importantes embates durante la fase de investigación de los delitos, lo que demanda una presencia efectiva del juez imparcial no comprometido con el éxito de la investigación, sino comprometido exclusivamente con la garantía de los derechos fundamentales.

3. EL PAPEL DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN Y EL CONTENIDO DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS

En el proceso penal español los poderes del juez de instrucción en esta primera fase exceden con mucho de los cometidos propios de un juez, que la Constitución (art. 117.4) limita en exclusiva a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y a las competencias que le atribuya la ley en garantía de cualquier derecho. El juez de instrucción español tiene facultades sobre la apertura de la instrucción y debe formular una imputación contra un sujeto; debe ordenar de oficio las diligencias de investigación que considere necesarias y, a la vista de los resultados obtenidos, decidirá sobre la finalización de la instrucción, señalando incluso los contornos fácticos dentro de los que se habrá de desarrollar el juicio oral. Por lo tanto, aunque la ley desde 1995 le impide la adopción de medidas de limitación o de privación de la libertad a menos de sean solicitadas por una parte acusadora, sus facultades a lo largo de esta fase del

procedimiento no permiten reconocer la figura y el papel genuino y exclusivo de un juez.

Fuera de la primera decisión del procedimiento, la apertura de la instrucción, son múltiples las decisiones adoptadas que escapan del cometido propio de la función judicial tal y como viene constitucionalmente definida. El juez de instrucción es el órgano facultado para valorar la *notitia criminis* y rechazar la denuncia o inadmitir la querrela cuando entienda que los hechos no son constitutivos de delito, lo que puede considerarse como una facultad conferida en garantía del imputado, impidiendo de ese modo que se pueda abrir un procedimiento penal sin un sustento en hechos que puedan ser delictivos y que puede considerarse integrada en la función judicial.

A) LA ORDENACIÓN DE OFICIO DE DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

Una vez abierto el procedimiento, el juez de instrucción debe ordenar de oficio las diligencias de investigación que considere útiles y pertinentes. En eso precisamente consiste la tarea de quien tiene encomendada la responsabilidad del esclarecimiento de unos hechos que, inicialmente, son desconocidos para los órganos públicos encargados de la represión de los delitos. El sistema responde a la conveniencia de que sea un órgano independiente quien asuma las competencias para investigar, lo que dota a las actuaciones de una cierta garantía de ajenidad en las diligencias que ordene. Pero precisamente por esta atribución el sistema presenta un evidente déficit en su estructura y diseño, porque junto al papel de instructor, es decir, de responsable de que la investigación llegue a buen puerto, el juez debe intervenir también en el proceso como juez de garantías de los derechos del imputado, que se puedan ver amenazados o negados en la instrucción. Por consiguiente, el mismo juez, comprometido con el éxito de su papel de investigador, logrando el total esclarecimiento de los hechos, debe desempeñar al propio tiempo un papel que sólo puede hacer un órgano no sólo independiente sino también imparcial: garantizar

que las injerencias en la esfera de los derechos del imputado sólo se hace cuando resulten necesarias y se respeten todas las exigencias constitucionales y legales.

Aquí es donde el sistema de nuestra LECRIM falla estrepitosamente y esta doble responsabilidad del juez que tiene como objetivo el triunfo de la investigación y que debe proteger los derechos de quien puede obstaculizar esa labor de descubrimiento de los hechos, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías y la protección constitucional de derechos fundamentales, de forma casi tan perniciosa como la asunción por un mismo juez de las funciones de investigación y enjuiciamiento.

La competencia para la búsqueda de elementos de prueba en la instrucción de los procesos penales se atribuye a quien es ajeno al resultado de la investigación, pues ni a él mismo ni al Poder Judicial le aprovecha su actividad, pero viene obligado en todo caso esclarecer los hechos. El juez de instrucción no investiga para sí, ya que su función se agota con la conclusión de la instrucción, y eso significa solamente que el juez ya no tiene más que investigar por haber conseguido todos los resultados que se había propuesto o por haber apurado sin éxito las líneas de investigación marcadas. Por tanto, el instructor se limita conceptualmente a acarrear al procedimiento los elementos que servirán a las partes procesales, y sólo a ellas, para sustentar sus posiciones en el juicio, pero está comprometido con el triunfo de la investigación: habrá cumplido su papel cuando haya recabado el material suficiente para, desde su óptica, dejar explicados los hechos.

Precisamente por eso la iniciativa judicial en la investigación provoca con frecuencia la inhibición del MF, desentendiéndose del desarrollo de la instrucción y respondiendo de modo formulario a los traslados que se confieren desde el Juzgado, sin asumir responsabilidad alguna por el éxito o el fracaso de esta fase del procedimiento. La iniciativa judicial de recabar los elementos de convicción para otro distorsiona la propia figura del juez de la instrucción, que no tiene más límite que lograr la satisfacción de su propio conocimiento, pues

por mucho que la ley permita a las partes instar la terminación, el juez sigue siendo el *dominus* de la instrucción y, probablemente por eso, en la práctica las partes se confían enteramente al criterio del instructor.

Esta iniciativa desfigura el papel confiado al juez, pues la búsqueda de los hechos (al menos, de su confirmación) y de las fuentes de prueba es tarea conceptualmente alejada de la función judicial, ya que el instructor no enjuicia los hechos con efectos de cosa juzgada ni interviene exclusivamente en garantía de derechos, sino en aras de culminar una investigación llamada a ser utilizada por otros.

B) LA NECESARIA IMPUTACIÓN POR EL JUEZ

El juez de instrucción deberá asimismo formular imputación, sea acogiendo la realizada por una parte acusadora, sea realizándola de oficio por resultar de las actuaciones de instrucción; sin una imputación judicial no cabe abrir el juicio oral. La imputación se produce por diferentes vías: bien a través del auto de procesamiento en el proceso común, bien a través de la llamada a una persona en ese concepto con las garantías previstas en la ley en el proceso abreviado, para evitar acusaciones sorpresivas, pues dispone el art. 779.4ª de la LECRIM, que la decisión del instructor de pasar a la preparación del juicio oral “contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan”, y “no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775”.

Este cometido es de todo punto ajeno a la función judicial, y se infiere de la responsabilidad del juez como investigador, pues la imputación deriva de un esclarecimiento exitoso de los hechos y de la intervención del imputado; es decir, la imputación es corolario de la implicación directa del juez en el resultado de “sus” investigaciones y, desde ese punto de vista, es una labor alejada del contenido de la potestad jurisdiccional. Porque es evidente que formular una imputación implica tomar partido por

una concreta idea de responsabilidad del sujeto pasivo sin que haya precedido un juicio contradictorio.

C) EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN COMO GARANTE DE LOS DERECHOS DEL IMPUTADO

Por otra parte, el juez de instrucción interviene en esta fase del procedimiento en garantía de derechos. Esta competencia es una de las claves de la instrucción tal y como viene actualmente concebida, pues tanto la Constitución como la ley exigen la intervención de un tercero imparcial que autorice determinadas diligencias, con la finalidad de dispensar protección a determinados derechos que se pueden ver afectados con ocasión de la investigación de delitos.

Ahora bien, la posición del juez como tercero *super partes* se ve en ocasiones desdibujada por su papel de investigador, sobre todo cuando adopta de oficio medidas que suponen una intromisión en la esfera de los derechos de los ciudadanos. Es evidente que para el adecuado esclarecimiento de los hechos delictivos puede resultar oportuno, conveniente, o incluso necesario, adoptar medidas de investigación que afecten a los derechos del imputado o, incluso, a derechos de terceros. En esos casos, la finalidad de investigar y sancionar los delitos permite que tales medidas se lleven a cabo pasando por encima de la ordinaria protección de los derechos. Ahora bien, la garantía y la exigencia constitucional de la autorización judicial no solamente supone confiar en la intervención de un órgano del Poder Judicial independiente para que se legitime la intromisión, sino sobre todo que quien autorice la medida sea un órgano imparcial, que no esté condicionado o mediatizado por la investigación, por el éxito o fracaso de la diligencia y, menos, por el triunfo de la línea de investigación que el propio autorizante ha iniciado. Por tanto, el juez al que se refiere la Constitución es pura y estrictamente un juez de garantías, cuya función se debe limitar a la autorización de la diligencia, pero no exactamente un juez que pueda ordenarla de oficio.

Es evidente que esas condiciones de garante en posición de imparcialidad no se dan cuando el juez de instrucción, por propia iniciativa, ordena una medida que afecta a un derecho, incluso a un derecho fundamental, porque en tales casos, por encima o, al menos, junto a la protección del derecho del imputado, está presente el interés del mismo juez por el esclarecimiento de los hechos. La competencia del juez como garante de los derechos de los ciudadanos que la Constitución le atribuye y que forma parte de la potestad jurisdiccional (art. 117.4) no puede desaparecer, ni puede desfigurarse, como ahora sucede, por su interrelación con su competencia de investigación. La función de garantía es un cometido estrictamente jurisdiccional, de tal manera que, cualquiera que sean las responsabilidades en la investigación de los delitos, siempre habrá de intervenir un órgano del Poder Judicial para adoptar legítimamente cualquier medida que implique limitación de derechos, en una genuina posición de imparcialidad, que no sólo se refiere a su posición institucional, sino que ha de venir referida también al desinterés por el resultado de las diligencias de investigación.

Este carácter de tercero no concernido por el resultado, sino meramente por el cumplimiento de las garantías, debe exigirse no sólo si se llega a producir un cambio de papeles, y se atribuye la responsabilidad de la investigación penal al Ministerio Fiscal, sino también con el modelo de procedimiento penal vigente, porque no cumple en este punto los estándares de imparcialidad que la Constitución exige para adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales, al referirse a la necesaria autorización judicial, al confundirse la labor del juez como garante de los derechos con su labor como investigador de los hechos.

D) LA CONCLUSIÓN DE LA INSTRUCCIÓN Y LA DECISIÓN SOBRE LA APERTURA DEL JUICIO

Además de todo eso, el juez de instrucción concluye la investigación cuando lo considere procedente, de forma que puede mantener

abierta la investigación siempre que continúe ordenando y practicando las diligencias que, siendo pertinentes, crea oportunas para los fines propios de la instrucción. Esta decisión no conoce más límites que una posible instancia de las partes solicitando la terminación del procedimiento, a la que el juez podrá acceder o no. Por tanto, queda al libérrimo criterio del instructor determinar de oficio la suficiencia de las averiguaciones obtenidas, sin necesidad de contar con el parecer ni de los acusadores, que como regla general deben partir del resultado de las diligencias de instrucción para sustentar su posición en el juicio, ni del imputado, que intentará hacer valer los resultados de las investigaciones que le sean propicias para conseguir una resolución favorable.

Carece de contenido jurisdiccional esta competencia, que es la consecuencia de atribuir la investigación al juez de instrucción, y no puede considerarse como manifestación de la potestad jurisdiccional. El juez no concluye la instrucción desde una posición imparcial, pues no sólo toma en consideración los elementos que le hubieran presentado la policía, el Ministerio Fiscal o las demás partes, sino también lo que él mismo haya investigado—y tiene el deber legal de hacerlo—; por consiguiente, se rompe o se pierde entonces un elemento capital de su posición como titular de la jurisdicción.

Como el juez de instrucción debe formular de oficio una imputación, en nuestro proceso penal ha carecido siempre de valor el llamado juicio de acusación, esto es, la resolución judicial que, a la vista del escrito de las partes acusadoras, y ponderando su seriedad y consistencia, la admite, le da curso y manda abrir el juicio oral. En efecto, dado que se encomienda al juez de instrucción la decisión sobre la apertura del juicio en el procedimiento abreviado, resulta obvio que carecerá de razón alguna para rechazar el escrito de acusación, puesto que se ha pronunciado sobre la imputación en el momento procesal inmediatamente anterior, excepto que en los hechos delictivos o en las personas responsables la acusación se

apartara de lo decidido poco tiempo antes por el propio juez.

Por lo tanto, esta función estrictamente jurisdiccional ha perdido casi por entero su virtualidad, precisamente porque el juez de instrucción es un juez comprometido con la investigación y con la imputación, de modo que salvo que se pretendan incluir en la acusación elementos ajenos a los de la resolución judicial de transformación de las diligencias previas, la intervención judicial carece de todo sentido.

Aunque en el proceso común la situación pueda parecer diferente, pues la Audiencia Provincial está facultada para valorar la acusación formulada como órgano imparcial, la verdad es que este modelo procesal es residual y tampoco está exento de problemas. En efecto, por una parte, cabe poner serios reparos a la acumulación en la Audiencia Provincial tanto de la resolución sobre la apertura del juicio como de la competencia para dictar la sentencia de fondo; por otra parte, este tribunal se ha debido pronunciar con anterioridad sobre la cuestión, aunque sea de forma indirecta, al confirmar el auto de conclusión del sumario, y en esta decisión se incluye la conformidad con el contenido del auto de procesamiento; finalmente, la Audiencia Provincial ha podido conocer, junto con la valoración de los escritos de calificaciones provisionales, las impugnaciones que las partes acusadoras hubieran planteado por la negativa del instructor a dictar un auto de procesamiento, y en ese caso la Audiencia, si estimara el recurso, habría de ordenar al instructor que acuerde el procesamiento, perdiendo entonces su imparcialidad para controlar el juicio de acusación.

4. EL PAPEL DE LA POLICÍA JUDICIAL EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS

El órgano público que con más frecuencia tiene la iniciativa en el proceso penal es la

Policía Judicial, porque suele recibir la *notitia criminis* a través de una denuncia ciudadana, o porque en sus funciones de prevención de la seguridad pública descubre la comisión de un hecho delictivo. La Policía Judicial, en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, depende de los jueces y tribunales y del MF (art. 126 CE). Eso significa que las facultades de investigación autónomas de los cuerpos policiales se encuentran constitucionalmente mediatizadas por su dependencia respecto de los órganos del Poder Judicial y del MF, de modo que sólo para realizar las averiguaciones tendentes al inicial esclarecimiento de los hechos (al amparo del art. 17.2 CE), cabe reconocer un ámbito propio de investigación a la Policía Judicial. La dependencia funcional marca la pauta en el papel que debe desempeñar la Policía en el proceso penal, partiendo de que es quien profesionalmente se halla capacitada para la investigación criminal, ya que ni los jueces ni los fiscales han recibido una formación específica para descubrir los hechos delictivos de que tengan noticia.

No se puede desconocer la necesidad de contar con la policía científica para una eficaz persecución de los hechos delictivos. Sin embargo, su intervención en el proceso penal no es del todo satisfactoria, pues al depender de todos (del Gobierno, de los jueces y de los fiscales) no dependen exactamente de nadie y por eso se ha dicho que la instrucción penal queda en buena medida en sus manos.

Pues bien, en aras de una mayor eficacia del esclarecimiento de los delitos, el factor de la dependencia de la policía de investigación criminal, de la policía judicial, no es una cuestión en absoluto despreciable, pues en múltiples ocasiones se ha denunciado que el juez de instrucción no sólo no realiza materialmente las diligencias de investigación, que manda practicar a la policía como órgano de auxilio a la justicia, sino que es la policía quien en realidad dirige toda la investigación y el juez se echa en brazos de aquélla. Sin embargo, es claro que para lograr la dependencia hay que ejercer sobre las fuerzas policiales una dirección real,

logrando además evitar la intervención directa del Ejecutivo en las actuaciones procesales.

La policía científica había ido adquiriendo, desde la creación en los siglos XVIII y XIX de la Policía profesional, y sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, un merecido reconocimiento a su específica capacitación en el ámbito de la investigación criminal y en su quehacer profesional propio, ajeno a los conocimientos y habilidades profesionales de los juristas integrantes de los órganos públicos, jueces y fiscales, que intervenían en el proceso penal. Por este motivo, la consideración decimonónica de la policía judicial, comprendiendo en este concepto a todo aquel que tuviera directa o indirecta relación con la seguridad pública, como hace nuestra LECRIM (art. 282), da paso a una verdadera y propia policía judicial según invoca la Constitución (art. 126), y a ella se le confía la función de realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos (art. 17.2 CE), inconcebible en 1882, cuando la LECRIM exigía poner de inmediato al detenido a disposición judicial.

La policía judicial, de acuerdo con el diseño constitucional, conoce una doble dependencia: una dependencia orgánica del Ministerio del Interior (y de las Consejerías de Interior de las Comunidades Autónomas con policía foral) y una dependencia funcional de los jueces y tribunales y del MF. La dependencia funcional se ha convertido en una suerte de disponibilidad relativa de los funcionarios a cualquiera de los órganos jurisdiccionales de la provincia donde tiene su sede la Unidad Orgánica a que pertenece el policía. Como ni los jueces ni los fiscales tienen conocimientos de investigación criminal, son los funcionarios policiales quienes, adiestrados profesionalmente para investigar los hechos delictivos, representan un pilar básico de la investigación penal. Por eso mismo debe clarificarse la posición de la Policía Judicial, poniendo remedio, de un lado, a la calculada ambigüedad que supone la dependencia funcional, sobre todo en relación con los jueces, titulares cada uno de ellos de la potestad jurisdiccional e independientes y, de otro lado, a la entrada de cuerpos policiales di-

ferentes a las Unidades Orgánicas o Adscritas, creadas por la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que actúan en funciones de policía judicial, como sucede con Cuerpos de Policía Local o con el Servicio de Vigilancia Aduanera.

Así como no cabe articular una dependencia real de la policía judicial respecto de los jueces, porque toda la policía estaría subordinada al criterio de todos y cada uno de los miembros del Poder Judicial, al estar organizados de acuerdo con el principio de independencia, no cabe decir lo mismo si la dependencia se estableciera respecto del MF, pues éste actúa de acuerdo con el principio de unidad y dependencia jerárquica (art. 124 CE), de modo que los superiores en rango podrían determinar los criterios y dictar las órdenes que rigieran la actividad de la policía judicial. Una solución de este tenor permitiría a un tiempo atribuir en exclusiva las funciones de investigación criminal a un cuerpo específico y erradicar las graves intromisiones o interferencias que en ocasiones han provocado la competencia entre distintos cuerpos policiales en detrimento de la persecución penal.

5. EL MINISTERIO FISCAL COMO DIRECTOR DE LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS

Habiendo sentado que el juez de instrucción español no es idóneo para responsabilizarlo de la instrucción penal, y que la investigación de la policía judicial debe someterse a la dirección de los jueces y magistrados o del MF, parece necesario concluir que la investigación de los delitos debe corresponder al MF. Sin embargo, eso no significa que se deba sustituir el actual juez por un fiscal instructor, pues no se trata de reproducir los esquemas procesales vigentes, cambiando a uno por el otro, sino de superar el modelo que históricamente ha regido en la Europa continental por más de un siglo. De otra manera, la reforma no supondría

más que modificar la ubicación y el centro de imputación de los males que aquejan al actual modelo de proceso penal, pero poco o nada se habría avanzado.

El modelo del proceso penal liberal ha conocido en las últimas décadas —después de la Segunda Guerra Mundial— un importante movimiento de reforma que se ha extendido por diferentes países europeos, tomando como referencia el proceso anglonorteamericano y, esencialmente, en la idea de reasignar los papeles que desempeñaban durante la instrucción el Juez y el MF, dejando al primero los cometidos estrictamente jurisdiccionales, y encomendando al segundo la responsabilidad y el peso de la investigación. Junto con este nuevo reparto se pretendía llevar el principio acusatorio a la fase de investigación y hacer valer los principios de publicidad, contradicción e igualdad en el inicio del procedimiento.

Las dos modificaciones esenciales se refieren, por un lado, a atribuir la responsabilidad en la investigación de los hechos delictivos al MF, convirtiéndole en protagonista esencial de toda esta fase del procedimiento y, por otro lado, de acuerdo con los textos internacionales sobre derechos humanos —en Europa el CEDH y el PIDCP— se pretende garantizar desde el inicio de las actuaciones el derecho de defensa del imputado.

El movimiento innovador se inicia en Alemania con la Gran reforma del proceso penal de 1974, y ha encontrado eco más tarde en Portugal —*Ley Orgánica del Ministerio Público* de 1986 y *Código de processo penal* de 1987— y en Italia —*Codice di procedura penale* de 1988—. El MF deja de ser el pasivo espectador de la investigación, que debía pasar por una instrucción dirigida por el juez, para luego presentar su acusación, y a quien sólo se facultaba para vigilar o inspeccionar el curso de las actuaciones y solicitar del instructor la práctica de diligencias. La evolución legislativa en estos tres países europeos ha colocado al procedimiento penal bajo una óptica distinta, con el cambio en su estructura, ya que se pasa del modelo acusatorio formal o mixto (o inquisitivo formal) a un modelo en que la igualdad

y la contradicción se respetan desde el comienzo de la persecución penal y el juez no toma la iniciativa ni debe posicionarse respecto de las líneas y de las estrategias de investigación en ningún momento.

La evolución que se experimentó en los países europeos tuvo también reflejo en España, y en la Memoria que acompañaba el Proyecto de ley del EOMF, aprobado finalmente como Ley 50/1981, de 30 de diciembre, se decía que el proyectado art. 5 “confiere al Ministerio Fiscal facultades de investigación de los hechos delictivos, pudiendo recibir declaraciones a testigos, practicar reconocimientos e inspecciones, ordenar la emisión de informes y dictámenes periciales, practicar careos y ordenar en general, cuantas diligencias prevean las Leyes que no supongan inculpación de persona alguna o adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos respecto de la misma, facultades que quedan lógicamente reservadas a los jueces y tribunales. También puede ordenar la detención preventiva y podrá recibir denuncias y atestados, cursándolos a la Autoridad judicial o acordando su archivo definitivo o provisional cuando los hechos no fueran constitutivos de delito o careciesen de autor conocido”. Como fundamento de estas disposiciones se afirmaba que se trataba de dar “agilidad al proceso penal y de ajustar las normas legales a la propia lógica procesal. Si el Fiscal es quien titulariza la, acción penal es lógico que sea él quien dirija la preparación de los elementos que necesite para su ejercicio”.

Todo esto hizo plantearse a la doctrina española la posibilidad de que el MF jugara un papel diferente en el proceso penal. El debate científico salió a la luz y tuvo un amplio eco a mediados de los años 80, reclamando algunos para el MF una mayor responsabilidad en la investigación de los hechos delictivos. El Gobierno acogió tímidamente la iniciativa, y cuando se modificó el proceso penal por la LO 7/1988, se articuló un nuevo rol para el MF. Esta solución normativa implicaba desapoderar a los jueces de instrucción de su papel hegemónico en la instrucción penal, donde hacían y deshacían de acuerdo sólo con su criterio, y

con una tímida y escasa intervención del MF para corregir alguna vez excesos judiciales. Las reacciones contrarias a este cambio no se hicieron esperar y provinieron tanto de los jueces como de los fiscales y, a la postre, la idea primera perdió su vigor y todo quedó en un tímido art. 785 de la LECRIM, donde se aludía a una investigación del MF preliminar al inicio de las actuaciones judiciales, y que debía cesar tan pronto como éstas dieran comienzo.

Con posterioridad, en la modificación de 1992, cuando se introdujeron en la LECRIM medidas de aceleración del procedimiento abreviado, también medrosamente se pretendió otorgar mayor protagonismo al MF, con poco éxito, salvo en lo que se refiere a la negociación con el imputado.

Más recientemente, la LO 5/1995, del tribunal del jurado, ha terciado en el problema de la instrucción, mostrando un deseo ferviente del legislador de seguir avanzando en otorgar responsabilidades al fiscal, aunque sin decidirse a abordar definitivamente una nueva estructura del proceso penal en España. Esta LO pretende de forma velada dar un mayor protagonismo al MF, implicándolo en la formulación y sostenimiento de la imputación, de tal forma que el juez de instrucción se ha de limitar a valorar la verosimilitud de la imputación, deberá pronunciarse sobre la fundamentación de la imputación, etc., pero no la puede formular. Se trata de una modificación de gran calado, que viene luego reconocida en la disp. final 4ª, rubricada “futuras reformas procesales”, cuando se ordena al Gobierno que presente un proyecto de modificación de la LECRIM “generalizando los criterios procesales instaurados en esta ley y en el que se establezca un procedimiento fundado en los principios acusatorio y de contradicción entre las partes, previstos en la Constitución, simplificando asimismo el proceso de investigación para evitar su prolongación excesiva”. Con el mismo criterio se sigue disponiendo en dicha LO que se deberán adoptar las reformas legales necesarias para adaptar a ese procedimiento el Estatuto y las funciones del MF. Obviamente

que tal disposición, al cabo de los diez años, no se ha cumplido.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, da un paso decisivo en el procedimiento para depurar las infracciones cometidas por menores y deja en manos del MF todas las actuaciones que no sean las de puro enjuiciamiento o la necesaria intervención judicial en garantía de derechos fundamentales del menor.

Por último, se ha modificado el EOMF, reconociéndole expresamente la facultad de dirigir una investigación preliminar con una duración máxima de seis meses (art. 5.4).

Ahora bien, atribuir la investigación de los delitos al MF no supone que éste pueda asumir de propia autoridad la práctica de cualquier diligencia con objeto de esclarecer los hechos delictivos, pues hay actuaciones y medidas reservadas a la autorización y control judicial, cuando supongan limitación o injerencia en la esfera de derechos fundamentales, o se pretenda dispensar una especial garantía. Estaríamos entonces ante el juez de la instrucción, o el juez de garantías, que desde una posición procesal imparcial, sin implicarse en la investigación y sin poder ordenar de oficio diligencias de investigación o medidas cautelares, debe tutelar los derechos de todos los implicados en un proceso penal (dando así cumplimiento a una de las funciones que le puede encomendar la ley en garantía de un derecho, como dice el art. 117.4 CE).

Resulta obvio que, cuando menos, las medidas restrictivas de derechos fundamentales están reservadas, por imperativo constitucional, a la autoridad judicial, como sucede con las injerencias en la esfera de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones (art. 18.2 y 3, “salvo autorización judicial”), así como el secuestro de publicaciones o la suspensión de actividades de asociaciones (arts. 20.5 y 22.4). Por lo demás, como regla general, las limitaciones de derechos fundamentales exigen para su validez constitucional de una previa resolución judi-

cial suficientemente motivada y proporcional al fin lícito que se persiga.

A) MEDIDAS CAUTELARES

Para adoptar *medidas cautelares personales*, que afecten al derecho a la libertad ambulatoria (art. 17 CE) y a la libertad de circulación o de residencia (art. 19 CE), el MF habrá de instar una resolución judicial que acuerde la prisión provisional, la libertad provisional o cualquier otra medida privativa, restrictiva o limitativa de la libertad personal, cuando estas medidas reconozcan como su fuente inmediata el desarrollo de un proceso penal. Porque es evidente que la libertad de circulación puede limitarse para cumplir finalidades ajenas a la persecución penal, que son igualmente legítimas desde la perspectiva constitucional y, al no venir expresamente exigida la intervención judicial por la norma fundamental, pueden acordarse por autoridades administrativas (v.gr., para preservar la seguridad pública o la seguridad vial), sin necesidad de acudir a la autorización de un juez.

Queda a salvo de la exigencia de intervención judicial solamente la medida de la *detención cautelar*, es decir, la detención preordenada al proceso penal, por expresa previsión constitucional, pues el art. 17.2 de la CE dispone que esta privación de libertad no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, y fija un plazo máximo absoluto de setenta y dos horas, dentro del cual el detenido inexcusablemente habrá de ser puesto en libertad o entregado a disposición de la autoridad judicial. Así pues, el MF podrá ordenar la detención de una persona a los fines de la investigación penal, con las aludidas restricciones de doble plazo (no más del tiempo indispensable y nunca más de 72 horas).

Del mismo modo, es necesaria la intervención de la autoridad judicial para la adopción de cualquier medida cautelar, aunque tal cosa no venga directamente exigido por la Constitución, tanto si se trata de *medidas cautelares personales* (localización, retirada de documen-

tación, etc.) como de *medidas cautelares reales* (fianzas, embargo de bienes, etc.)

Resulta imprescindible residenciar en la autoridad judicial la competencia para ordenar las medidas cautelares que hayan de ejecutarse a lo largo del proceso penal, esencialmente porque en ningún caso se le puede encomendar esta tarea al órgano implicado en la investigación, aunque se trate del MF, porque es una parte procesal y carece por ello de imparcialidad. La adopción de una medida cautelar requiere siempre de una decisión contradictoria, pues supone nada menos que la limitación o la expropiación de un derecho, de modo que resulta incompatible con la posición de parte que ocupa el MF.

B) MEDIDAS DE PREVENCIÓN E INTERRUPCIÓN DE ACCIONES DELICTIVAS Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN

De naturaleza y finalidad diferente, aunque puedan resultar en algún caso materialmente idénticas, son las medidas que pretenden prevenir o poner fin a una acción delictiva. Se trata de medidas que se adoptan en el curso del proceso penal, pero que no van dirigidas a facilitar el desarrollo del proceso ni el cumplimiento de la sentencia, sino que se adoptan para la defensa de la sociedad o de las víctimas, ante la inminencia de la comisión de un delito o, cuando se está cometiendo, para ponerle fin e impedir que se agraven más los efectos dañosos que se han producido.

Su contenido material y el modo en que se practican, como queda dicho, no se diferencian del establecido para las medidas cautelares ni de las que se pueden acordar para obtener y asegurar fuentes de prueba. Estas medidas exigen y se concretan en una limitación o privación tanto de un derecho o facultad de la persona, como pueden ser de contenido meramente patrimonial, y en algunos casos puede afectar a un derecho fundamental.

Dentro de las que se refieren a derechos o facultades de la persona, se encuentran las pri-

vaciones de libertad, sean de corta duración, o más prolongadas. Así, en razón de la prevención de un delito y de la protección a las víctimas, se puede detener a una persona en el momento de ir a cometer un delito o cuando lo esté cometiendo (art. 492 LECRIM), pero también cabe acordar la prisión provisional (art. 503.4 LECRIM) con fines de protección de la víctima. Por otro lado, se pueden ordenar limitaciones a la libertad de circulación, como cuando se acuerda una orden de protección o se acuerda una medida de alejamiento (arts. 544 bis y 544 ter LECRIM). Por otra parte, con esta misma finalidad protectora se establece la posibilidad de suspender licencias o autorizaciones administrativas (permiso de conducción), puede acordarse la suspensión de empleos o cargos públicos, o la suspensión o cierre de las actividades de sociedades, empresas o establecimientos (art. 129 CP).

Es cierto que algunas de estas medidas pueden ser ordenadas por autoridades administrativas en el marco de un expediente puramente administrativo, como antes se apuntó para las restricciones a la libertad de circulación, y aquí sucede con la suspensión del permiso de conducir o con la suspensión cautelar de empleo o cargo público. Ante esta realidad no han faltado quien han sostenido la posibilidad de facultar al MF para ordenar medidas restrictivas de derechos en el curso de un proceso penal, sin apreciar en ello inconveniente alguno.

Sin desconocer las circunstancias aludidas, parece que la competencia para acordar medidas que limiten o restrinjan derechos de los ciudadanos, cuando tiendan a prevenir la comisión de un delito, a amortiguar o paliar los efectos de su comisión, o a proteger específicamente a las víctimas, deberían quedar en todo caso reservadas a la autoridad judicial y a solicitud de parte.

En efecto, si se tiene en cuenta que atribuyendo la investigación al MF se potencia el principio acusatorio, y que debe adoptar en el proceso una neta posición de parte, resultaría contradictorio con ese carácter permitirle ordenar por sí mismo medidas de protección, sean de los intereses generales o de los derechos

particulares de las víctimas. No puede perderse de vista que el título por el cual la autoridad administrativa puede adoptar de oficio medidas restrictivas de derechos en el curso de un expediente se debe esencialmente al hecho de que actúa en una posición de cierta o relativa imparcialidad, y que está llamada a emitir un juicio sobre una conducta, en un papel que se asemeja en muy buena medida al de un juez.

Todo eso no quita para que el MF, como las autoridades administrativas y singularmente en el ejercicio de funciones de policía de seguridad, estén facultados para adoptar medidas restrictivas de derechos en supuestos excepcionales, por razones de especial urgencia o necesidad. En efecto, la propia Constitución, en la regulación de la protección de derechos fundamentales, ya excepciona en algún caso la autorización judicial, como ocurre con la entrada en domicilio cuando se esté en presencia de un flagrante delito (art. 18.2). Al propio tiempo, como indirecto reconocimiento de la licitud de algunas medidas, el Código Penal exime de responsabilidad en caso de legítima defensa de un tercero (art. 20.3º) o de cumplimiento de un deber (art. 20.8º).

Pues bien, con estas premisas, en el marco de una investigación penal, cabría legitimar al MF para ordenar, por razones de urgencia o necesidad, medidas restrictivas de derechos con fines de prevención o protección siempre que la ley expresamente lo estableciera y respetando el principio de proporcionalidad, llegando incluso a comprender la restricción de derechos fundamentales cuando expresamente la Constitución lo autorizara (como la detención o la entrada en domicilio en caso de delito flagrante). La medida del MF debería estar sometida al control de la autoridad judicial de la instrucción, a quien se habría de dar cuenta inmediata.

C) MEDIDAS DE OBTENCIÓN Y ASEGURAMIENTO DE FUENTES DE PRUEBA

Probablemente la finalidad más relevante de la investigación penal sea la obtención de las

fuentes de prueba con la finalidad de ser aportadas y practicadas en el juicio. Como regla general, el acusador —sobre todo el acusador público— desconoce absolutamente los hechos delictivos y su dinámica comisiva; fueron ajenas a los acusadores las diferentes circunstancias que los rodearon, porque el proceso penal trata siempre de hechos pasados, acaecidos fuera de la presencia de los acusadores. Por tal motivo, éstos precisan conocer primero y conseguir después los elementos probatorios que resultan imprescindibles para sustentar la acusación; el acusador deberá saber cómo se cometió el delito y qué medios puede proponer para acreditar sus iniciales afirmaciones acerca de la existencia de un delito y de la responsabilidad en que haya incurrido el acusado (si le resulta útil llamar a un testigo, si debe aportar un determinado informe pericial, etc.)

Pues bien, en la labor de descubrir las circunstancias de un delito y obtener huellas, efectos o instrumentos del mismo, trayendo al proceso las fuentes de prueba, puede resultar conveniente —y a veces imprescindible— utilizar medidas que efectivamente representan una limitación o una restricción de los derechos de los ciudadanos, incluso de derechos fundamentales, porque de otro modo sólo un “golpe de suerte” permitiría descubrir elementos esenciales de la actuación criminal. En aras de una mayor eficacia en la persecución de los delitos, la ley regula en ciertos casos y bajo ciertas condiciones la utilización de medios o técnicas de investigación criminal por medio de los que el poder público, para descubrir hechos o circunstancias relevantes para el enjuiciamiento, llega a realizar una intromisión en la esfera de algunos derechos fundamentales; se trata de intromisiones legítimas, dado que no se trata de derechos absolutos y cabe que su protección resulte exceptuada frente al interés público por la persecución de los delitos.

Ahora bien, a diferencia de otros medios de investigación —como las declaraciones de testigos o la realización de un informe técnico— los medios que representan un menoscabo de derechos fundamentales no pueden ser utilizados ni en la investigación preliminar

de la Policía ni en la que pueda realizar el MF (STS de 14 junio 1933); quedan reservados a la instrucción judicial, precisamente porque la intervención de un juez garantiza el cumplimiento de los requisitos y de los límites de la injerencia, en uso de sus propios cometidos constitucionales (la función de garantizar los derechos del art. 117.4 CE). En todo caso se trata de medios de investigación que, por su propia naturaleza, deben realizarse solamente durante la instrucción, ya que carece de que se practiquen en el momento del juicio oral, pues sirven para determinar las circunstancias en que se produjeron los hechos y por eso no se pueden realizar en el momento del juicio, en que han de estar incorporados a las actuaciones.

Para utilizar alguno de estos medios de investigación es necesario, por imperativo constitucional, que se haya dictado una *resolución judicial* y que hubiera razones para considerar que con ella pueden comprobarse o descubrirse *hechos o circunstancias importantes* para la investigación.

La resolución judicial deberá ser *motivada*, como resolución que es limitativa de un derecho fundamental (STEDH de 25 marzo 1998 [caso Kopp], de 30 julio 1998 [caso Venezuela], SSTC 299/2000, 236, 171, 166, 141 y 49/1999, 229 y 58/1998, 54 y 49/1996, 85/1994, 37/1989, 62/1982 ó 26/1981), y habrá de revestir la forma de *auto*, de modo que nunca puede decretarse a través de una providencia, como con rotundidad lo ha expresado en la STC 181/1995, declarando la nulidad de la diligencia de intervención de comunicaciones.

Además, será necesario determinar el *hecho delictivo que se investiga*, sin que resulte legítimo amparar bajo una sola resolución judicial la investigación de hechos diferentes. Así pues, inmediatamente que aparezca la comisión de otros delitos deberá darse noticia al juez, y sólo cabrá continuar con la medida bajo un nuevo auto judicial motivado, que específicamente la ordene para los nuevos hechos descubiertos, puesto que si se produce una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de

hecho se investiga, la medida constituiría una injerencia no legítima.

Este tipo de medidas sólo pueden ordenarse *excepcionalmente*, de modo que la motivación del auto habrá de expresar las razones que llevan al juzgador a considerarla necesaria y, por tanto, justificada para obtener datos relevantes en la investigación penal, siempre con una rigurosa ponderación de los intereses en conflicto y teniendo en cuenta que la investigación penal no es, desde luego, un valor supremo. De aquí que si hubiera otras alternativas menos gravosas para el derecho fundamental, o medios de investigación que no le afecten, se habrá de optar por ellos (SSTC 236 y 171/1999; SSTS de 23 febrero 1994 y 14 junio 1993, que alude al carácter excepcional).

De lo dicho se desprende que los medios de investigación que afectan a derechos fundamentales sólo pueden acordarse en el marco de una *investigación penal* en curso. Esto supone que la autoridad judicial únicamente puede autorizarlo una vez que ha procedido a la *apertura de un procedimiento*; sin embargo, no resulta absolutamente necesaria una previa imputación.

Por último, la adopción de la medida requiere que se trate de un procedimiento por *delito grave*, aun cuando no exista en nuestro ordenamiento un criterio limitativo sea por razón de los tipos delictivos (como en Alemania, Bélgica, Finlandia o Grecia), sea por razón de la pena (como en Austria, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo o Portugal). Para el TS la intervención de comunicaciones (con referencia a las telefónicas) tan sólo se justifican para la investigación de delitos muy graves, aunque también pueden ser objeto de intervención telefónica ilícitos penales leves «con trascendencia social», como es el caso de los «delitos cometidos por funcionarios» o que afecten al «buen funcionamiento y al crédito de la Administración del Estado» (STS de 14 junio 1993).

Naturalmente que el cumplimiento de todos los presupuestos expresados carecería de sentido y trascendencia, como garantía y pro-

tección del derecho fundamental, si la actuación judicial se limitara a ordenar la diligencia y desde ese momento perdiera todo control de su práctica, o pudiera olvidarse de su función de garante de los derechos fundamentales.

Por consiguiente se exige un *control judicial* en la ordenación, desarrollo y cese de la medida, control que, dado el desconocimiento por parte del afectado, ha de ser riguroso en grado sumo (SSTS de 26 enero 1996, 11 y 19 diciembre, 28 marzo y 23 y 12 enero 1995, 14 junio 1993 y 18 abril 1991 y, entre otras, STC 49 y 236/1999, 49/1996).

Con las referidas limitaciones, cuando en el juicio oral se pretenden introducir diligencias de instrucción para que sean apreciadas por el juez en la sentencia como prueba, es preciso apreciar la disponibilidad de la fuente de prueba en el momento del juicio y las circunstancias en que este elemento se obtuvo. Estos dos elementos, la *disponibilidad* de la fuente de prueba y las *garantías* que se observaron *en su adquisición*, resultan determinantes para la utilizabilidad y la validez de la prueba en el juicio, en definitiva, para la posibilidad de fundar en ellas una sentencia de condena.

Si la fuente de prueba se halla *disponible* para ser aportada como medio probatorio, debe ser propuesta y practicada de ese modo; es lo que sucede normalmente con los documentos, o con el testigo que, habiendo declarado durante la fase de investigación, es citado y comparece en el juicio, de manera que entonces esa prueba cumple con los principios de contradicción, intermediación, publicidad y concentración.

Sin embargo, cuando la fuente probatoria *no está disponible en el juicio por causas previsibles* (el testigo se hallaba en peligro de muerte) o *por la propia naturaleza* de la prueba (la comunicación telefónica, que naturalmente tuvo lugar durante la investigación, aunque se haya grabado), la ley debe establecer especiales cautelas y garantías en su obtención y en su incorporación a las actuaciones. Así se debe exigir en la práctica de la diligencia el cumplimiento estricto de la *contradicción* y de la *intermediación judicial*, por lo que el imputado deberá tener

oportunidad y medios de intervenir (si no en la intervención telefónica, sí en su incorporación a los autos, depurando el contenido de las grabaciones) y contradecir la prueba durante la investigación, pues en otro caso el elemento probatorio no podría ser utilizado en el juicio.

Por lo tanto, en una investigación dirigida por el MF, las fuentes de prueba que se pretendan utilizar en el juicio y no vayan a estar previsiblemente disponibles en ese ulterior momento, habrán de incorporarse al proceso a través de un medio de prueba practicado ante la autoridad judicial, en este caso ante el juez de la instrucción o juez de garantías. Si no se hubiera hecho de este modo, la fuente no podrá ser utilizada como prueba en el juicio oral, y si se aporta debe ser ignorada. Así se trata de estimular la diligencia de las partes en orden a asegurar la utilización de sus elementos de prueba.

Cuando la fuente de prueba *no estuviera disponible por causas imprevisibles* (el testigo fallece repentinamente), o porque se trata de un *descubrimiento casual* o inesperado (en un control rutinario de carretera se descubre un alijo de droga; en un cacheo se descubre un arma ilegal en poder de una persona), es obvio que en su adquisición están ausentes la contradicción y la intermediación judicial, con lo que la utilizabilidad de esta prueba en el juicio deberá depender no sólo de que se acrediten las circunstancias en que se obtuvo, sino sobre todo del escrupuloso cumplimiento de las garantías en su adquisición y custodia hasta el momento del juicio, así como en la necesidad de la prueba. En estos casos, cuando se trata de una indisponibilidad imprevista, se elevan por encima de otras consideraciones las garantías tanto en la obtención del elemento probatorio como en su incorporación a los autos, por lo que la ley ha de regular con sumo detalle y minuciosidad todas estas circunstancias.

Precisamente por haberse adquirido la prueba sin contradicción y sin intermediación judicial, resulta especialmente oportuno habilitar un trámite de depuración de los elementos probatorios que se pretendan practicar en el juicio, que podría consistir en una audiencia

tras el escrito de acusación, en donde inexcusablemente deberían constar los medios de prueba propuestos. En este trámite se podría denunciar la inutilizabilidad de la prueba en el juicio, debido a un posible incumplimiento de garantías en la obtención de la fuente de prueba, o en razón de las irregularidades que se hubieran producido en su custodia y conservación, obteniendo una resolución judicial que no dé paso a la práctica del medio probatorio, excluyéndolo del proceso.

En una investigación dirigida por el MF resulta más relevante si cabe la ponderación de las circunstancias de previsibilidad en la disposición de la fuente de prueba para el juicio, porque inicialmente sólo cuando una fuente de prueba se ha obtenido en la instrucción con la garantía de contradicción simultánea y a presencia judicial, si luego resultara indisponible para el juicio oral, dicha fuente puede ser tomada directamente de la instrucción y alcanzaría valor probatorio, incorporándola al juicio al través del medio de prueba que corresponda.

6. EL MANTENIMIENTO DEL CARÁCTER PÚBLICO DE LA INVESTIGACIÓN. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PARTES

Finalmente, cuando se defiende la atribución de la investigación al MF se dice que estaríamos abocados a un encarecimiento del proceso y a una privatización de la justicia penal, puesto que tanto el acusador particular como el imputado deberían buscar fuera de esa investigación oficial del Fiscal los elementos precisos para sustentar su posición en el proceso.

Esta posibilidad resulta a todas luces inconcebible en nuestro sistema jurídico (por más que esté vigente en otros ordenamientos, como en USA) y debería paliarse sin lugar a dudas con un acceso rápido y efectivo a la autoridad judicial que, a la vista de las alegaciones del solicitante y de las razones de la negativa del

MF, pudiera ordenar la práctica de la diligencia requerida.

Tal opción no implica dejar en desamparo al imputado, pues el encargado de la investigación ha de respetar escrupulosamente, a lo largo de toda ella, los derechos procesales de aquél, garantizando el ejercicio del derecho de defensa y todos los derechos reconocidos en nuestras normas procesales. La infracción de estos derechos puede encontrar un mecanismo de petición o de recurso a la autoridad judicial, quien, como garante de los derechos de los ciudadanos (art. 117.4 CE), resolverá contradictoriamente lo que proceda, preservando su propia imparcialidad.

Como es obvio, encomendar a un mismo órgano toda la actividad que se ha de realizar durante la investigación de un hecho delictivo, sin tener en cuenta la naturaleza de cada actuación, carece de justificación y de sentido. El juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales realizados por

el fiscal, generalmente a través de la resolución de peticiones y de recursos (VIVES), porque el papel que debe desempeñar el juez durante la investigación no es más (ni menos) que el de garante de los derechos de las partes, esencialmente del sujeto pasivo del proceso. De este modo se fortalece el principio de imparcialidad judicial y se aplica mejor el principio de exclusividad del ejercicio de la potestad jurisdiccional por el Poder Judicial.

El modelo de investigación penal a cargo del MF introduce no sólo mayor agilidad en la tramitación del procedimiento, suprimiéndose la duplicidad de diligencias, sino que sitúa estas actuaciones en su verdadera dimensión, otorgando las facultades de esclarecimiento de los hechos y la iniciativa de aseguramiento del delincuente tanto al órgano público de la acusación como a quien, con el carácter de actor popular o de acusador particular, pretenda intervenir en el procedimiento y asegurar las fuentes de prueba.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Sobre esta materia se ha consultado, entre otras obras, el siguiente aparato bibliográfico:

AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale, Convegno di studio Enrico de Nicola. Problemmi attuali di diritto e procedura penale, núm. 20, Giuffrè, Milano, 1997. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Entre política y derecho. El estatuto del actor público”, en *Proceso Penal y actuación de oficio de jueces y Tribunales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995. ARMENTA DEU, “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, en *Revista del Poder Judicial* nº 41-42. 1996 (I). ASECIO MELLADO, “El imputado en el proceso penal español”, en “*Restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*”; Cuadernos del CGPJ, XXIX, 1993. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *El Ministerio Fiscal*, Pamplona, 1999. DÍEZ-PICAZO, L.M., “La acusación penal en Inglaterra”, en *Tribunales de Justicia*, nº 11/1997; *El poder de acusar*, Barcelona, 2000. DELMAS-MARTY, «El proceso penal en Europa: perspectivas», en *Poder Judicial*, 2ª época, marzo, 1995. FAIRÉN GUILLÉN, “El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988”, en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, tomo III, Madrid, 1992. «Ley del Jurado de 23 de mayo de 1995 y modelo inquisitivo. Un apunte», en *Revista de Derecho procesal*, núm. 1, 1996. FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, 1999. “Un presupuesto y algunas propuestas para el nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”, Ponencia presentada al XIII Congreso de la Asociación de Fiscales (Coruña, 9-10 de noviembre de 2001). GIMENO, “Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)”, en *Justicia-87*; “Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial”, en *Justicia-88*. GÓMEZ COLOMER, “El Fiscal instructor”, en *Justicia-96*. GONZÁLEZ CANO, “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad penal en la LO 5/2000”, en *Tribunales de Justicia*, nº 4/2001. GUARNIERI, *Pubblico Ministero e Sistema Politico*, Padova, 1984; *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrapesi*, Bologna, 1992. GUARNIERI y PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1997. GUTIÉRREZ BERLINCHES, *La acusación en el proceso penal italiano*, Madrid, 2006. LANZAROTE MARTÍNEZ, “La víctima del delito y el sistema jurídico penal: ¿hacia un sistema de alternativas?”, en *Revista del Poder Judicial* nº 34, 1994. LÓPEZ AGUILAR, *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Madrid, 1996. LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel, “Independencia, imparcialidad, objetividad del Juez”, en *Justicia* 86, núm. IV. LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, “La inculpación. Examen especial en el procedimiento abreviado”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, II. MARCHENA, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, 1992. “El Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes”, en *La Ley*, 1996, D-331. MARTÍNEZ DALMAU, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Valencia, 1999. MIRANDA

ESTRAMPES Y GUASCH FERNÁNDEZ, “El Ministerio Fiscal: consideraciones en torno a un modelo constitucional”, en *Revista del Poder Judicial* n° 54, 1999. MIRANDA RODRÍGUES, “La fase de investigación del proceso penal. Tendencias en Europa. El caso portugués”, en *El Ministerio Fiscal-Director de la instrucción* (dir. por Gimeno), Madrid, 2006. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, (con CORTÉS), 3ª ed., Valencia, 2004; “Libertad y seguridad en los procesos. Las garantías del Poder Judicial en el Estado democrático” en *Libertad y seguridad*, Coloquio de la Fundación para la modernización de España, 2002; “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n° 16, 2002; “El proceso penal español: algunas alternativas para la reforma”, en *Sistemas penales europeos*, CGPJ, 2003. NOBILI, «Accusa e burocrazia», en *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, AA.VV., Giustizia penale oggi/4, Zanichelli, Bologna, 1979. DE LA OLIVA SANTOS, “Jueces imparciales, fiscales ‘investigadores’ y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia penal”, Barcelona, 1988. «El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal», en *Tribunales de Justicia*, núm. 1, enero, 1997. ORTELLS RAMOS, “Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración político-jurídica”, en *Revista de Derecho procesal*, 1990, 2. *El proceso penal abreviado (nueve estudios)*, Granada, 1997. PERRON y LÓPEZ-BARAJAS, “El Ministerio Fiscal-Director de la investigación en el proceso penal alemán”, en *El Ministerio Fiscal-Director de la instrucción* (dir. por Gimeno), Madrid, 2006. RODRÍGUEZ RAMOS, «¿El Juez de instrucción es constitucional?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año VI, núm. 261, 19 de septiembre de 1996. ROXIN “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, en *Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania. Cuadernos del CGPJ*, 1991. SAINZ MORENO, “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 108, septiembre-diciembre, 1985, págs. 149 y ss. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “Los derechos de las víctimas: su plasmación en el proceso penal”, en *Revista del Poder Judicial* n° 54, 1999. VERGER GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona, 1994. VIVES ANTÓN, *Comentarios a la Ley de medidas urgentes de reforma procesal. II. La reforma del proceso penal*, Valencia, 1992. *Derecho Penal* (con COBO DEL ROSAL), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Fecha de recepción de originales: 3 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 29 de mayo de 2007.

RESUMEN

El autor analiza el concepto de imparcialidad de Jueces y Tribunales, desde la idea de imparcialidad del sentido común y del liberalismo político. Tras exponer los principios que se infieren de las Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluye que la investigación criminal no puede ser encomendada a un juez. Por lo tanto, propone que el Ministerio Público dirija la investigación oficial del delito, previo un profundo cambio en esta institución y en la cultura social de la imparcialidad.

PALABRAS CLAVE

MINISTERIO FISCAL, INVESTIGACIÓN, INSTRUCCIÓN, IMPARCIALIDAD, JUEZ, PROCESO.

ABSTRACT

The author analyses the concept of impartiality of Judges and Courts, from impartiality idea of common sense and political liberalism. After expounding the principles that can be inferred of the constitutional sentences (and the sentences of the European Court of Human Rights) the author concludes that the criminal inquiry can not be entrusted to a judge. Consequently he proposes that the “Ministerio Público” leads the criminal inquiry, after making a deep change in this institution and in the social culture of impartiality..

KEYWORDS

FISCAL DEPARTMENT, INVESTIGATION, INSTRUCTION, IMPARTIALITY, JUDGE, PROCESS.

SOBRE LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ Y LA DIRECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN OFICIAL DEL DELITO*

Tomás S. Vives Antón

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valencia

Sumario: 1. Introducción. 2. La idea de imparcialidad en el liberalismo político. 3. El concepto de imparcialidad en la Constitución Española. A) El punto de partida. B) El advenimiento de la imparcialidad del juez. C) La definición constitucional de la imparcialidad del Juez. D) La casuística de la imparcialidad. a) La regla de oro de la imparcialidad. b) Excurso: las zonas de confusión. E) Imparcialidad del juez y proceso penal. 4. ¿Juez de Instrucción o Juez de Garantías? A) La inconsistencia del diseño del Juez de Instrucción. B) Mirar a otro lado. C) El problema de la investigación del Ministerio Público. 5. Epílogo: ideales e ilusiones. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

El problema sobre el que versa este debate es, exactamente, el de determinar quién ha de dirigir la investigación oficial en el proceso penal: si el Juez a quien compete adoptar las medidas pertinentes para asegurar la correcta celebración del juicio, un Juez distinto o el Ministerio Público.

A partir de ese planteamiento, abordar el tema desde la perspectiva de la imparcialidad del Juez es hacerlo de un modo *radical*, no en el sentido de adoptar ninguna clase de ideología extrema, sino en el de afrontarlo desde sus más profundas raíces. De ese modo, si se concluye que la imparcialidad judicial impide

ya, por sí misma, atribuir a un Juez la dirección de la investigación oficial, habría de llegarse a la conclusión de que hay que atribuírsela al Ministerio Público, aunque para ello hubiera de sortearse un cúmulo de dificultades teóricas y prácticas.

Solamente si así no fuere, quedaría abierto el problema de si cabe reunir en un mismo instituto (el Juez de Instrucción, tal como, a fecha de hoy, se halla configurado) las condiciones de Juez de Garantías y director de la investigación oficial. De la respuesta que se diese a este segundo problema habría de llegarse a la conclusión de si cabe dejar el proceso penal tal como está o, por el contrario, es absolutamente necesaria la reforma.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «La libertad como proyecto de convivencia: fundamentación y crisis» del Ministerio de Educación y Ciencia (N° ref. SEJ 2005-0380).

Me propongo defender esa última tesis, la de que la reforma es absolutamente necesaria, en el Estado constitucional en que teóricamente al menos, queremos vivir, no porque crea que esa posición esté libre de objeciones o que no haya razones para defender la contraria; sino sólo porque, al menos provisionalmente, creo que es la mejor fundada. Trataré de expresar, pues, por qué lo creo así, aunque exponiendo solamente al efecto los argumentos más básicos que sustentan la posición que adopto.

He de advertir, no obstante, que en este tema, aparentemente técnico, se trata —como más adelante se mostrará— del fundamento último de nuestra forma de organización política, de modo que, aparte de los intereses concretos ligados a una u otra solución, se hallan comprometidas, en cualquiera de ellas, concepciones globales acerca de cómo ha de organizarse políticamente la sociedad. Cuando eso sucede no hay ningún argumento que tenga un poder de convicción absoluto. Es más: me atrevería a decir que, a menudo, en esos temas nada convence menos que un buen argumento.

Dicho esto, el punto de partida de la posición que quiero defender lo constituye la concepción de la imparcialidad del *liberalismo político*, tal y como la ha expuesto J. Rawls y la constelación de pensadores que han reflexionado acerca de sus ideas: Scanlon, Dworkin, Nagel, Hart, Nussbaum, Habermas, etc., etc. Expreso, con ello, mi convicción (discutible) de que el núcleo de esa propuesta política se halla bien fundado. No voy a definirlo, pues basta para mi propósito remitir al sentido usual de la expresión “imparcialidad” y a la bibliografía que cito, dado que la característica más relevante de la concepción de la imparcialidad del *liberalismo político* es, desde mi punto de vista, la de que hunde sus raíces —o, al menos, pretende hacerlo— en las ideas del sentido común al respecto. No trataré, pues, de defender aquí la concepción liberal de la imparcialidad; sino que dejo a quienes la han expresado esa carga.

Comenzaré la exposición de mi argumento intentando precisar, más allá de lo que acaba de apuntarse, cuál es concretamente la idea

de imparcialidad que asumo, qué importancia tiene y qué dificultades comporta su realización.

En segundo lugar, a partir de esa base, argumentaré alrededor de la idea de imparcialidad del juez en la Constitución Española y en el Convenio de Roma, tratando de establecer tanto las notas conceptuales con las que se la ha caracterizado cuanto los límites de la realización de ese concepto.

Después, intentaré razonar acerca de si es conveniente, útil o necesario, al menos teóricamente hablando, dar los dos pasos que algunos proponen: desvincular la dirección de la investigación oficial y convertir al Juez de Instrucción en Juez de Garantías y atribuirla al Ministerio Público. Finalmente, expondré las conclusiones que provisionalmente obtenga a modo de Epílogo.

Una última advertencia previa: ni me propongo, ni me sería posible, tratar ninguno de los apartados a que acabo de referirme de modo exhaustivo. Lo haré, por tanto, sólo como un primer avance de una discusión que, sin duda, habrá de continuar y que estará viva, quizás, muchos años.

2. LA IDEA DE IMPARCIALIDAD EN EL LIBERALISMO POLÍTICO

Antes de comenzar la exposición del modo de concebir la imparcialidad que propondre querría hacer tres precisiones.

La *primera* es que, en muchísima mayor medida que lo hace Rawls al desarrollar su concepción del liberalismo político, voy a “dejar descansar” la filosofía en mi exposición, de modo que procuraré atenerme, al expresar mis ideas, al *uso común del lenguaje y al sentido común*, por más que procedan de las tradiciones de pensamiento concreto que he señalado como punto de partida, pues no me dirijo a una comunidad de filósofos sino a una de juristas.

La *segunda* precisión que he de hacer es que la idea de imparcialidad que voy a defender

tiene la pretensión —característica del liberalismo político— de que puede ser aceptada desde cualquier perspectiva *razonable*, es decir, por cualquier posición que argumente en términos de *razón pública*, o sea, en términos pertenecientes al ámbito de lo político que quepa esperar que puedan ser aceptados por todos los individuos que participan de una cultura que confiere una dimensión propia e independiente a dicho ámbito.

Con eso, prescindo deliberadamente de la referencia al nacimiento en una sociedad determinada, que Rawls intenta justificar por exigencias conceptuales y que, aún en esos términos, me resulta particularmente odiosa; pero subrayo el hecho de que no pretendo que mi modo de concebir la imparcialidad, por elemental que llegue a parecer a algunos, pueda ser aceptado por todos: así, v.g. quienes no reconozcan un ámbito de lo político separado de las propias convicciones de *tipo religioso* (es decir, no sólo estrictamente religiosas, sino todas la que comporten convicciones íntimas globales determinantes de la idea de justicia y exigibles coactivamente a los demás) no podrán aceptar la concepción de imparcialidad que propongo, porque no admiten la idea de una justicia pública basada en razones. Con ello, los límites de la aceptabilidad no se refieren especialmente al ámbito de los emigrantes (cosa que, por otra parte, resulta inadmisibles —especialmente desde EEUU— presuponer).

La *tercera* precisión —que se halla implícita en cuanto llevo dicho— es la de que no voy a ofrecer sino un *esbozo peculiar* del núcleo de ideas acerca de la imparcialidad procedentes de la constelación de pensadores a los que me he referido en las consideraciones introductorias. Peculiar, porque mi objetivo es sólo establecer las ideas más básicas, de las que depende la configuración conceptual de la idea de imparcialidad de los Jueces y Tribunales en el Estado Constitucional.

Esto sentado, la idea de “sentido común” de la imparcialidad que, como he destacado antes, es el punto de partida de la del liberalismo político, se sustenta en algunas premisas

aplicables a todos los participantes en la discusión política, otras que afectan sólo a quienes ocupan posiciones en instituciones dotadas de autoridad y, finalmente, otras que se refieren específicamente a los Jueces y Tribunales.

Entre las exigencias de imparcialidad que el sentido común proyecta universalmente se halla la delimitación de un *ámbito de respeto* a todos los demás. El sentido común no exige a los particulares prescindir de toda acepción de personas; pero sí de aquellas que comporten un menosprecio del otro como persona.

A la burocracia y a los jueces les es exigible, desde luego, según el sentido común, mucho más. Pero, la formulación de esas exigencias desde la perspectiva del liberalismo político, al menos en los autores a los que me he referido, tiene algunas incorrecciones, tanto por exceso como por defecto.

En parte esas incorrecciones proceden, probablemente, de las raíces mismas del Estado constitucional, que comporta una importante dosis de desconfianza hacia el Parlamento. En los Estados constitucionales, el Parlamento ya no es visto como la residencia natural de la razón pública; sino que precisan de una Constitución sustraída, en principio, a los debates ordinarios, y un “defensor” de la Constitución, esto es, un Tribunal Constitucional.

Por eso, quizás pueda decirse, en la línea de Rawls, que la razón pública cambia de sede suprema y se desplaza del Parlamento al Tribunal; pero, incluso eso, sólo como metáfora. Pues, en cualquier caso ha de hacerse una distinción clara entre la *imagen* del Tribunal como juez de la razón, tan usual en los filósofos, y el Tribunal como *institución* de un concreto sistema constitucional.

La imagen del Tribunal Supremo norteamericano como encarnación de la *razón pública* en EEUU, a la que Rawls alude es, sin duda sugerente; pero, la idea de institución que ha de regirse *sólo* por la razón pública es predicable no sólo del Tribunal Supremo, sino de todos los Jueces y Tribunales y, en general, de todo lo que, en lenguaje weberiano se denomina burocracia.

Baste reparar en cuanto, al respecto dispone el artículo 103.1 CE (que obliga a todos los “burócratas” a servir con objetividad los intereses generales), para comprender que eso es así, no sólo porque la Constitución lo diga, sino porque, según creo, no sería razonable discutirlo.

Esa idea de Rawls tiene, además del apuntado, otros inconvenientes; pero, el que me importa destacar aquí es que, a la hora de caracterizar la idea de imparcialidad de los Jueces y Tribunales, no describe, ni siquiera por aproximación, los elementos que la caracterizan ni en los Estados constitucionales europeos, ni en el modelo constitucional norteamericano.

Para que la propuesta rawlsiana comience a ser mínimamente utilizable, habría que formularla en otros términos, es decir, no por referencia a todo el ámbito de la *razón pública*, sino aludiendo sólo al Derecho. El Tribunal, como institución real, no es el lugar de la razón pública, sino el lugar donde se dice el Derecho. Cuál es la extensión resultante, que esa expresión “Derecho” delimita, precisaría una discusión muy amplia, que no puedo emprender aquí; aunque sí quiero dejar constancia de que no comparto la comprensión que se desprende de las apreciaciones negativas sobre algunos aspectos del llamado “activismo” del Tribunal Supremo norteamericano, singularmente los relativos al reconocimiento de un área de privacidad básica y al desarrollo de las prohibiciones de discriminación. Ese modo de entender el Derecho, en mi opinión, le otorga un ámbito indebidamente reducido. Por mi parte, pienso que las estructuras básicas de la libertad y de la igualdad pertenecen al núcleo de lo que ha de entenderse por Derecho. Dicho de otro modo: no son sólo estructuras valorativas, sino conceptuales o definitorias de lo jurídico. Quiero insistir en esa fusión de concepto y valor, que ya he puesto de relieve en otros contextos.

Pero, no basta con lo dicho anteriormente para caracterizar la idea de imparcialidad del Juez que brota del sentido común, de la que poder derivar una propuesta más perfilada a partir del círculo de pensadores que han desa-

rollado las ideas de Rawls, es decir, del círculo de autores que he caracterizado como exponentes actuales del liberalismo político.

Al contrario, si la exposición queda ahí falta, a mi modo de ver, algo esencial: que la imparcialidad del Juez, en el sentido de que *no puede ser juez y parte*, le exige, no sólo que prescinda de sus intereses personales y que se abstenga de todo lo que no sea aplicar el Derecho, sino, además, que *no se juzgue a sí mismo*. Expresando esa idea de modo más sofisticado, podría formularse así: un juez en cuanto tal no puede enjuiciar su propia actuación, esto es, no puede ser, a la vez, *sujeto y objeto* del juicio.

De esa interdicción deriva tanto el mandato de atenerse a lo alegado y probado por las partes cuanto la prohibición de proceder de oficio. No voy a comentar aquí ni uno ni otra; pero, desde luego, han de tenerse presentes a la hora de perfilar en qué consiste la imparcialidad del juez.

Procede, a partir de lo expuesto, analizar el desarrollo que esas ideas han tenido en nuestro ordenamiento jurídico para determinar cuáles son los requerimientos conceptuales de la imparcialidad y ver si se cumplen en el caso del Juez de Instrucción.

3. EL CONCEPTO DE IMPARCIALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

A) EL PUNTO DE PARTIDA

Antes de comenzar a exponer cuál es la idea del juez en la Constitución española de 1978 he de hacer algunas observaciones acerca del clima ideológico que la Constitución nació y vivió varios años. Naturalmente, voy a ser muy esquemático, y puede que un estudio concienzudo de la época rectifique en algunos detalles la versión de *participante* que voy a ofrecer; pero, hay unos hechos ciertos, que nada puede cambiar; y de ellos habrán de extraerse, en cualquier caso, conclusiones semejantes a las que ofrezco aquí.

El hecho de que la Constitución de 1978 proclame expresamente la exigencia de imparcialidad de la Administración y *nada* diga de la de los jueces parece hoy, a primera vista, sorprendente. Podría pensarse que, tal vez, se daba por sentada la imparcialidad como nota conceptual *intrínseca* del Juez; pero hechos simultáneos y posteriores muestran que eso no era así. Nadie o prácticamente nadie se hacía entonces eco de los reparos que se hacían a la configuración de los poderes del juez en la LeCrim desde su misma Exposición de Motivos (texto cuya historia no es de este lugar). Al contrario, apenas acabada la autocracia franquista, veíamos en la LeCrim una especie de texto sagrado, procedente de una época liberal, en virtud del cual, contra las pretensiones de la desaparecida dictadura, algunos derechos de los imputados habrían podido defenderse.

En cuanto a los jueces, la preocupación dominante era la de salvaguardar su *poder*, garantizando su *independencia*, entendida en un sentido tan amplio que yo mismo llegué a poner en duda la constitucionalidad del art. 5 de la LOPJ, malentendiendo la sumisión *exclusiva* al imperio de la Ley que, por entonces, me llevaba a considerar otros límites jurídicos, v.g. el establecimiento de un sistema de *stare decisis* —que hoy considero ineludible—, como ilegítimas restricciones de la “libertad interpretativa” del Juez. Ese era el espíritu de la época y remito a los textos a quienes quieran verificarlo. Frente a los abusos de la dictadura, en cuyo deber se cargaban la mayor parte de las aberraciones padecidas, la receta de aquellos tiempos era muy simple: gobierno democrático, leyes bien hechas y jueces independientes. Esa era, por otra parte la utopía común de la Europa Continental, que resultó, a la postre, una quimera.

Nada habría de decir para justificar esa afirmación respecto al *gobierno democrático* —si por él se entiende como se entendía entonces a menudo, el gobierno de la mayoría—. La definición constitucional del Estado como “Estado social y democrático de Derecho” favorece ese entendimiento, en la medida en que parece disociar la democracia del Estado de Derecho,

dando a la primera, en apariencia al menos, un sentido meramente procedimental.

Así entendido (y, desde luego, pienso que ese entendimiento *no* es correcto), el gobierno democrático —el gobierno de la mayoría— no garantiza absolutamente nada frente a los posibles abusos de esa mayoría. Eso ya lo sabía perfectamente Aristóteles y deberíamos haberlo aprendido nosotros, pues es una historia que se halla —como acabo de poner de manifiesto— en los orígenes mismos del Estado constitucional; pero no lo hicimos.

En cuanto a la segunda prescripción —la de las leyes bien hechas— debería habernos hecho reflexionar la circunstancia —nada casual— de que las leyes fuesen cada vez técnicamente peores, las interpretaciones más dispares y, en consecuencia, la seguridad jurídica no creciese, sino que, progresivamente, fuese menguando.

Esa situación, tan dañosa para el Estado de Derecho, tiene una multitud de *causas*, que en muchos otros lugares he denunciado y seguiré denunciando cuantas veces pueda. Sólo quiero, al respecto, recordar una vez más aquí que *el abuso* del Derecho Penal (al que tan abocada está nuestra época) es una de ellas, pues da lugar a una legislación desmesurada y nefasta. Y que se abusa del Derecho Penal *cada vez* que se emplea para conseguir fines que pueden conseguirse por medios menos gravosos, cosa que sucede mucho más a menudo de lo que debiera.

Pero, por encima del análisis causal, me importa poner de relieve que, en mi opinión, estábamos *conceptualmente equivocados* al esperar del *texto* de la ley, dejado a la libre interpretación de los “teóricos” y de los “prácticos del derecho”, es decir, de Jueces y Fiscales, abogados y profesores, un *significado uniforme*. Pues el significado de una regla no puede conocerse sin conocer la práctica que la aplica. Por lo tanto —como ha dejado claro el TEDH en una jurisprudencia ya copiosa— las exigencias de seguridad jurídica imponen límites a la libertad interpretativa en materia penal, por razones obvias de previsibilidad.

Por último, la independencia de los jueces es, desde luego, *absolutamente* necesaria aunque

resulte imposible garantizarla *absolutamente*. Es, al menos en todos los procesos en los que se ventilan potestades públicas —entre ellos, como es obvio, el penal— un *requisito* de la imparcialidad; pero, no basta, ni para garantizar la imparcialidad ni, menos aún, para garantizar la sumisión al Derecho, sobre todo si se une a la posibilidad de interpretar libremente sus normas. Como con toda razón señala Wittgenstein, si el sentido de una regla se deja a la libre interpretación de los que han de aplicarla, entonces todo puede hacerse concordar o discordar con ella y, por lo tanto, la regla como tal desaparece.

En tal caso, la *potestad* jurídica de juzgar, no sometida a norma alguna, puede convertirse en un *poder desnudo* ese “poder de los jueces, tan terrible” que, en el esquema de Montesquieu, había que limitar.

Mas, aún dejando aparte la patología, el poder sobredimensionado de los jueces proyecta sombras de sospecha sobre el proceso penal; pues, en definitiva, en él, en el proceso penal, se enfrentan el poder punitivo del Estado (que se ejerce a través de los jueces) con los derechos fundamentales del ciudadano, de tal modo que cualquier poder concedido a los jueces que exceda las facultades de un árbitro constituye, *objetivamente*, una merma de *derechos* para el imputado (aunque le abra otras posibilidades de las que más vale no hablar pues ni son derechos, ni son de derecho).

Desde Beccaria, sabíamos cual era la misión del Juez en el proceso penal; o, por decirlo mejor, por qué el ejercicio de la potestad punitiva reviste la forma de un proceso, a saber: para garantizar la *imparcialidad* de ese ejercicio. Re-cuérdense sus palabras:

“El soberano, que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros; pero no juzgar, cuando alguno haya violado el contrato social, porque entonces la nación se dividiría en *dos partes*: una representada por el soberano que afirma la violación del Derecho y otra por el acusado que la niega. Es, pues, necesario, que un *tercero* juzgue de la verdad del hecho”

Esa condición de *tercero*, de ajeno al litigio, que ya en la concepción de la imparcialidad del sentido común se atribuye al juez, es la causa que determina que la violación de la regla de imparcialidad por su parte parezca, “a los ojos de la justicia y de la razón, incluso criminal”, como dijera Bentham: pues cuando el juez se desvía de la regla de la imparcialidad, se convierte en parte y utiliza sus poderes de juez al servicio de su ilegítima posición de parte, desequilibra la balanza de la justicia.

Todo eso se sabía —lo sabíamos— en aquella época; pero, por las razones que acaban de exponerse —que nada justifican, aunque expliquen por qué ocurrió— o lo relegamos a un segundo plano o quedó completamente olvidado.

B) EL ADVENIMIENTO DE LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

Hasta tal punto la imparcialidad del juez fué reducida al olvido y a la insignificancia que la LO 10/1980, de 11 de Noviembre, atribuía a un mismo órgano judicial tanto la “instrucción” (esto es, la dirección de la investigación oficial y la garantía de los derechos durante su transcurso) como el enjuiciamiento y fallo.

Lo que sucedió ulteriormente no fue, sin embargo, que la imparcialidad objetiva del Juez saliera del olvido y ocupara la escena, recuperándose, así, retazos de una buena y vieja tradición. Aunque, en efecto, algo de eso hubo, en términos generales puede afirmarse que, si esa tradición existía, era en el ámbito de los procesos privados: en los procesos públicos, en realidad, apenas había adquirido carta de naturaleza.

De modo que, si entró en España fue, de la mano del TEDH y gracias a cuanto dispone el artículo 10.2 de la CE, que obliga a interpretar los derechos fundamentales según el Convenio de Roma.

En efecto, en el caso Piersack —STEDH de 1 de octubre de 1982— (participación indirecta de un miembro del Tribunal en la instrucción, en concepto de sustituto de Pro-

curador del Rey), ya quedó claro que instruir un caso y fallarlo son dos actividades incompatibles.

Pero, es en el caso De Cubber (STEDH de 26 de octubre de 1984, *Tol 168780*) donde esa doctrina se reitera, específicamente para el Juez Instructor.

Conceptualmente, vale la pena destacar que, en ese asunto el gobierno belga adujo que, en su país, un juez investigador es completamente independiente en el cumplimiento de sus deberes; que, a diferencia de los ayudantes del Procurador del Rey, no tiene el estatuto de parte en el procedimiento penal; que el objeto de su actividad no es “establecer la culpabilidad” de ningún imputado, sino “reunir de modo imparcial pruebas, tanto a favor como en contra del acusado”, manteniendo entretanto “una justa ponderación entre acusación y defensa”, pues nunca deja de ser un juez; y, finalmente, que no toma ninguna decisión respecto a la remisión del acusado a juicio, sino que se limita a presentar a la cámara del consejo, de la que no forma parte, informes objetivos acerca del estado de las investigaciones preliminares sin expresar ninguna opinión propia (número 28).

Pese a lo cual, el Tribunal decidió que un juez que ha actuado en el caso como investigador suscita dudas justificadas sobre su imparcialidad (números 29 y 30).

La recepción, en sede constitucional, de la doctrina del TEDH no se hizo esperar demasiado.

Así, ya en la STC 113/1987 (*Tol 79853*), de tres de julio, se deniega el amparo frente a la sentencia condenatoria de un Juez de Instrucción como “consecuencia de la inexistencia de una real acumulación de las funciones de instructor y Juez sentenciador, puesto que no fue juzgada ni condenada por el Juez que tuvo a su cargo las actuaciones de la causa” (Fj. 4). Pero, fue ulteriormente, en la STC 145/1988, (*Tol 109346*) donde tuvo lugar de modo más contundente la asunción de la doctrina del TEDH. Merece la pena recordar el FJ 5º de esta última resolución:

“Resueltas así las objeciones previas a la admisión de las cuestiones aquí examinadas es preciso entrar en el fondo de estas últimas. Las cuestiones se refieren, en primer término, a la posible inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, y más concretamente, a su segundo párrafo que, como se ha visto, establece que «en ningún caso» será aplicable al Juez competente para el conocimiento y fallo de las causas que han de enjuiciarse por dicha ley el motivo de recusación (y, consiguientemente, de abstención) previsto en el art. 54.12 de la L.E.Cr. consistente en haber sido el citado Juez «instructor de la causa». Esta causa de abstención y recusación se encuadra en el sistema de procedimiento penal regulado por la L.E.Cr., en la que para los casos de delito se prevían dos fases distintas: La sumarial, en la que un Juez lleva a cabo la instrucción, y la vista oral, en la que un Tribunal conoce y falla la causa. **Naturalmente, no es éste el único sistema procesal que sería posible en nuestro marco constitucional, pero siendo el establecido en la actualidad, resulta claro que deben respetarse en él y en los demás vigentes, de acuerdo con sus peculiaridades, las garantías constitucionales que impone la Norma Suprema.** Entre ellas figura la prevista en el art. 24.2 que reconoce a todos el derecho a «un juicio público ... con todas las garantías», garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el art. 1.1 de la Constitución. **A asegurar esa imparcialidad tienden precisamente las causas de recusación y de abstención que surgen en las leyes. La recogida en el citado art. 54.12 de la L.E.Cr. busca preservar la llamada imparcialidad «objetiva», es decir, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso.** No se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el Instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo (art. 2 de la L.E.Cr.). Pero ocurre que **la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que in uyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de**

que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso «De Cubber», de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso «Piersack», de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que puedan temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la conanza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados. Esta prevención que el Juez que ha instruido y que debe fallar puede provocar en los justiciables viene aumentada si se considera que las actividades instructoras no son públicas ni necesariamente contradictorias, y la influencia que pueden ejercer en el juzgador se produce al margen de «un proceso público» que también exige el citado art. 24.2 y del procedimiento predominantemente oral, sobre todo en materia criminal, a que se refiere el art. 120.2, ambos de la Constitución. En un sistema procesal en que la fase decisiva es el juicio oral, al que la instrucción sirve de preparación, debe evitarse que este juicio oral pierda virtualidad o se empañe su imagen externa, como puede suceder si el Juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones y prejuicios existan. Es de señalar también que a las mismas conclusiones ha llegado el TEDH interpretando el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. El citado artículo del Convenio, de conformidad con el cual deben interpretarse las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, afirma el derecho de toda persona a que su causa sea oída «por un Tribunal independiente e imparcial». Pues bien, en su citada Sentencia «De Cubber», el TEDH entendió que la actuación como Juez en el Tribunal sentenciador de quien había sido Juez Instructor de la causa suponía, por las razones ya expuestas, una infracción del derecho al Juez imparcial consagrado en el citado artículo del Convenio. **De todo lo que antecede resulta que el párrafo segundo del apartado segundo de la Ley Orgánica 10/1980, que prohíbe en todo caso la recusación (y consiguientemente la abstención) del Juez sentenciador que ha sido instructor de la causa es inconstitucional por vulnerar el derecho al Juez imparcial que reconoce el art. 24.2 de la Constitución. No es necesario, en cambio, declarar la inconstitucionalidad del párrafo primero del mismo art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, que se limita a atribuir**

la competencia para el conocimiento y fallo (no, por tanto, para la instrucción) de las causas sometidas a dicha ley a los Jueces de Instrucción del partido en que el delito se haya cometido, sobre todo si se tiene en cuenta que existen partidos judiciales en que hay más de un Juez de Instrucción, por lo que la abstención o recusación cuando proceda del Juez que haya instruido no impide la actuación de otro Juez del mismo partido como juzgador”.

C) LA DEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

Descartada, así, la compatibilidad de ser juez de la instrucción y juez del fallo, se abre el problema de determinar qué actos previos determinan la *contaminación* del juez instructor.

A tal fin, la STC 98/1990, de 24 de mayo (*Tol 80391*), distinguió entre las diligencias *auténticamente instructoras* —entre las que incluye los *actos de investigación*— y las de *preparación del juicio*. Las primeras determinarían la contaminación, pero no las segundas. Esta delimitación conceptual es, sin embargo, insuficiente; pero ya destaca una idea que es preciso retener: *investigar y juzgar son incompatibles*. Esa es una precisión conceptual justa porque el que ha realizado, dirigido u ordenado la investigación no puede enjuiciar el valor de sus propios actos. Eso forma parte de la idea de lo que es juzgar y de la del juez imparcial, tal y como es acogida y expresada por la jurisdicción constitucional española.

Creo que en la STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5 (*Tol 81209*), (al que se referirán todas las citas ulteriores), se expone, de modo paradigmático, la concepción de la imparcialidad del Juez que asume la jurisdicción constitucional española:

“La separación y alejamiento de las partes en litigio y sus intereses permite al Juez «situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas, para decidir justamente la controversia determinada por sus pretensiones en relación con la culpabilidad o inocencia» (SSTC 54/1985 fundamento jurídico 6º, y 225/1988, fundamento jurídico 1º). Esta obligación de ser ajeno al litigio, de no jugarse nada en él, de no ser «Juez y parte» ni «Juez de la propia causa», puede resu-

mirse en dos reglas: según la primera, el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; por la segunda, el Juez no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra (Sentencias del TEDH de 22 de junio de 1989, caso Langborger, de 25 de noviembre de 1993, caso Holm, y de 20 de mayo de 1998, caso Gautrin y otros).

El método de apreciación de estas exigencias empleado por el TEDH, cuya jurisprudencia constituye un obligado y valioso medio hermenéutico para configurar el contenido y alcance de los derechos fundamentales (art. 10.2 CE), se caracteriza por distinguir dos perspectivas —subjetiva y objetiva—, desde las que valorar si el Juez de un caso concreto puede ser considerado imparcial [Sentencias del TEDH dictadas en los casos Piersack (ap. 30) y De Cubber (ap. 24), antes citados, a cuya doctrina se remiten las posteriores]. La perspectiva subjetiva trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Desde esta perspectiva, la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas. La perspectiva objetiva, sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto (caso Hauschildt, ap. 48); por ello, desde este punto de vista, son muy importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan en el proceso, el Juez puede ser visto como un tercero en litigio, ajeno a los intereses que en él se ventilan”.

El punto de partida de la doble dimensión de la imparcialidad es, pues, la doctrina del TEDH; pero, se matiza ulteriormente en los siguientes términos:

“Nuestra jurisprudencia”, dice el Tribunal Constitucional, “siguiendo un camino del utilizado por el TEDH, ha agrupado bajo el común denominador de afectar a la “imparcialidad subjetiva” a aquellas sospechas que expresan indebidas relaciones del Juez con las partes, mientras que las que evidencian la relación del Juez con el objeto del proceso, hemos dicho afectan a la “imparcialidad objetiva” (SSTC 145/1998, 11/1989, 176/1992, 372/1993 y 33/1994)”.

A lo que, más adelante, añade la sentencia:

“De otra parte, cabe entender que las referencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la «perspectiva subjetiva» desde la que cabe apreciar la imparcialidad judicial, que llevan a indagar «la convicción personal del Juez», tanto para descartar la presencia de prejuicios o tomas de partido previas como para excluir aquellos supuestos en que sea legítimo temer que el criterio de juicio no va a ser la aplicación del ordenamiento jurídico, sino otro, derivado de cualquier tipo de relación jurídica o de hecho, que el Juez mantenga o haya mantenido en relación con la pretensión de condena que ha de decidir, tienen más que ver con la del Juez, aquella que, por razones personales, le haga aparecer vinculado a las partes, a sus intereses o al mismo objeto de enjuiciamiento”.

De modo que no se trata tanto de seguir un criterio de clasificación *diverso* del que sigue el TEDH como de *interpretarlo* adecuadamente. Porque si la perspectiva subjetiva condujese, efectivamente, a la indagación del ánimo del Juez (esto es, de algo que discurre en el interior de su mente) nunca, salvo que éste lo expresase abiertamente y pudiéramos estar seguros de que dice la verdad, podríamos decir que es subjetivamente parcial o imparcial. En consecuencia, las “sospechas” de que ese ánimo existe, por muy justificadas que estuviesen, no podrían probar su contenido. Al contentarse, para apreciar la parcialidad, con la “sospecha justificada”, el TEDH sitúa, pues, el fundamento de la parcialidad en *datos exteriores*. Por eso, para evitar las confusiones que la terminología empleada por el TEDH provoca, propuse prescindir de la división entre *imparcialidad objetiva y subjetiva* y sustituirla por la de *procesal y personal*. Hoy lo diría de modo aún más tajante, pues me parece que no hay dos dimensiones de la imparcialidad; sino que la imparcialidad es única; y que puede ponerse, legítimamente en duda, tanto por razones nacidas de la *función procesal* que haya desempeñado el Juez, como por sus relaciones o actuaciones *personales*.

En cualquier caso, la idea de que el juez ha de ser ajeno a la contienda late bajo la de imparcialidad; y la *sospecha justificada* de que se halla involucrado en ella basta para removerle del proceso.

Determinar qué clase de sospechas se hallan justificadas es, por ello, delimitar el ámbito de la imparcialidad.

El Tribunal Constitucional precisa que la *justificación* de las sospechas aunque “pueden surgir de cualquier clase de relaciones jurídicas o de hecho” ha de estar apoyada en “*datos objetivos* que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es *ajeno* a la causa”.

Pero, la concreción de ese criterio remite a una casuística que es difícil (si no imposible) condensar en una definición precisa; pero que, en mi opinión, muestra con suficiente claridad de qué modo debe aplicarse a otros supuestos no contemplados. O, dicho de otro modo: los casos ya decididos ponen de manifiesto las reglas que se han seguido para apreciar o denegar la vulneración de la imparcialidad. Por lo tanto, para decidir en otros aún no planteados basta con aplicar razonablemente esas reglas.

Veamos, pues, algunos de esos casos.

D) LA CASUÍSTICA DE LA IMPARCIALIDAD

a) La regla de oro de la imparcialidad

Para inducir las reglas de aplicación del concepto de imparcialidad no es necesario, ni con mucho, hacer mención de todos los casos decididos hasta ahora; pero, vale la pena dejar constancia de algunos de ellos.

La propia Sentencia 162/1999, en su fundamento jurídico 5, al que se acaba de hacer referencia, contiene, junto a las fórmulas generales que se han transcrito, una importante enumeración de casos. Reza así:

“Las exigencias de imparcialidad se proyectan sobre la actividad procesal y extraprocesal del Juez del caso, definiendo reglas y exclusiones que tratan de disipar cualquier duda legítima que pueda existir sobre la idoneidad del Juez. Por lo que se refiere a la actividad procesal, y más concretamente, a la desarrollada en el proceso penal, este Tribunal ha establecido ya como reglas constitucionalmente exigidas las que afirman la incompatibilidad entre las **funciones de fallo y las de previa acusación o de auxilio a la acusación** (SSTC 54/1985, 225/1988, 180/1991, o **entre las facultades de instrucción y**

las de enjuiciamiento (SSTC 113/1987, 145/1988, 164/1988 11/1989, 106/1989, 98/1990, 186/1990, 138/1991, 151/1991, 238/1991, 113/1992, 170/1993, 320/1993, 372/1993, 384/1993 y 132/1997). Además de las anteriores, el TEDH ha individualizado otra actividad procesal que quiebra la imparcialidad al excluir del proceso debido aquellos supuestos en que la actividad jurisdiccional previa ha supuesto la *exteriorización anticipada del juicio de culpabilidad* (caso Hauschildt, ap. 52: medida cautelar acordada en fase previa al juicio oral cuyo fundamento es prácticamente idéntico al juicio de culpabilidad, y caso Castillo Algar, ap. 48: enjuiciamiento por una Sala integrada por dos Magistrados que, previamente, habían confirmado el procesamiento del acusado apreciando «indicios suficientes para considerar que pudiera existir un delito militar...»). En el mismo sentido, aunque la duda de inconstitucionalidad se rechazó, nos pronunciamos en la STC 60/1995 —Juez de menores que, en fase de investigación, dispone medidas limitativas de derechos fundamentales, y luego enjuicia al sometido a investigación—, y, en la STC 14/1999, fundamentos jurídicos 4º y 8º. Por las mismas razones, carece de la debida imparcialidad para revisar el fallo en segunda instancia el Juez que lo ha dictado en la primera; así lo ha declarado ya este Tribunal en el ámbito penal —STC 238/1991—, y en el social —SSTC 137/1994 y 299/1994— (y el TEDH, en su Sentencia de 23 de mayo de 1991, caso Oberschlick, aps. 48 a 52). Finalmente, pueden también surgir dudas sobre la imparcialidad del Tribunal cuando, en un pleito anterior, se ha pronunciado sobre los hechos debatidos (SSTC 138/1994, 206/1994 [RTC 1994\206], y 47/1998) y Sentencias del TEDH, de 7 de agosto de 1996, caso Ferrantelli y Santangelo, y de 26 de agosto de 1997, caso De Haan), aunque la razonabilidad de las mismas exija el ”

Como se ve, el análisis de la *casuística* acaba con un reenvío a la *casuística*, esto es, al examen concreto de los casos. Un análisis exhaustivo de esa casuística excede los límites del presente estudio.

No obstante, me gustaría destacar el supuesto examinado en la STC 310/2000 de 18 de diciembre (*Tol 81733*), en la que el TC otorga el amparo y entiende vulnerada la imparcialidad por el hecho de que el juez que decretó la apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado formó, después, parte del tribunal que dictó la sentencia de fondo.

Tras rechazar la causa de inadmisión consistente en no haber planteado la recusación

de dicho juez, en términos que ponen de manifiesto la supremacía del valor constitucional de la imparcialidad sobre criterios rígidamente formalistas en la aplicación de preceptos legales (F.J.3º) el TC razona su decisión en los siguientes términos:

“Procede, en consecuencia, examinar la vulneración alegada a la luz de la jurisprudencia constitucional. A tal efecto ha de advertirse que los recurrentes no alegan que el Magistrado haya desempeñado específicas funciones instructoras, sino que su intervención en fase previa al proceso en sentido estricto, es decir, antes de formar parte del órgano que juzgó los hechos, consistió en dictar el Auto de apertura del juicio oral. A pesar de ello, sostienen que, si la pérdida de la imparcialidad se produce cuando quien ha de juzgar ha estado en contacto previo con las fuentes de las que procede el material necesario para que se celebre el juicio, dado que ello puede hacer nacer en el Juez prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del acusado, ello también se produciría cuando quien ha de juzgar ha dictado previamente el Auto de apertura del juicio oral. Afirman los recurrentes que el Auto de apertura del juicio oral no es una resolución carente de contenido en el ámbito del procedimiento abreviado, pues antes de dictarla se ha de efectuar un razonamiento estimando si el hecho es o no constitutivo de delito y si existen indicios racionales de criminalidad o procede en caso contrario el sobreseimiento. Además, también en él se dictan medidas cautelares. Por ello, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento ordinario, es el propio Juez de Instrucción el competente para dictarlo.

En resumen, los recurrentes sostienen que el fundamento material de la lesión del derecho a un Juez imparcial reside en el contacto previo con el material que fundamenta la apertura del juicio oral en la medida en que este contacto puede hacer nacer en el juzgador prejuicios o prevenciones sobre la culpabilidad del acusado, y que dictar el Auto de apertura del juicio oral implica dicho contacto dado que para dictarlo ha de valorarse si el hecho es constitutivo de delito y si existen indicios racionales de criminalidad respecto del acusado.

Pues bien, a la luz de la regulación procesal del Auto de apertura del juicio oral y de la doctrina constitucional sobre el derecho a un Juez imparcial, ha de otorgarse la razón a los recurrentes y estimar el amparo ya que se ha producido la vulneración del derecho, según se razona seguidamente.

Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que la competencia para dictar el Auto de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado corresponde al Juez de Instrucción (art. 790.6 LECrim) al igual

que en el procedimiento ante el Jurado (art. 32 Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado). En segundo lugar, debe señalarse que en supuesto prácticamente idéntico al ahora enjuiciado declaramos que es evidente “que los Autos de apertura de juicio oral, por su doble carácter de actos que concluyen las diligencias preparatorias y que adoptan una serie de medidas cautelares, tienen como base una imputación penal, que les hace partícipes de la naturaleza de las llamadas ‘Sentencias instructoras de reenvío’, en las que se determina la imputación, existentes en la práctica judicial francesa e italiana, y en este sentido es patente que no se trata de actos de mera ordenación formal del proceso, sino que por el contrario contienen una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos que posteriormente el Juez está llamado a sentenciar” (STC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 5; en sentido similar, STC 320/1993, de 8 de noviembre, FJ 3). Al respecto, en la primera de estas Sentencias —partiendo de que en el Auto se estimaba que los hechos revestían caracteres de delito y que las actuaciones ofrecían méritos suficientes para exigir responsabilidad criminal, y que en él asimismo se aseguraban las responsabilidades pecuniarias y se decretaba la libertad provisional con obligación apud acta— se dice que todo ello “supone que el Juez necesariamente apreció indicios racionales de criminalidad por lo que hay que concluir, en aplicación de la doctrina establecida, entre otras, en las SSTC 145/1988 y 136/1992, que se ha roto la apariencia de neutralidad que debe caracterizar a un Juez sentenciador”.

Esta doctrina se enmarca en una línea jurisprudencial de la que es claro exponente la STC 145/1988, de 12 de julio, que resolvió las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes. En ella se señala, de un lado, que la pérdida de la imparcialidad al realizar actividades instructoras se ocasiona “en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables [y] puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso De Cubber, de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso Piersack, de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que

los tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados" (FJ 5). De otro, se especifica en dicha Sentencia (FJ 7) que son auténticos actos instructorios, a los efectos de la pérdida de la imparcialidad, los señalados en el art. 299 LECrim, esto es, los que implican haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio e implican investigación directa de los hechos, oír la declaración del detenido ya que puede provocar una primera impresión sobre su culpabilidad, decidir sobre su situación personal, lo que exige una valoración indiciaria de su culpabilidad, decidir sobre la denuncia y la querrela, la celebración anticipada de pruebas que no puedan realizarse en el juicio oral, y todas las que, además, puede realizar de oficio (en sentido similar, entre otras, las SSTC 11/1989, de 24 de enero, FJ 2; 151/1991, de 8 de julio, FJ 4; 142/1997, de 15 de septiembre, FJ 3).

Por lo tanto, se trata no sólo de que el Juez haya de mantenerse alejado de la investigación de la causa, del material sumarial, de funciones de acusación, de actividades que provoquen una primera impresión sobre la responsabilidad del acusado, sino de mantenerse ajeno, específicamente también, a la labor de incriminación o inculpación del acusado, ya sea ésta indiciaria y provisional como la que se requiere en los Autos de inculpación y procesamiento, ya se efectúe dicha incriminación de forma preventiva, como resulta necesario para dictar las medidas cautelares. En este contexto, en definitiva, el derecho a un Juez imparcial comprende no sólo la exclusión de las prevenciones y prejuicios efectivamente producidos como resultado de dichas actuaciones, sino también la exigencia de prevenir la impresión, apariencia o imagen externa de que el Juez no acomete la función de juzgar con plena imparcialidad.

Esta doctrina ha llevado a sostener a este Tribunal la inconstitucionalidad del art. 8.1, párrafo II, de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto que en dicho precepto se atribuía la competencia para dictar el Auto de procesamiento a la Audiencia Provincial, quien también era competente para conocer del juicio oral (STC 55/1990 de 28 de marzo, FJ 7). La inconstitucionalidad del precepto se sustenta en la vulneración del derecho al Juez imparcial, ya que para dictar el Auto de procesamiento resulta necesario realizar una valoración indiciaria de la culpabilidad del acusado. Y con base en fundamentos similares se ha afirmado la pérdida de la imparcialidad del Juzgador si previamente ha dictado medidas cautelares (SSTC 145/1988, de 12 de julio, FJ 7; 11/1989, de 24 de enero, FJ 4; 170/1993, de 27 de mayo, FJ 5; 320/1993, de 8 de noviembre, FJ 3). Así, con notable contundencia, sostiene la STC 320/1993 (FJ 3)

que "es, esencialmente en este supuesto concreto, la adopción de las medidas cautelares citadas en el propio Auto de apertura del juicio oral, lo que determina la indudable actividad instructora llevada a cabo por el titular del órgano judicial", y que "constituye un común denominador de todas las medidas cautelares, penales y civiles, que puedan disponerse en el proceso penal el de que su *fumus boni iuris* o presupuesto material que justifica su adopción estriba en un fundado juicio de imputación que ha de formarse el Juez de Instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible (arts. 503.3 y 589 LECrim)". Añade dicha Sentencia que "la asunción por el Juez de Instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el Juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juicio oral contra un acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar". (F.J.4º).

En resumen: lo que contamina es o *investigar* o *prejuzgar*. Cuando ni se investiga ni se prejuzga, cuando el juez que prepara el juicio actúa *como juez*, esto es, como juez de garantías y se limita a verificar que las medidas cautelares o la apertura del juicio oral solicitadas por las acusaciones se hallan fundadas adecuadamente (esto es, en una *probable causa*) **no** queda contaminado. Así lo ha resuelto reiteradamente el TEDH y, en parecidos términos, la jurisprudencia norteamericana. **Basta esa constatación para apreciar lo perturbador que resulta que el Juez que prepara el juicio, dirija, a su vez, la investigación oficial.**

b) Excurso: las zonas de confusión

También es relevante desarrollar las referencias a la casuística en los supuestos en que un Tribunal, en un pleito anterior, se ha pronunciado sobre los hechos, pues el análisis de cada caso concreto es inevitable, como pone claramente de relieve la STC 240/2005, de 10 de octubre (*Tol 736215*), pese a las alegaciones de los recurrentes, "ni se trata de que el Magistrado ahora recusado haya intervenido en una instancia anterior de dicho procedimiento, ni de que su decisión previa tuviera el mismo objeto que la ahora recurrida" (F.j. 2). En consecuencia, se deniega el amparo.

Sin discutir el fallo de esa sentencia, ni su *ratio*, me gustaría señalar que no puedo comparar, sin embargo, un *obiter* que, pese a ser sólo eso, por su desmesurada extensión parece haber pesado en el ánimo del Tribunal. Dice así:

“Debe subrayarse que no se trataba de que dicho Magistrado tuviera que reconsiderar una condena penal dictada por él —con independencia ahora del juicio de imparcialidad que pudiera merecer esta situación hipotética—, sino de si la condena que había sido sometida a su consideración, y a la de los otros Magistrados integrantes de la Sala de casación, desde las concretas perspectivas que permite la Ley y propusieron las partes, era ahora revisable por una razón distinta y a la luz de los estrictos motivos que para la revisión de una Sentencia firme establece la Ley de enjuiciamiento criminal. Es de señalar que si era indudable su imparcialidad como Juez de casación también lo es ahora como Juez de revisión de la misma Sentencia pero por motivos distintos a los casacionales. b) La conclusión anterior encuentra aún refuerzo en la doctrina de este Tribunal que niega incluso tacha de parcialidad objetiva del Juez que se enfrenta de nuevo al asunto que ha sido objeto de una nulidad de actuaciones y al que se exige una reconsideración de sus convicciones a la luz de lo nuevamente actuado (, F. 3): «La convicción expuesta en la Sentencia que culmina un procedimiento viciado se formó defectuosamente y es, por ello, merecedora de reproche, de tal modo que el ordenamiento bien puede exigir al Juez que cometió la infracción procesal que repare, primero, los vicios determinantes de la nulidad y que pondere, después, la trascendencia de lo nuevamente actuado sobre la Sentencia en su día dictada, modificando incluso, si preciso fuera, la apreciación expuesta entonces sobre la responsabilidad del acusado. **Tal es el remedio, tradicional y general, que nuestro Derecho establece en estos casos (STC 245/1991, F. 6) y no cabe desconocer el interés institucional presente en esta técnica de la retroacción ante el propio órgano judicial que cometió la infracción, a quien, de este modo, se le impone una pública rectificación de lo actuado.** Es claro, en todo caso, que ningún juzgador puede invocar una convicción defectuosamente fundada para eludir o soslayar su reparación ... Lo anterior sólo podría ser puesto en cuestión, desde la perspectiva de la imparcialidad judicial, si la reparación de los vicios de procedimiento por el propio Juez que ya sentenció pudiera engendrar en el justiciable —y en la comunidad, en general— un recelo de parcialidad o, por mejor decir, un temor racional a que lo nuevamente actuado no fuera en absoluto tenido en cuenta a la hora de dictar la nueva resolución de fondo, pues, si así fuera, es claro que padecería la confianza en los Tribunales, a cuyo servicio está la garantía que aquí consideramos (Tribunal

Europeo de Derechos Humanos, caso ,). El legislador —que es a quien, en primer lugar, compete tal apreciación— no lo ha estimado así y, a la luz de lo expuesto, no cabe considerar contrario a la Constitución este criterio. En supuestos de retroacción por nulidad no se le exige al juzgador —vale reiterar— que altere, sin más, sus convicciones ya expuestas, sino que las reconsidere a la luz de lo nuevamente actuado y reside precisamente aquí, en el contraste entre la nueva resolución a dictar y las actuaciones reemprendidas, una medida objetiva para apreciar, y para controlar en su caso, si el órgano judicial llevó efectivamente a cabo, como el ordenamiento le impone, aquella reconsideración. La objetividad de este criterio garantiza así el deber judicial de fallar según lo actuado y preserva, con ello, la confianza en la justicia» (F. 3)”.

Realizar semejantes afirmaciones, tras haber dicho pocas líneas antes, que la imparcialidad es la primera de las garantías del proceso (SSTC 60/1995 (*Tol* 82800), de 16 de marzo, f.j. 3; 162/1999, de 27 de septiembre, f.j. 5), hasta el punto de que **sin juez imparcial (esto es, ajeno al litigio) no hay, propiamente, proceso jurisdiccional**, constituye una incongruencia *muy grave*, pues es obvio que el juez, cuya resolución se anula, ha dado su opinión sobre los hechos, cometiendo una infracción procesal, no puede, a los ojos de nadie que tenga un mínimo sentido de la imparcialidad, resultar el más idóneo para resolver de nuevo el caso.

El Tribunal Constitucional no parece tener claro hasta qué punto la expresión de opiniones en el proceso puede determinar una sospecha justificada de parcialidad. Así, en el ATC 61/2003 (*Tol* 238577) una mayoría de siete magistrados entendió que unas declaraciones a la prensa, realizadas por el entonces presidente del Tribunal, que manifestaba el deseo de que, en el caso por el que se le preguntaba, se llegase a una solución favorable a la impugnada Ley de partidos, no afectaban a su imparcialidad como juez. Frente a esa mayoría los otros cinco magistrados expresaron su opinión contraria, que ha resultado ser coincidente con la decisión adoptada más tarde por el TEDH en el caso *Meznaric v. Croatia* sentencia de 15 de julio de 2005 (*Tol* 735839), que entendió justificadas las sospechas de parcialidad en un supuesto semejante.

Ulteriormente han tenido lugar decisiones que arrojan sobre el problema una sombra aún más profunda.

En efecto, el ATC 18/2006, de 24 de enero (*Tol 1029641*) desestimó, en un recurso de amparo, la recusación de un magistrado por haber publicado un informe jurídico realizado como profesor. Posteriormente, en cambio, y en relación a un proceso de inconstitucionalidad relativo a la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña se admitió dicha recusación (ATC de 13 de febrero de 2007, *Tol 1032897*) sin que, como destacan exhaustivamente los votos particulares, hubiera ningún cambio esencial:

Un dictamen académico, *anterior* al inicio del proceso legislativo cuyo enjuiciamiento estaba teniendo lugar y *desconectado* de dicho proceso, dio lugar a una sorprendente estimación de la recusación, frente a la que sólo quiero mostrar mi respetuoso disenso; pero no puedo dejar de añadir que ese comportamiento, difícilmente explicable, ha levantado la sospecha en una parte muy significativa del más severo juez de los jueces, el pueblo. Sería deseable que el Tribunal actuase de modo tal que pusiese de manifiesto la ausencia de cualquier clase de toma de partido y lograrse que esa sospecha se desvaneciese como el humo, pues de lo contrario la institución más básica del Estado constitucional podría quedar irremediablemente dañada.

Sirva ese ejemplo señero para poner de manifiesto hasta dónde llega, aún actualmente, la cultura de la imparcialidad de España: tiene tantas carencias derivadas, en parte, de la ausencia de una tradición adecuada, que es preciso proponerse firmemente remediarlas.

E) IMPARCIALIDAD DEL JUEZ Y PROCESO PENAL

Si las consideraciones anteriores han dejado en claro que, hasta en la jurisdicción constitucional se acusan importantes deficiencias en cuanto al alcance de la imparcialidad, cabe predicar lo mismo del resto de las jurisdicciones y, especialmente, de la jurisdicción penal.

Ciertamente, muchos de los defectos procedentes de la tradición inquisitiva se han corregido; pero, ni con mucho, se ha realizado plenamente el *principio* acusatorio definido por el Tribunal Constitucional en una serie de Sentencias (59/2000, de 2 de marzo —*Tol 224431*—, 75 y 76/2000, de 27 de marzo —*Tol 244455* y *81291*—, 92/2000, de 10 de abril —*Tol 24514*—, 122/2000, de 16 de mayo —*Tol 26496*—, 139/2000, de 29 de mayo —*Tol 26503*— y 174/2003, de 29 de septiembre —*Tol 3313362*—).

En esta última resolución (f.j. 8) se afirma lo siguiente:

La no menciona por su propio nombre el principio acusatorio, lo que no ha sido óbice para que este Tribunal haya reconocido como protegidos en el art. 24 CE ciertos derechos fundamentales que indican los elementos estructurales de este principio nuclear. Así este Tribunal ha proclamado que el sistema acusatorio guarda una estrecha relación con el derecho de defensa y la proscripción de indefensión (entre los pronunciamientos más recientes, , F. 5; , F. 3; y STC 33/2003, de 13 de febrero, F. 2), con el derecho a la tutela judicial efectiva, habida cuenta del deber de congruencia o correlación entre la acusación y el fallo (entre otras, STC 75/2003, de 23 de abril, F. 5 y STC 33/2003, de 13 de febrero, F. 3), así como con la garantía de imparcialidad de los Jueces o Tribunales (STC 33/2003, de 13 de febrero, F. 2), garantía que ha conducido en nuestro ordenamiento procesal penal a la separación de las funciones de instrucción y enjuiciamiento (), de una parte, y a la distribución de las funciones de acusación y enjuiciamiento, de otra, de modo que sean distintos los órganos o sujetos que desempeñen en el marco del proceso penal las funciones de acusar y de juzgar, evitando así que el juzgador asuma también la posición de parte (es decir, una posición parcial).

En el caso enjuiciado (y en los demás que acaban de relacionarse) la cuestión era la de si los Jueces podían, dentro del marco legal, aplicar una pena superior a la solicitada por las partes. La conclusión de la mayoría fue, a falta de una tradición propia o ajena que lo proscribiese incondicionadamente, que sólo podía hacerse razonándolo adecuadamente en la sentencia; sin embargo, el poder de convicción del razonamiento contenido en los Votos particulares es tan fuerte que, en mi opinión, merecería recogerse en la LeCrim o llegar un

día a convertirse en doctrina. El formulado a la sentencia de referencia reza así:

“Según se recoge expresamente en el FJ 7 de la Sentencia respecto de la cual se formula este Voto particular, aun cuando el principio acusatorio no figure expresamente mencionado en el art. 24 CE, se admite pacíficamente que guarda una estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión y que incide directamente en la exigencia de que, entre la acusación y el fallo, exista una clara congruencia, así como en la configuración del sistema de garantías de la imparcialidad de los Jueces y Tribunales que ejerzan jurisdicción en el orden penal.

Ello, a mi parecer, debe conducir, como obligada conclusión de un razonamiento lógico, y por evidentes razones de orden conceptual y funcional, a la exigencia de que el posible contenido o extensión de la pena imponible quede delimitado en los términos en que se produzcan las solicitudes contrapuestas de la acusación y de la defensa, de modo que el órgano judicial se encuentre constreñido en sus facultades de decisión por los límites establecidos en las referidas solicitudes (lo cual supone que la deducida por la acusación configuraría el maximum al que podría extenderse la condena). **Atribuir al Juez o al Tribunal la posibilidad de imponer penas no demandadas, aun cuando sea dentro del marco que con gure la norma penal que sanciona la comisión del hecho por el cual se condena, resulta, en mi opinión, muy difícilmente armonizable con la imparcialidad** que ha de caracterizar la posición y la actuación de los órganos judiciales, puesto que les atribuiría un protagonismo en la incriminación de los reos más propio de los sistemas basados en el principio inquisitorial que de los configurados de acuerdo con el principio acusatorio”.

Insisto: creo que esa opinión es lógicamente irrefutable y es un problema de prudencia el de cómo y cuándo convertirla en norma.

A la actitud que muestran los jueces, al no sentirse vinculados por el máximo de pena solicitado por las partes, se unen otras *actitudes inquisitivas* que se desarrollan durante la celebración del juicio, en la que los Magistrados no se limitan a aclarar las dudas de inteligibilidad que pudieran suscitar las preguntas de las partes; sino que asumen, a menudo el papel de acusadores en diversas formas; y actitudes de esa índole se manifiestan, desde luego, a lo largo de la instrucción, no ya sólo por parte

del Juez que instruye, sino, a menudo, también por las Salas encargadas de velar por la objetividad e imparcialidad de la instrucción. Basta, para advenir que eso es así, consultar la STC 39/2004, de 22 de marzo (*Tol 359784*), en la que el comportamiento acusatorio de una Sala que revoca el Auto de archivo, en términos que expresan un prejuicio acerca de la culpabilidad, da lugar a la exclusión ulterior de uno de sus Magistrados del enjuiciamiento de fondo (por más que al no ser el Ponente, ese “prejuicio” sólo le era imputable, a su vez, de modo objetivo y quizás no subjetivamente).

La falta de delimitación, de trazar una frontera clara a partir de la cual acaba el papel del Juez o Tribunal y comienza el de las acusaciones, se pone de manifiesto a lo largo de toda la LECrim y forma, en consecuencia, parte de los hábitos aplicativos de los Jueces y Magistrados. La regulación del sobreseimiento es suficientemente expresiva: el Tribunal puede “mandar proceder de oficio contra el querellante” (art. 641), esto es, actuar contra él, persiguiendo un presunto delito de acusación falsa, sin que nadie se lo pida; o, por el contrario, si el Fiscal solicita el sobreseimiento y aprecia, no obstante, indicios de delito puede salir a buscar acusador, y es difícil que no lo encuentre, dadas las múltiples posibilidades que, al efecto, ofrece la propia LECrim; pero, si ninguno aparece, aún le cabe dirigirse al superior jerárquico del Fiscal, para ver si éste se presta a sostener la acción penal.

De este modo, se trata a los Jueces y Tribunales, no como ajenos al conflicto entre la Comunidad y el presunto delincuente, sino como el brazo armado de la Comunidad frente a la delincuencia. Lo que importa no es ni la igualdad de las partes, ni el principio acusatorio ni, por supuesto, la imparcialidad de los Jueces y Tribunales: sino que el valor supremo es la *plenitud del ejercicio de la potestad punitiva*. Esa no puede ser, en modo alguno, la perspectiva constitucional, por lo que me parece difícilmente discutible la necesidad de una profunda reforma de la LECrim. Y, en esa reforma, la decisión acerca del Juez de Instrucción es una pieza clave.

4. ¿JUEZ DE INSTRUCCIÓN O JUEZ DE GARANTÍAS?

A) LA INCONSISTENCIA DEL DISEÑO DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

El punto de partida del debate no puede ser otro que la configuración actual de la Instrucción y del Juez Instructor. Para ponerla en claro basta hacer referencia a algunos preceptos. En primer lugar, ha de mencionarse el artículo 286 de la LECrim. Según él, las diligencias que practique cualquier Autoridad o agente de policía son sólo a “prevención” debiendo entregarlas en el acto al Juez (si éste se presenta a formar el sumario) poniendo a su disposición, en su caso, los detenidos. Congruentemente, en el auto 773.2 que regula las diligencias que puede practicar el Fiscal, dispone “in fine” que cesará éste en sus diligencias tan pronto tenga conocimiento de que existe un procedimiento judicial sobre las mismas.

El artículo 777 expresa, más allá del marco del procedimiento abreviado en el que se contiene, el cometido que se encomienda al Juez de Instrucción: “ordenará a la Policía Judicial o *practicará* por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él hayan participado”. De modo que la responsabilidad de la investigación se atribuye al Juez. Con ello, el Juez de Instrucción resulta ser una figura doble, “escudo” y “espada” como el Gran Jurado norteamericano: de un lado, ha de dirigir y llevar a cabo la persecución del delito; pero, a la vez, ha de garantizar el estatuto jurídico de todos los afectados por la investigación y adoptar las medidas necesarias para que pueda celebrarse el juicio y para que el juicio pueda ser un juicio “fair”. Las dificultades que plantea ese dualismo —a las que luego habré de referirme— desde la imparcialidad del Juez que el principio acusatorio exige saltan a primera vista: la misma persona que dirige la investigación es la encargada de *enjuiciar* su conformidad a derecho.

Pero, lo que quiero destacar es que, en tanto se conciba la instrucción como hasta

ahora, no hay más remedio que atribuírsela a un Juez.

En efecto, tal y como se halla configurada la instrucción es un procedimiento en el que, conforme a la antigua *inquisitio*, enjuiciamiento e indagación del delito no es que corran paralelos, sino que constituyen una actividad unitaria que, lógicamente, en tanto requiere, siquiera sea de modo provisional, juzgar, sólo puede atribuirse a un Juez.

Concebir así la instrucción, e insertarla en el ámbito de un proceso que ha de responder a las exigencias del principio acusatorio, de las que se ha dado cuenta en el anterior epígrafe, constituye un *escándalo conceptual*; pues, si la *investigación* resulta incompatible con el *enjuiciamiento* (vid., por todas, STC 142/1997, f.j. 3 *in fine* —Tol 2523187—) fundirla en un *proceso* con la preparación del juicio resulta, sencillamente, aberrante: es mantener vivo, en el seno de un sistema de enjuiciar que se dice regido por el principio acusatorio, otro construido sobre bases absolutamente incompatibles. **Porque la preparación del juicio supone ya la realización de actos de enjuiciamiento de muy diversa índole (desde la adopción de medidas cautelares hasta la pretensión de la razonabilidad de la pretensión acusatoria) que no pueden llevarse a cabo por quien investiga. O, dicho de otro modo, el que dirige, ordena y realiza la investigación no puede, a la vez, enjuiciarla imparcialmente, ni a efectos de decidir el fondo del asunto, ni a los más limitados de juzgar si se ha realizado correctamente, si se han dado a la defensa las mismas oportunidades que a la acusación, si la pretensión acusatoria se basa en una probable causa, si las medidas cautelares solicitadas por las acusaciones tienen un fundamento adecuado, etc., etc.**

La imparcialidad del Juez queda igualmente dañada en todos esos casos, y los valores que esa imparcialidad defiende también, máxime cuando, por la senda vergonzante de la llamada “prueba preconstituída”, los actos realizados ante un Juez objetivamente parcial pueden llegar a contaminar el juicio oral y público, hasta convertirlo en una formalidad vacía. Ese es el

punto de partida desde el que pretendo defender mi posición en el debate.

Prescindiré de justificarlo más allá de su mero enunciado, porque en el fondo está justificado ya por cuanto se ha dicho acerca de la imparcialidad del juez y porque nadie (o prácticamente nadie) discute que el “sumario” (o las fases equivalentes de otros procesos) responden a las ideas de la vieja *inquisitio* y que, por lo tanto, resultan, incompatibles con el proceso acusatorio; pero son muchos los que, por razones diversas y, a veces, contradictorias, optan por dejar las cosas como están. No pretendo describir sino algunas de esas razones, intentando eliminar, de entrada, las que, a simple vista, me parecen insostenibles y ponderar las que estime más consistentes.

Empezaré, pues, descartando tomar en consideración las tomas de postura que, abierta o solapadamente, se fundan en una opción parcial o global favorable al proceso inquisitivo, bien porque lo consideran más “objetivo” que el acusatorio, o más “igualitario”, o más “adecuado” para luchar contra la delincuencia, o más acorde con la idea de un “poder” judicial o una potestad punitiva ejercitada por jueces. Daré, pues, por sentada la *superioridad del sistema acusatorio*, pues creo que no puede ponerse en duda seriamente que esa es la posición de la que parte nuestro ordenamiento constitucional. Discutir ese ordenamiento rebasa, en mi opinión, los límites de este debate. De modo que pretendo ceñir la discusión a aquellas razones que aceptan la idea de que la “*inquisitio*”, aún limitada a una primera fase del proceso, no es, de suyo, una buena solución, aunque, dadas las circunstancias, hubiese que tenerla por la menos mala.

Dicho esto, el tipo de justificaciones que he de considerar es el que ofrecen quienes, valorando como razonablemente aceptable la situación actual, pese a su incompatibilidad teórica con el sistema acusatorio, la defienden con argumentos de diversa índole, básicamente ponderando desde diversas perspectivas las ventajas y desventajas de un cambio.

B) MIRAR A OTRO LADO

El punto de partida de esas posiciones precisa, pues, de un primer paso, que consiste en abandonar el territorio de las construcciones conceptuales y bajar a la cruda realidad.

Lo primero que se aprecia al entrar en contacto con la realidad es que, pese a la evidente incompatibilidad de una instrucción inquisitiva (en la que la dirección de la investigación y la adopción de las medidas necesarias para que pueda tener lugar un juicio “justo” se atribuyen a un Juez) con las exigencias del principio acusatorio (las exigencias de contradicción y defensa, igualdad de armas, congruencia e imparcialidad objetiva del Juez) no ha habido una censura al respecto, ni por parte del TEDH ni por la del TC.

Ciertamente, tanto uno como otro han llevado *la contradicción al sumario*, como presagiaba la E. de M. de la LECrim; pero, no han llegado a proyectar la idea de la imparcialidad como interdicción de ser Juez y parte, sujeto y objeto del proceso, sobre el propio sumario, como prohibición, v.g., de que el Juez que ha reunido, o bajo cuya dirección se han aportado, los materiales que justifican la prisión, la imputación o cualquier otra medida restrictiva de derechos, pueda acordarla.

Porque no basta que lo pida una parte: **el contacto del juez de instrucción con el objeto del proceso, si es suficiente para sospechar razonablemente que pueda haberse formado un prejuicio acerca de la culpabilidad o la inocencia, a fortiori habrá de ser más que suficiente para sospechar que haya formado un prejuicio aún más fuerte respecto a la concurrencia de indicios racionales de criminalidad (*probable causa*) o cualquier otro presupuesto legitimador de la medida o medidas cautelares que pretenda adoptar.**

Esta conclusión sólo puede evitarse *mirando a otro lado*.

Y eso es lo que han hecho, de uno u otro modo, el TEDH y el TC. No les faltaban razones para actuar así. El TEDH, porque sólo interviene cuando se han agotado las vías internas y entonces el debate versa, casi exclu-

sivamente, sobre la decisión de fondo; y, de otra, válida en cualquier caso, solamente hasta ahora, porque mal podía tomar decisiones que comportasen la ilegitimidad global del sistema de enjuiciar de buena parte de los Estados miembros. Esa no es ya la situación, al menos por lo que a la Europa Occidental se refiere; y ese cambio, si llega a dejar reducido el sistema español a una singularidad, puede colocar al TEDH en una posición muy distinta.

El TC, por su parte, al delimitar su jurisdicción como *subsidiaria*, partió de la tesis genérica de que las vulneraciones cometidas durante la instrucción, al poder ser remediadas durante la evolución ulterior del proceso por la jurisdicción ordinaria, no pueden ser aducidas hasta entonces en amparo constitucional por *prematuras*.

Pero, esa regla tiene excepciones, pues si se aplicase rígidamente habría derechos carentes de tutela constitucional. Tal es el caso de las resoluciones que decretan prisión o medidas restrictivas equivalentes. A lo que hay que añadir que ese elenco sigue ampliándose y acabará, inexorablemente, provocando la censura de la instrucción inquisitiva (y del juez instructor) en algún punto tan sensible que obligue a cambiarla. Cuando, en uno o varios casos, se haga patente que muchas de las violaciones de derechos cometidas durante la instrucción *no* pueden remediarse después (y entre ellas está, desde luego, la parcialidad del Juez que ha instruido, que puede haber inclinado, de modo prácticamente inexorable, la balanza del juicio en un sentido determinado) el TC no tendrá más remedio que amparar a quienes las hayan sufrido, sin poder escudarse en una subsidiariedad inexistente.

Dicho esto, que el TEDH y TC *puedan*, por las razones que se acaban de expresar, mirar a otro lado, no significa que en el marco de una reflexión sin condicionamientos, dirigida a la comunidad jurídica en general y al legislador en particular, *deba* adoptarse su postura. Tanto la jurisdicción del TEDH como la del TC tienen una serie de límites intrínsecos que se expliciten o no, condicionan la posibilidad de pronunciarse sobre algunas materias; pero, esos límites no operan, desde luego, en este debate.

Aquí puede aducirse, v.g. que el coste de solventar los problemas de imparcialidad que el Juez de instrucción plantea y el déficit de derechos que la instrucción produce sería mayor que el que representa mantenerlos tal como están, o con algunas modificaciones.

No sabría como responder a esa objeción desde la perspectiva coste-beneficio en que está planteada, pues tengo la impresión de que, al tratarse de costes y beneficios desiguales e imponderables, el cálculo no es posible. De modo que, por mi parte, plantearía la alternativa así: o decidimos realizar los principios (tratando, desde luego, de minimizar los costes) o decidimos no hacerlo. Mi opción está, desde luego, del lado de quienes intentan plasmar los principios en la realidad.

Una variante del argumento anterior sería la de que cabe efectuar algunas reformas en la LECrim que reajusten las competencias atribuidas al Juez Instructor, para reducir o eliminar los problemas de imparcialidad que, a menudo, son más técnicos que prácticos.

¡Bienvenidas sean tales reformas! Pero, preferiría que se cogiese el toro por los cuernos, suprimiendo la figura del Juez investigador y convirtiendo al Juez Instructor, lisa y llanamente, en un Juez de Garantías, entendiendo por garantías no sólo las específicas del proceso, sino todas las que repercuten sobre él (especialmente la igualdad) y no sólo las establecidas en la Constitución, sino también las contenidas en las leyes.

Pues, si con las reformas se pueden suprimir las disfunciones que se han denunciado ¿por qué limitarse a paliarlas?

C) EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Doy por sentado que, conceptualmente hablando, la dirección y realización de la investigación oficial de los delitos y faltas no puede atribuirse a un Juez. Eso no significa que esa premisa sea indiscutible; sino que no deseo discutirla más allá de cuanto hasta ahora he dicho.

Por lo tanto, o se deja en manos de las Autoridades policiales o se encomienda al Ministerio Público.

Tampoco me molestaré demasiado en razonar por qué, en esa disyuntiva, prefiero atribuir la dirección de la investigación oficial al Ministerio Público, pues con sólo invocar las disfunciones que provocaría (y que, de hecho provoca) la pluralidad de cuerpos policiales, bastaría para justificar esa opción. A cuyo favor cabe añadir que la dirección de la investigación penal que, obviamente, ha de estar sometida al Derecho y ser válida en Derecho, no puede quedar dirigida sino por un Cuerpo jurídico; y nada mejor que ese cuerpo jurídico sea, precisamente, el encargado de ejercer la acusación pública, pues de ese modo, sufrirá, ante el Juez de garantías o ante el Juez del juicio, los reveses derivados de su ligereza o de su falta de objetividad.

Algo hay que decir, no obstante, sobre los muchos y a veces fundados resquemores que suscita esa atribución.

El primero de esos resquemores es de naturaleza muy práctica: procede, básicamente de los abogados, que ven que, con esa atribución, crece el poder de su adversario natural, el Fiscal, con lo que el proceso penal, que ya está desequilibrado, puede desequilibrarse más aún.

Eso podría suceder, desde luego, porque todo lo que se haga puede hacerse mal, pero ni *debe* ni *tiene* por qué ser así. Atribuir la investigación al Ministerio Público no implica otorgarle más potestades procesales de las que ahora ostenta: al contrario, comportaría privarle de la posición de privilegio que de hecho ocupa ante los Tribunales (en los que se le considera como una especie de instituto auxiliar del Juez) y reducirlo a ser una parte más, por mucho que represente lo que la Constitución llama interés público o social. Eso no mermaría, en absoluto, la condición del Fiscal: al contrario, le otorgaría una posición definida, de la que ahora carece y, al hacerlo, le colocaría sencillamente en su sitio.

Por otra parte, la dirección de la investigación no tendría por qué proporcionarle el dominio de los hechos: tendría la obligación

de ser objetivo y esa objetividad no estaría garantizada por él; sino por un tercero ajeno al proceso, por el Juez de Garantías.

Otras objeciones proceden de la realidad actual del Ministerio Público: una realidad que habría que cambiar *radicalmente*, para adaptarla a las nuevas exigencias. Ese es un cambio nada fácil; pero, como intentaré mostrar más adelante, es el menos difícil de cuantos hay que afrontar.

Para terminar —porque de lo contrario la enumeración podría hacerse inacabable— la objeción más grave nace de la difícil conciliación de la *objetividad* exigible al *Ministerio Público* y su vinculación específica a la *legalidad*, con la *dependencia* del Ejecutivo y la propia dependencia jerárquica, inseparable de la constitucionalmente obligada *unidad de actuación*.

Pero, la dependencia del ejecutivo, difícil de soslayar en el esquema de división constitucional de poderes, puede revestir formas que no comprometan, al menos en la generalidad de los casos, ni la imparcialidad ni la aplicación de la Ley; y, en la zona residual de conflicto, no faltan fórmulas que permitan eludirlo con éxito. Otro tanto, cabe decir de la dependencia jerárquica interna.

Por eso, el problema no es insoluble, y el Derecho comparado muestra diversos modos de resolverlo que, a su vez, son susceptibles de enmienda y mejora. Pero, si realmente se aborda un día la tantas veces anunciada reforma de la LECrim, en el sentido que aquí se propugna, de atribuir la dirección de la investigación oficial al Ministerio Público, constituirá, sin duda, el *centro* del debate sobre la concreta propuesta que se formule. Por eso, ya que sólo pretendo aquí abrir la discusión en términos abstractos, creo que debo detenerme en este punto, máxime cuando deseo acabar estas reflexiones planteando una problemática de mucho mayor calado y más difícil solución.

Basta dejar dicho aquí, que las calamidades y desventuras que se asocian a la reforma propugnada, ni son inevitables, ni tras un debate desarrollado con seriedad y profundidad tienen visos de poder ocurrir realmente.

5. EPÍLOGO: IDEALES E ILUSIONES

Tomo prestado a Thomas McCarthy el título de su excelente libro, que se ocupa básicamente del papel de la razón política en la postmodernidad. Un diseño racional de la comunidad política o, dicho de otro modo, la configuración de la comunidad política de acuerdo con los ideales básicos de justicia, sólo es posible si las decisiones que determinan esa configuración son imparciales y, para que lo sean, han de serlo, a su vez, los individuos que deciden. Ése es, dice Nagel, el *problema central* de la teoría política.

Para abordar ese problema —sigue diciendo— no pueden ignorarse las tercas realidades de la naturaleza humana. El fracaso de todos los sistemas reales a la hora de cumplir con un ideal que todos podríamos reconocer como correcto no basta para concluir que son insatisfactorias, sino que apunta a una dificultad que va más allá de las relaciones del individuo con la sociedad y se incrusta en el fondo de las relaciones del individuo consigo mismo.

En cada uno de nosotros, el *punto de vista impersonal* produce “una potente exigencia de igualdad e imparcialidad”, frente a la cual se alzan poderosos *motivos e intereses individuales*, que obstaculizan o anulan esas exigencias.

Por eso, una parte esencial de la Teoría de la Justicia de Rawls consiste en postular un “*velo de ignorancia*” que oculte a los electores las consecuencias individuales de sus decisiones; y requerir una condición de los ciudadanos que han de vivir bajo el sistema resultante: no han de ser *envidiosos*. No necesito insistir en el hecho de que ambas exigencias son *contrafácticas*; sólo querría destacar *hasta qué punto* los son.

En ese sentido, diré que son condiciones que, ni se dan en la realidad, ni parece posible que puedan darse; y que no cabe imaginar con exactitud qué decisiones básicas se adoptarían desde esa *posición original*, en la que no podemos situarnos ni siquiera por vía de hipótesis, porque no podemos razonar y decidir como si no supiésemos lo que sabemos ni fuésemos lo que somos.

Esto sentado, haré algunas observaciones respecto de cada una de las exigencias rawlsianas.

Poco he de destacar respecto a la primera: el velo de la ignorancia, con el que suele caracterizarse la imagen de la justicia, no sólo no existe; sino que, si uno escucha la discusión política, parece que estorba. Ante cada medida de gobierno, las voces que prevalecen son las de los damnificados y favorecidos por ella, mientras el interés general o se manipula desde una u otra perspectiva, o pasa a segundo plano o, incluso, a veces, permanece oculto tras un indeseable “velo de silencio”.

No dudaría en afirmar que los partidos políticos, al actuar necesariamente como maquinarias electorales, que pretenden *ganar*, contribuyen a crear esa situación en la que el sistema se cierra gran parte de las posibilidades de funcionar imparcialmente; y que la mayoría de los medios de comunicación refuerzan la idea de imparcialidad al interpretarlo **todo** en términos partidistas (actitud profundamente **incorrecta**) pero tampoco la mentalidad de los ciudadanos es proclive a expresarse en términos de imparcialidad: en los debates públicos en los que participan, tienden a interesarse sólo por las cosas que les afectan directamente y a vivir como injusta su situación comparándola, exclusivamente, con los que están mejor y no mirando apenas ni hacia abajo ni hacia atrás. La “envidia, monstruo de la naturaleza”, como la llamó el gran clásico, ha echado tales raíces que no sólo parece imposible desarraigarla; sino que resulta difícil desplazarla del centro de la escena.

Que, en ese marco, haya Jueces *imparciales* y Fiscales *objetivos* es casi imposible, pues ni siquiera es lo que se espera de ellos. En el espacio público casi nadie atiende a la necesidad —que a unos y otros les es consustancial— de atenerse a la ley, casi nadie escucha los argumentos que ofrecen para fundar sus decisiones, casi nadie respeta la tranquilidad de ánimo que precisan para emitir un juicio sereno y casi nadie se abstiene de empujarles —por caminos diversos, que no deseo analizar ahora— hacia una decisión concreta acorde con sus intereses.

Precisarían ser muy distintos del hombre medio, quedar exentos de buena parte de las debilidades que acompañan generalmente a la naturaleza humana, actuar de modo absolutamente desinteresado y hallarse dotados de una excepcional claridad de juicio para poder ser imparciales en esas condiciones; y parece claro que no son así, sino que son hombres como los demás, de los que, por regla general, no cabe esperar que reúnan esas virtudes y cualidades excepcionales; sino más bien temer que se dejen arrastrar por la corriente, cosa catastrófica para la justicia.

Que, sin embargo, no todo proceso acabe en una catástrofe y que, más a menudo de lo que parecería probable, se llegue a resoluciones jurídicamente defendibles, abre una puerta a la esperanza: obliga a moderar las ilusiones; pero permite mantener vivos los ideales.

Parece indicar que, como dice Stuart Hampshire, “existe un principio moral primordial que cualquier ciudadano tiene buenas razones para aceptar y respetar en la práctica: es el principio de la imparcialidad institucionalizada en los procedimientos para resolver conflictos. Estos procedimientos imparciales, políticos y legales, constituyen el cemento que mantiene unido al Estado y proporcionan un terreno común de

lealtad compartida por los ciudadanos que reconocen este vínculo institucional: normalmente es emocionalmente más débil que el vínculo de toda una visión moral compartida, o que los vínculos de parentesco, pero sigue siendo un vínculo que se deja sentir.”

Ese es el vínculo que ha de reforzarse, intentando crear una *cultura de la imparcialidad*, algo que, por difícil que parezca, no es totalmente imposible.

Si no se tiende a crear esa cultura, cualquier reforma del proceso penal, incluso la mejor pensada y ejecutada, será un fracaso más que añadir a las que la han precedido; pero, esa advertencia no dispensa en absoluto de la obligación de llevarla a cabo, si, como sucede con la supresión de la instrucción y del Juez instructor, representa poner el proceso penal a la altura de las exigencias constitucionales y hacer desaparecer —de la realidad y de la conciencia social— una imagen perturbadora de los Jueces y Tribunales.

Con ello no se alcanzará, desde luego, la **imparcialidad absoluta** ni, menos aún, la **justicia perfecta**; pero, la perfección es un sueño autoritario: la sociedad humana sólo avanza, cuando consigue hacerlo, a través de mejoras pequeñas y relativas que, por desgracia, consumen enormes esfuerzos.

NOTA BIBLIOGRÁFICA*

Ad I

Una relación bibliográfica, aún reducida a las obras más importantes en las que tiene lugar la exposición y discusión de lo que llamo “liberalismo político” sería interminable. Me limitaré, pues, a indicar las que considero absolutamente imprescindibles, a saber:

De J. Rawls:

- *A Theory of Justice*. Oxford University Press. 11ª impresión, 1991;

- *El liberalismo político*. Ed. Crítica, Barcelona, 1996;

De J. Rawls y J. Habermas:

- *Debate sobre el liberalismo político*. Paidós. Barcelona, 2000.

De Ricoeur, P., *Lo justo*, Caparrós ed., Madrid, 2003, especialmente Capítulos IV y V.

De Brian Barry:

- *Teorías de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1995;

- *La justicia como imparcialidad*, Paidós, Barcelona, 1997.

* Pese a su título, esta Nota no incluye solamente indicaciones bibliográficas, sino también algunos comentarios a lo que se dice en el texto.

Ad II

Sobre el entendimiento que cabe dar a la expresión “Derecho” y sus límites cuando se define la jurisdicción como el ámbito donde se dice el Derecho vid. Habermas, J., *Facticidad y validez*, editorial Trotta, Madrid, 1998; espec. el Capítulo VI, donde se analizan los límites de la jurisdicción constitucional. Sobre la discusión alemana y norteamericana al respecto (a las que se refiere Habermas) vid. Abentroth y otros. *Der Kampf um das Grundgesetz.*, Syndicat Autoren-und Verlagsgesellschaft, Frankfurt, 1977; Ely, J.H., *Democracy and distrust*, Harvard University Press, Cambridge y Londres 1980 (hay traducción española editada por el Centro de Estudios Constitucionales); Tribe, L.H., *Constitutional choices*, Harvard University Press, Cambridge y Londres, 1985. Un buen relato de esa discusión puede encontrarse también en Alonso García, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

Sobre la fusión de concepto y valor vid. mis artículos *Dos problemas del positivismo jurídico* en *La libertad como pretexto*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995 y *El ius puniendi y sus límites*, (*Tol 817272*), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Ad III.1

Para percatarse de hasta que punto la descripción que se hace de las ideas de la época en torno a la justicia y a los jueces es exacta basta destacar el hecho de que se aplica bastante bien a lo que por entonces escribían autores tan ideológicamente dispares como Almagro Nosete (*Poder judicial y tribunal de garantías en la nueva Constitución* en *Lecturas sobre la Constitución española de 1978*, UNED vol. I, Madrid, 1978) y Peces Barba (*La Constitución española de 1978*, Fernando Torres ed., Valencia, 1981). No es casual, por otra parte, que se publicase poco después (en 1985) la traducción castellana de la obra de D. Simon *La independencia del juez* (ed. Ariel, Barcelona).

En cuanto a los límites de la libertad de interpretación, el TEDH no exige, para estimar que se ha cumplido con las exigencias del principio de legalidad, que el legislador logre una formulación general que no deje lugar a dudas —cosa que estima imposible—, sino que el ámbito de la duda sea reducido y que los tribunales cooperen a disipar las dudas resultantes. En todo caso exige que, al pronunciar una condena penal, la aplicación de la ley realizada se ajuste, no sólo a su texto, sino también a las prácticas aplicativas existentes en el momento de los hechos (vid. por todas la STEDH de 10 de octubre de 2006, caso Pessino contra Francia, *Tol 996612* y las abundantes decisiones del TEDH a las que se hace referencia en ella).

Las ideas de Wittgenstein a las que se alude en el texto se exponen básicamente en *Investigaciones Filosóficas*, ed. Crítica, Barcelona, 1988, números 198 a 202. Como las he comentado en varias ocasiones y, por otra parte, me parecen poco discutibles, no creo necesario hacerlo aquí.

Ad.III.3

Una detallada y excelente exposición de las dos dimensiones de la imparcialidad puede encontrarse en la STEDH de 15 de diciembre de 2005, caso Kyprianou v. Cyprus (*Tol 776162*). Se analiza en ella una condena por *contempt of court*, pronunciada por el Tribunal que fue objeto del supuesto desacato. El TEDH aprecia, como no podía ser de otro modo, la vulneración de la imparcialidad objetiva; pero también la de la subjetiva, en función de la descalificación del recurrente que se desprende del tono en que está redactada la sentencia condenatoria (vid. especialmente números 127 a 133). Formulé la propuesta de dividir la imparcialidad personal y procesal en *La reforma del proceso penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

Ad.III.4

Sobre la ausencia de contaminación del juez que actúa sólo como tal —y no como inquisidor— vid. la STEDH de 22 de abril de 1994 caso, Saraiva de Carvalho v. Portugal (*Tol 223279*) y las demás que en ella se citan, que se hayan relacionadas en una nota específica de la base de datos.

Para la jurisprudencia norteamericana, vid. Kamisar-LaFave-Israel-King, *Modern Criminal Procedure*, West Group, St. Paul, Mim., 1999, págs. 1392-1393.

Ad.III.5

La proliferación de acusaciones, frente a la limitación de las defensas es una muestra de la *sociedad punitiva*, en la que nos hallamos tan cómodamente instalados. Los múltiples abusos del proceso penal y del Derecho penal material no asustan a la mayoría de los ciudadanos porque piensan que no les conciernen, porque los delincuentes, especialmente algunos tipos de delincuentes, son seres humanos de naturaleza perversa, que nada tienen en común con ellos.

Sería bueno que la educación familiarizase a los ciudadanos con la idea, ampliamente justificada en la literatura criminológica, de que personas normales, cultas e incluso “bondadosas” pueden, en ciertas situaciones, participar en crímenes horribles; y eso ni excluye a los juristas en general ni a los jueces en particular. (Al respecto, resultaría muy interesante la divulgación de obras como la de Ingo Müller —*Furchtbare Juristen*, Kindler Verlag, Munich, 1987— o la de Muñoz Conde —*Edmund Mezger y el Derecho penal de su época*. 4ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003—). E incluso puede acreditarse —y no sólo para el caso de la Alemania nazi— que una parte significativa de la población de algunos países ha colaborado o consentido en la realización de actos inhumanos.

Tal vez con un mejor conocimiento de las debilidades de la naturaleza humana, que a todos nos incluye, disminuiría el afán de castigar cuanto más duramente mejor, que por desgracia se ha instalado en nuestras sociedades actuales. Probablemente es ese afán, que nace al margen de la razón y del derecho, el que convierte a ciertos jueces de instrucción en héroes culturales, precisamente por su falta de imparcialidad: la mayoría piensa que son árbitros que están de su parte.

Ad. IV.1

Dejo para otro lugar el análisis detallado del “debilitamiento” del juicio oral que resulta de la instrucción inquisitiva encomendada a un Juez. Apuntaré aquí, no obstante, que, como afirmó el TC (en su sentencia 60/1995, de 16 de marzo, Fj. 3, citada en el texto), sin juez imparcial *no hay proceso jurisdiccional*: se genera, sin embargo, una *apariencia ilegítima* de que lo hay y, en consecuencia, muchas diligencias de investigación practicadas pasan, a través de diversos subterfugios, a tenerse por *pruebas practicadas en el juicio*. Sólo por una condescendencia, indefendible ya a estas alturas, el TEDH y el TC dan por válida esa práctica, que resultaría absolutamente rechazable, y sería rechazada si no investigase un Juez.

Ad. V

La referencia de la obra de Thomas McCarthy es *Ideales e ilusiones*. Tecnos, Madrid, 1992.

Las citas de Nagel aluden a su obra *Igualdad y parcialidad*, Paidós, Barcelona, 2006.

La cita de Stuart Hampshire procede de su obra *La justicia es conflicto*, Siglo XXI ed., Madrid, 2002, pág. 73.

Fecha de recepción de originales: 3 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 24 de mayo de 2007.

ESTUDIOS

De McDonald's a Google: la ley ante la tercera revolución productiva

Andrés Boix Palop

Códigos decimonónicos y derechos fundamentales

Ángel M. López y López

Pasado, presente y futuro del impuesto sobre sucesiones y donaciones

José Luis Martín Moreno

Hannah Arendt: una mirada sobre nuestro presente

Cristina Sánchez Muñoz

RESUMEN

Si bien el Derecho ha acompañado inevitablemente a los hombres a través de la historia, el modelo jurídico en que hemos vivido y hemos estudiado tiene su origen en el paradigma moderno que surge con las sociedades liberales occidentales y la revolución productiva asociada a la industrialización y al primer capitalismo. Desde hace algunas décadas, sin embargo, nuevas necesidades obligan a una evolución del modelo. Que, sin alterar sus fundamentos últimos, ha sido objeto de una paulatina transformación cada vez más profunda y evidente. El legicentrismo occidental y la exacerbación del modelo racionalista, al tratar de responder eficazmente a la masificación propia de nuestro tiempo y sus relaciones económicas y sociales, sólo ha acertado a reaccionar por medio de un incremento de la producción normativa y de la burocratización que ha puesto en riesgo tanto su propia coherencia como la seguridad jurídica. Se trata de una respuesta plenamente acorde a la lógica inherente a cualquier modelo racionalizador que, de esta forma, no hace sino cumplir con las previsiones weberianas respecto de su evolución, posibles problemas y riesgo de colapso. El incremento de las tensiones relatadas, por lo demás, es inevitable en un momento histórico como el actual, en el que se está completando el tránsito a una tercera revolución productiva destinada a modificar de raíz las bases de nuestra convivencia y, con ello, las de nuestros sistemas jurídicos.

PALABRAS CLAVE

LEY, SIGLO XXI, RACIONALIZACIÓN, GLOBALIZACIÓN.

ABSTRACT

Our conception of Law, such as our complete legal system, have their origins in western liberal societies and first Capitalism. Over decades, new necessities have appeared and have contributed to their evolution. These are changes that, without altering legal last foundations, have create conflicts with the underlying rationalist paradigm. These tensions are even bigger in a historic time like this one, when a deep social and economic change is in course. The foundations of our legal system will be therefore substantially modified by globalization.

KEYWORDS

LAW, XXIth CENTURY, RATIONALIZATION, GLOBALIZATION.

DE McDONALD'S A GOOGLE: LA LEY ANTE LA TERCERA REVOLUCIÓN PRODUCTIVA*

Andrés Boix Palop

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia.
Estudi General de València

Sumario: 1. De McDonald's a Google. A) De nuevo, en torno a la McDonalización del ordenamiento jurídico. B) Mundo Google. 2. Racionalidad y neomedievalismo jurídico. A) La racionalización jurídica y sus excesos. B) Legalidad y legitimidad; incorporación y encarnación. 3. Google como paradigma: ley y Derecho para la sociedad de la tercera revolución productiva.

1. DE MCDONALD'S A GOOGLE

Apenas hace diez o quince años los restaurantes *McDonald's* simbolizaban bastante bien lo que nuestro imaginario colectivo asociaba a progreso y modernidad. Con sus luces y sus sombras, la llegada de la cadena de comida rápida a un país equivalía a situarlo en el mapa del mundo desarrollado y de la economía global. Sin embargo, en la actualidad, subsistiendo *McDonald's* como negocio (y, aparentemente, boyante), habiéndose expandido más si cabe por el mundo, formando parte inescindible de los servicios que cualquier ciudad oferta a visitantes y aborígenes, su fulgor icónico ha quedado rápidamente desleído. La modernidad, los avances tecnológicos, la mundialización, las dinámicas

que explican la evolución actual de nuestras sociedades y sus economías están hoy mejor representados en iconos nuevos, igualmente globales, que simbolizan el tránsito de unas sociedades donde la importancia de la optimización, racionalización y maximización del rendimiento ha quedado en un segundo plano ante la aparición de oasis en los que los retos económicos tienen más que ver, por sorprendente que parezca, con la gestión de la abundancia o, al menos, de una aparente abundancia.

McDonald's ha servido durante todos estos años para ejemplificar algunos de los fenómenos que a escala más amplia se producían en el mundo, para explicar algunas pautas cada vez más comunes e incluso para tratar de inducir criterios rectores generales aptos para analizar el funcionamiento de nuestras sociedades. Así, los

* Proyecto de Investigación «Cohesión social y servicios públicos liberalizados» del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2004-2007 (SEJ2004-01328), dirigido por el Prof. Dr. José María Baño León.

economistas recurrían a comparar los precios de la *Big Mac*, una hamburguesa perfectamente estandarizada que la empresa vende exactamente en su misma composición en todo el planeta, para estudiar los niveles de precios y de poder de compra real de los ciudadanos de distintas partes del mundo. De igual manera, ha habido quien ha relacionado la ausencia de guerras y conflictos armados entre países según la «teoría de la M Dorada» (T. L. Friedman), a partir de la constatación de la efectiva inexistencia de enfrentamientos bélicos entre estados con suficientes restaurantes de la cadena. Por último, el sociólogo estadounidense George Ritzer diseccionó muchos de los comportamientos de las personas, empresas y sociedades de nuestro tiempo a partir de las pautas que extrajo de la forma en que la empresa gestiona su actividad, para hablar así de la *mcdonalización* de nuestras sociedades.

Así pues, más allá de su importancia simbólica, la cadena de restauración y su manera de organizarse han permitido ayudar a entender la sociedad en que vivíamos. Pero, paralelamente a la desaparición de la preeminencia de las hamburguesas como comida rápida, en un mundo en el que las influencias culturales (y gastronómicas) son más poliédricas y la competencia se extrema, en unas sociedades más complicadas que demandan cada vez una mayor diferenciación y no un trato homogéneo y estandarizado por muy satisfactorio que pueda resultar, en un entorno donde la economía es cada vez más cuestión de servicios (y, crecientemente, de ideas) que de productos (aunque sean altamente elaborados, en términos de proceso industrial, como son los que ofrece *McDonald's*), los modelos ejemplificativos y explicativos de cómo funcionan las cosas ahora habrán de ser, necesariamente, otros.

Como es sabido, en la actualidad, los economistas empiezan a comparar precios reales entre países y capacidad de compra sustituyendo *Big Macs* por *Ipods*. Aun tratándose en ambos casos de productos que sendas multinacionales sirven a todo el planeta de forma masiva (en sus diversas configuraciones, iguales en todo el mundo), las diferencias son notables. En primer lugar, la concepción, producción y

fabricación de los reproductores digitales de *Apple* son buen ejemplo de cómo funciona en la actualidad la economía global, donde en las diversas partes del proceso intervienen distintas personas en muy diferentes lugares perfectamente coordinados gracias a que la tecnología lo permite. Asimismo, el mero hecho de que un índice sea ahora más eficaz que otro demuestra, por otra parte, no sólo el cambio de modelo de producción sino las variaciones en el peso económico relativo de los distintos sectores que se ha producido y sigue produciéndose en las economías occidentales. De la producción, estandarizada, muy eficaz, muy homogénea, de productos de consumo más o menos asociados a la satisfacción a un precio competitivo de necesidades básicas (como es el caso, por ejemplo, de la alimentación, asociada en el caso de *McDonald's*, si se quiere —por mucho que esta afirmación pueda ser discutible para muchas personas— a un cierto deleite estético y un incipiente lujo asequible a las masas, en la medida en que el hecho de comer fuera de casa y que las necesidades en materia de nutrición se satisfagan a partir del trabajo remunerado de terceros ya incluyen elementos que van más allá de la estricta lógica de subsistencia) pasamos a un momento en que los mercados que simbolizan mejor el funcionamiento global de nuestras economías son aquellos que nos aportan información sobre las posibilidades de comercialización, el precio de venta y las pautas de adquisición de un producto destinado al ocio, asociado a las nuevas tecnologías, a la globalización de la información y la cultura y a su digitalización. Por último, frente a la forma racionalizada y efficacísima en que *McDonald's* gestiona la escasez (ofreciendo de manera masiva y segura, eliminando la incertidumbre, un producto de alto valor calórico y proteico a un precio competitivo), la economía actual reflejada en los reproductores MP3 nos informa de un entorno, más bien, de abundancia (prácticamente cualquiera de los modelos de *Ipod*, como sus equivalentes de la competencia, permite almacenar mucha más música de la que el usuario medio será capaz de escuchar en el período de vida útil del dispositivo y, de hecho, son artefactos tecnológicamente ideados

justamente para ello, para gestionar de la manera más eficaz posible el exceso de contenidos y productos que previsiblemente manejará el consumidor, en vez de orientados a optimizar el disfrute de pocos de ellos; por este motivo priman la capacidad de almacenamiento y la navegabilidad por los contenidos sobre la preocupación por la calidad acústica del formato digital de almacenamiento).

Por otra parte, la «teoría de la M Dorada» ha quedado al fin desacreditada (en parte por el hecho de que la propia extensión de *McDonald's* a todo el planeta ha acabado por hacerla inútil dado que, en la actualidad, ya hay restaurantes de la cadena en todos los países del mundo y no sólo, como hace un par de décadas, en las economías más occidentalizadas y, por ello, con unas condiciones sociales determinadas). Sin embargo, el propio Friedman cree posible establecer una pauta semejante a la que en su momento elaboró a partir de la misma premisa: que ciertas actividades económicas, cuando se desarrollan en algunos países, constituyen un perfecto indicio de que se ha producido un grado de desarrollo económico y social que dificultará enormemente el recurso a la violencia para resolver problemas. Simplemente, es ahora necesario desplazar el foco de nuestra atención para identificar mejor cuáles son esas realidades económicas, que pasan a estar constituidas por el desarrollo y difusión de las tecnologías de la información y la efectiva incorporación de ciertas naciones a los mercados globales de servicios y de producción a diferentes niveles algo que inevitablemente conlleva una íntima interrelación entre las economías de esos estados y sus comunidades.

En general, explican ya mucho mejor (y cada día que pasa esta afirmación es más fácil de constatar) cómo funcionan nuestra economía y nuestras relaciones los cambios en mil y una actividades cotidianas que ha supuesto para nuestra vida el buscador *Google* que cualquier proceso de producción altamente estandarizado y racionalizado que haya ideado *McDonald's* para inundar el mundo de productos homogéneos y destinados a dar satisfacción a toda la población. Porque con

Google y las tecnologías de la información y de la comunicación tenemos a nuestra disposición un caudal de datos absolutamente impensable sólo hace diez años. Información que se traduce, además, en oportunidades de contactar con miles de personas y empresas, por medio de sus correspondientes enlaces a través de las redes. De manera que no sólo es lo que el buscador hace, sino todo lo que pone a nuestro alcance como consecuencia de que el resto del mundo también está crecientemente digitalizado. Y, así, nos encontramos ante la posibilidad, frente a la uniformización y necesidad de homogenización que la economía capitalista tradicional, *de producto*, requería para lograr una mayor eficacia, con la posibilidad de aspirar a identificar las concretas necesidades y gustos de cada cual y, con enorme facilidad, encontrar un producto o servicio satisfactorio y aspirar a suministrarlo. De esta manera, en contraposición a un modelo donde las economías de escala procedían de la igualación y de la penetración masiva verticalmente organizada, aparece un mundo en el que el alcance y potencial visibilidad de cualquier iniciativa horizontal amplía hasta tal punto las posibilidades de competencia que, dada la paralela eliminación de barreras que la digitalización y las redes de comunicación traen consigo, las convertirá en modelos de acción perfectamente competitivos, en ocasiones más eficaces o incluso óptimos desde una perspectiva de racionalización económica. Las implicaciones no sólo de esta índole sino también sociales (porque estos mismos efectos se producen también en cualquier interacción humana no comercial) son de tal calado que ineluctablemente nuestra atención ha de abandonar progresivamente los procesos de *mcdonalización* para centrarse en el nuevo fenómeno de masiva *googlización* de nuestra sociedad.

A) DE NUEVO, EN TORNO A LA MCDONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

No sólo nuestras sociedades se habían *mcdonalizado* a finales del siglo pasado. También

lo había hecho, de forma considerable, el Derecho. En medio de la perplejidad, la confusión o el abierto enfado de los juristas, algunas de las virtudes y defectos de los procesos de *mcdonalización* habían llegado a nuestros ordenamientos y nuestras leyes. Realizando un apresurado resumen de lo que en su día traté de sintetizar cuando me referí a este fenómeno (Boix Palop), esta evolución trae causa, como todos los procesos a que se refería Ritzer, de la exacerbación del proceso de racionalización formal propio de las sociedades industrializadas y de las exigencias económicas que la producción masiva de bienes y servicios para satisfacer unas demandas crecientes imponía.

El Derecho que hemos conocido a lo largo del siglo XX, y especialmente el Derecho público, ha sido un Derecho que ha acompañado las formas de organización y ordenación vertical de sociedades volcadas en la producción a partir de las posibilidades que el desarrollo tecnológico, esencialmente asociado a la mejora de procesos industriales, propiciaba de forma creciente. Había de dar satisfacción a procesos productivos que buscaban paliar la escasez suministrando bienes a cada vez más gente a cada vez menor coste. La búsqueda de la eficacia, el imperio del cálculo, la pretensión de eliminar, en la medida de lo posible, la incertidumbre y el incremento del control social derivado del mismo proceso burocrático-racionalizador son todas ellas consecuencias de un entorno económico y productivo marcado por la importancia de la acumulación en entornos de escasez y por la necesidad de incrementar, en la medida de lo posible, las posibilidades de generación de bienes más baratos y en mayores cantidades, de proporcionar servicios a un menor coste y de respaldar las pautas económicas, sociales y jurídicas de acaparamiento. El Derecho de unas sociedades de estas características sufre por ello una evolución paralela, en la medida en que tanto ha de dar soporte a estas exigencias y necesidades sociales, como por su parte se transforma para devenir herramienta lo más eficaz posible y apta para disciplinar las relaciones sociales propias de este entorno. Y padece, por ello, un proceso de *mcdonalización*

creciente, que se refleja en todos y cada uno de los factores que señalábamos como parte de estos procesos.

La *mcdonalización* del ordenamiento jurídico conlleva, sin embargo, costes más visibles que los de cualquier evolución, por exagerada que sea, del resto de procesos de racionalización. La lógica productivista no se ve tan clara y abiertamente menoscabada por los problemas de coherencia a que conduce la exacerbación de estas pautas, dado que, por ejemplo, el fenómeno de la «jaula de hierro» descrito por Weber, con sociedades donde la excesiva reglamentación ha conducido a la parálisis y a la falta de innovación, de atrofiada imaginación y empobrecida vida social, es más sentido en los procesos de racionalización que afectan a cuestiones sociales y regulatorias. Por este motivo, los fundamentos y consenso social en que se apoya el Estado de Derecho de las sociedades liberales democráticas se resienten de manera más visible con la transformación que las exigencias derivadas del paradigma del cálculo y de la eficiencia y, especialmente, con la evolución a que la necesidad de corresponder a las necesidades de sociedades *mcdonalizadas*, obliga a todo nuestro sistema jurídico, en su vertiente no tanto regulatoria como simbólico-teológica y, muy especialmente, los daños que sufre por ello la clave de bóveda de nuestro sistema cual es la propia idea y desarrollo conceptual de la noción de *ley*.

La *mcdonalización* del ordenamiento, quizás no necesariamente analizada en estos términos pero sí sentida en cualquiera de sus manifestaciones (sean éstas denominadas como se quiera, desde el afortunado hallazgo de la referencia a la «legislación motorizada» de Carl Schmitt a cualquiera de las menciones críticas que este mismo fenómeno recibe habitualmente), plantea un menoscabo de la dignidad misma de la ley como producto jurídico, que se desacraliza y pasa a estar regida por las tensiones productivistas al uso. Una ley sometida a exigencias de eficacia en la producción normativa, crecientemente superflua en no pocos casos y banalizada siempre (incluso allí donde es necesaria) por mor de su propio exceso y

abundancia general, elaborada con pautas cada vez más semejantes a una cadena de producción, opresiva y paulatinamente omnicompreensiva de la actividad social y económica (en lo que es una tendencia que no se detiene ¡incluso en tiempos de desregulación como los actuales!) es una ley que, como veremos, perderá buena parte de su densidad simbólica, con los problemas que ello conlleva.

Los ordenamientos jurídicos *mcdonalizados*, por este motivo, generan una larvada inquietud en el jurista. Y desde hace años nos desgañitamos exigiendo rigor, mejores leyes, estudiando cómo podría ser algo así factible, analizando pautas de racionalidad que conduzcan a dar cuerpo a la pretensión de existencia de algo parecido a una ciencia de la legislación... Sin demasiado éxito. Ante la masificación social, como contaba en su día Díez-Picazo, nuestro Derecho no tiene demasiada capacidad de reacción, dado que sus bases últimas responden a otro modelo de sociedad y economía y, cuando finalmente interviene, tarde y mal, inevitablemente se ve obligado a primar la eficacia, si es el caso, sobre la justicia. Cuando hablamos de masificación de los instrumentos jurídicos, esto es de masas de leyes y de masas de sentencias, los juristas somos perfectamente conscientes de que, con ello, estamos certificando la consiguiente destrucción del ideal jacobino y consagrando, inevitablemente, la vuelta a la dispersión, con sus problemas de coherencia, inabarcabilidad... que sólo se contiene por medio de ahondar en los excesos de la burocratización y nuevos procesos de racionalización uniformizadora que, en el fondo, están llamados a derrotar (*self-defeating*) las propias finalidades de cualquier proceso racionalizador por la vía de ahondar en el mismo.

El desasosiego latente de la comunidad jurídica, expresado episódicamente pero que no sabemos muy bien cómo gestionar, es muy comprensible, porque no sólo acaban puestas en cuestión coherencia interna del ordenamiento y seguridad jurídica: el Derecho que tenemos desde hace ya algunas décadas, creciente y profundamente *mcdonalizado*, no se compadece bien con las exigencias y capacidad

justificativa que ha de tener un ordenamiento (y la ley como clave de bóveda del mismo) en un sistema de control y dominación social sustentado en la idea de representatividad democrática. Al menos, no a la antigua usanza, la que surge en 1776 y 1789 y que todavía en la actualidad sigue siendo la que inspira nuestro ser jurídico.

Creo sin embargo que conviene resaltar que, como juristas, hace ya años que nuestra labor, en el fondo, es tratar de acompañar un tránsito mayor de las pautas al uso de legitimidad, reflejadas crudamente en la evolución de nuestros ordenamientos, tratando de que sea lo más indoloro posible. A eso nos venimos dedicando y probablemente la más visible manifestación de hasta qué punto lo hemos hecho con notable gracia y pasión es que, todavía, a estas alturas, seguimos sosteniendo, si bien muy apuntalado y camufladísimo, un discurso que bebe en las fuentes tradicionales. Un ejemplo paradigmático en este sentido es, probablemente, la propia Constitución española de 1978, cuya redacción tardía en el panorama comparado habría permitido tomar buena nota de las transformaciones ya evidentes que había sufrido el paradigma legicentrista. Sin embargo, nuestro texto constitucional sigue perfectamente anclado en esa tradición, que recita acriticamente como aplicado alumno, dibujando un modelo de producción normativa donde la figura de la ley se nos presenta con unos perfiles clásicos y, de forma significadísima, las referencias al reglamento apenas si se limitan a dar cuenta de que es algo que compete al gobierno y sometido a revisión jurisdiccional. Con tal andamiaje institucional y dogmático, es perfectamente lógico que cunda cierto *désarroi* en la comunidad jurídica cuando aparecen imposibles de camuflar las numerosas quiebras que, racionalización y masificación mediante, la realidad obliga a aceptar. Así como es perfectamente entendible que la reacción natural sea la crítica a estos fenómenos. Ocurre, sin embargo, que hay que empezar a asumir que si se ha producido una creciente *mcdonalización* es porque no había más remedio. Nuestro Derecho estaba respon-

diendo, como buenamente podía, a una serie de exigencias cada vez más presentes derivadas de la transformación de las sociedades y de sus modelos productivos. La proliferación y pareja canalización de la ley y de la propia actuación pública normativa, su creciente dispersión, la puesta en cuestión del monopolio no ya estatal sino público sobre la misma, la forma en que hemos integrado en nuestros discursos jurídicamente modernos (en uso estricto del término) todos estos fenómenos no son sino resultado de la existencia de unas necesidades que han de afrontarse y que conducen a soluciones que, dado que no hemos cambiado de paradigma, difícilmente pueden ser otras. La *mcdonalización*, los mil y un problemas que achacamos a nuestros legisladores y que lacerantemente sentimos en nuestras carnes jurídicas, no son sino una tentativa de respuesta a estas necesidades. Las que, desde nuestro Derecho, parcheándolo mal que bien, somos capaces de dar. Porque, de una forma u otra, algo hay que hacer. Dado que, seamos sinceros, las viejas fórmulas ya no servían en un mundo cambiadísimo y aceleradamente cambiante, que se había complicado y acelerado enormemente, *mcdonalizado*, en suma. Pero que, a estas alturas, ha ido incluso más allá.

B) MUNDO GOOGLE

Las tecnologías de la información y de la comunicación han supuesto allí donde han llegado y se han generalizado una radical transformación de la organización social y de la producción. Cambio que sólo ha comenzado y que aunque está llamado a hacerse sentir cada vez más sólo percibimos fragmentariamente en toda su crudeza, por lo que todavía nos resulta complicada su cabal comprensión e incluso descripción. Con todo, puede ya avanzarse que, más o menos con el cambio de siglo, se ha concretado una revolución en los procesos de producción de tal calado que ha alterado en sus mismas bases la forma en que los seres humanos gestionamos la escasez y la necesidad. Hasta tal punto que, si bien es evidente que éstas no van a desaparecer, también lo es

que han surgido por primera vez oasis, islas, de abundancia de suficiente entidad y tamaño (en una intersección geográfica y social) como para requerir del estudio de las nuevas dinámicas que en ellas se dan. La revolución neolítica cambió la forma en que los hombres vivíamos, producíamos y nos protegíamos contra la escasez y las inclemencias. De una forma diferente, la revolución industrial provocó ese mismo efecto, ampliando a su vez el número de personas que quedaban amparadas (al menos, dentro de un orden) por el sistema productivo. La actual es la tercera gran revolución productiva de la historia de la humanidad, y la primera que aspira a generalizar la existencia de islas de abundancia más allá de algunas sociedades occidentales y, dentro de ellas, de ciertos grupos sociales y económicos. Si con el desarrollo industrial capitalista los países occidentales han ido logrando poco a poco ampliar y generalizar la cobertura contra las embestidas de la naturaleza y la biología que su modelo económico y social permitía (incluyendo en este logro las «modulaciones» jurídicas y políticas que le han permitido, entre otras cosas, sobrevivir), la actual transformación económica a escala global está comenzando a sentar las bases para que la anomalía en términos históricos y antropológicos constituida por la forma en que parte de los seres humanos hemos vivido en países occidentales desde 1950 pueda extenderse a otras regiones del mundo y aumentar su porosidad social. La transformación del mundo que ello conlleva, analizada con un mínimo de perspectiva, es de dimensiones difíciles de exagerar.

En paralelo a la transformación productiva y a la necesaria y obvia adecuación del Derecho a estos cambios, se ha producido una tercera y potentísima ola de globalización (un «aplanamiento del mundo» en expresión de T. L. Friedman). No es una coincidencia gratuita, dado que históricamente, los grandes procesos de introducción de actores en las relaciones e intercambios a escala mundial han ido de la mano, o han sido consecuencia, de las revoluciones productivas que han permitido esta presencia.

Si el primer impulso globalizador, protagonizado por Estados, es resultado de apurar las posibilidades del primer modelo productivo creador de comunidades humanas organizadas (la revolución neolítica) y tiene lugar entre los siglos XVI y XVIII, ello es consecuencia de que las estructuras de producción y acumulación del momento sólo permitían a estructuras organizativamente muy potentes, capaces de captar los recursos necesarios y de movilizarlos, para poner en marcha la costosa y rudimentaria tecnología de comunicación de la época apta para los intercambios. Sólo tras décadas de acumulación de riqueza, hombres y técnica en cantidad suficiente como para poder ir «acortando» tiempos y distancias será posible actuar a escala global. Pero la naturaleza de la estructura productiva de esas sociedades, así como las enormes exigencias de la tecnología de la época apta para dar el paso, limitaba notablemente el número y tipo de actores. Básicamente, la propia creación de estructuras estatales en este preciso momento histórico es respuesta, en el fondo, a esta necesidad económica.

En un segundo momento, que comienza con la revolución industrial y llega a sus últimos estadios en las postrimerías del siglo XX, las posibilidades derivadas de la industrialización masiva permiten hacer acto de presencia en el escenario global a más actores; así, junto a los estados, las empresas, que, de hecho, como consecuencia de su mayor número y dinamismo, evolucionan más y más rápidamente, se adaptan mejor a las exigencias económicas de los nuevos intercambios y van adquiriendo un protagonismo paulatinamente mayor al de los mismos estados (al menos, mayor que el de la mayoría de éstos), como por lo demás se ve cada vez con más crudeza en los momentos finales.

De forma semejante, la tercera revolución productiva ha propiciado desde sus primeros momentos el inicio de una tercera fase de globalización, que estamos viviendo ya, en la que son los ciudadanos los que, en un mundo donde las barreras físicas y las restricciones espaciotemporales han desaparecido a la hora de comunicarse y posicionarse en el mundo,

harán acto de presencia. Para quedarse. Tenemos un terreno de juego que, por efecto de la revolución tecnológica de la información y la comunicación, se ha convertido en planetario. Una simple conexión a Internet permite en la actualidad la puesta en práctica de todo tipo de actividades, incluyendo aquellas que requieren de la participación y colaboración de muchos actores, sin importar ni dónde se encuentren geográficamente cada uno de ellos, ni la distancia que los separe. De esta manera, es posible compartir conocimientos y trabajo en tiempo real, de una forma tal que sólo barreras estrictamente imputables a la creación humana (diferencias lingüísticas, culturales) y por ello limables pueden interferir. Pero ya no lo harán los condicionantes del mundo físico, y especialmente las condiciones de lejanía en el espacio y las pérdidas de tiempo para superarlas. Como es evidente, estas posibilidades tecnológicas son, todavía, meras potencialidades en muchos casos. En primer lugar, porque su puesta a disposición de todos los seres humanos requiere de una serie de esfuerzos de ingeniería, no sólo desde un punto de vista técnico (porque hay que poner en marcha redes suficientes y eficaces para permitir el acceso a todo el mundo), sino también económico (porque hay que pagarlas) y social (porque hay que dar la oportunidad a todos de aprovechar las posibilidades que aparecen en el horizonte, y ello requiere de muchas medidas de tipo social, en primer y más importante término en materia educativa). No obstante lo cual, puede comprobarse ya en la actualidad que la participación efectiva de personas, grupos, individuos, empresas, colectivos y estados a escala planetaria es más equitativa y potencialmente homogénea de lo que ha sido nunca. Con lo que ello supone en materia de igualación de las oportunidades.

La causa última que ha propiciado el definitivo eslabón del proceso de mejora es la desaparición de las tradicionales *constraints* espacio-temporales que referíamos antes, con la consecuencia de que las nuevas posibilidades tecnológicas sitúan a todos los individuos ante sí mismos y ante toda la humanidad. Al

menos, potencialmente, provocando indudables efectos sociales y económicos. Esto libera, iguala y «aplana». Estos aplanadores son en parte causa coadyuvante y consecuencia de un mundo (o al menos unas parcelas dentro del mundo, pero que son lo suficientemente relevantes porque son bastante amplias y son aquellas en las que vivimos nosotros y se ha desarrollado el Derecho moderno tal y como lo conocemos) en el que la necesidad que ha condicionado la vida humana desde hace doscientos mil años, acompañándola desde siempre y condicionando nuestra forma de actuar, ha sido sustituida por una lógica, social y económica, de la abundancia. Y del mismo modo que nuestra fisiología no está precisamente adaptada a lidiar con ella, con las consecuencias que todos conocemos en forma de «michelines», tampoco nuestras sociedades ni instituciones reguladoras están plenamente adaptadas a esta situación, con lo que mucho menos para optimizarla y sacarle partido. Al igual que la presión evolutiva ha hecho a nuestro cuerpo, dado que ha tenido que enfrentarse a unas condiciones del medio físico objetivamente hostiles, ser el resultado de la prima biológica a los diseños aptos para la acumulación y la optimización del rendimiento a partir de unos recursos que se estiman escasos e inciertos, la economía tradicional estaba basada en mecanismos semejantes. Los procesos de industrialización y racionalización formal buscaban, de hecho, apurar las consecuencias de esta situación. Pero, de repente, la eliminación de muchas barreras ha alterado el panorama, porque no pocos procesos y situaciones encuentran de golpe un entorno de abundancia, en el que los factores que determinarán el éxito ya no serán la acumulación y optimización máxima de los recursos disponibles, sino saber cribar de entre la numerosa oferta, ser capaz de descartar aquello que productiva y económicamente sólo vaya a generar grasa innecesaria y lograr establecer pautas de colaboración lo más exitosas y creativas posibles a partir del aprovechamiento *sólo* de parte de los bienes que se nos alcanzan.

La abundancia es tal que pasa a ser más importante en no pocas actividades la criba y la capacidad para decidir a qué dedicar tiempos y esfuerzos que el proceso de búsqueda. Frente a la inacción a que la ausencia de materias primas o de posibilidades de producir o crear condenaba a la humanidad una gran parte de su tiempo, ahora tenemos una actividad incesante y unas posibilidades inagotables que hemos de aprender a domeñar. Prescindiendo de muchas cosas. Cultivando la contención (cualidad que será crecientemente importante por obvios imperativos ambientales y consideraciones de ecología humana). Los procesos productivos actuales se caracterizan más, por tanto, por la importancia básica de encontrar y cribar la información adecuada que por las exigencias de apurar recursos, que en principio se obtienen fácilmente e, incluso, en demasía. La cadena taylorizada, la depuración de la misma que es *McDonald's* adaptada a una sociedad de consumo tardocapitalista, ya no es tan importante como *Google*, el más bello icono de esta nueva sociedad, de sus posibilidades y retos. Producto, recordemos, de una competencia feroz, cada día renovada, a la que de momento se ha impuesto, en un entorno donde una mejor herramienta indudablemente se impondría. Donde todos, por ello, aspiran, a base de potencia tecnológica y matemática, matizada con pinceladas de humanidad y sentido común, que colorean la bella animalidad del algoritmo (con la intención de cribar, precisamente, la fuerza de cálculo bruta para seleccionar resultados con criterios también cualitativos), a traernos a casa todo lo que anda desperdigado por el mundo que existe e interesa. E incluso, lo que no interesa o no vale. Y, claro, a ordenarlo. A establecer su relevancia. Pero el caso es que, potencialmente, ahí está todo. Y con ello los cambios económicos producto de la nivelación, de la reducción de costes, de la paulatina desaparición de no pocas asimetrías informativas. ¿Estamos de veras ante un círculo virtuoso? Las reglas más esenciales de la economía, la base fáctica que nos sujeta a este planeta y a la vida, la conciencia de que los bienes y materias primas a partir de los cuales nos organizamos son limitados, no pueden cambiar. Pero sí lo

que seamos capaces de hacer con ellos. De cómo y hasta qué punto les sacamos partido. De cómo los acaparamos y distribuimos, excluimos a los demás de su disfrute, mejoramos la eficiencia, somos capaces con lo mismo de obtener *más...*

Económicamente, los efectos de la digitalización y masiva conexión provocan la multiplicación del efecto red y, con ello, círculos virtuosos que si no significan necesariamente abundancia sí se le parecen mucho. De esta forma se aparece algo muy semejante a la competencia perfecta, eliminadas o muy dificultadas las estrategias de dominación típicas (otra cosa es que traten de ser preservadas artificialmente empleando para ello el Derecho, acudiendo al establecimiento de barreras artificiales allí donde la evolución social y económica ha derribado los escollos que otrora protegían de las fuerzas exteriores mercados o de la influencia exterior a ciertos pueblos y colectivos). Nadie sabe muy bien en qué consiste la Nueva Economía, y es obvio que las leyes básicas que rigen el decurso humano por la tierra y la escasez de recursos y materias primas es una realidad con la que siempre se habrá de operar. Pero parece claro que la extensión y generalización de las redes crea abundancia. Mientras tanto, los costes de producción caen de forma espectacular, pero sobre todo los de intermediación y los que los consumidores padecían si aspiraban a eliminar los déficit de información. Todo ello tiene un efecto acelerador al liberar enormes potencialidades creativas antes acalladas. Y al poner a disposición de mucha más gente la posibilidad de expresarlas.

La propia creación científica, técnica o humanística es un perfecto ejemplo. Hace apenas veinte años (por no remontarnos más en el tiempo) la clave de un gran trabajo de dogmática jurídica (por referirnos a nuestro ámbito) residía en gran parte en la capacidad para lograr información y datos, en un entorno donde la búsqueda de jurisprudencia, de normas y resoluciones, de artículos y obras monográficas sobre cualquier materia (por no mencionar, por ejemplo, las cuestiones de Derecho comparado) era enormemente complicada,

cará y requería de una dedicación, esfuerzo y tiempo que, con la ayuda de instituciones dedicadas a ello y que contaban con los fondos precisos, permitía obtener una información (en el mejor de los casos) suficiente dentro de un marco de escasez. El mérito, en gran parte, de cualquier trabajo, residía en superar esas restricciones. En la actualidad, como es sabido, la situación es totalmente distinta: tenemos a nuestra disposición medios telemáticos que nos acercan cualquier producción jurídica relevante, conexión con quienes se dedican a nuestros mismos menesteres en todo el mundo, bases de datos de jurisprudencia y legislación completas y muy fáciles de usar, cada vez más contenidos íntegramente disponibles en la Red (de hecho, algunos de los textos que se han empleado para hacer este trabajo), acceso a la bibliografía jurídica, social y humanística de casi todo el planeta a un *click* de distancia (las redes de distribución global, además, permiten disponer de cualquier ejemplar en el soporte físico tradicional en apenas unos días) e incluso, como es el caso de varias de las obras clásicas consultadas para realizar este trabajo, hay partes muy considerables de muchas obras directamente consultables a través de Internet (gracias, entre otras, a la herramienta *Google Books*, por ejemplo, pueden consultarse numerosas páginas de las obras de Kantarowicz o Novel citadas), en lo que es un proceso que sin duda irá a más. Como es obvio, las cualidades que este nuevo panorama exige del estudioso son totalmente distintas: si aspirara a buscar y recopilar toda la información relevante posible para su trabajo podrían acabarse sus días antes de concluir su lectura y análisis. La criba, la capacidad de selección, la pericia en el empleo de los nuevos métodos y motores de búsqueda, la comprensión de las diferentes escalas de relevancia de los materiales de los que se hace acopio, pasan a ser centrales. Muy especialmente, liberados de estas restricciones, la clave de la calidad de un trabajo ya no residirá en la acumulación y ordenación de información, sino en la profundidad del análisis, en la creatividad desplegada. Es una tendencia común a todos los entornos de abundancia que se da, cada vez, en mayor medida. Como lo es, tam-

bién, que bien empleados los nuevos medios a nuestro alcance, los resultados y la producción suele ser de mucha mejor calidad.

Cambian por ello también los modelos empresariales y de distribución. De librerías con trato personal y poco surtido, donde las peticiones eran posibles pero lentas, procelosas, limitadas a un catálogo, a la distribución, a un país, a una lengua... pasamos en su día a grandes superficies librerías donde primaba la *mcdonalización*, cuestión de economías de escala, y la uniformización de los consumidores, inevitable (o casi). Así funcionaba la economía y así, de hecho, determinó Pareto la vieja tendencia a que un 20% de los bienes en un mercado usualmente copara el 80% de las ventas. La racionalización de los procesos productivos y de las ventas impelía económicamente a primar *best-sellers* y *blockbusters*. Sin embargo, en la actualidad, la tecnología ha liberado a los consumidores y también a los lectores, a los ciudadanos, que tenemos prácticamente todo el planeta a nuestra disposición, no importa en qué idioma. Incluso, sin salir del circuito comercial más estricto, *Amazon.com* y empresas de semejante orientación pueden permitirse la existencia de catálogos mucho más amplios, de modo que están quebrando la clásica distribución de ventas (el 20% de los productos más populares ya no ostenta el 80% de la cuota de mercado sino mucho menos, porque se pueden comercializar de forma rentable productos de menor venta, destinados a minorías, que abren el espectro cultural y político y liberan fuerzas creativas). Se ha conformado así un nuevo modelo económico, posible porque Internet y los cambios tecnológicos permiten la llamada economía de la «cola larga» (Anderson). *Amazon.com* y demás se pueden permitir el lujo de mantener en *stock* libros que apenas si venden por si llegare el caso de que, algún día, un consumidor desee esa concreta obra. Los efectos «liberadores», no sólo económicos, son claros.

Las sociedades actuales están por ello abandonando la lógica *mcdonalizada*. En entornos de abundancia, se lo pueden permitir para tratar de obtener una nueva calidad, una mayor optimización atendiendo de forma singular y

particularizada las necesidades concretas. Socialmente nuestras sociedades actúan cada vez más de esta forma. Nuestras economías también. El producto estándar que *McDonald's* ofrece a todos por igual sigue teniendo su mercado, cómo no (aunque ya sólo como una más de las múltiples ofertas al uso), pero se bate en retirada como elemento homogenizador, incluso, dentro del propio segmento de la comida rápida. De hecho, la propia empresa ha tomado nota del fenómeno y ha diversificado su oferta regionalmente y ampliado la posible personalización que el cliente puede hacer de su pedido. Al igual que cualquiera de nosotros, que somos conscientes de que por medio de una herramienta de búsqueda suficientemente potente podremos encontrar en el mercado un producto totalmente apto para nuestras concretas necesidades, eliminadas barreras espaciotemporales, casi cualquier puede aspirar a ello. La cuestión es establecer mecanismos regulatorios que lo permitan y que sepan moverse en esta nueva realidad, en una sociedad conformada cada día más a partir de la interacción en entornos de abundancia, en los que habrá que lograr la optimización. Por eso el Derecho estará llamado en el futuro, puestos a establecer una analogía, a ser más *Google* que *McDonald's*.

2. RACIONALIDAD Y NEOMEDIEVALISMO JURÍDICO

John Maynard Keynes señalaba en su introducción a su *Teoría general* que las ideas nuevas no suelen ser, no son casi nunca, el problema. Que los verdaderos quebraderos de cabeza son producidos por las ideas antiguas, por su pervivencia en nuestras mentes y espíritus. Nuestro mundo o, al menos, la manera en que lo percibimos (lo que, en el fondo, casi se identifica con aquél) han sido conformados por ellas. Estamos acostumbrados a analizar la realidad y a actuar sobre ella a partir de esas ideas antiguas, que tan bien funcionaron porque aportan seguridad. Pero, en ciertos momentos, las evi-

dencias de que nuestros útiles para entender y actuar han quedado desfasados son abrumadoras, así como la forma en que lo analizamos y operamos sobre él. Desprendernos de su apoyo es difícil y arriesgado. Pero hay momentos en que no hay más remedio. El propio Keynes aventuraba que sus aportaciones permitirían una prórroga de 30 años al capitalismo y a su sistema de organización social y económica que, por lo demás, daba por cumplidamente expirado. La verdad es que la prórroga se ha prolongado más de lo previsto y funcionando satisfactoriamente. Pero es lo cierto que, a estas alturas, parece que la economía empieza a caminar, incluso conceptualmente, por otros derroteros donde será necesario algo más que el recurso al keynesianismo tradicional, por bien que éste haya demostrado funcionar, para resolver los nuevos problemas. O, al menos, para resolver todos los nuevos problemas. Análogamente, el artefacto conceptual de que las sociedades occidentales nos dotamos para explicar nuestro Derecho y nuestros ordenamientos hace ya doscientos años da síntomas evidentes de agotamiento. Le hemos concedido una prórroga generosa, y hemos tratado de seguir explicando, con un esfuerzo meritorio y una flexibilidad y maleabilidad ciertamente encomiables, el funcionamiento actual de nuestros ordenamientos pretendiendo basarnos, todavía, en esa gran arquitectura. Hemos sobrevivido (y muy bien) con ellas, incluso unas décadas más de lo que nadie hubiera podido prever, gracias a un enorme esfuerzo colectivo por prolongar la vida de un paradigma legitimador de nuestra convivencia y reparto de bienes y servicios que ha requerido parchearlo, mirar para otra lado a veces y llevarlo a sus extremos incluso cuando las costuras parecían a punto de reventar. En parte porque, mientras los fundamentos últimos de las formas de producción y reparto subsistieran, en el fondo no era tan difícil. Pero los síntomas de agotamiento son obvios y quizás es momento de recurrir a buenas ideas. Porque, sin renunciar a los logros del pasado, es evidente que necesitamos algo más. La racionalización llevada al exceso, que era necesaria para dar respuesta al mundo crecientemente industrializado y productivis-

ta generado por el capitalismo de mercado, ha llevado a sus límites la capacidad explicativa de la idea de la ley representativa como rectora de la ordenación jurídica de nuestras sociedades. Los problemas de legalidad y legitimidad se suceden, anudados a la imposibilidad de que nuestra particular teología de la ley siga explicando satisfactoriamente la plasmación en normas y potestades de la noción si no evanescente de soberanía. De alguna manera, nos encontramos ante la necesidad de dar respuesta a una situación semejante a la que se produjo en la Edad Media, antes de que empezaran a decantarse las soluciones que darían paso a la juridificación de nuestras sociedades, a la creación de las primeras estructuras estatales y, posteriormente, al estado moderno. Vencido el plazo que las propuestas de embridamiento keynesiano diera al capitalismo, ha empezado a aparecer una nueva forma de ordenación del mundo y de sus recursos. Para movernos en ella sí que nos hará falta, ya irremediablemente, otro Derecho.

A) LA RACIONALIZACIÓN JURÍDICA Y SUS EXCESOS

Los problemas de masificación y proliferación de instrumentos normativos y regulativos, derivados de la concreta manera en que éstos son desarrollados en nuestros tiempos (de forma masiva, aceleradamente, para resolver todo tipo de necesidades puntuales pero sin que exista siempre una reflexión profunda que avale la calidad y coherencia de la regulación) han sido puestos de manifiesto por múltiples juristas, lo que permite simplemente apuntar el problema y no reiterar detalles conocidos. Sin embargo, sí parece oportuno referirnos a la diversa forma en que se han manifestado estos excesos. Así, frente a los problemas padecidos por los experimentos de socialismo real y sus sistemas jurídicos, que encajan a la perfección en la profecía weberiana sobre la «jaula de hierro» y son la más acabada prueba de su acierto al analizar adónde puede llegar el desarrollo de un modelo estrictamente normativista de corte racionalizador, la evolución económica e

industrial del capitalismo occidental ha atemperado las pautas de racionalización de forma que sus problemas han sido de otro género. Más allá de la existencia de consecuencias morales o políticas en el crecimiento económico y su fomento, asunto sobre el que la discusión es considerable, sí puede apuntarse que el modelo de racionalización liberal, en la medida en que concede un amplio espacio a la interacción pública y privada, de estados y agentes sociales (empresas, ciudadanos...), genera un flujo de influencias plurales, que ha permitido una evolución menos opresiva. No tanto por la ausencia de regulación, igualmente presente en grandes dosis, como por la diferente incidencia de la pretensión uniformizadora. Así, en nuestro caso, la presión capitalista conduce crecientemente la racionalización, como decíamos, a su propia derrota por la vía de la singularización y el particularismo. Ante la creciente exigencia de reacciones particularizadas a las múltiples situaciones posibles en una sociedad postindustrial la pretensión normativizadora del paradigma racionalizador conduce necesariamente a una creciente hipertrofia. Por mucho que, frente a las negativas previsiones marcuserianas o las ideas sobre la democracia totalitaria de Talmon, haya emergido un modelo de control y encuadramiento de la divergencia y de la pluralidad que no sólo no anula las libertades ni conduce a un modelo orwelliano (ni por la fuerza, ni por medio de mecanismos de desactivación, que siguen enhebrando el discurso neomarcuseriano) sino que ha permitido una efectiva evolución social que empieza a atisbarse con unas posibilidades de liberación e igualdad enormes, ello no deja de someter al ordenamiento y a sus aspiraciones de normativización a presiones brutales. Porque se ve forzado a acompañar una evolución social imposible de seguir si se desea, a la vez, respetar la estructura jurídica tradicional en sus bases fundamentales.

Es algo consustancial a la propia naturaleza del Derecho como fenómeno y como producto ir proporcionando una respuesta adaptada a las necesidades sociales y a su evolución. Cuando Juan Ramón Capella se refiere a las

transformaciones de la función de los juristas de nuestro tiempo lo hace precisamente desde la asunción de que cada sociedad y cada forma de organizar la producción y el reparto de bienes necesarios para la vida dan lugar a un determinado tipo de necesidades regulativas, esto es, a un determinado Derecho. La sociedad del capitalismo concurrencial, propia todavía de los coletazos de afirmación estatal producto del arrastre histórico de la estructura neolítica de producción, necesita esencialmente de un estado gendarme. Por el contrario, en un estadio de organización capitalista más avanzado y organizado, la labor del estado virará a un intervencionismo más acusado. Así, por ejemplo, Teubner consideraba que la legislación no era mera proliferación del Derecho sino producción de un nuevo tipo: el Derecho regulativo, propio del estado social.

Es éste un modelo en el que, llevada a sus extremos, la gestión de la diferencia se pretende incorporar también a la norma, hasta sus más mínimos detalles, para tratar de buscar las más aptas respuestas sociales y jurídicas. De ahí el paulatino sacrificio de la coherencia, que primaba en la regulación de las sociedades liberales, en pro de la eficacia que prevalece en las sociedades postindustriales. La *mcdonalización*, al potenciar por encima de todo la eficacia legiferante, encierra en sí misma la trampa de la pérdida de racionalidad, de la pérdida de coherencia, inevitablemente sacrificada. Y con ello, anticipa el advenimiento de un nuevo orden jurídico y certifica la aparición de una nueva sociedad. El marcado intervencionismo regulador «compensatorio» tiene explicación en la necesidad de ordenar este tipo de capitalismo, todavía muy desigual estructuralmente. Y a partir de ahí, con la mezcla e influencia de un ideal jacobino que se agota, se pide al estado que garantice la igualdad regulatoria, pero crecientemente compleja, con intervenciones tan diversas, que han de atender a tantos flancos de una realidad crecientemente inabarcable por internacionalizada e incontrolable, que se agotan en sí mismas.

A su vez, el estado, cada vez más débil en la esfera nacional e internacional, asiste a cómo

se va minando *de facto* su principal capital simbólico. Porque la *mcdonalización* al servicio de un mundo globalizado, donde no son ya sólo los intercambios comerciales frecuentes sino también las relaciones interpersonales, acaba condicionando y adaptando a esas necesidades el Derecho que las regula. Con lo que, primero por mecanismos de composición de voluntades y acuerdos privados, después por la vía de diversos instrumentos internacionales o regionales, acaba por surgir un Derecho sustancialmente idéntico en todos los países de obligatorio respeto, a efectos prácticos, incluso para ellos so pena de quedar excluido de las relaciones comerciales al uso, que el estado no puede sino aceptar. Este Derecho internacionalizado, a día de hoy ya dominante a todos los niveles en lo referido a los intercambios comerciales, es también, como el *Big Mac*, un producto que tiene a escala planetaria el mismo sabor. Y cuya difusión es cada vez mayor. Conformar, así, un vector adicional de debilitación del entramado jurídico legitimador que sustenta nuestro ordenamiento jurídico tradicional. Su clave de bóveda, la ley, queda reducida a un instrumento ordenador que, aun siendo imperativo, ha de asumir no pocos postulados y contenidos y que, además, convive con otras realidades a las que ha de atraer. Incluso aunque no sean jurídicamente obligatorias, lo que conforma un panorama donde se aproximan cada vez más los instrumentos regulatorios obligatorios y los que no lo son. Con todo ello, constatamos como una manifestación más del proceso de racionalización llevado a su extremo (el hecho de tener reglas comunes a todos los estados para facilitar intercambios cada vez más habituales) acaba provocando como efecto, al igual que el elemento que tratábamos antes (el hecho de pretender dar regulación particularizada y precisa a casi cualquier fenómeno) en una pérdida del capital simbólico que se encuentra en la base de nuestro modelo jurídico: si antes era la coherencia ahora es la autonomía y efectiva capacidad de imponer pautas de ordenación.

De ambos elementos surge una situación de cierto caos, en la medida en que los Derechos occidentales siguen haciendo gala de toda su

parafernalia pero con efectos cada vez menos relevantes, cuando no se quedan, en el peor de los casos, en huera palabrería. En crecientes ámbitos de actividad su ejercicio del poder se encamina hacia lo que parafraseando una de las tendencias más en boga podríamos llamar «verdadera» *soft regulation*. Y, al igual que ocurría en la Edad Media, las reglas del juego, en la práctica, se definen no tanto por un ejercicio real de poder a cargo de instituciones capaces de imponer decisiones, como por la composición de voluntades y la existencia de zonas grises regulatorias, la confianza en la autorregulación allí donde ya es imposible imponer nada y el paulatino repliegue del ejercicio de potestades jurídicas efectivamente imperativas a ámbitos muy concretos y reducidos (espacio-temporalmente) donde todavía se puede sentir la influencia, ayer del señor, hoy del estado.

Que para este tipo de dominación, de puertas para adentro, que convive con un mundo de reglas auto-otorgadas y negociadas en su mayor parte, se siga recurriendo a la ley no es más que indicio final de la degradación de este instrumento normativo. La ley acaba así cada vez con más frecuencia, en lo que es un tristísimo final para las aspiraciones modernas, convertida en un instrumento de «refeudalización». Es el caso, por ejemplo, que dibujan con claridad las pautas del gremialismo de nuevo cuño nacido en España con la aparición de numerosas leyes autonómicas de creación de Colegios Profesionales o la creciente densidad normativa que regula la capacitación para el ejercicio de profesiones y oficios que, más allá de desmentir los nobles ideales que en España introdujera la Institución Libre de Enseñanza, emplea torticeramente el rango que la ley todavía conserva cuando nos encontramos en un dominio que la dinámica globalizadora y «medievalizadora» aún reserva al propio feudo, esto es estado: su carácter imperativo, no para liberar e igualar sino para proteger. Con, por lo demás, resultados no precisamente rutilantes y condenados a término, como la medievalizada aparición de mecanismos alternativos suministrados por la economía desregulada pone

de manifiesto a diario en cualquier ciudad del mundo en forma, por ejemplo, de *top-manta*.

Como es obvio, confinado el empleo de la imperatividad de la ley a establecer ámbitos de protección frente a las tendencias globales de liberalización y competencia no es sino una perversión, uno de esos «michelines» del cuerpo jurídico que responden a que el artefacto jurídico de que nos hemos dotado estos dos siglos no está evolutivamente preparado para hacer frente a la nueva situación. Pero, por lamentable que sea, tiene como virtud hacer luz sobre los fenómenos sociales y económicos que, de forma imparable, conducen a la destrucción de esas barreras. Algo que económicamente es evidente y que, en ausencia de normas aptas para regular correctamente los fenómenos, provoca la existencia de una cotidianidad ajena a Derecho cada vez más importante y visible, con sus luces y sus sombras, pero que es evidente que no podrá ser atajada con nuestro Derecho conceptualmente antiguo, de igual forma que los retos evolutivos del medioevo requirieron de la formación del estado para dar respuesta a la creciente incidencia del mercantilismo y la acumulación de capital y a las necesidades de ordenación a una escala más amplia y más potente que conllevaban. El neogremialismo descrito, esta neorefeudalización a que paradójicamente conduce en algunos casos el exceso racionalista, obliga a buscar, como fue preciso en la Edad Media, instrumentos de intermediación social y económicos que permitan la liberación de las fuerzas que ya amenazan con hacer explotar las costuras del actual cuerpo social. Un mundo en el que la inmigración a grande y pequeña escala, los mercadillos urbanos que menudean, la competencia voraz e incontrolable... no reflejan sino la insuficiente respuesta del Derecho, incapaz de actuar satisfactoriamente a pequeña escala, pero a la vez señalan también la necesidad de hacerlo y de aprovechar con ello las múltiples oportunidades de liberación que por todas partes menudean y cada vez lo harán más, impelidas por la tecnología y las presiones económicas.

Quizá la mejor prueba de hasta qué punto es acertado hablar de neomedievalismo para definir la actual situación en lo que se refiere a la insuficiencia de la infraestructura jurídica es pensar en cómo es creciente la interacción entre estados con regulaciones de las que nos sentimos orgullosos y que son manifestación de nuestra alta capacidad racionalizadora y otros con ordenamientos tenidos por marcadamente deficientes, sin que se produzcan mayores problemas, mientras, por lo demás, a escala planetaria los flujos de personas, bienes, capitales y servicios se mueven sin apenas problemas de unos a otros y cuando, además, cada vez las estructuras productivas y económicas de estos distintos tipos de estados se parecen más, como ha señalado Beck. Abundan así cada vez más los vendedores ambulantes, los pequeños comerciantes y los pequeños artesanos, que se ofrecen como asistentes domésticos de toda suerte o los nómadas laborales que se mueven en los campos de actividad más variados, mientras los mercados de trabajo de las economías desarrolladas pierden las características que los singularizaron a marchas forzadas. La estabilidad laboral y la inamovilidad en el empleo son ya residuos de otra época, la creciente tasa de paro no es consecuencia de crisis cíclicas sino estructural y manifestación del éxito de un capitalismo tecnológicamente avanzado. Todo ello anuncia el fin de la sociedad laboral regida por los antiguos instrumentos económico-políticos. Y no parece que nuestro mejor Derecho haya marcado demasiadas diferencias, la verdad. Algo perfectamente normal y entendible, porque las normas que están regulando esta transformación son otras, iguales para todos, que van surgiendo desordenadas en los intersticios, cada vez mayores, que dejan los estados y sus ordenamientos, en las crecientes zonas de sombra que aparecen entre los distintos señoríos, que marcan las relaciones entre éstos y que son buscados por una creciente cantidad de agentes para operar con más libertad.

Llamémoslo neomedievalización o simplemente constatación del final del experimento occidental, el caso es que las diferencias desaparecen a escala mundial. Y, dado que las re-

glas han cambiado tan profundamente y han puesto en cuestión tantos dogmas y seguridades en las que vivíamos instalados sobre nuestro Derecho, quizá convenga prestar atención a algunos de los dogmas tradicionales para hacer, al menos, un recuento de daños.

B) LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD; INCORPORACIÓN Y ENCARNACIÓN

Si tratamos de resumir de forma muy apresurada los elementos estructurales centrales de nuestro modelo de convivencia, en la formación del mismo que supone el Derecho, junto a la afirmación de una serie de derechos fundamentales (aspecto absolutamente nuclear pero que se refiere al contenido de la regulación, más que a las pautas de conformación del Derecho en sí mismo) encontramos en su núcleo la idea de integración del cuerpo social a partir de la reserva del núcleo duro de la regulación jurídicamente capaz de imponerse a la ley, producto de cuerpos representativos. De esta manera se salda la cuestión política de legitimación del poder cuando la evolución social y económica del capitalismo ya casi incipientemente industrial requiere de una ampliación del cuerpo ciudadano, que queda de esta manera integrado en el proceso político. Sin embargo, para rellenar el espacio teológico que el monarca medieval ocupaba en su segundo cuerpo (Kantarowicz) no basta sólo un nuevo credo *iusfundamentalista*, por ejemplo, sino que es preciso introducir en la dinámica representativa esa dimensión, algo que se realiza a partir de la elaboración encarnadora de la ciudadanía en la misma ley, que precisamente por esto motivo no será sólo instrumento regulador. Rousseau no es un apunte marginal en la conformación de las bases de nuestro Derecho moderno, porque es quien permite dotar del carácter mítico y sublime a la idea de representatividad para que de la incorporación de los ciudadanos se pase a una verdadera encarnación del cuerpo social. La configuración del Derecho y de la sociedad que supone cualquier pacto constitucional va por ello, y ésa

es precisamente la clave de su éxito, más allá de la mera representación. La distinción, que tomamos de Richir, entre «incorporación» y «encarnación» (*incorporation et incarnation*) es a estos efectos clave. Aunque ambas nociones se hallan confundidas en la tradición filosófica occidental desde el empleo conjunto que de lo teológico y lo político hicieron las monarquías medievales europeas, la confusión, trasladada a la antropología política, supone tomar la mera incorporación comunitaria como código significativo ciego de la encarnación. Algo que no es siempre ni necesariamente así, sino un proceso más sutil y, en el fondo, sublime.

Sin embargo, este artefacto dogmático tan acabado, que permitirá la efectiva incorporación de crecientes partes del cuerpo social, empieza a dar, en la actualidad, claros síntomas de desfallecimiento. Porque, con el paulatino proceso de incorporación de las masas, iniciado a partir de 1848 a una escala mucho mayor de la inicialmente prevista, y sobre todo con las presiones que venimos relatando que, globalización y acelerado avance tecnológico mediante, cambio social y económico incesante, obligan a apostar por un extremo proceso de racionalización en la producción normativa que afecta a la misma base de sus dos claves sustanciales, tanto la política como la teológica. Ni la legalidad y la incorporación al cuerpo social, que se requiere efectiva y eficaz para que funcione bien subsisten de forma enteramente satisfactoria; ni la legitimidad, que requiere de la efectiva encarnación, proceso más delicado, están presentes con claridad en los ordenamientos actuales.

La difícil relación entre la ley y el constructo democrático en nuestros días es cuestión conocida. No obstante, nuestra fidelidad a los orígenes de nuestro modelo jurídico es tal que nos hemos preocupado (a fe que hemos trabajado los juristas mucho y bien en ello) de tratar de salvar en la medida de lo posible las bases conceptuales del mismo. Probablemente el esfuerzo filosófico ordenador que ha realizado Jürgen Habermas es el mejor ejemplo de lo que decimos, pero a nadie se le escapa que su construcción, en términos generales, es

como mínimo complaciente con el Derecho y las pautas sobre las que se construye en la actualidad en nuestras sociedades (así lo ha señalado, por ejemplo, Atienza). Las reflexiones de Habermas se encuadran en el sobreentendido de que, como él mismo indica, el debate y pacto social se basan en el común respeto a una razón natural que permite a todos igual acceso a la discusión pública e idénticas armas para convencer a los demás y participar de la construcción del consenso. Para ello el procedimiento democrático, en consonancia con la explicación del mismo habitual en Habermas, garantiza la igual participación de los ciudadanos y además una dimensión epistémica, también imprescindible, en la medida en que se produce una deliberación que permite afianzar la presunción de resultados aceptables en términos de racionalidad.

Los problemas son obvios, aunque no es el momento de referirnos ahora por extenso a ellos. Más allá de que el empleo del estructuralismo de Luhman para reivindicar la comunicación y extraer de ello una suerte de modelo de psicología evolutiva ciudadana que convierte a las sociedades en una suerte de remedo del sujeto trascendental kantiano ha sido criticado por su confusión, dos factores adicionales permiten albergar dudas sobre la eficacia de la explicación habermasiana para seguir permitiendo entender como efectivamente representativos e integradores nuestros modelos (y ambos, como es inevitable, ya mencionados en parte y consecuencia del proceso de globalización paralelo a la tercera revolución productiva de la que venimos dando cuenta): la evidencia de que la propia estructura económica, social y jurídica excluye a muchos de los posibles participantes (ignoramos con qué consecuencias para la presunción de aceptabilidad de los resultados) y el hecho cierto de que la fortificación del modelo occidental pretendida presenta el notorio problema de no haber tomado nota de que vivimos en un entorno con crecientes influencias, que ya hemos detallado, externas al estado y a la comunidad que lo encarna.

Respecto de la cuestión teológica, dado que la mera incorporación, caso de que se diera,

no basta para entenderla satisfecha, hemos de indagar en las cuestiones de carácter mítico que, en un entorno de legitimidades mucho menos aparatosas que la carismática o histórica, puedan permitir la encarnación del cuerpo social. Históricamente, nuestro modelo jurídico había usado como factor clave a estos efectos la dignidad de la propia ley, en tanto que elemento estructural del sistema. Como vector de igualación y liberación, de plasmación de la razón, esta conversión simbólica funcionó durante un tiempo.

No obstante, las exigencias de la evolución económica y social que han llevado el ordenamiento a extremar las pautas de racionalización han desprovisto a la ley de esta dignidad. En primer término aparece una incapacidad respecto de las exigencias que la teología de la ley schmittiana exigirían. Porque la ley ya no manda ejércitos ni ordena con fulgor equivalente. Son otros quienes los hacen, en otras esferas, en otros ámbitos. De forma bien distinta a lo que la clásica exposición sobre la soberanía prescribía. Las leyes, hoy en día, acaban dedicadas las más de las veces a asuntos menores, en gran cantidad, eso sí. Pero aunque eso pueda ser útil a ciertos efectos, aunque pueda servir para satisfacer algunas necesidades, nada hace por restaurar la dignidad de la ley y ceñida a la idea de soberanía.

Rebajada funcionalmente hasta esos extremos la ley contempla cómo, en una pirueta que la teología cristiana ya había realizado con anterioridad, la única fuerza mitológica que le queda es estrictamente autorreferencial: su imperatividad, preferiblemente demostrada en la posibilidad, incluso, llegado el caso, de manifestarse como abiertamente irracional. Dado que ya sólo la imperatividad la afirma como sublime y majestuosa, paradójicamente, si el producto no está en condiciones, por *mc-donalizado*, de garantizar el ser perfectamente racional, al menos, tiene la virtud de dejar clara su capacidad para poder hacerlo, de poder permitirselo. De dar un figurado puñetazo de imperio encima de la mesa. Podemos afirmar parafraseando a Nietzsche, fundador del irracionalismo moderno, que ya no se tratará de

que la ley haya de ser racional para que exista, sino de que su misma irracionalidad es prueba acabada de su existencia en el mundo real. Existencia, se entiende, en tanto que ley.

El retroceso, como puede verse, es enorme. Y aunque retrotraiga a San Agustín o al Martín Lutero de *De Servo Arbitrio* cuando analizan la cuestión de la irracionalidad divina (en una línea que la cristiandad ha cultivado hasta muy recientemente, por ejemplo con las últimas reflexiones sobre la fe y la razón de Karol Wojtyła), no deja de ser una afirmación del carácter sublime e inefable de la divinidad que se muestra claramente a la defensiva y que, más allá de lo que los teólogos puedan considerar aceptable, es claro que no satisface unas exigencias cívicas mínimas y que, de esta manera, no supone sino la confirmación de la decadencia del paradigma legitimador moderno dado que, como juristas, sí nos resulta inexcusable atender a su racionalidad.

Las bases estructurales en que reposa el modelo jurídico occidental se encuentran, justo es reconocerlo, profundamente cuestionadas. La evolución económica y social han extremado hasta tal punto las exigencias a nuestra forma de ordenar y mediar jurídicamente en la vida social que el artefacto dogmático que brillantísimamente nos había servido de sustento a la imposición de normas jurídicas ha quedado muy debilitado. Como no es posible volver a situaciones en que la exposición jurídica al uso era mera superestructura justificadora de decisiones cuyo único amparo era la ostentación del poder y de la capacidad para hacerlo efectivo, urge avanzar en la reflexión. Contamos con la ventaja de que la propia evolución social y económica, que es la causa de esta situación, no favorece este tipo de soluciones, dado que si algo ha logrado es una liberación de fuerzas, energías y anhelos sin precedentes, permitiendo una participación en entornos de abundancia a cada vez más personas y cada vez más libres. Aunque a partir de este punto las certezas son cada vez menores y nos movemos todavía a tientas, hemos de articular nuevas fórmulas que, en un entorno nuevo como el descrito, permitan garantizar la efectiva integración de

todos. Y, de alguna manera, lograr que ya no sea el Derecho quien haya de proveer la encarnación del cuerpo social y sus componentes, sino que sean las propias posibilidades de desarrollo en el tablero de juego global las que provoquen que este efecto se produzca.

3. GOOGLE COMO PARADIGMA: LEY Y DERECHO PARA LA SOCIEDAD DE LA TERCERA REVOLUCIÓN PRODUCTIVA

El Derecho actual tiene que empezar ya a dar cuenta de esta nueva sociedad, producto de un complejo proceso de globalización que en este estadio tan avanzado incluye tanto a estados como a empresas y ciudadanos, dotada de una estructura productiva completamente nueva respecto de aquello a lo que estábamos acostumbrados. En la que operan reglas nuevas, vinculadas a la existencia, por primera vez en la historia y a una escala que los hacen paulatinamente más regla que excepción, ámbitos de abundancia. Una sociedad en la que es ya complicado y será cada vez más difícil excluir a los ciudadanos de la participación que ellos quieran tener en los asuntos públicos y en la vida económica, porque la tecnología y la globalización ayudarán a eliminar aquellas restricciones que no tengan una eficacia social evidente y, lo que es importante, analizada no a escala exclusivamente interna, local o nacional. Algo que debiera afectar de forma muy clara, por ejemplo, a la idea que debemos hacernos de cómo afrontar los fenómenos migratorios. Por ello, dado que ha de tomar en cuenta múltiples influencias, dado que el valor de su producción normativa se degrada pero a la vez aparece un elemento nuevo como es su posición como mediador y compositor de acuerdos especialmente privilegiado, el estado y su Derecho han de ir paulatinamente reposicionando su actuación y, a la manera de lo que resulta *Google* para la economía global, ser capaces de abarcar todo y de conducir a todo,

de abrir puertas y de hacerlo cada vez más eficazmente y llegando cada vez a más gente.

El Derecho, como es obvio, ha de prescindir de cualquier pretensión de convertirse en mera superestructura legitimadora de la dominación previa existente, como ya ocurriera en la Edad Moderna. De nuestro neomedievalismo no podemos salir por esa vía, dado que las fuerzas liberadoras son de diferente magnitud, responden a otras tesis y abarcan a muchas más realidades sociales, empezando por los ciudadanos individualmente considerados. La clásica ficción legitimadora e integradora reconocida a regañadientes y en un espacio formal y semi-mitológico, donde la idea de voluntad general y ley representativa era muy eficaz, deviene imposible también en nuestro entorno actual, desde el momento en que la acción de poder y autoridad requiere en ese esquema de esa misma investidura para poder funcionar. Investidura que ya no se puede dar porque sus mismas limitaciones ha provocado su superación por una realidad cada vez más rica. La solución no pasa ya por poner a régimen al cuerpo social ni por tratar de ignorar y hacer como que no vemos los kilos de más ganados. Sí que habremos de eliminar, como hemos apuntado ya, «michelines» que buscan perpetuar depósitos de grasa del pasado. Pero en ningún caso podemos prescindir del nuevo y potente músculo social que la tercera revolución productiva no va sino a multiplicar. Probablemente la solución requiere de la asunción de que el Derecho ha de pasar con todas las consecuencias a convertirse en mera infraestructura productiva, simple herramienta de intermediación social para, de este modo, incorporarse realmente a la interacción social y económica, y coadyuvar a construirla en común a otras influencias. Su función, como la de un buscador de Internet de redes sociales y económicas actuales, pasaría por potenciar dentro de la abundancia las relaciones más interesantes y tratar de primar aquellas que generan beneficios sociales. Como en su momento predijera hace ya más de un siglo el juez Holmes, el juez de letra gótica parece que está llamado ya a dejar su lugar, definitivamente, a

un experto de formación más plural, que ha de saber estadística y económicas.

En este sentido, el Derecho debe ahondar en su creciente implicación con las ciencias sociales y desposeerse de la tradicional tendencia a ser entendido como un instrumento de poder y dominación, de control y mando, singularizado en las normas de cumplimiento obligatorio, de sanción estatal y sometidas a control por el propio aparato público, capaz de reprimir incumplimientos. Si ya hace años que Elías Díaz apuntaba que había que dejar de mirar sólo al juez para pasar a entender el Derecho a partir de un prisma más plural, ¿qué podemos decir en la actualidad, cuando las normas no obligatorias, la autorregulación, la composición de acuerdos de todo tipo son una creciente proporción de nuestros Derechos, mayor todavía si cabe en los ámbitos internacionales y globales hacia donde necesariamente se dirigen cada vez más sectores?

Esta visión del Derecho supone, a su vez, una transformación de la dinámica histórica reciente, que desde hace dos siglos ha sido más bien de corte publicador. Sin negar la continuidad previsible de la acción estatal, administrativa, en casi todos los espacios de nuestra vida social (algo que ya podemos constatar) es evidente que esta misma y creciente porosidad está en relación con una sustancial modificación de las formas de actuación pública. El Derecho público está asistiendo, en este sentido, a una paulatina sustitución de la integración encarnadora por la composición de corte *iusprivatista*. La gestión de la diversidad a pequeña escala fue históricamente posible y más eficaz por mecanismos de composición privados. El recurso a escalas mayores e imposiciones verticales se realizó sólo por cuestiones de necesidad (y así fue creado el estado en sus orígenes, para dar respuesta a la misma), ante la imposibilidad de gestionar la diversidad con facilidad a medida que ésta se vuelve abaricable pero ingobernable. En el momento en que de tan tecnológicamente abaricable que es la nueva realidad, dada la tercera revolución productiva a que asistimos, empieza a ser posible la vuelta a la composición privada, ¿por qué

habríamos de seguir dando una respuesta jurídica con modelos exclusivamente publicadores? Hay que tener en cuenta que el Derecho privado ha sido un instrumento históricamente concebido y desarrollado para garantizar la mayor eficacia posible en los intercambios y una óptima intermediación en las relaciones sociales y económicas entre iguales, mientras que el Derecho público ha aspirado, además de a controlar el estado, a realizar ideales de Justicia por medio de una intervención que trata de poner orden en un medio donde priman las desigualdades. A partir del momento en que el terreno de juego se aplanan y las desigualdades potencialmente desaparecen, la posición del estado se diluye a la de árbitro y componedor en muchos casos. El creciente contagio de técnicas de Derecho privado a que estamos asistiendo en nuestro Derecho público es síntoma de una evolución, que corre paralela a la desaparición o relativización de los privilegios que históricamente el ordenamiento había reservado al estado en sus relaciones con los particulares, prueba de que la idea de una igualdad de armas y participación en un mismo entorno avanza (así, por ejemplo, las recientes y restrictivas revisiones de privilegios como la autotutela administrativa).

Lo cual conlleva la recuperación en estos tiempos del carácter mediador del ordenamiento jurídico, de cuya desaparición se quejaba Barcellona, si bien a lo mejor por otras vías más complejas, no entre ciudadanos sino en una compleja interrelación donde hay por una parte ciudadanos, sí, que ya pueden jugar a escala planetaria, pero también grupos de diverso tipo, empresas, administraciones públicas de diferente nivel... donde cada vez se busca más la composición, la influencia, el acuerdo.

A este respecto, cabe preguntarse si es posible que exista alguna conexión entre estas cuestiones y la evidente evolución última en las sociedades *mcdonalizadas*, en las que el Derecho ya había iniciado su conversión en un instrumento técnico apto para desarrollar políticas de una forma analíticamente más cercana a las ciencias sociales y a las exigencias de efica-

cia y de corrección, que a las humanidades y al sueño legitimador. Y parece obvio que en este sentido no cabe la marcha atrás y que obviar la importancia estructural que el Derecho tiene como producto social (como *infraestructura* productiva). Por ello ha de atender a los incentivos, ser capaz de medir muy atentamente su importancia para la vida social a todos los niveles y acertar en su dosificación. Como siempre ha sido, por lo demás, pero con atención a un nuevo paradigma con más participación y mayor fragmentación. En el mundo *Google* esta tendencia inevitablemente se exagera, pero cambia la composición y forma de la participación ciudadana, que tendrá que atender a una mayor horizontalidad y dar pie a la igualación de condiciones y acceso. La revisión de pautas legiferantes opacas que ahora pueden ir por fin, poco a poco, desapareciendo, harán del «mercado democrático» un escenario especialmente apto para la recomposición por composición del pacto social. La moribunda encarnación del cuerpo social en la ley puede así resucitar, o al menos eso habría de permitir la tecnología en breve, en otras formas. Es cuestión de dar con ellas, lo cual no es, ni mucho menos, un trabajo menor.

La actual concepción de la ley y del Derecho, con sus déficit y sus cautelas, con su miedo a la discusión, al debate, la puesta en cuestión, a la apertura, sirve como instrumento de retención de su esencia y de su control por parte de las elites, sirve a la opacidad. Especialmente útil a este espurio objetivo es una concepción hipertrofiada del carácter de la Constitución y de la para-constitucionalidad que, al amparo de un pseudocientifismo inaceptable, avala en cada vez más ámbitos, discursos y planteamientos una concreta ligación de la ley a unos determinados contenidos. Que se extraerán, elites mediante, por medio de procedimientos técnicos (y, por supuesto, debidamente *mcdonalizados*) a cargo de los especialistas en la materia. De esta forma las bases de la ordenación de la convivencia y las decisiones sobre las mismas se desplazan, por mor de un sistema jurídico que se convierte cada vez más en autorreferencial incluso en sus mismas bases, de los ciudadanos

a los juristas. Pareciera como si la ley hubiera de desentrañar el sentido *verdadero* de la Constitución en vez de reflejar una de las muchas opciones posibles, de entre las que se escoge la que más consenso social genera en una discusión democrática y libre. Esta concepción de la norma y del papel del legislador, epítome para-cientifista del racionalismo, es absolutamente inaceptable. Hasta cierto punto no es sino una traslación a los tiempos actuales de otra pauta jurídica medieval como es el iusnaturalismo que concebía el Derecho como un extracto de una voluntad ajena que descubrir e ir plasmando. La Justicia y el Derecho, así entendidos, simplemente descenderán ahora de otros arcanos, «diosecellos» modernos más al uso en sociedades como las nuestras (habitualmente preñados de ropajes científicos, claro está). La legendaria torpeza epistemológica de los juristas quizá permita liberar de sospechas a muchos, pero esta evolución dista mucho de ser ingenua, en la medida en que permite el control por parte de unos pocos de decisiones que, en justicia, no les corresponden. Un presunto cientifismo que lleve a pretender excluir los evidentes aspectos valorativos, como si la solución aportada fuera la única posible y no una de entre una serie de opciones, que se valora como la más adecuada, es justo lo contrario de lo que una ley apta para responder a las exigencias del mundo *Google* demanda.

En este nuevo marco, la participación estatal será plural y participará en los acuerdos según sus posibilidades de imposición e influencia, que no serán (como ya no son en la actualidad) homogéneas ni necesariamente las mismas. Y lo hará en compañía de otros muchos agentes. Porque, en contra de la exposición hegeliana al uso, el fin evolutivo del Derecho no ha acabado siendo un *Deus ex machina* estatal. Y, como es obvio y el tiempo ha demostrado, el estado distaba mucho de ser el punto natural de llegada de nuestras sociedades, dado que, sin desaparecer, está siendo crecientemente superado en sus funciones por otras estructuras de diverso tipo.

La formación de la voluntad estatal, asimismo, ha de experimentar notables cambios en

sus pautas de transformación de la legitimidad e integración ciudadana. Porque los modelos actuales ni son enteramente satisfactorios, como ha quedado dicho, ni se compadecen bien con el actual estadio de desarrollo tecnológico y social. La composición a estos niveles, por vías muy diversas, es ya pauta común de complejos sistemas de legitimación como ocurre por ejemplo en la Unión Europea. Si bien este modelo presenta muchos problemas, que el reciente fracaso a la hora de tratar de dotarse de Constitución ha puesto de manifiesto (probablemente muy influido por el hecho de que han pretendido superponer a una nueva forma de integración de voluntades y conformación del consenso pautas de legitimación tradicionales muy insatisfactorias en su compatibilización con las primeras y, como consecuencia de ello, insuficientes e internamente contradictorias, con los resultados vistos), es una muestra interesante sobre por dónde es previsible que evolucionen nuestros modelos jurídicos.

Por último, es importante concluir señalando una parcela en la que la labor pública conserva no pocos de sus antiguos rasgos. Porque si bien el acaparamiento y la acumulación, en sus múltiples variantes, son cada vez más difíciles como consecuencia de los cambios tecnológicos, económicos y sociales, ello no invalida que el modelo dominante convierte la propiedad en un derecho a la apropiación (de bienes, pero no sólo, porque también es susceptible por vías indirectas de hacerse con servicios o derechos sobre ellos, acumular plusvalías ajenas o apropiarse de bienes intangibles y colectivos por la vía de las externalidades que siguen saliendo gratis, que no son pocas las que quedan) y que, en consecuencia, las desigualdades seguirán existiendo.

Aunque el desarrollo social, económico y tecnológico está generando una masiva incorporación de países y regiones, de capas sociales e individuos antes excluidos, es cierto que las brechas subsistentes requieren también, cada vez más, de mayor esfuerzo económico y de solidaridad, dado que el desarrollo tiene un efecto multiplicador que, para quien se ve excluido en sus estadios iniciales, es complica-

dísimo de salvar. Cualquier jugador de juegos de estrategia por turnos conoce perfectamente esta situación y sabe que si jugando, por ejemplo, una partida a cualquier versión de *Civilization*, la conocida saga de Sid Meier, queda pronto rezagado, sus posibilidades de supervivencia son limitadísimas y que, en el mejor de los casos, podrá aspirar a salvar los muebles y poco más. Como en la vida real no cabe la posibilidad que ofrecen los juegos de estrategia de reiniciar y volver a empezar para poder disfrutar de la competición desde unas bases iniciales más propicias (borrando los errores propios o, simplemente, las desgracias acaecidas por mala fortuna), éste es un factor que hemos de tener siempre presente. Porque así como los oasis de abundancia son cada vez más frecuentes, también es cierto que las islas de pobreza son cada vez más duras, por contraste, por diferencias de desarrollo y porque la misma interferencia con la tecnología más desarrollada suele producirse a partir de pautas que no benefician precisamente el desarrollo.

Como es evidente y supo ver a la perfección en su momento Keynes, la supervivencia en su día del capitalismo, al igual que la de los procesos sociales y económicos que nos ha tocado vivir, depende de una inteligente respuesta a los riesgos de desestabilización que pueden derivarse de que ciertas contradicciones y desigualdades no se palién. No obstante la confianza en que esta necesidad de reformas y modulaciones para garantizar la supervivencia del modelo provoque que, a diferencia de lo que ocurre en un juego de estrategia por turnos, los intereses de los más favorecidos contribuyan a ir cerrando la brecha, se trata de un consuelo

insuficiente. Tal situación puede tranquilizar a quienes, desde el primer mundo, tenemos un indudable interés en no ver afectados por la inestabilidad, la guerra o cualquier perturbación producida como consecuencia de las desigualdades, nuestros paradisíacos y únicos en la historia oasis de abundancia. Pero, existiendo valores de justicia difíciles de infravalorar que también tienen algo que ver con estas cuestiones, hay que exigir a nuestro nuevo Derecho global que atienda a esta realidad con planteamientos más exigentes.

De forma equivalente, a escala nacional, la labor pública en ningún caso podrá dejar de atender a la necesidad de que las condiciones básicas mínimas que permiten a todos los ciudadanos aprovechar y sacar el máximo partido a las nuevas posibilidades tecnológicas y sociales se garanticen. Porque de nada sirve el potencial liberador e igualador, en lo social, en lo económico y también en lo jurídico, de todas las transformaciones que hemos relatado a quienes no disponen de los medios iniciales para poder aprovecharlos. Ya sean éstos materiales o, lo cual tiene una importancia si cabe mayor, de otro tipo, siendo el caso de la educación paradigmático. Las tareas que, como consecuencia de ello, le serán exigidas al estado están llamadas a verse notablemente modificadas o, como mínimo, reevaluadas. La importancia indudable de que esta nueva labor de nivelación y garantía se lleve a cabo convierte a algunas funciones tradicionales de nuestros estados sociales en más vitales si cabe. La forma en que jurídicamente seamos capaces de satisfacerlas es uno de los más importantes retos de nuestro futuro Derecho.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ÁLVAREZ GARCÍA, V.; *La normalización industrial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999. ANDERSON, C.; *The long tail: why the future of business is selling Less of more*, Hyperion, 2006. ATIENZA RODRÍGUEZ, M.; - *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997; - «Sobre el sentido del Derecho. Carta a Tomás Ramón Fernández», *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 23, 2000, pp. 737-753. BALKIN, J. M.; LEVINSON, S. V.; «Law and the Humanities: An Uneasy Relationship», *Yale Journal of Law and the Humanities*, vol. 18 / 155, 2006, pp. 155-187. BAÑO LEÓN, J. M.; «La Administración frente al juez en el Estado constitucional: la evolución del Derecho administrativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 72, 2004, pp. 349-366. BARCELONA, P.; «La formación del jurista», en BARCELONA, HART, MÜCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, Madrid, Civitas

(tercera edición), 1988, pp. 19-56. BECK, U.; - *Schöne neue Arbeitswelt*, Fráncfort del Meno, Campus, 1999. - *Freiheit oder Kapitalismus*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2000. BERMEJO VERA, J.; *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Madrid, Civitas, 2005. BOIX PALOP, A.; «La McDonalización del ordenamiento jurídico», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 0, 2001, pp. 61-71. CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R.; «Las transformaciones de la función del jurista en nuestro tiempo», *Crítica jurídica: Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*, nº 17, 2000. - *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta (tercera edición revisada), 2005. CHÂTELET, G.; *Vivre et penser comme des poros. De l'incitation à l'envie et à l'ennui dans les démocraties-marchés*, París, Exils, 1998. DÍEZ PICAZO, L.; *Derecho y masificación social*, Madrid, Civitas (segunda edición), 1987. ESPANHA, A. M.; *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, edición de A. Serrano González, Madrid, Tecnos, 2002. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.; - «Respuesta a Manuel Atienza», *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 23, 2000, pp. 755-761. FERRARI, V.; AÑÓN ROIG, M. J.; DE LUCAS MARTÍN, J.; *Funciones del derecho*, Madrid, Debate, 1989. FRIEDMAN, B. J.; *The moral consequences of economic growth*, Nueva York, Alfred A. Knopff, 2006. FRIEDMAN, T. L.; *The world is flat. A brief history of the twenty-first century*, Farrar, Straus and Giroux (expanded and updated edition), 2006. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; - *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994. - *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999. HABERMAS, J.; - *Faktizität und Geltung*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp (3. Auflage), 1998. - *Der gespaltene Westen. Kleine politische Schriften X*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp (3. Auflage), 2004. - *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp (3. Auflage), 2005. HOBBSAWM, E.; *Guerra y paz en el siglo XXI*, Barcelona, Crítica, 2007. HOLMES, O. W.; «The path of the law», *Harvard Law Review*, nº 10, 1987. KANTAROWICZ, E.; *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, 1957 (reedición de 1997). KEYNES, J. M.; *The General Theory of Employment, Interest, and Money*, Prometheus Books (reedición), 1997. LUKÁCS, G.; «Nietzsche as Founder of Irrationalism in the Imperial Period», *The destruction of reason*, Merlin Press, 1982 (disponible en la red en la versión inglesa, traducción del original de 1952 publicado en 1962 por Hermann Luchterhand Verlag <http://www.marxists.org/archive/lukacs/works/destruction-reason/ch03.htm>). MINC, A.; *Le nouveau Moyen Âge*, París, Folio-Gallimard, 1993. MIR PUIGPELAT, O.; *Globalización, estado y derecho: las transformaciones recientes del derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2004. MÜCKENBERGER, U.; «La legitimación a través de la negación de la realidad», en BARCELONA, HART, MÜCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, Madrid, Civitas (tercera edición), 1988, pp. 75-116. MÜCKENBERGER, U.; HART, D.; «La formación de los juristas y la función legitimadora de las categorías jurídicas», en BARCELONA, HART, MÜCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, Madrid, Civitas (tercera edición), 1988, pp. 59-72. MUÑOZ MACHADO, S.; - *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, Madrid, Iustel (segunda edición revisada), 2006. - *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General II. El ordenamiento jurídico*, Madrid, Iustel, 2006. PARISI, F.; SMITH, V. L.; *The law and economics of irrational behavior*, Stanford University Press, 2005. RICHIR, M.; *Du sublime en politique*, París, Éditions Payot, 1991. RIPERT, G.; *Le déclin du droit: études sur la législation contemporaine*, París, LGDJ / Montchrestien, 1998. RITZER, G.; *La McDonalización de la sociedad. Un análisis de la racionalización de la vida cotidiana*, Barcelona, Ariel, 1996. SCHMIDT-ASSMANN, E.; *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Heidelberg, Springer (2. Auflage), 2004. SCHMITT, C.; - *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlin, Duncker&Humblot (2. Auflage), 1993. - *Römischer Katholicismus und politische Form*, Stuttgart, Klett-Cotta (2. Auflage), 2002. - *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin, Duncker&Humblot (4. Auflage), 1997. - *Legalität und Legitimität*, Berlin, Duncker&Humblot (7. Auflage), 1998. STIGLITZ, J. E.; *Making globalization work*, W. W. Norton, 2006. URRUTIA ELEJALDE, J.; «Economía en porciones. La lógica de la abundancia», *Ekonomiaz*, nº 46 (http://www1.euskadi.net/ekonomiaz/taula1_c.apl?IDPUBL=41). WEBER, M.; *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica (segunda edición en español), 1964. WITTMAN, D.; *The myth of democratic failure. Why political institutions are efficient*, The University of Chicago Press, 1995.

Fecha de recepción de originales: 27 de abril de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 18 de mayo de 2007.

RESUMEN

El problema de la relación entre Códigos y Derechos Fundamentales puede ser visto a la luz de la llamada «constitución material». El Código es complemento de la Constitución material liberal: se puede hablar de la existencia de un par funcional Constitución-Código. La imagen del Estado y la imagen del sujeto privado son reflejo la una de la otra. En el caso del Estado liberal. La relación entre ambos esta inspirada por la idea del garantismo, en la que el Estado crea básicamente un entramado jurídico público al servicio de la clase propietaria. En ella, y de acuerdo con la idea del sujeto de derecho abstracto, procedente del derecho natural racionalista, es la idea de igualdad formal la que vertebra todo el planteamiento de los derechos de los ciudadanos en el orden jurídico liberal. Por ello, salvo la garantía de la seguridad y la libertad, siempre referidas al individuo propietario, la idea de derechos fundamentales tal como la entendemos hoy, sólo surgirá con la «cuestión social» y la consiguiente crisis de Códigos y Constituciones liberales

PALABRAS CLAVE

CÓDIGOS, DERECHOS FUNDAMENTALES, «CONSTITUCIÓN MATERIAL», IGUALDAD FORMAL, SUJETO DE DERECHO ABSTRACTO, ORDEN JURÍDICO LIBERAL.

ABSTRACT

The problem of the relationship between Codes and fundamentals rights can be seen by the light of the called «material Constitution». The Code it is a complement of the liberal «material Constitution»: could be spoken of the existence of a couple functional Constitution-Code. The image of the State and the private fellow's image are reflective the one of the other one. In the case of the liberal State the relationship between both it is inspired for the idea of the «individual guarantee», in which the Sate believes a juridical public lattice basically to the service of the class of proprietors. In that relationship, and in accordance with the idea of the abstract subject of rights, coming from the rational natural law, it is the idea of formal equality the one that explain the whole position of the rights of the citizens in the liberal juridical order. For it, except for the guarantee of the security and the freedom, always referred to the individual proprietor, the idea of fundamentals rights just as we understand it today, alone it will arise with the «social question» and the rising crisis of Codes and liberal Constitutions.

KEYWORDS

CODES, FUNDAMENTALS RIGHTS, «MATERIAL CONSTITUTION», FORMAL EQUALITY, ABSTRACT SUBJECT OF RIGHT, LIBERAL LEGAL ORDER.

CÓDIGOS DECIMONÓNICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

Sumario: 1. Preliminar: Códigos y Derechos Fundamentales: un problema relativamente ignorado en su dimensión histórica. Necesidad de recuperación de algunas premisas para hacer posible su tratamiento. 2. Código: Derecho Civil como Ley positiva. El Código como complemento de la Constitución material liberal: el par funcional Constitución-Código. El Code como arquetipo. La ambigua naturaleza de los Códigos entre Declaraciones de derechos iusracionalistas fundantes y sujeto abstracto protagonista. 3. La imagen del Estado liberal y la imagen del sujeto privado. Estado y sujeto privado: una reflexión especular. 4. La imagen del estado liberal y la imagen del sujeto privado. Nota bibliográfica.

1. PRELIMINAR: CÓDIGOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES: UN PROBLEMA RELATIVAMENTE IGNORADO EN SU DIMENSIÓN HISTÓRICA. NECESIDAD DE RECUPERACIÓN DE ALGUNAS PREMISAS PARA HACER POSIBLE SU TRATAMIENTO

1.1. La tarea de relacionar los Códigos civiles del XIX con los derechos fundamentales que aquí se acomete, aunque de manera sumaria, carece en la civilística española de precedentes especialmente señalados.

Quede bien entendido que carece de precedentes en el sentido de su relación histórica originaria, y como estudio *ad hoc*, porque en los últimos años, y por las razones que se verán, la doctrina iusprivatista se ha visto obligada a ajustar las cuentas con la eficacia de los dere-

chos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares, es decir, se ha visto obligada a afrontar el pavoroso problema de la *drittwirkung*, en la palabra alemana ya adoptada como definición del problema.

Se dice que se ha visto obligada porque lo han dictado imperativos del propio Derecho positivo: la eficacia normativa directa de la Constitución y el continuo venir a menos de los Códigos Civiles como omnicomprensivos de toda la regulación general del *status* del sujeto privado, provocado por un masivo florecimiento de la legislación *extra Codicem*, que responde mucho más a los mandatos de una Constitución del Estado Social; con lo que en ese ajuste de cuentas, y por eso se le llama pavoroso, subyace algo más que un problema técnico; subyace, nada más y nada menos, en el caso de España, pero no sólo de ella, que la labor de articular en una relación legítima, desde el punto de vista ordinamental, un Código de inspiración liberal, con una Constitución del Estado Social, o si se quiere, hacer homogénea la referencia, un Código propio del Estado Li-

beral de Derecho, con una Constitución del Estado Social

El dato de esta carencia no deja de resultar sorprendente, habida cuenta que entre el gremio de los privatistas hay numerosas personas que se podrían haber propuesto cubrirla, y desde una gran autoridad. Cabría apuntar que tal vez haya tenido alguna respuesta académica en la publicación de las «memorias sobre el concepto, método y fuentes», que exigía el (por ahora) extinguido reglamento para el acceso a las cátedras universitarias; pero, al menos que yo conozca, no hay una cata de profundidad sobre el tema, salvo una muy discutible ideológicamente, y que tampoco afronta el corazón del problema

1.2. Se podrían buscar múltiples razones a este despego de la indagación sobre raíces y fundamentos últimos del Derecho Civil por parte de sus especialistas, en tantos casos ilustres. No obstante, todas ellas podían reconducirse a una sola, el rechazo del reconocimiento de la naturaleza esencialmente política del Derecho Civil o, si se quiere no utilizar este término, que puede venir referido a muy diversas épocas, de los Códigos Civiles.

Se debe ello, quizá, a la «fascinación del Código», como carta única de la ciencia jurídica, tendencialmente exhaustiva, completa (por la prohibición del *non liquet* que presupone a su vez la legitimación del uso tan generoso como haga falta de la analogía) y la proclamación de los preceptos de los Códigos como «derecho supletorio» de todas las leyes, aún ignorando la imposibilidad de la fórmula, cuando la «laguna» se produce en una norma absolutamente fuera del ámbito del Derecho Privado.

Esa «fascinación del Código» es la que, unida a la ilustre tradición genealógica del Derecho Romano —al que se quiere ver, contra toda verdad historiográfica, como una suerte de inmutable *continuum* (*ratio scripta*)—, fa-

vorece, con más o menos explícitas inferencias iusnaturalistas (en el sentido de un Derecho previo al Derecho positivo, inmutable, sostenido en sí mismo con indiferencia al devenir histórico) la creencia en una suerte de «apoliticidad» del Derecho Civil.

Dicha «apoliticidad», al tiempo que afirma la primacía del mismo dentro del Ordenamiento, y precisamente por obra de los Códigos Civiles, favorece una etapa de creación de una dogmática que alcanza, como producto intelectual, una categoría refinadísima; tan refinada, que termina por configurarse como una suerte de técnica que ningún operador jurídico puede desconocer, con indiferencia de la materia y de la historia.

Es la «ensoñación dogmática», donde se elabora el *sistema iuris*, sobre todo en la doctrina germánica, y de la que será piedra angular la «lógica del sujeto». De esta «lógica» se dirá mas adelante. Por ahora, baste la clarificación que sigue.

1.3. A pesar de que esta «lógica» se inserte en el intento de logro de una jurisprudencia racional o científica, consciente o inconscientemente no es más que, como queda dicho, una coartada ideológica, la que se denuncia precisamente con el nombre de «ideología de la separación», que busca precisamente cortar todo nexo entre Economía, Moral y Derecho, o dicho *tout court*, la escisión radical de la Política y el Derecho, considerando a este último una suerte de *tecné*, dotada de un singular estatuto epistemológico, «científico» precisamente por «no político».

1.4. En todo caso, para poder reconstruir la relación entre Códigos y Derechos fundamentales hay que huir del mito de la primacía de aquellos en el conjunto del Ordenamiento, y de la «ensoñación dogmática», coartada o no consciente de la «ideología de la separación».

2. CÓDIGO: DERECHO CIVIL COMO LEY POSITIVA. EL CÓDIGO COMO COMPLEMENTO DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL LIBERAL: EL PAR FUNCIONAL CONSTITUCIÓN-CÓDIGO. EL CODE COMO ARQUETIPO. LA AMBIGUA NATURALEZA DE LOS CÓDIGOS ENTRE DECLARACIONES DE DERECHOS IUSRACIONALISTAS FUNDANTES Y SUJETO ABSTRACTO PROTAGONISTA

2.1. Una inmediata precisión es que un hábito moderno nos lleva a identificar Derecho Civil con Código Civil. Hasta tal extremo es así que hay quien (ciertamente ilustre y sagaz auscultador de los cambios que le rodean), y no sin razones a la altura de su tiempo, pero en formulación apodíctica, afirma: «Derecho Civil es esencialmente el que se encuentra en el Código Civil».

Si tan tajante dicho es o no cierto como definición de una dada rama jurídica, importa relativamente poco para nuestro objeto. Mucho más interesante es señalar que dicha frase, pronunciada con la mente puesta en el *Code Napoléon*, nos pone de manifiesto es que hasta la llegada de la Codificación, ya concebida de un modo distinto a las recopilaciones o consolidaciones (esto es, los Códigos están dotados de posibilidades que estas no tienen, especialmente la de interpretación que hoy llamaríamos sistemática, y la de ser tendencialmente exhaustivos *ratione materiae* a través de la analogía, como expuesto queda), el Derecho Civil era más bien fruto de decisiones de autoridad de jueces y estudiosos: desde los *responsa prudentium* a las «leyes de citas», las opiniones de prestigio de glosadores y comentaristas, y más tarde de los grandes juristas humanistas, hasta las decisiones de Rotas y Tribunales, etc. Cuando más se aproximaba un civilista a fun-

dar sus soluciones en un texto normativo (en un sentido amplio) era cuando impetraba la autoridad del *Corpus Iuris Civilis*, o una costumbre consolidada: en suma, en nada parecido a una Ley de origen estatal, que es lo que son los Códigos.

Es más, hay quien sostiene que los Códigos son la culminación del llamado «absolutismo jurídico», viniendo a resultar de la estatalización del Derecho civil (y su correlativa «nacionalización», paradoja curiosa si se le quiere buscar como ancestro el *utrumque ius*, sedicentemente universal: *sit unum ius cum unum sit imperium*) el sofocamiento de su evolución, basada en un coro de fuentes no estatales.

No es esta la ocasión de ocuparnos de este aspecto, pero sí es de suma utilidad traerlo a colación, porque nos encamina a una conclusión, y es la de que los Códigos Civiles son un instrumento de positivación del Derecho Civil anterior a los mismos, compuesto, en una gran medida, de opiniones de autoridad y precedentes judiciales no vinculantes en muchos casos, a los que se añade una legislación positiva fragmentaria, de escasa certeza en su formulación, cuando no de dudosa vigencia.

El dato es relevantísimo, porque vendrá a ser el fundamento de que los Códigos Civiles han sido, en su formulación decimonónica, un importante, esencial, mecanismo de positivación de los derechos fundamentales de la primera tradición liberal y, en consecuencia, reflejan el pensamiento fundante de las Declaraciones de Derechos que la inspiraron. Y no menos relevante será el dato, porque será la raíz del discurso del alejamiento de los Códigos, y esta vez por razones exclusivamente políticas, de la estela de los derechos fundamentales que superan la tradición liberal originaria. Algo se dirá sobre este particular, aunque en realidad ya supondría entrar dentro de los límites más o menos convencionales del siglo XX, no objeto de tratamiento en esta obra.

2.2. La tesis anterior debe venir complementada con otra, que aún parece más obvia, y es que las Declaraciones de Derechos que ins-

piraron la primera tradición liberal, también gozan de un proceso de positivación en las primeras Constituciones liberales. Lo verdaderamente singular es que siendo la Constitución la piedra de bóveda del Ordenamiento jurídico, y jerárquicamente preeminente en relación con el Código, comparte con él ese proceso de positivación; es más, acaba por confiarle en una gran medida su eficacia jurídica directa, con lo que se consagra lo que se ha venido en apellidar el «valor cuasi-constitucional del Código Civil»

Cuáles sean las razones de este planteamiento hemos de verlo más adelante; pero cabe decir, desde este mismo momento, que el concepto de «valor cuasi-constitucional» merece rechazo por moverse en un terreno indefinido, donde se quiere resaltar que «no es una ley más», porque participa de la esencia constitucional, pero no del todo, por su rango inferior en el sistema de fuentes de origen estatal.

Y es terreno indefinido porque, de manera vergonzante, se quiere seguir obsequiando la solidez formal de ese sistema, olvidando que para un análisis en profundidad de las cuestiones, al lado de la «Constitución formal», está la «Constitución en sentido material», como conjunto de fuerzas, de relaciones, de situaciones, que trasciende al sistema de las normas y de las instituciones por ella reguladas, y es la «Constitución» que da «efectividad», es decir, vida a un ordenamiento, al que no se puede mirar como si el Derecho fuera sólo el consagrado en los textos legales y por el sólo hecho de su consagración, con olvido de que hay un Derecho «vivo» que se manifiesta en comportamientos y relaciones efectivas; la única condición de la juridicidad integrada en el Ordenamiento es que se pueda presumir la estabilidad de estos comportamientos y relaciones, aún en el caso de contrastar con las leyes mismas.

2.3. Por ello, nada hay de extraño en la secuencia siguiente: la burguesía revolucionaria, cuyo pensamiento estaba fuertemente condicionado o, por mejor decirlo, era fruto del pensamiento que latía en las Declaraciones de

derechos dieciochescas, las positivó parte en las Constituciones, parte en los Códigos Civiles, ambos elementos de la «Constitución material» que alumbró dicha burguesía.

Por eso se puede hablar perfectamente de un par funcional Constitución-Código, donde confluyen en la medida de su positivación las Declaraciones de Derechos, y donde se integra, aunque sea *pro parte*, toda la relación entre Códigos decimonónicos y derechos fundamentales. El paradigma de esta secuencia es de modo indubitado el *Code Napoléon*, subsidiario de la legendaria Declaración de 1789, y ordenado redactar por la Constitución de 1791, finalmente nacido en 1804, destinado por ello a ser el modelo, que con mejores o peores acondicionamientos nacionales, inspirará todos los Códigos decimonónicos.

Ni decir tiene que esta conclusión final necesita de mayor profundización, y a ello se dedica el apartado siguiente, que parte de la metodología de la que Estado y sujeto privado pueden ser objeto de análisis como objetos de una reflexión especular entre sí.

3. LA IMAGEN DEL ESTADO LIBERAL Y LA IMAGEN DEL SUJETO PRIVADO. ESTADO Y SUJETO PRIVADO: UNA REFLEXIÓN ESPECULAR

3.1. Con poderosa y bella síntesis, N. BOBBIO nos pone de manifiesto que la dicotomía público-privado, por él llamada con toda justicia «la gran dicotomía» comprende o en ella convergen otras tales como las de sociedad de iguales/sociedad de desiguales y sociedad económica/sociedad política. La primera de ellas implica una relación de inordinación entre sus miembros con respecto a un determinado vértice jerárquico, la segunda significa la distinción entre el ciudadano que atiende al interés público a través de su participación política y entre el burgués que cuida de sus propios intereses en competencia o en colaboración con otros individuos.

Con poco que se medite sobre estas confluencias conceptuales podremos darnos cuenta de que son significativas de una reflexión especular recíproca sobre el sujeto privado y el Estado. En efecto, nuestra percepción moderna del sujeto privado es la del individuo que se afana en torno a la gestión de sus intereses particulares en plano de igualdad con otros individuos. En cambio, del Estado o poder político jurídicamente organizado, como de manera más genérica podemos definir a este, tenemos la aprehensión de su naturaleza como curador de intereses superindividuales, y del instrumento de la *potestas* para el desempeño de sus funciones, esto es, de su posición de supremacía, y en consecuencia, posición de relación desigual con los particulares o privados. Podríamos entonces convenir que el Estado es el protagonista (sin que estemos pronunciándonos por ninguna posición en torno a la personalización del Estado, problemática inútil a nuestros efectos) de “lo público”, el supremo desigual, el gestor de intereses superiores a los individuos, frente al particular, protagonista de “lo privado”, igual entre los de su género, gobernante de su propio interés. Se manifiesta así lo dicho sobre lo especular y recíproco de la imagen del sujeto privado y la imagen del Estado.

El mismo BOBBIO nos enseña que la dicotomía puede converger con otras, tal como Ley-contrato, indicativa de la alternativa heteronomía-autonomía en la regulación jurídica; o tal como justicia distributiva (aquella que relaciona el todo con las partes) - justicia conmutativa (que relaciona las partes entre sí). Es claro que la heteronomía sólo puede ser un atributo jurídico del supremo desigual, lo mismo que la virtud de la justicia distributiva sólo puede encarnar en quien, por encima de particulares relaciones, encarna el todo. La secuencia sigue siendo la misma: público-Ley-Estado, privado-contrato-particular, público-justo distributivo-Estado, privado-justo conmutativo-particular.

La anterior conceptualización puede ser utilizada con sumo cuidado a los fines del análisis que se pretende llevar a cabo, considerándola,

en la abstracta formulación que de ella hemos hecho, un índice útil de pensamiento tópico o comúnmente acuñado, sin olvidar que detrás de este late toda una historia, una historia que ha progresado al hilo de una dimensión axiológica, esto es, ideológica, de la “gran dicotomía”. Precisamente, el esclarecimiento de esa dimensión, y de las manifestaciones formalizadas de la misma en el mundo del Derecho, es en lo que, de alguna manera, consiste nuestro propósito.

3.2. La anterior observación viene inmediatamente confirmada cuando se recurre a un sumario elenco de problemas latentes tras la conceptualización anterior, y que todos pueden ser reconducidos *a radice* a un único punto, aunque dé lugar a múltiples preguntas.

La sociedad económica, de individuos iguales, árbitros exclusivos de sus intereses, ¿no conduce a una desigualación real, producida por la división del trabajo, que inexorablemente genera posiciones de poder económico del individuo frente a otros individuos?

Estas posiciones ¿no producirán en la sociedad política una reduplicada desigualdad, la del Estado que no sólo es desigual en relación con el conjunto de los ciudadanos, sino que lo es especialmente en relación con un sector de ese conjunto, escasamente influyente sobre las determinaciones de sus aparatos de poder?

Si el Estado se propone como finalidad hacer desaparecer esa especial desigualdad ¿no debe necesariamente intervenir en la sociedad económica? Y, si interviene, ¿hasta dónde ejerce su poder de heteronomía? ¿Qué niveles de justicia distributiva pretende alcanzar?

Todas estas preguntas, por otra parte archiconocidas, conducen inexorablemente a ver el verdadero núcleo del significado jurídico de lo público y lo privado, o si se quiere de la distinción Derecho Público-Derecho Privado: los mecanismos jurídico-estatales a través de los cuales se regulan las relaciones económicas entre los particulares, esto es, el Mercado. Detrás de la distinción Derecho Público-Derecho Privado lo que late, como núcleo esencial, es la relación entre Mercado y Estado.

Es bien cierto que se quieren ver en esta distinción unas dimensiones éticas, culturales y hasta psicológicas, cuya importancia no hemos de negar, siempre que no concurran, como “ideología de la separación», al enmascaramiento de esa clave esencial de la distinción. Creemos que el conjunto de nuestro discurso demostrará con creces esa esencialidad. No deja de ser sintomático que cuando se quiere predicar un contenido básico de orden no económico de la sociedad civil, en concreto la libertad de asociación haya que partir de una “neutralidad de los intercambios económicos”, idea que, entendida con benevolencia científica, al fin de no juzgarla radicalmente indemostrada, habría que considerar, como mucho, vino viejo (viejísimos) en odres nuevos. Precisamente porque repudiamos tal perspectiva es por lo que queremos partir de las distintas réplicas al problema de la relación con el Mercado dadas por el Estado. Y esto, al fin y a la postre, no supone otra cosa que ajustar las sucesivas imágenes del Estado con las imágenes del sujeto privado. Ahora bien, con todo lo dicho, imágenes del Estado, e imágenes del Derecho Público son conceptos intercambiables, y tal vez sería preferible partir de entender aquellas *per relationem* a estas, ya que sustancialmente coinciden, y permiten mayor pureza metodológica, al consentir no pegarse en exceso a conceptos de Estado de índole politológica.

4. LA IMAGEN DEL ESTADO LIBERAL Y LA IMAGEN DEL SUJETO PRIVADO

4.1. La enseñanza tradicional nos ha puesto siempre de relieve que Derecho Público y Derecho Privado no son más que dos facetas de la inescindible unidad llamada Derecho. El genio jurídico romano nos aleccionaba que *huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum*. Para el pensamiento jurídico más grande que ha conocido la Historia, uno y otro eran “posiciones de estudio”: sólo eso. Sin embargo, y de modo que resulta muy curioso, este punto de partida de la unidad no ha servido para

primar el aspecto de las relaciones entre Derecho Público y Derecho Privado, sino para, por el contrario, enfrascarse en los criterios de distinción de ambos, generando una literatura vastísima dedicada a esa tarea. La afirmación de la sustancial unidad, que nadie discute, ha generado más bien un deseo de separación.

Las razones de ello son, como siempre acontece en estos casos, de una gran complejidad. Por ello, la única forma de orientarse en esta complejidad es la de ir al fondo radical del problema, y preguntarse por la razón de la dualidad, aunque no se la considere absoluta. No se trata de aceptar la existencia de un binomio Derecho público-Derecho privado, cuyos dos términos se postulan y se condicionan de manera recíproca, y, con base en todo ello, elaborar unos criterios que permitan la adscripción de “lo jurídico”, al área propia de uno u otro; más bien se debe inquirir las razones de existencia del binomio. Tal indagación, se afirma una vez más, se debe desenvolver en la Historia.

Por de pronto, debemos renunciar aquí, pese a la famosa definición de ULPIANO (o quizás, por verdadera fidelidad a su espíritu) al legado romano: ni tuvo importancia la distinción *ius publicum-ius privatum* desde el punto de vista sistemático conceptual, ni determinó positivamente la solución de problemas prácticos; es cosa aparte que no eran siempre las mismas, y podían ser muy diferentes, las reglas con las que se solventaban los asuntos públicos y los asuntos privados, pero intentar clasificarlas bajo aquella distinción es una retroproyección, tal vez legítima desde un punto de vista lógico-didáctico, pero no desde el punto de vista histórico porque, en suma, no es sino el intento de explicar una época pasada con el lenguaje jurídico del presente.

El orden jurídico medieval puede suministrar-nos una luz; pero en un sentido negativo. En efecto, un trazo común de la riquísima experiencia jurídica del Medioevo es la *contaminatio* entre *res publica* y *res privata*. Es bien sabido que aquel orden construyó gran parte de sus categorías jurídicas con íntima mezcla de lo que hoy consideraríamos, aunque fuera convencionalmente, y sin mayores pretensio-

nes, relaciones jurídicas públicas y relaciones jurídicas privadas; si esto es así, demuestra por sí mismo, cuando menos, la inadecuación de nuestra dualidad para explicar aquella experiencia; y la razón de esa inadecuación sería que la tal experiencia no conocía las claves últimas de esa posible dualidad. Cabría preguntarse entonces cuáles serían las causas de dicho desconocimiento.

A nuestro modo de ver, todas se anudan alrededor del dato de que el orden jurídico medieval, como toda la civilización medieval, se ha formado en ausencia del protagonista que llamamos Estado. La civilización medieval no sintió la necesidad de llenar el vacío dejado por el Estado romano; eran demasiadas y demasiado fuertes las fuerzas disgregadoras de la sociedad, impulsadas por extremos particularismos jurídicos políticos y económicos. En este particularismo sólo cabe una construcción política teórica, el Imperio, que coexiste con infinidad de entidades políticas que no podemos llamar propiamente Estados, entre otras razones, pero no ciertamente la menos poderosa, la de que el poder político está ligado a los títulos jurídicos de apropiación de la tierra, inescindiblemente unido a ellos, de tal modo que ambos determinan las posiciones jurídicas de los miembros de cada comunidad de una manera ordenada y jerárquica, concebida por grupos, estable y estanca en sí misma: determinan *status*, en una palabra. De esta situación sólo cabe exceptuar a las ciudades, en la medida en que la vida urbana escapa, por la intensidad de la vida comercial, al pesado e inmóvil yugo de la economía agraria que está detrás de todos los complejos fenómenos que ponemos, un tanto convencionalmente, bajo el nombre común de feudalismo; pero las ciudades son, en aquel mundo, y en principio, islas separadas por vastos confines; y cuando ya dejan de serlo, no representan el mundo medieval, sino precisamente su declive y acabamiento.

No cabe, pues, en el análisis de la experiencia jurídica medieval ver signos operativos de una distinción entre *ius publicum* y *ius privatum*. Falta al sujeto titular del poder un nítido título del mismo que no tenga origen

patrimonial; falta, a la recíproca, al súbdito un ámbito propio de actuación que no venga determinado por una previa inordinación en la esfera política.

Con ello, se extrae la conclusión negativa de que se hablaba: sólo cuando sea posible o necesario imaginar o teorizar sobre una esfera de la vida social que se desenvuelve de manera autónoma con respecto a las relaciones de poder inmediatamente políticas, entendiendo por estas las que tienen un sujeto protagonista *ad hoc*, existente sólo para y por ellas, es decir, sólo cuando el individuo y el Estado asuman papeles diferenciados, podremos hablar de la presencia de ámbitos “privados” y “públicos”. Ámbitos que sustentarán su traducción a términos jurídicos y el nacimiento de la dualidad “Derecho público”-“Derecho privado”.

Con la inauguración de la Edad moderna se inicia el camino hacia el punto de llegada antes descrito. No sin vacilaciones, no sin perplejidades. Los siglos XVI, XVII y XVIII conservan la diferenciación entre *ius publicum* y *ius privatum* con el carácter de una entre las varias divisiones del Derecho; pero los fermentos nuevos se dejan sentir.

La constitución de la nación-Estado y la vuelta consiguiente contra la inacabada, pero siempre latente, idea del *Imperium mundi*, con su ideal de unificación jurídica (*unum sit ius cum unum sit imperium*) impulsaba la formulación de un *ius publicum*, que permitiera el gobierno de las nacientes entidades políticas. Empieza a consolidarse la idea, mas allá de puras clasificaciones del Derecho, del *ius publicum*, como el Derecho necesario a un sujeto público, el que le afirma y diferencia de otros sujetos de la misma índole: al fondo se divisa la idea de soberanía.

Ese *ius publicum* es, por esencia, de cuño nacional, y alienta por ello, aunque muchas veces de modo implícito, y no siempre coherente, un claro espíritu de diferenciación en relación con el *ius privatum*, que se identifica en una gran parte con el fenómeno del *ius commune*, al que se considera trascendente a las angosturas del territorio de los nacientes Estados. Ciertamente es

que posteriormente se plantea la “nacionalización” del *ius privatum*, pero son otros tiempos, y otros contextos: la dualidad *ius publicum-ius privatum* ya estaba afirmada; precisamente por ello se puede proceder, sin temor alguno, a la “nacionalización”.

El proceso de enunciación sustantiva de un *ius publicum*, peculiar del sujeto público soberano, debe salvar un escollo más, y es el de que tal Derecho supondría la inmisión indebida en la esfera reservada a la política, a los asuntos del gobierno, a los *arcana imperii*. Frente a la tradición que quería al Príncipe *legibus solutus*, el *ius publicum* necesita configurarse a sí mismo como *ius*, mas allá de la pura formulación normativa de las inmunidades y privilegios del poder. No se ha deslizado con facilidad el Derecho público por esta vía, ni siquiera en el tiempo presente, pero la premisa de una cierta juridicidad trascendente a la soberanía y al puro arbitrio del sujeto público está en la entaña misma de la dualidad.

Ahora bien, debe quedar claro que el descrito proceso de autonomía categorial del *ius publicum*, que se reveló en la enseñanza académica y en la obra de los juristas teóricos del periodo, no tuvo como referente la configuración del *ius privatum* como ámbito de libertad del individuo frente al Estado: ante éste, contra la *potestas soluta legibus*, sólo resultan resistentes las prerrogativas y privilegios de los particulares (*iura quaesita*), con independencia de su origen y naturaleza, en tantas ocasiones del todo ajenos al concepto de *ius privatum*, tal como lo conocía la sistemática jurídica de la época pasada, si usamos, para entendernos, el lenguaje jurídico del presente.

Es precisamente este carácter del *ius privatum* como ámbito del individuo garantizado frente al Estado, y además garantizado precisamente por el *ius publicum* el que consolidará la dualidad en su aspecto más sustantivo, y en el que está radicada con mayor fuerza en el tiempo presente.

La articulación filosófica de este planteamiento se debe, como es sabido, a KANT. Con utilización de las pautas teóricas del racionalis-

mo jurídico, con las que logra una construcción absolutamente propia, KANT construye un Derecho privado, como Derecho del “tuyo” y el “mío”, derivado del estado de naturaleza, reconocible a priori, pero absolutamente necesitado del Derecho público para obtener la seguridad de su vigencia efectiva. Derecho público y Derecho privado son diferentes por su contenido: el del primero se limita a las garantías de las formas apriorísticas del tuyo y del mío.

Es fácilmente comprensible que tal articulación resultaba especialmente cara a un orden constitucional liberal, en el que la posición del individuo, por definición detentador del “tuyo” y el “mío” fuera globalmente garantizada por un Estado que asumiera tan solo el papel de guardián. Y tampoco es difícil entender que a partir de ella se favoreciera una construcción doctrinal y legislativa del Derecho privado, con independencia del Estado, y con absoluta separación del Derecho público.

Con todo lo dicho, se aprecia que la existencia de la dualidad va mucho más allá de una necesidad clasificatoria sistemática; es el reflejo de los elementos profundos de legitimación de un dado orden constitucional; y a este dato no es indiferente el esfuerzo realizado para buscar las líneas delimitadoras de los confines entre los miembros de la dicotomía Derecho público-Derecho privado. Con más claridad: subrayar las íntimas implicaciones del Derecho público con el Derecho privado no favorece los esfuerzos legitimadores del orden constitucional liberal, que se funda precisamente en la aguda separación entre sociedad civil y Estado; a este orden le resulta grata la idea de una intrínseca apoliticidad del Derecho privado, que disfraza muchas veces de trascendencia histórica a través de la continuada pervivencia del *Corpus Iuris*, sin arañar lo más mínimo en los reales y bien diferenciados papeles que se hace jugar a sus textos, en cada época y para cada necesidad; y esa intrínseca apoliticidad de los textos de la tradición del Derecho Común venía favorecida por una construcción cada vez más abstracta y formalista de la ciencia del Derecho Privado. Hasta la propia Escuela Histórica, cuyo papel

habría de ser tan determinante para la Ciencia del Derecho Privado, y cuyas motivaciones antiliberales eran muy profundas, sobre todo en su fundador SAVIGNY, se sentía mas cómoda con un orden jurídico cuyo contenido venía determinado por los sentimientos, ideas y costumbres del pueblo, ajenos, como manifestación del espíritu de éste, a un (para su pensamiento) artificial Estado.

4.2. Esa idea de apoliticidad (de la que se ha hablado al comienzo de este trabajo), que acaba por ser una suerte de moneda corriente entre los civilistas, y curiosa y paradójicamente, una señal de un *status* científico más elevado que el de los iuspublicistas, no es, por mucho que se piense, otra cosa que un mecanismo ideológico de enmascaramiento. Y lo es porque la reivindicación del iusnaturalismo racionalista de la prioridad de los valores individuales exige la reivindicación de un Estado funcional a los mismos. La constitución de una esfera *puramente* privada postula una esfera *puramente* pública, que lo es así precisamente porque es el soporte de aquella. La vieja frase de BACON: “*Ius privatum sub tutela iuris publici latet*”, que repetirá JELLINEK al afirmar que “sin Derecho público no es posible el Derecho privado”, conduce a una mala comprensión del sentido de la dualidad Derecho público-Derecho privado, si se la entiende mas allá de un punto de vista formal. En la raíz de la organización de la sociedad capitalista, fundada en la igualdad formal de los intercambios económicos y en la desigualdad real de los mismos, igualdad propia de un principio que afirma la prioridad de un individuo concebido como una mónada abstracta, la realidad es que, al igual que “el sábado se hizo para el hombre, y no el hombre para el sábado”, el Derecho público del orden liberal se hizo para el Derecho privado de la sociedad que pretendía regir.

4.3. Esa realidad marca unas características singulares del Derecho público de la época: en las formulaciones constitucionales se parte de la óptica del garantismo para definir su rela-

ción con la sociedad civil, con lo que su materia más propia vendrá a ser la organización de los poderes; traducido ello a los niveles del nascente Derecho Administrativo, significaba ver el principal objeto de éste en la actividad de policía, y sólo de una manera marginal, y para la promoción de los intereses de los particulares, en la de fomento: paradigmática puede resultar en este sentido la configuración inicial de la expropiación forzosa, precisamente la figura que está en los confines del corazón del sistema, la propiedad privada. Es la “necesidad pública” su espíritu originario, y en aquel contexto, necesidad pública no podía ser otra cosa que la conducente a la facilitación de la actividad de los particulares, y al mínimo mantenimiento de la infraestructura que sustentare la preponderante actividad de policía. Baste aquí recordar que el ingrediente de la garantía y el respeto a la propiedad privada primaban sobre otras consideraciones en el artículo 17 de la *Declaration des droits de l'homme et le citoyen* que al mismo tiempo que afirma que la propiedad es *inviolable et sacrée* reconoce la posibilidad de la privación de la misma siempre que concurra la necesidad pública, legalmente constatada, y bajo la condición de una justa indemnización, formulación que por sí sola habla.

Y aún mas: la actividad jurisdiccional del tiempo cala sus finalidades mas profundas y estables en la solución de litigios entre particulares y el ejercicio del *ius puniendi* del Estado al servicio de una escala de valores congruentes con la época; y de ahí la precariedad de los instrumentos de justicia administrativa, también propia del momento histórico, dada la relativa innecesariedad de la misma, por esa primacía de la esfera del individuo frente a los poderes públicos, que se consideraba intocable por estos. Será precisamente la extensión de las finalidades del Ejecutivo, con su crecimiento, y el aumento de la exorbitancia de sus poderes, lo que demandarán en su momento un mayor y más afinado control, incluido el judicial, de sus actuaciones.

Es un dato de importante significación, en este contexto, y por ello digno de ser subrayado, el de la tipología habitual de las Constitu-

ciones de la época: normas que articulaban con minuciosidad lo que se conoce con el nombre tradicional de “parte orgánica”, dimensión superestructural, la más lejana de las relaciones entre organización política y sociedad civil; elencos de derechos individuales, apoyados en las ideas de libertad, propiedad y seguridad; escasa eficacia —por decir alguna— en las relaciones entre particulares, consonante con una general impermeabilidad de sus valores en el resto del Ordenamiento jurídico; en suma, un sistema constitucional flexible en su conjunto, en el sentido de que el andamiaje jurídico de la sociedad civil estaba deferido a la legislación ordinaria, en rigor al Derecho privado, principalmente a los Códigos civiles, por mas que se afirmase un principio de supremacía de la Constitución. Flexibilidad intrínseca, aunque no siempre se pudiera predicar de las constituciones como nota formal, en la elaboración tradicional que se remonta a Lord BRYCE: pero no deja de ser curiosa que la codificación napoleónica, el modelo de la gran codificación liberal, se hiciera bajo el imperio de una norma constitucional formalmente flexible, y que el modelo rígido de Constitución moderna, la norteamericana, impere en un mundo de no codificación, y que acabará abocado a la *judicial review*: ello no es obstáculo para que en alguna ocasión la formulación de los derechos individuales acuse la doble influencia de un sistema y otro; no demasiado extraño ello, en todo caso, desde un punto de vista ideológico sustancial. Lo cierto es que el Estado liberal no veía la encarnación de los valores profundos que estaba llamado a representar, en las Cartas constitucionales, porque los entendía amparados de modo suficiente en los Códigos, en los que visualizaba el viejo prestigio de las Declaraciones de derechos del iusnaturalismo racionalista: *Iura naturalia sunt immutabilia* parecía el lema que presidía la entera articulación del sistema, y bastaba a esos derechos enumerarlos en la Constitución y desarrollarlos en los Códigos. El par funcional Constitución-Código Civil se presenta como el verdaderamente relevante en la estructura global del Ordenamiento jurídico y político. Ellos solos, en casi exclusiva medida, contienen el diseño

liberal originario del Estado y la sociedad civil, y de las relaciones entre estos concebidas, por cierto, bajo el esquema de una profunda separación. Separación de público y privado, perfectamente consonante con la gran teorización económica que está en la base: la que predica como eje de la racionalidad de la economía la separación de la política

4.4. Todo ello era perfectamente congruente, como resulta muy conocido, con un Derecho privado que se concibe como un sistema de derechos subjetivos, un sistema basado en la noción de derechos subjetivo. Profundizar en él nos servirá para profundizar en la lógica del sujeto privado, y por consecuencia en la lógica de “lo privado”, a que se encadena secuencialmente el Derecho privado. Lo mismo que el Derecho público nos ha suministrado la imagen del Estado, el Derecho privado (que no es otra cosa que un sistema de derechos subjetivos) nos ha de suministrar la imagen del sujeto privado. Ahora bien, la determinación del concepto de derecho subjetivo no se puede lograr a través de una solución lógica; el concepto de derecho subjetivo tiene una propia historia (como, por otro lado, todos los conceptos jurídicos) y a ella hay que remitirse si se quiere una clarificación; el concepto de derecho subjetivo se resuelve en su historia.

Dicha historia se explica al hilo de las aportaciones de la escuela del Derecho Natural racionalista, cuyos presupuestos filosóficos conducían a una exaltación del individuo, al que se consideraba un dato anterior y prevalente a la vida social, individuo que por consiguiente portaba con sí un conjunto de derechos (*iura innata*) que necesariamente la colectividad debía reconocer. Tal exaltación del individuo era, por lo demás, extraordinariamente útil para hacer frente al poder del monarca absoluto, frente a todo poder público en general, afirmando la existencia de derechos individuales que garantizasen la libertad, la seguridad y la propiedad privadas de los particulares frente a las injerencias y desconocimiento de dichos poderes públicos.

La base de aquella exaltación se encontraba en la filosofía política y social del racionalismo, formulada en la época del *Ancien Régime*, y había de ser el sustento ideal de la revolución liberal burguesa que abatiría dicho Antiguo Régimen, con desaparición de todos los privilegios estamentales, e instauración, por consecuencia, de un estatuto de libertad igual para todos los ciudadanos; dicho estatuto de libertad e igualdad para todos los ciudadanos estaba destinado a funcionar no sólo en las relaciones entre ellos mismos, sino también ante los poderes públicos, convirtiéndose en un ámbito de inmunidad y de ausencia de control de la actividad de los particulares.

Esta construcción colocaba al individuo en el centro de la vida social y dejaba al Estado como funciones principales en el terreno de su acción interior precisamente las encaminadas a garantizar al individuo dicho papel central. El planteamiento resultaba perfectamente coherente con la formulación del Derecho público de corte kantiano cuya esencia era, precisamente, *ser* para el Derecho privado. Es más, para la teoría política y social de la época no existe un concepto de intereses generales que vaya más allá de su consideración como instrumento para la satisfacción de los intereses de los particulares. Un concepto de intereses generales de otras características podría haber fundamentado otro Derecho público y, en consecuencia, otro Derecho privado y, correlativamente, otra definición del ámbito propio de los particulares.

Con estas premisas es fácil darse cuenta que el derecho subjetivo resultaba colocado en un lugar de preeminencia frente al Derecho objetivo que era, principalmente, una creación del Estado. Tal concepción plasmó, en los textos fundamentales del naciente liberalismo, la Constitución y el Código Civil, que forman un par funcional, encaminado a salvaguardar por encima de cualquier otro valor, el del individuo. Así las cosas, el ordenamiento jurídico se configuraba como un sistema de derechos subjetivos.

4.5. Se hace necesario, para aprehender con plenitud los conceptos anteriores, una profundización en la “lógica del sujeto” que subyace a dicho sistema de derechos subjetivos. Es de todo punto evidente que si no se quiere caer en una insanable contradicción lógica, el derecho subjetivo sólo se puede predicar como un atributo jurídico del sujeto para la consecución de fines que se definen desde el sujeto mismo, desde lo que hemos llamado su “lógica”. Sería una petición de principio afirmar que el derecho subjetivo es el círculo de poder jurídico del sujeto, y que se es sujeto porque se es titular de derechos subjetivos. Hay que partir, inexcusablemente, de lo que el sujeto signifique para el Derecho, porque sólo así se sabrá el exacto significado y alcance de lo que hemos dado en denominar sistema de derechos subjetivos.

Se ha dicho antes que en su raíz están los fermentos ideológicos de la escuela del Derecho natural racionalista, que tuvieron su traducción a programa político en la revolución liberal burguesa, y su plasmación jurídica en su Constitución y en su Código. Hay, pues, un triple plano de reflexión. Uno, que podemos llamar ideológico, o si se quiere, filosófico. Otro, acerca de la constitución de la formación social hegemónica por la clase burguesa. Un tercero, relativo al análisis formalmente jurídico. Veámoslos sucesivamente, de manera sumaria, y sin desconocer las inescindibles relaciones.

La escuela del Derecho natural racionalista es fruto principal de las ideas de la Reforma, y tiene sus más lejanas fundaciones en el Humanismo del Renacimiento. El retorno al ideal de la Antigüedad grecolatina portaba en su seno la rebelión contra los dogmas, en su búsqueda del “hombre en cuanto hombre”. La religación con Dios es un asunto propio y espontáneo de cada individuo, absuelto de toda autoridad civil o religiosa, solo frente a su conciencia. Saber y verdad son frutos del intelecto individual. La razón se convierte en un atributo del individuo, en la decantada formulación cartesiana, dado que el espíritu, por el mero hecho de ser sujeto pensante, posee ideas innatas que le permiten el conocimiento.

Estas premisas suministraban los datos para una nueva concepción del Derecho, absolutamente alejada del *Ordo ordinatus a Deo*, propia del Medioevo. Su núcleo esencial era la creencia en un orden natural, cognoscible racionalmente, donde el individuo ejercita sus *iura innata* o *naturalia*, y concuerda su existencia en común con otros individuos a través del contrato social. La tríada estado de naturaleza, derechos innatos, y contrato social marcan una existencia jurídica por y para el individuo.

Este filón ideológico será el patrimonio común que llegará hasta las puertas de la Codificación. Mejor dicho, será una de sus puertas de entrada. Filón del que no cabe, empero, olvidar apreciables variantes, insertas no obstante en un ideal *continuum*, desde el contractualismo de GROCIO, tan fuertemente influido por la Segunda Escolástica española, HOBBS, y LOCKE, al sometimiento de la moralidad y la legalidad a la razón de PUFFENDORF y de THOMASIIUS, pasando por la construcción del Derecho *more geometrico* de LEIBNIZ y de WOLFF y de su escuela, hasta el racionalismo jurídico de DOMAT y POTHIER, premisa doctrinal directa de la codificación napoleónica, y que está ligada también a la codificación germánica de final del XIX, pese a alguna apariencia contraria.

Las anteriores ideas eran connaturales al enorme cambio social y económico que debía protagonizar la burguesía. El traspaso del modo de producción feudal al modo de producción capitalista, directamente provocado por la Revolución Industrial, o por ambiguos periodos intermedios, como es el caso de España, supone el abatimiento por la emergente clase burguesa de una aristocracia de rentistas, nutrida por un sistema económico fundamentado en la propiedad vinculada y la ausencia de un mercado auténticamente libre, intervenido por el Estado o gobernado por los gremios. La liberación de los vínculos de la propiedad y de las trabas del mercado pasaba necesariamente por la destrucción del sistema jurídico y político del llamado Antiguo Régimen, y esa destrucción significaba el advenimiento de

fórmulas jurídicas y políticas que tenían en su centro al individuo.

En efecto, el nuevo modo de producción capitalista, cuyo sujeto histórico hegemónico es la burguesía, se funda en una división social del trabajo, que opera bajo la forma específica del intercambio de productos individuales, mejor dicho, con la reducción a mercancías de todos los productos individuales, incluida la propia fuerza de trabajo. En esta característica se contraponen radicalmente al modo de producción propio del Antiguo Régimen, en el cual la inordinación subjetiva y jerarquizada de los diversos agentes productivos explica su estructura. Las relaciones sociales de producción capitalistas se manifiestan a través de vínculos objetivos; las relaciones sociales de producción feudales lo hacen a través de vínculos subjetivos. La historia jurídica y política de la caída del Antiguo Régimen no es sino la historia de la abolición de esos vínculos subjetivos, conectados a una sociedad estamental y fuertemente jerarquizada. Es, por consiguiente, una historia de afirmación del individuo.

Tanto la ideología del Derecho natural racionalista como las exigencias de desarrollo de la nueva estructura de la sociedad tuvieron una precisa traducción en el terreno de lo jurídico. No podía ser de otro modo.

Por un lado, la idea de los derechos innatos, poseídos por el individuo, por el mero hecho de su existencia, atributos naturales por ello, era incompatible con toda idea de desigualdad jurídica entre los hombres. La teoría contractualista de la sociedad y del poder político suponía la afirmación de que el hombre era, en su esencia, un dato presocial, una mónada aislada, juez único de su propio interés.

Por otro lado, y del mismo modo, una sociedad cuyo *novum* con relación a la que pretendía sustituir era la inexistencia de relaciones subjetivas de dominación, no podía consentir mecanismos de desigualación jurídica de los consociados. Basada su articulación en el libre intercambio de mercancías (y todo producto, incluso la capacidad de producir, era mercancía), debía elevar las determinaciones de la vo-

luntad de los individuos a la regla fundamental de aquel intercambio.

4.6. Todo lo anterior confluía en un concreto entramado jurídico del que era la pieza estructuralmente necesaria la igualdad jurídica de todos los hombres. Pero obsérvese que esa igualdad, en tanto en cuanto jurídica, y en tanto en cuanto predicable de todos, debía afirmarse con independencia de las reales condiciones sociales de los concretos individuos.

Era, en consecuencia, una igualdad formal. Por ello, establecida ésta, al orden jurídico liberal le era indiferente, indiferente en el sentido de que le era necesario ignorarla, cual era la real situación de poder social en la cual los individuos intercambiaban sus mercancías, o si se quiere decirlo con terminología mas jurídica, en qué condiciones reales ejercitaban sus derechos, y aún más en concreto, en qué condiciones contrataban.

Por lo mismo, debía de partir de la consideración de que el individuo gozaba de un ámbito económico en el que las determinaciones de ejercicio correspondían en exclusiva a su titular: de nada habría servido el establecimiento de una igualdad formal en el intercambio de las mercancías, si el título jurídico de las mismas hubiera venido sometido a condicionantes por los poderes públicos o vinculado a relaciones de encuadramiento jerárquico con otros individuos. En pocas palabras, el nuevo orden necesita una libertad de contratar, gobernada por la igualdad formal, para hacer circular bienes, cuyos titulares no estén sometidos a limitaciones importantes de ejercicio, es decir, gocen de una propiedad tendencialmente ilimitada.

En este planteamiento, dicho nuevo orden resultaba incompatible con el anterior, donde los presupuestos de la adquisición, transmisión y ejercicio de los derechos venían ligados a un determinado puesto en el tejido social, es decir, a un *status*. La variedad de estos en el Antiguo Régimen era ciertamente impresionante. No se trata aquí de hacer un elenco, sino de manifestar la idea de que su articulación normativa, que involucraba casi todas las manifestaciones

existenciales del individuo, suponía la minuciosa reglamentación de actividades repartidas por diversos y rígidos estamentos sociales, actividades ligadas de manera inescindible a la pertenencia a ellos: la familia, el gremio, las relaciones señoriales, las corporaciones públicas. Minuciosa reglamentación que no partía de la premisa de una igualdad jurídica y que, al no partir de ésta, configuraba un sistema jurídico basado sobre el privilegio. Una compacta red de privilegios (incluidos los odiosos), determinados en función de una gran variedad de *status*, puede ser una definición bastante aproximada del Derecho del Antiguo Régimen.

Frente a esta situación, el reto del orden jurídico emergente era el de configurar un Derecho cuyo presupuesto de aplicación fuera la simple cualidad de hombre. Se debe aquí poner de manifiesto que para este objetivo y, pese a una difundida actitud sobre la intemporalidad e intercambiabilidad de los conceptos del Derecho Romano, éste era prácticamente inutilizable.

Ese reto asumía, además, el aspecto de un “ideal técnico”, secuencial a los motivos filosóficos, económico-sociales y jurídicos ya puestos de manifiesto. Era el de una legislación general, clara y simple, y ninguna puede serlo si se funda en diferencias subjetivas por la clase o condición social, el oficio, la religión, la nacionalidad, la raza, el sexo, el estado familiar.

Ideal técnico de simplificación y aplicación del Derecho basado en la sola cualidad de hombre tenían por fuerza que producir un determinado modelo de sujeto de derecho: el del sujeto de derecho único, *condicio sine qua non* de la aplicación de un Derecho “igual” para todos los destinatarios de las normas, que por definición debían ser intercambiables.

Se cierra así el trayecto lógico del sujeto de derecho que resplandecerá en la Codificación, obra jurídica magna de la burguesía hegemónica, y que tendrá su puntual reflejo en las Constituciones también protagonizadas por ella. El concepto de igualdad formal, el ideal de una legislación general, clara y simple, abocan a una técnica, de sujeto de derecho único

que, para serlo, sólo puede ser el hombre, sin ningún atributo social diferenciador, concepto, ideal y técnica que se presuponen unos a otros y se condicionan recíprocamente. Sujeto de derecho único, el hombre, y formalmente igual a sí mismo en cualquier condición social, lo que conlleva, de manera implícita, dos notas esenciales: es un sujeto privado y es un sujeto abstracto. Propietario abstracto, contratante abstracto, destinatario de normas abstractas, y por ello generales, tal es el sujeto que vemos resplandecer en los Códigos Civiles.

4.7. En efecto, y se debe subrayar, con la nota de abstracción del sujeto era correlativa la de la generalidad de la ley. El destinatario abstracto del Derecho objetivo sólo lo podía ser de una norma que tuviera ese carácter de generalidad. Ahora bien, esa nota no era sino trasunto de la propia configuración del Estado liberal de Derecho, que se establece y manifiesta con el predominio de la ley así entendida, y por una razón muy simple: en su esencia estaba el definir la posición del sujeto desde el ámbito de la garantía entendida como inmunidad, es decir, la definición negativa de un espacio que sólo se puede realizar a través de límites externos, lo que conduce irremediamente a la abstracción y, de ahí, a la generalidad. Ahora bien, ello no era sino el instrumento querido de un Derecho formalmente igual para todos, en la que funcionaban como elementos de legitimación política la conexión de los vectores de libertad civil y expresión de la *volonté generale*, propios de pensamientos (por otro lado, con profundas disparidades) que tanto hubieron de influir en la concepción liberal.

4.8. Ahora sí podemos dar por cerrado el arco histórico, filosófico, jurídico y político que explica la relación entre Códigos decimo-

nónicos y Derechos fundamentales, relación dual formalmente entre dos elementos de la Constitución material, la Constitución-ley (o Constitución formal) y el Código, relación que parte de un Derecho público para servir al sujeto privado, sujeto privado concebido como una pura abstracción.

Este planteamiento lleva en sí mismo los elementos de su propia crisis, pues ha expulsado a la clase obrera y, en general, a todos los que no son *beati possidentes*, de su integración en el sistema Constitución-Código. Más pronto que tarde, se abrirán los tiempos de la «cuestión social» que cursarán precisamente como encarnaciones del sujeto abstracto: en trabajador por cuenta ajena, en cultivador no propietario de la tierra, en arrendatario de una vivienda que no le pertenece, más tarde en consumidor.

El viejo sujeto abstracto de los Códigos tendrá apellidos, conectados con las exigencias de los excluidos por los mismos Códigos; las Constituciones desde Weimar en adelante vendrán obligadas a declarar, de una manera u otra que «la propiedad obliga» (*Eigentum verpflichtet*, en el legendario dicho de aquella alemana), es decir que tiene una «función social»; el Estado, ya no viable como Estado monoclásista, se verá obligado a intervenir masivamente en la economía; el contrato, como instrumento del Mercado, dejará de ser el reino de la autonomía de la voluntad; finalmente, «la dignidad de la persona» abrirá el camino hacia ese choque impresionante entre los derechos fundamentales de primera y segunda generación, y aún de la tercera, y el Derecho Privado, que es la *drittwirkung der Grundrechte*. Todo esto es también historia; pero historia aún viva en el presente que fluye, y fluye hacia un incierto futuro. Pero no eran estos los tiempos de los que queríamos ocuparnos y, forzosamente, el discurso se interrumpe aquí.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

(Se relacionan las obras que tienen un muy conocido y acreditado carácter de referencia, incluso obras clásicas del pensamiento filosófico moral o jurídico político; sólo se utiliza otro tipo de literatura para el apoyo de una posición concreta del autor o de otros)

1. La aproximación de FEDERICO DE CASTRO, **Derecho Civil de España**, Vol. I., Madrid., 1949., a la problemática de que aquí se trata estaba fuertemente condicionada por su época histórica y sus particulares posiciones personales; pero en orden a las conexiones esenciales de que aquí se habla no le pasaron desapercibidas; también en esto se manifiesta su principado científico.
2. Una sugestiva visión de la formación del Derecho Civil de cuño románico se debe a un jurista del sistema angloamericano: A. WATSON, **Making the Civil Law**, Cambridge (Massachussets), 1981.
3. Ha quedado en un cierto olvido la otrora notoria tesis de A. REINACH, **Los fundamentos apriorísticos del Derecho Civil**, Barcelona, 1934, que pretende encontrar dichos fundamentos desde un cierto punto de vista fenomenológico, pero en conclusión parecido al de las teorías de la escuela católica del Derecho Natural. En cualquier caso, criptoiusnaturalismo que se niega a hacer las cuentas con la Historia: productos intelectuales para creyentes, no para científicos, que diría DUGUIT.
4. Sobre el nacimiento de una ciencia jurídica como sistema, es de ineludible referencia el monumental libro de PAOLO CAPPELLINI, **Systema Iuris**, I. **Genesi del sistema e «nascita» della scienza delle Pandette**, Milano, 1984; II. **Del sistema alla teoria generale**, Milano, 1985.
5. La lógica del sujeto fue inaugurada por G. PUCHTA, según es aceptado de manera común, desde su afirmación del carácter del principio de personalidad (*Recht der Persönlichkeit*, que en su obra se entiende como el «derecho del sujeto» en cuanto «sujeto abstracto») como fundamento de todo el sistema de relaciones jurídicas, que vertebraba su fundamental **Cursus der Institutionen**; dividido en dos partes: **Geschichte des Rechts** y **System und Geschichte** (manejo su décima edición al cuidado de KRUGER, Leipzig, 1893) *Ad rem*, K. LARENZ, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 1979, traducción española de RODRÍGUEZ MOLINERO, Barcelona, 1980.
6. La lapidaria identificación entre Código Civil y Derecho Civil se debe a R. SAVATIER, **Du Droit civil au Droit Public a travers les personnes, les biens et la responsabilité civile**, Paris, 1950.
7. A esa no estatalidad del Derecho de la Edad Media, sólo una excepción cabe invocar, y aún así es una excepción sólo de manera relativa, y es la referente a la legislación de Partidas. Digo de manera relativa porque es bien sabido que hay grandes dudas sobre cuando entraron en vigor, y en todo caso su aplicación (y no sólo en Castilla, sino también en territorios del Reino de Aragón, y muy en especial en Cataluña, donde fueron traducidas por obra de Pedro IV) se debió a que eran una suerte de versión romance del Digesto, de gran perfección técnica para la época, y que venían a sustentar su autoridad no tanto en alguna promulgación regia cuanto en su intrínseca autoridad, por ser precisamente, y en gran medida, traslación del Derecho Romano («*Pandectae castellanae*», las llama con indisimulada admiración el Cardenal DE LUCA, en el excelso *Theatrum Veritatis et Iustitiae*). Sobre Las Partidas y toda la turbulencia que acompañó a la obra legislativa de origen alfonsino, de la que llegaron a estar vigentes (se diría con mas propiedad en circulación) más de tres versiones distintas, avanzado el siglo XVI, puede verse todavía útilmente lo expuesto por A. GARCIA-GALLO, en **Manual de Historia del Derecho Español**, Vol. I, Madrid, 1971.
8. Sobre el fenómeno de la progresiva estatalización del Derecho, con grandísima autoridad, y larga perspectiva de miras (aunque no comparto algunos aspectos críticos), el conjunto de ensayos de PAOLO GROSSI, recogidos en libro con el título **Assolutismo giuridico e diritto privato**, Milano, 1998.
9. Para una mayor ilustración del fenómeno de la descodificación, séame permitido remitir a LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., **Constitución, Código y leyes especiales: reflexiones sobre la llamada descodificación**, en **Centenario del Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil**, II, Madrid, 1990.
10. Sobre el concepto de Constitución material, la referencia inevitable es al padre de la teoría, C. MORTATI, **La costituzione in senso materiale**, Milano, 1998, reimpresión con estudio preliminar de G. ZAGREBELSKY. La obra de Mortati nace en pleno régimen fascista (1940), y con un cierto propósito de legitimación de este. Sin embargo, por

las razones que muy bien apunta ZAGREBELSKY en el estudio preliminar, el consenso científico sobre la validez del concepto de «constitución en sentido material» es altísimo. Es verdad también que el propio MORTATI, que nunca renegó de este aspecto esencial (si no el más esencial) de su obra, presenta una versión más acorde con los principios democrático en ese gran trabajo recopilador de su obra que es **Costituzione (dottrine generali)**, voz en **Enciclopedia del diritto**, XI, Milano, 1962.

11. La referencia de BOBBIO se contiene en **Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto**, 1984.

12. Las tesis de BOBBIO, por mí aceptadas, en **Stato Governo Società**, 1985. Sobre la teoría del Estado, utilísimos M. FIORAVANTI, **Stato (storia)**, *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, y E. TOSATO, **Stato (diritto costituzionale)**, *Enciclopedia del Diritto*, XLIII.

13. El estudio de P. BARCELLONA, **Diritto privato e processo economico**, 1974, es esencial para entender la llamada «ideología de la separación». Con otro aliento, N. IRTI, **Società civile**, 1992.

14. Todavía muy útil para el tema de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, M. GARCIA PELAYO, **Derecho público** en **Enciclopedia jurídica Seix**; una perspectiva marxista, en U. CERRONI, **Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico**, *Riv.int.fl.dir.*, 1960. Esencial, en la opinión de K. HESSE definitivo, M. BULLINGER, **Öffentliches Recht und Privatrecht**, 1968. Desde el punto de vista histórico, canónico el trabajo de M. KASER, **Ius publicum-Ius privatum**, *Studia et Documenta Historia et Juris*, XVII, 1951.

15. El ordenamiento jurídico medieval es una experiencia llena de otros ricos fermentos, y singular periodo de un Derecho sin Estado. Sobre estas cuestiones, es de imprescindible lectura el magistral **L'ordine giuridico medievale**, Roma-Bari, 1995, de P. GROSSI.

16. Clásico en la materia de las relaciones entre ideologías y Derecho Privado, G. SOLARI, **Filosofía del diritto privato: I. Individualismo e diritto privato**, 1911; **II. Storicismo e diritto privato**, 1940; **III. Socialismo e diritto privato**, edición postuma al cuidado de U. UNGARI, 1980.

El más significativo texto de KANT, en la formulación «liberal» del derecho es la notoria **Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre**, 1797, aunque sea editada habitualmente como parte I de la **Metaphysik der Sitten**.

17. WINDSCHEID, **Lehrbuch der Pandekten**, 5ª ed, 1879. La reacción anticonceptualista de IHERING (**Das Zweck im Recht**, 1880; **Scherz und Ernst in der Jurisprudenz**, 1884) no puede ser interpretada sin más como un abandono de una metodología formalista. La obra capital de la Escuela Histórica es, como resulta muy sabido, la de F.C v SAVIGY, **System des heutigen römischen Rechts**, 1840-1849. Sobre SAVIGNY, WINDSCHEID e IHERING, **Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistes Geschichte**, 4ª ed., 1960, de Erik WOLFF.

19. La frase de BACON se contiene en **De dignitate et augmentis scientiarum**, 1623.

20. Clave de la teorización garantista fue el concepto de derecho público subjetivo vid. W. JELLINEK, **System der subjektiven öffentlichen Rechte**, 1892, precursor, GERBER, **Über öffentliche Rechte**, 1852; ilustre seguidor, S. ROMANO, **La teoria dei diritti pubblici subiettivi**, en el **Trattato di diritto amministrativo** al cuidado de V. E. ORLANDO, I, 1900. Para un análisis moderno del fenómeno, y con relación específica a los Códigos Civiles, D. CORRADINI, **Garantismo e statualismo. Le codificazioni civili del ottocento**, 1986.

21. No se dispuso de una gran obra sobre el significado histórico de la expropiación forzosa hasta la monumental monografía de L. LACCHÈ, **L' espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell' ottocento**, Milán 1995; de utilidad todavía la descarnada exposición de MOTZO-PIRAS, **Espropriazione e pubblica utilità**, *Giurisprudenza costituzionale*, 1959; muy ilustrativo para la particular deriva del ordenamiento jurídico español, A. NIETO, **Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa**, *Revista de Administración Pública*, 37, 1962

22. Sobre el significado político del proceso, dos perspectivas diversas ideológicamente ilustran el argumento: M. CAPPELLETTI, **Ideologie e processo**, 1969; G. TARELLO, **Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile**, 1989.

23. El valor normativo de la Constitución enfrenta, bien que sutilmente, en Derecho Español, a E. GARCIA DE ENTERRIA, **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**, 1981, con A. NIETO, **Peculiaridades de la**

norma constitucional como norma jurídica, *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983, éste con mayor finura a la hora de distinguir efectos, no siempre iguales, de las normas constitucionales. No obstante, hay que acreditar a la primera de las obras una gran influencia a la hora de impedir el progreso de alguna jurisprudencia que, contra todo sentido, incluido el común, quería ver las normas de la Constitución como «puramente programáticas».

24. La aceptada distinción «Constitución rígida-Constitución flexible» procede de la obra de Lord BRYCE, **Flexible and Rigid Constitutions**, en *Studies in History and Jurisprudence*, I, 1901.

25. Sobre la *judicial review*, baste enviar a L.M. FRIEDMAN, **A History of American Law**, 1973, y a L.M. TRIBE, **American Constitutional Law**, 1978.

26. Para las relaciones entre Constitución y Código, B. CLAVERO, **Origen constitucional de la Codificación Civil en España (Entre Francia y Norteamérica)**, en *Derecho Privado y Revolución burguesa.*; F. GALGANO, **Il diritto privato fra Codice e Costituzione**, 1978; F. TOMAS Y VALIENTE, **Códigos y Constituciones**, 1989; B. CLAVERO, **Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio**, en *Quaderni fiorentini*, 19, 1989. Véase también mi obra citada en nota 9.

27. Me refiero, como resulta notorio, a Adam SMITH, **An Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations**, 1776.

28. La bibliografía sobre el derecho subjetivo es interminable. No obstante, se pueden considerar hitos especialmente apreciables los que marcan los siguientes autores, en las obras que se indican: G. GORLA, **Commento a Tocqueville. "L'idea dei diritti"**, 1948; J. DABIN, **Le droit subjectif**, 1952; DE CASTRO, **Parte general**, I, 1949; M. VILLEY, **Les origines de la notion de droit subjectif**, en *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1957; R. ORESTANO, **Azione (storia del problema)**, voz en *Enciclopedia del diritto*, 1959; **Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, Jus**, 11, 1960; H. COING, **Zur Geschichte des Begriffs «subjectives Recht»**, en A.A.V.V., *Das subjective Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, 1959; L. RAISER, **Der Stand der Lehre vom subjectiven Recht in deutschen Zivilrecht, Juristenzeitung**, 1961;; A.A.V.V., *Archives de Philosophie du Droit*, IX, **Le droit subjectif en question**, 1964; W. CESARINI-SFORZA, voz **Diritto soggettivo**, en *Enciclopedia del diritto*, 1964.

29. Sobre la Escuela del Derecho natural racionalista, G. SOLARI, **Individualismo e diritto privato**, cit.; M. WALLINE, **L'individualisme et le Droit**, 1949; F. CALASSO, **Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano**, 1959; G. TARELLO, **Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto**, 1976; A. CAVANNA, **Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico.**, 1979; V. PIANO MORTARI, **Gli inizi del diritto moderno in Europa.**, 1980; J. PARICIO y A. FERNANDEZ BARREIRO, **Historia del Derecho Romano y su recepción europea**, 1995.

30. La referencia a B. PASCAL es a su archiconocido **Discours de la methode, pour bien conduire la raison et chercher la vérité dans les sciences**, 1637

31. Sobre el punto de la influencia de la segunda escolástica, esencial **La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno**, *Atti a cura di PAOLO GROSSI*, 1973.

Respectivamente, por el orden de cita en el texto, en las siguientes obras capitales: *De iure belli ac pacis*, 1625; *Leviathan*, 1651. *Two Treatises of Government*, 1690; *De iure naturae et gentium*, 1672; *Fundamenta iuris; Nova methodus discenda docendaeque jurisprudentiae*, 1667 y *Ratio corporis iuris reconcinandi*, 1668; *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, 1748; *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 1689

32. Obras de R.J. POTHIER: **La coutume d'Orleans, avec des observations nouvelles**, 1760; *Pandectae justinianee in novum ordinem digestae cum legibus codicis et novellis*, 1748-1752; *Traites (des obligations; du contrat de vente; du constitution de rente; du contrat de louage; du contrat de bail a rente; de la société; des contrats de louage maritime; de cheptels; des contrats de bienfaisance; du contrat de prêt de consommation; du contrat de dépôt et de mandat; Appendice du quasi contrat negotiorum gestorum; du contrat de nantissement; des contrats aléatoires; du contrat de mariage; de la communauté; du douaire; du droit de domaine de propriété; de la possession et de la prescription; sur différentes matières de droit civil et de jurisprudence française)*, editados entre 1761 y 1774.

33. Sobre el traspaso del régimen feudal al modo de producción capitalista o industrial, las páginas canónicas de K. MARX, **Das Kapital. Kritik der politischen Oekonomie**, I, 1867. Ilustración para España, M. ARTOLA, **Antiguo**

Régimen y revolución liberal, 1978. Desde un punto de vista específicamente jurídico, y otros supuestos ideológicos, que no invalidan el brillante análisis, F. WIEACKER, **Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft**, 1953.

34. La parábola de la igualdad formal, desde un sistema de *status* al abstracto sujeto propietario puede venir suficientemente comprendida con la consulta de las siguientes obras: H.S.MAINE, **Ancient Law: Its Connections with Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas**, 1861; G. TARELLO, **Ideologie settecentesche della codificazione e strutture dei codici**, en A.A.V.V., **Introduzione teorica allo studio del diritto**, 1984; B. CLAVERO, **Derecho y privilegio**, *Materiales*, 4, 1977; P. BARCELLONA, **L'individualismo propietario**, Torino, 1987; G. AMATO, **Il soggetto e il soggetto di diritto**, 1990.

35. Sobre toda cuestión terminológica, de evolución histórica, de fundamentación técnica, garantías y expansión internacional, y, en suma, de cualquier aspecto general de los derechos fundamentales, la referencia imprescindible es al **Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General.**, Madrid, 1999, de G. PECES-BARBA MARTINEZ, con la colaboración de R. DE ASÍS ROIG, C. R FERNÁNDEZ LIESA y A. LLAMAS CHACÓN

Fecha de recepción de originales: 3 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 29 de mayo de 2007.

RESUMEN

La regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones aparece históricamente anudada a la concreta disciplina reguladora de la propiedad y la herencia y sólo puede ser entendida bajo el prisma de otras instituciones civiles como la familia y el matrimonio. Respetando la garantía constitucional de la herencia y los principios específicamente tributarios, este impuesto admite diversas posibilidades de configuración. Pero en un Estado donde se postula la función social de la propiedad, la redistribución de la riqueza y el deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, no se comprendería la abolición que proponen sus detractores. El futuro de este impuesto pasa por su reforma, para adecuarlo a la realidad social de nuestro tiempo, lo que incluye aumentar significativamente los mínimos exentos para cónyuges, personas con relación análoga, ascendientes y descendientes. El legislador estatal, titular de este tributo, debe precisar también los presupuestos de las reducciones por transmisión de la empresa, y perfilar adecuadamente otras normas del impuesto que necesitan una reforma, asegurando unas posiciones de igualdad básicas de los ciudadanos de cualquier Comunidad Autónoma en la tributación de las herencias y las donaciones.

PALABRAS CLAVE

IMPUESTO SOBRE SUCESIONES, ANTECEDENTES, REFORMA, PARENTESCO, BENEFICIOS FISCALES.

ABSTRACT

The regulation of the inheritance tax turns out to be historically tied to the concrete regulatory discipline of the property and the inheritance and only it can be understood under the prism of other civil institutions as the family and marriage. Respecting the constitutional right of the inheritance and the specifically tributary beginning, this tax admits diverse possibilities of configuration. But in a State where is postulated the social function of the property, the redistribution of wealth and the duty of all to contribute to the maintenance of public charges, there would not be understood the abolition that his detractors propose. The future of this tax demands his reform, to adapt to the social reality of our time, which it includes to increase significantly the exempt minimums for spouses, persons with analogous relation, ascendancies and descendants. The state legislator, holder of this tax, must need also the budgets of the reductions for transmission of the company, and to design several articles of the tax that need a reform, assuring a few basic positions of equality of the citizens of any Autonomous Community in the taxation of the inheritances and the gifts.

KEYWORDS

INHERITANCE TAX PRECEDENTS, REFORM, FAMILY, KINSHIP, FISCAL BENEFITS

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

José Luis Martín Moreno

Letrado Mayor del Consejo Consultivo de Andalucía

Sumario: 1. Introducción. 2. Pasado del ISD. A) Antecedentes remotos. B) Antecedentes más significativos en España. C) Síntesis. 3. Presente del ISD. A) Principales rasgos de la Ley 29/1987. a) Breve referencia a las reducciones por parentesco, edad y discapacidad. b) Fragmentación de la normativa del ISD: aparición del “localismo jurídico” en la tributación de las transmisiones lucrativas. 4. Futuro del ISD. A) La necesidad de entender el ISD a la luz de la disciplina constitucional de la propiedad y de la herencia y bajo el prisma de otras instituciones civiles. B) ¿Es el ISD algo más que un impuesto? C) Breve nota de Derecho comparado. D) Reforma, sí; supresión, no. E) Líneas de una futura reforma. a) Reducciones por parentesco y convivencia. b) Reducciones por transmisión de empresa o negocios. c) Otros aspectos sustantivos y formales merecedores de reforma. Nota bibliográfica.

La sucesión en los bienes vinculados y las herencias de los libres por testamento o abintestato entre ascendientes ó descendientes por línea recta queda enteramente libre de toda contribución, aun cuando se haya dispuesto por testamento del respectivo tercio y quinto conforme á la ley.

Si la muger sucediese ó heredase al marido, ó este a la muger, o fuesen legitimarios entre sí, solo pagarán una quarta parte de la renta líquida de un año en las vinculaciones, y el uno por ciento en las herencias y legados de bienes libres.

(Reglamento para la cobranza en los dominios de las Indias de la contribución temporal que ha exigirse sobre los legados y herencias en las sucesiones transversales)

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de unos meses se cumplen veinte años desde que fue promulgada en nuestro país la vigente Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Los fructíferos estudios doctrinales que se

comenzaron a publicar sobre esta figura tributaria desde principios de 1988 han sido sustituidos en los últimos años por un debate sobre su subsistencia o desaparición. En contra de lo que pudiera parecer, hay que advertir que con ello se resucita una polémica antigua, que a estas alturas parecía definitivamente superada. Un debate similar se ha planteado en el resto de Europa y en América, pero los argumentos no dejan de sorprender, sobre todo cuando nos encontramos ante una figura tributaria de honda raigambre, cuyos antecedentes, en la tradición jurídica occidental, se remontan al año 6 de nuestra Era.

El *quid* de la cuestión está en averiguar si la transformación producida en nuestra sociedad en las dos últimas décadas demanda la supresión de esta figura tributaria o, por el contrario, siguen manteniendo vigencia los principios que llevaron a configurar el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante

ISD) como pieza de cierre de la reforma fiscal iniciada en 1977.

Adelanto ya que, en mi opinión, siguen intactos los postulados que entonces condujeron a la aprobación de la Ley del ISD como un impuesto específico sobre los incrementos de patrimonio a título lucrativo, si bien es cierto que su reforma es hoy inevitable por diversas circunstancias que se concretan en las páginas siguientes.

Varios aspectos frecuentemente descuidados han de introducirse en este análisis. Me refiero a la disciplina constitucional de la propiedad privada y de la herencia, y a la fundamentación y cometido del ISD en el Estado social, que traspasa sin duda la función estrictamente recaudatoria inherente a todos los tributos y a menudo no puede entenderse bajo el exclusivo prisma de los principios tributarios.

2. PASADO DEL ISD

Renuncio en este apartado a realizar una exposición exhaustiva de los antecedentes históricos del ISD, remitiendo al lector a la provechosa lectura de los trabajos que se citan, los cuales proporcionan un conocimiento extenso sobre la deriva histórica de este tributo. En este trabajo, el estudio y visión sistemática de los antecedentes del ISD tiene una marcada orientación: se trata de identificar los rasgos más relevantes que han ido conformando el rostro histórico de este tributo, sus notas caracterizadoras u opciones legislativas típicas que, por su calado y estabilidad, permiten apreciar la existencia de un sustrato histórico, la presencia de una filosofía común que impregna los diferentes diseños de esta figura tributaria.

A) ANTECEDENTES REMOTOS

La práctica generalidad de la doctrina identifica el primer antecedente del ISD en la *vicesima hereditatum*, creada en tiempo del Emperador Augusto mediante la Ley Julia vicesimaria (año 6 de nuestra Era); un tributo

que recae sobre las herencias y legados. Antes aún se han documentado antecedentes de la tributación sobre las sucesiones en el antiguo Egipto (S. VII antes de Cristo).

Para un análisis más detenido sobre las referencias históricas del ISD remitimos al lector a los trabajos de BENÍTEZ DE LUGO, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, PEÑA ALONSO, PESET, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BARBERÁN LAHUERTA y MALO GUILÉN, que se citan en las notas finales¹. En el relato de los antecedentes históricos, el primero de los citados destaca que también fueron conocidos en Roma el impuesto sobre los legados entre esposos (*Décima hereditatum*) y la *Insinuation* o inserción en un Registro especial ante el Magistrado, para las donaciones «*inter vivos*» y «*mortis causa*» que excediesen de una determinada cuantía.

Siguiendo la exposición de BENÍTEZ DE LUGO, cabe señalar que durante la Edad Media no existe como tal una figura parangonable al ISD, dada la especial situación originada con el feudalismo; sólo las «imposiciones» sobre las «luctuosas», «nuncios», «mortuarium», etc., guardan alguna relación con la figura tributaria que examinamos, al atribuirse el señor la facultad de tomar cabezas de ganado, alhajas u otros objetos de la herencia del vasallo. Refiriéndose al fenómeno de la fiscalidad eclesiástica y de los señores feudales, que compartían el poder tributario con el monarca, subraya el hecho de que los fueros medievales regularan la cuota a favor del alma, cuando el causante moría sin descendientes o sin parientes y sin testamento, si bien la Iglesia y los señores feudales cedían en ocasiones al rey una parte, contribuyendo a necesidades urgentes de la corona. El monarca sólo se beneficiaba de esta exacción en sus propios dominios.

B) ANTECEDENTES MÁS SIGNIFICATIVOS EN NUESTRO PAÍS

Entre los antecedentes más significativos en nuestro país, el primero viene dado, en época de Carlos IV, por la *Real Cédula de 19 de*

septiembre de 1798, que somete a tributación los legados y herencias recibidos por las «ramas colaterales». Con la guía que proporcionan los autores antes citados, he tratado de bucear en las normas legales y reglamentarias referidas a la fiscalidad de las sucesiones, pero lo he hecho, como advertí, con una orientación muy concreta y por ello sólo me referiré a los más importantes hitos que siguen a dicha Real Cédula en el decurso histórico de este tributo.

Tras diversas manifestaciones de la fiscalidad sobre el fenómeno sucesorio, el impuesto es abolido por las Cortes en 1822, lo que se justifica según la doctrina citada por la resistencia del pueblo a su aceptación. Antecedente importe es el constituido por la regulación del «Derecho de Hipotecas», establecido por *Real Decreto de 31 de diciembre de 1829*, que incluye a las transmisiones hereditarias junto con otras onerosas como las ventas o permutas de inmuebles. En lo que concierne a las sucesiones, se fijan tipos de gravamen que oscilan entre el 2% (herencias entre cónyuges) y el 12% por 100 (herederos abintestato de cuarto grado).

Tras la supresión del Impuesto sobre las Herencias por la Ley de Presupuestos de 26 de mayo de 1835, la reforma tributaria de ALEJANDRO MON viene a reafirmar diez años después la presencia del gravamen sucesorio en la regulación del «Derecho de Hipotecas», que se reorganiza, acentuándose el carácter fiscal del Registro de Hipotecas. En efecto, de conformidad con lo previsto en los artículos 10 y 11 de la *Ley de Presupuestos de 23 de mayo 1845*, se promulgó el *Real Decreto de 26 de junio del mismo año*, que, con determinadas excepciones, sujeta a tributación toda traslación de inmuebles, cualquiera que sea el título con el que se verifique, así como la imposición y redención de censos y gravámenes, la creación o extinción de derechos reales sobre aquéllos, y los arriendos y subarriendos (art. 1.º). Según dicha disposición quedan exentas las transmisiones hereditarias en línea recta de descendientes o ascendientes y las adquisiciones que se hiciesen a nombre y en interés general del Estado, si bien unas y otras se sujetan al regis-

tro que ha de llevarse a cabo para las traslaciones de propiedad y usufructo (art. 1.º, apdo. 3). Mientras que en las ventas y permutas de bienes inmuebles opera un gravamen del 3% del valor de la propiedad adquirida (arts. 4.º y 5.º, respectivamente), en las herencias se fijan tipos impositivos que varían según el vínculo entre transmitente y adquirente: 1% tratándose de colaterales de segundo grado, hijos naturales y cónyuges; 4% cuando el heredero es colateral de tercer grado o hijo natural no reconocido legalmente; 6% para colaterales de cuarto grado y 8% para grados de parentesco más distantes y para los extraños (art. 6.º). Los legados tributan al 4% o al 8% dependiendo del vínculo existente, cuyo peso es menor que en las herencias (cónyuges y parientes hasta el cuarto grado tributan a un tipo del 4%). Este mismo tratamiento reciben las donaciones (art. 8.º), salvo las de padres a hijos o abuelos a nietos y las donaciones *propter nuptias* que tributan al 0,5%. Por otro lado, cabe destacar que bajo esta normativa se elimina la tributación agravada de las sucesiones abintestato. La gestión y cobro del Impuesto se atribuye a los contadores de hipotecas (arts. 16.º a 18.º), de donde se explica la denominación dicha («Derecho de Hipotecas»), a pesar de la heterogeneidad de las transmisiones gravadas.

En 1846 se declaran exentas las dotes de padres a hijos, por ser consideradas como herencias anticipadas (*R.O. de 17 de mayo*). El 20 de febrero de 1850 se aprueba una circular resolviendo que los legados de ascendientes a favor de descendientes en línea recta quedan exceptuados del pago del impuesto. A este respecto, comenta BENÍTEZ DE LUGO (1992:8) que esta exención, así como la no sujeción de la disolución de la sociedad conyugal, demuestran el criterio firme del Estado absteniéndose de gravar los derechos legitimarios reconocidos en nuestra legislación civil, estimándola como esfera vedada a la imposición tributaria y fundamentada en la protección del patrimonio familiar.

Pero resulta que después se promulgan una serie de disposiciones de distinta orientación. Así, la *Ley de Presupuestos de 25 de junio de*

1864 aumenta los tipos de las herencias y legados y amplía el mal llamado «Derecho de Hipotecas» a las transmisiones hereditarias de los bienes muebles. Se mantiene la tributación más gravosa cuanto más alejado es el vínculo del adquirente con el transmitente. Consciente el legislador de que las dificultades para hacer efectivo el tributo son enormes cuando lo transmitido no son bienes raíces, incentiva la declaración de estas transmisiones reduciendo los tipos de gravamen a la mitad cuando se trata de herencias de semovientes o muebles (art. 8.º, en relación con la base primera de la letra D).

Por su parte, la *Ley de Presupuestos de 29 de junio de 1867*, cambia la denominación arriba apuntada por la de Impuesto sobre las traslaciones de dominio, exigible a partir del 1 de julio del mismo año también sobre las sucesiones directas, además de las habidas a favor de colaterales y extraños (art. 4.º, en relación con las bases de la letra B). En un primer grupo de tipos impositivos se sitúan las transmisiones entre ascendientes y descendientes, que tributan al 1% sobre valor de los bienes raíces y al 0,5% sobre el valor de los muebles y semovientes. Un segundo grupo se refiere a la sucesión entre cónyuges e hijos naturales legalmente declarados (1,25% y 0,5%, según se trate de una u otra clase de bienes) y así se recorren diferentes parentescos hasta llegar al tipo del 8%, exigible a las adquisiciones por parientes de quinto grado y sucesivos, y finalmente al 10% (herencia entre extraños). Todo ello con tipos dulcificados cuando se trata de muebles o semovientes. Sigue existiendo diferenciación en los tipos aplicables a legados, aunque fijados en atención al parentesco, y la regulación tributaria de las referidas transmisiones lucrativas se ve acompañada en el mismo texto por la de las transmisiones onerosas.

Con la *Ley de Presupuestos de 26 de diciembre de 1872*, el Impuesto pasa a denominarse Impuesto sobre Derechos Reales, denominación a la que todavía apelan muchos de nuestros mayores. Se sigue incluyendo bajo un mismo texto la tributación de las transmisiones lucrativas y las onerosas. La fijación de tipos

de gravamen en función de grupos de parentesco permanece, como se puede apreciar en el *Reglamento provisional de 1873*, siendo la tributación más beneficiosa la correspondiente a transmisiones entre ascendientes y descendientes (1%), seguida de la correspondiente a los cónyuges (1,75%) y restantes grupos de parientes ya identificados en los antecedentes anteriores, hasta llegar a los colaterales de cuarto grado (5,50%), grados más distantes (6,75%) y extraños (8%).

Con motivo de la reforma fiscal impulsada por el Ministro FERNÁNDEZ VILLAVEDE, se aprueba la *Ley 2 de abril de 1900*, que reforma el Impuesto de Derechos Reales. La tributación de las herencias se modula como es tradicional en función del vínculo entre causante y heredero. A partir de la tributación más benigna para los ascendientes y descendientes (1,40%), la tarifa va recorriendo diversos grados de parentesco y se afina hasta el punto de precisar tipos de gravamen para los colaterales de sexto grado (11,20%), culminando la norma con un tipo del 12,60% para colaterales de grados más distantes y extraños. En el caso de los cónyuges, se distingue entre la porción o cuota legal usufructuaria (1,40%) y la «porción no legítima» (4,20%). Sólo se declaran exentas las herencias entre ascendientes y descendientes y entre cónyuges (por la cuota legal) cuya porción individual no exceda de 1.000 pesetas.

La *Ley de 31 de diciembre de 1905* vino a modificar los tipos de gravamen, que varían nuevamente en 1910 y en 1920. Concretamente, la *Ley de 29 de diciembre de 1910* introdujo modificaciones de importancia, al suprimir algunas exenciones y elevar los tipos de tributación, estableciendo una tarifa progresiva en función de la cuantía de la adquisición y de los grados de parentesco (se sigue considerando relevante el de colaterales hasta el sexto grado), así como de otras circunstancias como la diferenciación entre la línea recta legítima y legitimada, por un lado, y la línea recta natural y de adopción, por otro. Otro factor que sigue siendo objeto de consideración es el que lleva a distinguir entre porción legítima del cónyuge y

la porción no legítima, pues para la primera se mantiene un tipo invariable del 2%, mientras que para la segunda el tipo impositivo oscila entre el 4% y el 7%, dependiendo del valor de la transmisión. La *Ley de 29 de abril de 1920* consolida la tarifa progresiva, elevando los tipos de tributación y recargando las sucesiones abintestato a partir del tercer grado colateral, a la par que unifica el gravamen sobre la cuota viudal.

El *Real Decreto-Ley de 27 de abril de 1926* crea el Impuesto sobre el Caudal Relicto, destinado a gravar el conjunto indiviso de la herencia antes de su partición y adjudicación a los herederos y, por tanto, compatible con el impuesto exigido por la participación individual de cada causahabiente. Además, estableció un recargo sobre el impuesto relativo a las transmisiones lucrativas entre colaterales a partir del tercer grado y entre extraños.

Tras la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964, fue aprobado el *Texto Refundido de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre las Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Decreto 1018/1967, de 6 de abril)*. Aunque agrupado en una misma disposición junto a las normas tributarias sobre las transmisiones onerosas, el Impuesto General sobre las Sucesiones se concibe como una figura con autonomía propia e integrante de la imposición directa, sin perjuicio del establecimiento de normas y principios compartidos con el Impuesto General sobre las Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, exponente éste de la imposición indirecta.

Así, el Libro Primero del citado Texto Refundido regula el Impuesto General sobre las Sucesiones. En el artículo 19 se configura, entre otras, una exención poco significativa desde el punto de vista cuantitativo (cuando la porción hereditaria individual no exceda de 10.000 pesetas) y ceñida a las adquisiciones a favor de ascendientes, descendientes legítimos y cónyuges. El parentesco está presente también en los distintos porcentajes de bonificación previstos para cantidades aseguradas (seguro de vida para caso de fallecimiento) que excedan

de 500.000 pesetas (sobre ésta cantidad opera sin más una exención, independientemente de la existencia de parentesco entre asegurado y beneficiario).

Pero lo que hay que subrayar es, sobre todo, la existencia de diferentes tarifas para las adquisiciones *mortis causa*, en función del grado de parentesco y del importe de la porción hereditaria objeto de tributación: adquisiciones número 1. Sucesión en favor de descendientes legítimos y entre cónyuges, con tipos comprendidos entre el 3% y el 21%; número 2. Sucesión en favor de ascendientes legítimos con tipos entre el 5% y el 26%; número 3. Sucesión entre descendientes y ascendientes por afinidad, con tipos que van desde el 23% hasta el 55%; número 4. Sucesión entre colaterales de segundo grado, con tipos impositivos que oscilan entre el 28% y el 58%; número 5. Sucesión entre colaterales de tercer grado, con tipos comprendidos entre el 40% y el 69%; número 6. Sucesión entre colaterales de cuarto grado, con tipos entre el 42% y el 72%; número 7. Sucesión entre colaterales de grados más distantes y personas que no tengan parentesco con el testador, con tipos entre el 58% y el 84%. A las anteriores se suma una octava tarifa que da cuerpo al gravamen especial sobre las adquisiciones gratuitas superiores a diez millones de pesetas, con subescalas en función de los parentescos antes mentados y del concreto importe en que la porción hereditaria exceda de los diez millones de pesetas. Junto a ello, hay que añadir que bajo esta normativa se aplica un recargo en las sucesiones abintestato adquiridas por parientes colaterales en tercer o cuarto grado del causante; tratamiento conocido en etapas anteriores, como se ha visto.

Hasta la entrada en vigor de la vigente Ley del ISD (Ley 29/1987) permanece en vigor el Texto Refundido de 1967, junto con el Reglamento para el desarrollo de la Ley de los Impuestos sobre Derechos Reales y sobre transmisión de bienes de 21 de enero de 1958, aprobado por el Decreto 176/1959, de 15 de enero. Aun no estando exentos de problemas interpretativos y de soluciones cuestionables desde el punto de vista de las técnicas tributa-

rias y de la justicia material, ambos textos son exponente de un elevado grado de perfección técnica y precisión, así como ejemplo (con sus excepciones) de coordinación entre el Derecho Civil y el Derecho Tributario.

En 1977, el consenso alcanzado entre el Presidente y miembros del Gobierno con los representantes de los grupos parlamentarios del Congreso se plasma en los denominados Acuerdos de la Moncloa, que tienen una referencia a la figura tributaria examinada en el apartado II (reforma fiscal) del documento aprobado el 27 de octubre de 1977: «*El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se estructurará en un texto más simple y quedará coordinado con el Impuesto sobre el Patrimonio, remitiéndose al texto regulador del mismo en lo referente a las valoraciones.*»

El envío a las Cortes de tres proyectos de ley, relativos a los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas, Patrimonio y Sucesiones y Donaciones, fue concebido por el Gobierno como un intento serio para transformar en profundidad el sistema tributario. En efecto, aprobada que fue la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal como primera ley democrática de las Cortes Constituyentes, meses después se presenta en el Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 11 de enero de 1978, que finalmente resultó caducado.

El Proyecto fue defendido por el entonces Ministro de Hacienda (señor FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ) en una Comisión de Hacienda recién constituida que se estrena, nada más y nada menos, que con la reforma fiscal. La exposición de motivos del Proyecto de Ley subraya que «*la finalidad del Impuesto es marcadamente social, contribuyendo a la redistribución de la riqueza, al decretarse en cada adquisición gratuita un porcentaje de la misma en favor del Tesoro Público*»². En esta etapa no se defiende en modo alguno la supresión del ISD; hay desacuerdos puntuales de los grupos parlamentarios sobre sus contenidos, pero no se cuestiona la legitimidad de esta figura tributaria y el papel que había de cumplir³.

Finalmente, en 1987, siendo Ministro de Economía y Hacienda el señor SOLCHAGA CATALÁN, se presenta el Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sucesiones y donaciones. Al defender en nombre del Gobierno el texto proyectado, el Ministro señala en el Congreso que representa «un paso importante en la modernización y racionalidad de nuestro sistema tributario, que debe contar con un impuesto específico que grave todas las adquisiciones patrimoniales a título gratuito, que quedan fuera del ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». En este sentido, precisa:

«(...) el impuesto sobre sucesiones y donaciones aparece en todos los sistemas tributarios modernos, no respondiendo ya su mantenimiento a las finalidades a que obedecía su origen a finales del siglo XVIII. Más que proveerse el Estado de mayores medios económicos a través de este impuesto, de lo que se trata es de hacer recaer el gravamen sobre una adquisición sin contraprestación, que revela una capacidad económica evidente cuya imposición fiscal no puede eludirse. También se atribuye a esta imposición un marcado carácter ético al contribuir a evitar un excesivo grado de concentración y acumulación de riqueza.». En todo caso, afirma el Ministro que «se procura evitar también que el impuesto tenga carácter confiscatorio para dejar a salvo el principio de reconocimiento de la propiedad privada y mantener el necesario estímulo al ahorro individual», insistiendo después en que las facultades de tipo recaudatorio del impuesto quedan relegadas a un segundo lugar, sin perjuicio de lo cual se actualizan las tarifas diseñadas en la reforma del 64, al entenderse que no respondían a la situación económico-social de España en ese momento (Diario de Sesiones núm. 42, de 1 de abril de 1987).

Es verdad que con motivo de dicho Proyecto, que dio lugar a la vigente Ley 29/1987, se suscitan duros debates y fuertes críticas, pero no por la existencia misma del ISD, entonces asumida como justificada por los grupos políticos, sino, fundamentalmente, por la introducción del coeficiente multiplicador en función del patrimonio previo del adquirente, la

modulación de las reducciones por razón de la edad, la inseguridad jurídica en el proceso de determinación de la base imponible, supresión del trato favorable de los seguros de vida, falta de atención a la transmisión de la pequeña y mediana empresa, respecto de la que se pedían beneficios fiscales, etc. En efecto, significativa es la posición del CDS, COALICIÓN POPULAR, Agrupación del PDP y Agrupación del Partido Liberal. El primero reconoce «la necesidad incuestionable de un impuesto sobre sucesiones y donaciones a pesar de la escasa importancia recaudatoria que el mismo tiene»⁴. El segundo destaca la importancia del proyecto, añadiendo que, naturalmente, debe contemplarse en el marco del sistema tributario vigente, constituyendo una figura más del mismo con el que lógicamente ha de ser coherente. El tercero comienza mostrando su acuerdo con el señor Ministro respecto de la necesidad de renovar el viejo Impuesto de Sucesiones. Por su parte, la representación de la Agrupación del Partido Liberal muestra su convencimiento de que la reforma fiscal iniciada en 1977 debe culminarse ya, siendo el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, de la que nos ocupamos en el siguiente apartado.

C) SÍNTESIS

Para terminar este apartado, a modo de recapitulación, subrayamos que del análisis con rumbo predeterminado que hemos realizado de los antecedentes históricos del ISD se extraen importantes conocimientos: la cuantía de la transmisión lucrativa, el grado de parentesco entre transmitente y adquirente y, frecuentemente, el origen testado o intestado de la sucesión, la institución a título universal o particular y la naturaleza de los bienes y de-

rechos transmitidos constituyen factores que han estado muy presentes en la conformación de las sucesivas reformas. Tales elementos son constante centro de atención de las disposiciones examinadas, que adquieren distintas configuraciones según la concreta ponderación de estos parámetros, sobre todo en el caso de los dos primeros citados que siempre han sido el eje de la imposición sobre las sucesiones. La diferenciación entre hijos naturales reconocidos y no reconocidos es palpable también en una larguísima etapa histórica. Hay que notar también que, sin perder la sustantividad propia, la tributación de los legados, herencias y donaciones aparece en diversas ocasiones regulada en un texto que también da cabida a gravámenes sobre transmisiones onerosas. Además, normativamente o de facto, por razones prácticas, el gravamen se concentra sobre las transmisiones lucrativas inmobiliarias, concurriendo notables niveles de fraude ante los defectuosos instrumentos de control. En cuanto a los tipos de gravamen, una buena parte del largo período examinado acusa la utilización de tipos proporcionales, hasta su sustitución por tarifas progresivas.

3. PRESENTE DEL ISD

Comenzamos por exponer las principales características que, desde la óptica que aquí importa, presenta la vigente legislación del ISD.

A) PRINCIPALES RASGOS DE LA LEY 29/1987

La entrada en vigor de la vigente Ley del ISD, supuso importantes novedades. Para comenzar, el Impuesto estudiado es configurado como tributo que cierra la imposición directa y concebido con carácter complementario del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y coordinado con el Impuesto sobre el Patrimonio en diferentes extremos. El Impuesto así definido, grava las adquisiciones gratuitas de las personas físicas, tanto *mortis causa*, como

por actos *inter vivos*. Junto a ellas se someten a tributación las adquisiciones realizadas por los beneficiarios de pólizas de seguros sobre la vida. Siendo las personas físicas los únicos sujetos posibles del ISD, las transmisiones gratuitas que se producen a favor de sociedades y demás entidades jurídicas se someten al Impuesto sobre Sociedades.

Dicho esto, hay que hacer notar que con la Ley 29/1987 se afianza la progresividad del tributo, y en este sentido la propia exposición de motivos destaca que la mayor novedad de la LISD viene dada por la tarifa, en la que se recogen avances técnicos para conseguir «la progresividad y una mejor distribución de la carga fiscal, acentuándose de esta forma la función social que persigue este impuesto». La técnica elegida consiste en el establecimiento de una tarifa progresiva en función de la cuantía neta de la adquisición individual; tarifa única con tipos progresivos que opera para todo tipo de adquirentes, sustituyendo a las siete existentes en la legislación anterior (TR de 1967).

La tarifa única se distribuye en distintos escalones por tramos de base, es decir, en función de la cuantía de la base liquidable, con independencia del parentesco o vínculo que pueda existir con el transmitente. Pero no se piense que con ello desaparece una de las constantes históricas del ISD. En absoluto, no es sólo el importe de la adquisición lucrativa el que determina el impuesto debido, sino también, y de manera muy determinante, el parentesco, junto con otras circunstancias como la edad y la eventual discapacidad del adquirente. En efecto, tratándose adquisiciones *mortis causa*, dos son los mecanismos elegidos para modular la deuda tributaria en función del grupo de parientes al que se pertenece: las reducciones de base imponible y los coeficientes multiplicadores de la cuota íntegra.

a) Breve referencia a las reducciones por parentesco, edad y discapacidad

El legislador (art. 20 LISD) ha contemplado reducciones fijas o variables de la base im-

ponible en función de parentesco y la edad, que en la actualidad presentan el siguiente contenido:

- Grupo I: adquisiciones por descendientes y adoptados menores de veintiún años: 15.956,87 euros, más 3.990,72 euros por cada año menos de veintiuno que tenga el causahabiente, sin que la reducción pueda exceder de 47.858,59 euros. Como puede verse, esta técnica de «mínimos exentos» en forma de reducciones, tiene en cuenta en este grupo parental la menor edad del adquirente para incrementar la reducción, «por entender que la ley debe tener en cuenta las situaciones de mayor desamparo económico» (así se justifica en la exposición de motivos de la Ley 29/1987).

- Grupo II: adquisiciones por descendientes y adoptados de veintiuno o más años, cónyuges, ascendientes y adoptantes: 15.956,87 euros.

- Grupo III: adquisiciones por colaterales de segundo y tercer grado, ascendientes y descendientes por afinidad: 7.993,46 euros.

- Grupo IV: en las adquisiciones por colaterales de cuarto grado, grados más distantes y extraños, no habrá lugar a reducción.

Sin menoscabo de la reducción que, en su caso, pueda corresponder por parentesco, se prevé una reducción de 47.858,59 euros para las personas que tengan la consideración legal de minusválidos, con un grado de discapacidad igual o superior al 33% e inferior al 65%. La reducción se incrementa hasta 150.253,03 euros para aquellas personas que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 65%.

Sin contar otras especialidades en materia de aplazamientos y fraccionamientos, el parentesco vuelve a jugar con independencia de las reducciones anteriores, como presupuesto para aplicar una reducción del 100%, con un límite de 9.195,49 euros, a las cantidades percibidas por los beneficiarios de contratos de seguros sobre vida, pues se exige que éstos sean cónyuges, ascendientes, descendientes, adoptantes o adoptados con respecto al contratante fallecido.

Además de las anteriores, la normativa estatal contempla una reducción del 95% del valor de la base imponible imputable a la adquisición de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo.

Ese mismo porcentaje de reducción, con el límite de 122.606,47 euros para cada sujeto pasivo y con el requisito de permanencia señalado anteriormente, opera en las adquisiciones *mortis causa* de la vivienda habitual de la persona fallecida, siempre que el causahabiente sea cónyuge, ascendiente o descendiente de aquél, o bien pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento.

Pero el parentesco no sólo opera en estos beneficios fiscales concebidos a modo de reducciones de base imponible; el legislador ha concebido otra manera de obsequiar lo que aquí y en la práctica totalidad de los países donde existe un tributo similar sobre las sucesiones y donaciones es de esencia al cuantificar la deuda tributaria. El propio legislador confiesa que para acentuar, después, la progresividad que resulta de la simple aplicación de la tarifa y adaptarla, según el criterio tradicional, al grado de parentesco, la Ley dispone la aplicación de unos coeficientes multiplicadores (art. 22 LISD) que son distintos para cada uno de los grupos que establece, aunque sobre ellos influye también el patrimonio preexistente del adquirente. Así, por poner un ejemplo, una transmisión hereditaria a favor de un hermano, aunque éste careciera de patrimonio previo, llevaría a multiplicar la cuota íntegra por un coeficiente de 1,5882. Y si se trata de un extraño el coeficiente multiplicador es 2, aunque el adquirente fuese pobre de solemnidad hasta ese momento. Se «penaliza», pues la ausencia o lejanía de parentescos y se dulcifica la deuda

cuando el parentesco es más próximo (un adquirente de los grupos I y II citados no vería incrementada su cuota íntegra, al ser 1 el coeficiente multiplicador cuando el patrimonio previo se mantiene en un tramo fiscalmente irrelevante). Si el patrimonio preexistente del adquirente es de cierta importancia, el coeficiente se incrementa ligeramente (calificativo que emplea el propio legislador).

b) Fragmentación de la normativa del ISD: aparición del «localismo jurídico» en la tributación de las transmisiones lucrativas

Probablemente ha sido un gran desacuerdo del legislador estatal propiciar la fragmentación de regulación tributaria de las herencias en aspectos sustantivos cruciales para la percepción que los ciudadanos tienen del ISD. Sabido es que el establecimiento de regímenes jurídicos diferenciados es consecuencia del ejercicio de la autonomía y que la igualdad no siempre significa uniformidad, pero lo cierto es que nos encontramos ante un tributo con un alto valor simbólico, que se proyecta sobre una institución sometida a la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil (art. 149.1.8.^a CE), excepción hecha de las especialidades forales.

Es verdad que no hay verdadera corresponsabilidad fiscal sin un margen de acción en lo normativo, como también es cierto que, en términos generales, el significado del principio de los artículos 2, 31.1, 128, 131.1, 138.2 y 139.2 de la Constitución puede y debe armonizarse con el de la autonomía financiera, permitiéndose *«la coexistencia de una diversidad territorial que admite un importante campo competencial de las Comunidades Autónomas»* (FJ 11 STC 96/2002).

Pero la doctrina anterior no significa que el principio de corresponsabilidad y su perfil normativo tengan que hacerse efectivos sobre todos y cada uno de los tributos cedidos, ni demanda la misma intensidad en cada figura tributaria concernida. Sobre esta premisa, urge reflexionar sobre el papel que corresponde al

Estado, como titular del tributo analizado y responsable último del mantenimiento de unas posiciones de igualdad básicas, necesarias en general para que pueda hablarse de un auténtico sistema tributario (STC 6/1983; 19/1987; 181/1988 y 116/1994). Es por ello que debemos ser críticos con el alcance y las imprecisiones que se evidencian en la regulación de la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en el ISD, y mucho más aún con el entendimiento expansivo que se ha hecho tal capacidad, que ha puesto en peligro no ya el aseguramiento de una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales (FJ 10 STC 37/1987; STC 150/1990), sino la pervivencia misma de este tributo, al haber propiciado una dinámica similar a que en Australia y Canadá dio lugar a la desaparición del tributo, motivada por la competencia fiscal entre los diversos territorios.

Concretamente, en nuestro país, tras modificarse la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (por medio de la Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre) para hacer posible la articulación del vigente sistema de financiación régimen común, regulado en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, se faculta a las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) para actuar sobre importantes parámetros del ISD⁵. La modificación de la tarifa del Impuesto, la introducción de mejoras en las reducciones estatales o la configuración de nuevas reducciones de la base imponible, la modificación de los coeficientes multiplicadores para el cálculo de la cuota tributaria y de los tramos de patrimonio preexistente objeto de consideración; la creación de deducciones y bonificaciones de la cuota y la regulación de determinados aspectos relativos a la gestión y liquidación del ISD se pone en manos de las CCAA.

Esta capacidad se plasma en el artículo 40 de la Ley 21/2001, pero también algunos condicionantes que a menudo no han sido respetados; o sencillamente han sido ignorados. Así, se han creado reducciones sin que «*respondan a circunstancias de carácter económico o social propias de la Comunidad Autónoma*», como

exige la última norma citada. El concepto de aspectos de gestión y liquidación se ha entendido en un sentido maximalista, penetrando las modificaciones en elementos sustantivos de gran trascendencia. Por otro lado, la introducción de tales modificaciones en las leyes autonómicas de acompañamiento ha producido un resultado de dispersión, que en algún caso se ha tratado de corregir aprobando una Ley autonómica del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que no dispensa al operador jurídico de la integración con la Ley estatal del ISD.

Las deficiencias o «insuficiencias» de regulación estatal en la bonificación por transmisión *mortis causa* de empresas o negocios se han tratado de suplir por algunas CCAA de diversos modos: se efectúan precisiones sobre los requisitos necesarios para gozar de ese beneficio fiscal, se amplían los porcentajes de bonificación, se reducen plazos de permanencia de lo adquirido, etc.

El argumento de los agravios comparativos ha ido cobrando fuerza año tras año, y algunas Comunidades Autónomas se ven llevadas por esta corriente y en cierto modo forzadas a reformar, reconociendo que ante esta avalancha de modificaciones les queda poco margen de maniobra⁶. En esa carrera todos actúan mirando de reojo al velocista de la calle de la izquierda y al de la derecha, porque no se quiere llegar el último a la meta. Pero ¿qué meta, cuál es la meta última que tiene hoy la tributación de las transmisiones lucrativas?

Tengo para mí que este desbordamiento normativo, que empieza a adquirir tintes propios del localismo jurídico medieval que aprendimos de la mano de LALINDE ABADÍA, está en el origen o por lo menos ha avivado la polémica sobre la supresión del ISD. Todos en la corriente del río que nos lleva; todos en la carrera emprendida por determinadas CCAA para evitar la «competencia fiscal» de las demás e hipotéticos traslados de sus residentes a Comunidades vecinas en busca de quien ofrezca la mejor tributación.

Como no nos podemos detener en el análisis de cada una de las medidas adoptadas por

las CCAA, bastará con decir que, en comparación con la Ley 29/1987, ya existen notables incrementos de los beneficios fiscales, habiéndose mejorado sensiblemente el tratamiento de las transmisiones hereditarias a favor de hijos o cónyuges, pero con sustanciales diferencias entre unas y otras CCAA.

4. FUTURO DEL ISD

Cualquier posicionamiento sobre el futuro del ISD pasa ineludiblemente por el repaso crítico de las garantías y principios constitucionales relativos a las instituciones involucradas en el fenómeno sucesorio, como también por el análisis de las fundadas argumentaciones que en ocasiones ofrecen los detractores de esta figura tributaria.

A) LA NECESIDAD DE ENTENDER EL ISD A LA LUZ DE LA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD Y DE LA HERENCIA Y BAJO EL PRISMA DE OTRAS INSTITUCIONES CIVILES

La tutela constitucional de la propiedad privada y la herencia (art. 33.1 CE) y del matrimonio (art. 32 CE); la protección social de la familia y de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación (art. 39 CE); la libertad de empresa (art. 38 CE), el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), la protección de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, y de los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50) están o deben estar presentes en la regulación legal del fenómeno sucesorio junto al deber constitucional que todos tenemos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, de acuerdo con los principios que la propia Constitución consagra (art. 31). Sobre las instituciones, derechos y deberes aludidos ha de pivotar la fiscalidad de las transmisiones objeto de estudio.

Esta perspectiva de análisis apenas si está presente en la discusión sobre el ISD, pro-

blemente porque desde hace tiempo se ha vivido un apagamiento de la cuestión social de herencia, como señala LÓPEZ y LÓPEZ⁷ refiriéndose al papel que ALEXIS de TOCQUEVILLE llegó a conceder a la ordenación de esta institución. En efecto, este autor, en su conocido libro *La Democracia en América*, llega a afirmar la fascinación por una sociedad que otorga gran relevancia al principio de igualdad de oportunidades, donde las clases se confunden; las barreras se abaten; se dividen los dominios... En este sentido manifiesta TOCQUEVILLE su sorpresa por el hecho de que ni los publicistas antiguos ni los modernos hayan atribuido a las leyes sobre las sucesiones una mayor influencia en la marcha de los asuntos humanos. Es cierto, dice el citado autor, que esas leyes pertenecen al orden civil, pero «deberían estar colocadas a la cabeza de las instituciones políticas, porque influyen increíblemente sobre el estado social de los pueblos, cuyas leyes políticas no son sino su expresión...»⁸

B) ¿ES EL ISD ALGO MÁS QUE UN IMPUESTO?

El artículo 33.1 de la Constitución Española de 1978 reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, precisando inmediatamente que «*la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes*». El significado de este precepto, abre nuevas perspectivas de análisis que no han sido objeto de consideración en el debate planteado sobre la posible supresión del ISD.

Confirmando la tesis del maestro SAINZ DE BUJANDA sobre el Derecho Financiero como parte de un único universo jurídico, la lectura de un conocido trabajo del profesor LÓPEZ y LÓPEZ sobre la garantía institucional de la herencia resulta de gran interés por aportar una visión enriquecedora y sugestiva de cara a una relectura del fenómeno sucesorio y a la evaluación de distintas opciones legislativas con trascendencia sobre el ISD.

En dicho trabajo se sientan importantes conclusiones extraídas del tratamiento unita-

rio que la Constitución realiza de la propiedad privada y la herencia, fundando su protección sobre la técnica de la garantía institucional. Recordando LÓPEZ Y LÓPEZ lo expuesto por la doctrina clásica en el tema (COLIN, CIMBALI, SANTORO-PASSARELI, entre otros, como también DE LOS MOZOS y VALVERDE en la doctrina española) subraya la existencia de tres elementos, tres intereses en conflicto que han de ser armonizados en la ordenación del Derecho de sucesiones: el del individuo, en cuanto propietario que cumple actos de destinación de su patrimonio; el de su familia, en cuanto potencial titular de todo o parte del mismo, pese a o al margen de esos actos de destinación; y el del Estado, del que no se pueden olvidar las posibles razones para adquirir, también él, todo o parte de los bienes relictos. Es en este contexto de la participación del Estado en la herencia donde se sitúan en nuestra tradición jurídica diversas posibilidades, una de ellas la exacción del impuesto sucesorio, junto con la incardinación del Estado en el orden de la sucesión abintestato. Sólo de manera ocasional, precisa el profesor LÓPEZ Y LÓPEZ, se ha planteado la idea de una participación del Estado en la herencia, conjuntamente con los otros herederos, como si de un legitimario se tratase, y más allá del impuesto sucesorio. Dando por supuesto que la garantía institucional de la herencia está ligada, por un lado, al poder de disposición *mortis causa* y la correlativa libertad de testar; y a la vinculación familiar del patrimonio, por otro, que implica un derecho a la herencia de los parientes más próximos, LÓPEZ Y LÓPEZ examina el significado de la garantía institucional de la herencia a la luz de los principios del Estado social, concluyendo que «tal vez cabría avanzar la propuesta de que más allá de los descendientes y los ascendientes, y los propios cónyuges, nada impediría al legislador suprimir cualquier llamamiento forzoso, y con amplia posibilidad de configurar el *quantum*, la forma y el lugar del llamamiento», y también limitar la sucesión de los colaterales.

Es en este escenario donde históricamente se baraja la configuración del impuesto suce-

sorio, instrumentado como algo más que un impuesto, como alternativa para encauzar la participación del Estado en la herencia. En este contexto se comprenden las afirmaciones de VALVERDE, quien tras rechazar los planteamientos socialistas de abolición de la herencia y el exagerado individualismo que lleva a atribuir al Estado un papel subsidiario y residual, señala que éste no puede constreñir sus derechos sólo a las sucesiones vacantes. En su opinión, el Estado debe tener derechos en todas las sucesiones, sin perjuicio de que los tenga mayores en las herencias vacantes. Esa participación en las sucesiones, apunta VALVERDE, se materializaría bajo la forma de un «impuesto sucesoral», aunque reconoce que la función recaudatoria o fiscal que aquél se limita a cumplir, como una fuente más de riqueza que el Estado tiene para levantar las cargas que sobre él pesan, ha hecho surgir (estamos hablando de hace más cien años) la idea de abolir ese impuesto para sustituirle ventajosamente por otro medio que responda a los derechos que el Estado debe tener en toda sucesión, y que sirva como medio de que aquel cumpla sus deberes sociales, relacionados con aquellos derechos, y esta sustitución no puede hacerse más que estableciendo una legítima del Estado en toda sucesión⁹.

En efecto, por aquella época, autores como PIERNAS Y HURTADO argumentan a favor de la supresión del gravamen sobre las herencias, negando que sirviera de manera franca y expeditiva a pretendidos fines redistributivos, los cuales podrían ser cumplidos por otras vías, «pero no mediante el impuesto, que sobre ser un recurso hipócrita, es un camino que no lleva al objeto eficaz y directamente». Y en caso de utilizarse eficazmente con el fin de transferir riqueza, argumenta dicho autor que esa exigencia no tendría ya de impuesto más que su carácter de obligatoria¹⁰.

La tesis de la participación del Estado en la herencia por vía del impuesto sobre las sucesiones se evidencia en los escritos de otros muchos autores. Decía JESÚS MARAÑÓN en su célebre obra «Impuesto de Derechos Reales» (1926:10) que esta clase de transmisiones

en las que el impuesto se funda no tanto en la cuantía como en los distintos grados de parentesco entre el causante y el heredero merece ser objeto de tributación, porque supone un incremento de patrimonio ajeno a todo riesgo. En este sentido refería que FLORA aceptaba el impuesto sobre las transmisiones lucrativas y también GIDE, fundándose en que la transmisión de bienes por motivo de muerte no es sino especie de «concesión» otorgada por el legislador al sucesor, sobre todo cuando se trata de sucesiones abintestato y entre parientes lejanos o entre extraños.

Aunque esta tesis ya no puede ser vista en semejantes términos, bueno será recordar con JESÚS MARAÑÓN que durante mucho tiempo se ha juzgado que dentro de las sucesiones legítimas sólo tienen una justificación plena, según opinión de muchos tratadistas, las que se causan entre ascendientes y descendientes o entre colaterales de segundo y tercer grado, y que fuera de estos grados es preferente el derecho del Estado a la herencia. Por eso decía que semejante creencia es un buen fundamento para el impuesto que en aquella primera mitad del siglo XX gravaba las sucesiones con una tendencia invencible a absorber la base del impuesto, manifestando, como en ninguna otra especie de imposición una tendencia socializadora. Lo mismo que expresaba DIEZ GÓMEZ (1921:695)¹¹, al concebir al impuesto sobre las sucesiones como un medio de socialización de la propiedad o de regular las desigualdades económicas, ya atribuyendo más allá de ciertos grados los bienes al Estado, ya impidiendo, con tipos rápidamente progresivos, las grandes acumulaciones de riqueza.

En esta línea BENÍTEZ DE LUGO, siguiendo la exposición de MARAÑÓN, destaca entre las notas tipificadoras del ISD la consideración de parentesco como elemento fundamental a la hora de fijar la deuda tributaria, afirmando que de esta nota se deduce que el Estado debe aumentar su participación en la herencia «por medio del Impuesto, a medida que los parientes del causante ostenten un menor derecho, o un derecho menos eficaz a la herencia. Por eso señala que «las tarifas del Im-

puesto se agravan en relación directa a la menor proximidad del parentesco» (1992: 73).

Si se pierde de vista esta perspectiva, si se ignora el curso que durante siglos ha seguido este tributo y su dependencia con respecto a la conformación que en distintas etapas históricas han adquirido las instituciones hereditaria y familiar se puede incurrir en el error de considerar que la fijación de deudas tributarias distintas para idénticas cuantías por razón de parentesco está reñida con los principios tributarios, por no adecuarse lisa y llanamente al principio de capacidad económica del heredero, legatario o donatario. En este sentido, el problema no es aceptar un uso jurídico, ni el concepto tradicional de familia, como afirma NÚÑEZ GRAÑÓN, quien señala que si a lo que se atiende en el gravamen es a la capacidad económica que se pone de manifiesto con los incrementos de patrimonio lucrativos, la relación de parentesco no debe ser tenida en cuenta, porque la misma capacidad económica reflejan dos personas que adquieren una herencia del mismo importe, sea cual sea la relación que les une con el causante¹². No obstante, ello no le lleva a considerar inconstitucional, por trato desigual de idénticas capacidades de pago, la diferencia de trato que se aplica, al considerar que está justificada en la protección a la familia. Este acercamiento final de la autora a una de las instituciones involucradas sí camina en la dirección correcta, pero la justificación va más allá, como se ha visto al aludir a los intereses presentes en la herencia y a la instrumentación del impuesto sucesorio como vía de participación de la comunidad en la herencia, en el sentido señalado por LÓPEZ y LÓPEZ.

Es verdad que siguen existiendo detractores de la doctrina de CIMBALI y otros autores sobre la participación de la colectividad en la sucesión y sobre el papel que el ISD puede jugar en la redistribución de la riqueza. Así, CORONAS I GUINART aduce que «la teoría de la redistribución de la riqueza, que es una de las aplicaciones concretas de un mal entendido principio de solidaridad, es falsa y peligrosa». Falsa, porque «en la mayoría de los casos, en

la creación del patrimonio del causante han contribuido materialmente y moralmente sus herederos». Y peligrosa, «porque la finalidad primordial del Estado no es distribuir riqueza, sino crearla»¹³. Sin embargo, esta tesis es excesivamente radical, siendo como son, y así lo reconoce el autor, posibles (y frecuentes diría yo) los supuestos en que los causahabientes no han contribuido a la formación del patrimonio transmitido o lo han hecho mínimamente.

En cualquier caso, el antiguo debate entre posiciones del liberalismo más radical y las tesis socialdemócratas está servido nuevamente un siglo después, con una notable diferencia: lo que entonces planteaban VALVERDE y otros autores carecía del respaldo que hoy proporciona la concepción del Estado social y su cristalización en una Constitución como la de 1978. Las tesis extremas del arco ideológico en torno al ISD fueron declinando en la segunda mitad del pasado siglo y al gestarse la reforma fiscal a partir de 1977 no se cuestionaba la supervivencia de este tributo, sino las líneas básicas que habían de regir su configuración. Habrá que preguntarse, pues, si tiene algún sentido plantear ahora la supresión del ISD, cuando las bases jurídico-políticas son más favorables que nunca lo han sido en nuestro país para que este tributo cumpla su función fiscal y social.

C) BREVE NOTA DE DERECHO COMPARADO

Si se examina el panorama internacional de la tributación de las sucesiones, puede afirmarse que la existencia de un impuesto sobre las transmisiones *mortis causa* y *las donaciones*, no sólo no es excepcional, sino que es la norma en la mayor parte de Europa y América. Los partidarios de la supresión ponen el ejemplo de Canadá y Australia, así como lo sucedido en Italia, Estados Unidos y Portugal, pero no atribuyen el peso debido a la presencia del impuesto en buena parte de los países de la Unión Europea¹⁴.

Es verdad que el impuesto de sucesiones fue suprimido en Australia y Canadá por un

proceso parecido al que aquí se está dando de competencia fiscal. Pero los ejemplos restantes deben ser matizados. La supresión del impuesto en Italia (Ley 383/2001) ha durado poco, al ser reintroducido nuevamente por el Decreto Ley 262/2006. En Portugal no puede hablarse de abolición, sino de sustitución por otra figura tributaria, en la que ciertamente opera la dispensa de tributación para los parientes más próximos. Pero eso es harina de otro costal y en ese sentido se ha avanzado también en la normativa española y se puede seguir haciendo hasta donde lo demanden las exigencias sociales. En Estados Unidos lo que se ha planteado en relación con el impuesto federal sobre las sucesiones es una reducción de tipos progresiva hasta el 2010 y luego una supresión temporal, que llevaría después a reintroducir el tributo¹⁵. Así que desde la óptica del Derecho comparado no parecen existir muchos argumentos a favor de la supresión del ISD.

D) REFORMA, SÍ; SUPRESIÓN, NO

Tan larga vida tiene este tributo que ha conocido períodos de fortalecimiento y de firme asentamiento, junto con otros de debilidad, languidecimiento y hasta supresiones poco duraderas. En esta nueva etapa de crisis, respeto la corriente doctrinal que aboga por la supresión del ISD o su integración en el IRPF, pero no comparto ni lo uno, ni lo otro. No, lo que el ISD necesita es, como advertíamos en la introducción, una puesta al día, una conciliación con la realidad social sobre la que está llamado a actuar.

Especialistas y profesores de gran valía por los que siento admiración han puesto sobre la mesa argumentos serios que podrían conducir a la supresión del ISD o, en su caso, a la integración en el IRPF, pero los defectos que se aducen son subsanables y las razones que se esgrimen no tienen, en mi opinión, la consistencia y fundamento necesario para avalar soluciones tan drásticas. Además, algunas de esas razones han perdido fuerza por puntuales reformas habidas en los últimos años o por la evolución de factores que no siempre pueden ser controlados por el legislador.

Autores como CORONAS I GUINART¹⁶ Y ALONSO GONZÁLEZ¹⁷ han puesto de manifiesto la existencia de problemas importantes en la configuración del tributo y su articulación con otros impuestos que recaen sobre las transmisiones lucrativas. ALONSO GONZÁLEZ llega a proponer su eliminación como solución más radical o, subsidiariamente, su inclusión en el IRPF. Refiriéndose a la vulneración de los principios de justicia deducibles de nuestra Constitución, llega a hablar de la inconstitucionalidad del impuesto. No comparto esta calificación, aunque sí existe algún precepto de la Ley 29/1987 de dudosa constitucionalidad.

En este apartado, me merecen mucho respeto las consideraciones que formula CLEMENTE CHECA en su libro «La supresión del impuesto sobre sucesiones y donaciones. Materiales para la reflexión»¹⁸. El rigor y la profundidad de análisis de que hace gala el autor en dicho libro, me llevan a compartir algunos de los argumentos que emplea, pero no la conclusión. Estoy seguro de que el mismo autor variaría hoy algunas de sus reflexiones y propuestas, a la vista de lo sucedido desde 1996. Yo comparto muchas de las críticas de CLEMENTE CHECA (entre ellas, la complejidad del ISD, la inseguridad generada por algunas de las presunciones y ficciones que incorpora y la demagogia que en ocasiones se ha utilizado al referirse a la función redistributiva y al resto de funciones que se le han pretendido asignar, así como los problemas de coordinación con otras figuras tributarias).

No sólo comparto tales críticas, sino que añado otras a la vista de la pasividad del legislador estatal y de los «excesos» que se aprecian en algunas medidas de las Comunidades Autónomas, con uso discutible de la capacidad normativa. Pero mi apuesta es reformadora y no pasa ni siquiera por la integración del ISD en el IRPF; planteamiento éste que fue descartado hace mucho tiempo por presentar más inconvenientes que ventajas, como se deduce del INFORME MEADE¹⁹, en contraposición a la opción integradora que había sido defendida en el INFORME CARTER²⁰. Tampoco me

convence la supresión a cambio de una reforma del Impuesto sobre Patrimonio que viniera a suplir la ausencia de gravamen por el ISD²¹. Como apuntan BARBERÁN LAHUERTA y MALO GUILLÉN²², es muy posible que una iniciativa de este tipo no se viera correspondida por un incremento de la importancia relativa del Impuesto sobre Patrimonio, y pronto podrían alzarse otras voces clamando contra el único impuesto progresivo que ha permanecido incólume desde la reforma tributaria emprendida en 1977.

Es probable que en las dos últimas décadas se hayan suministrado demasiados argumentos a los detractores de este tributo. La falta de respuesta del legislador estatal ante la necesidad de adaptar el ISD a los cambios sociales, la mezcla de una actitud inmovilista con decisiones timoratas o mal fundamentadas aporta serios motivos de crítica sobre el ISD, como ocurre con las insuficientes reducciones por parentesco, en comparación con otros países europeos, y con el beneficio fiscal que recae sobre la transmisión de las empresas individuales o negocios profesionales o con las participaciones en entidades exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio. Quizá sean estos aspectos los que permiten formular los más duros reproches al legislador estatal, que ha permanecido distante e indiferente a pesar de conocer los problemas generados por la aplicación de estos beneficios fiscales. Indiferente también ante el aluvión de reformas de las CCAA que han llevado de un extremo a otro, ante los efectos producidos por la «orientación jibarizadora» del ISD que se aprecia en la mayor parte de medidas aprobadas sobre el mismo por los parlamentos autonómicos en los últimos años, hasta llegar a un punto que ya ha permitido cuestionar si sigue estando justificada esta figura tributaria²³.

Diferentes argumentos manejados para apoyar su supresión son muy discutibles. Así, el que se refiere a la pérdida de recaudación resulta desmentido en el análisis que hemos podido realizar de los ejercicios 2001 a 2005, según los datos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. A pesar de los beneficios

fiscales introducidos, la recaudación se ha ido incrementado en cada uno de estos ejercicios, con alguna excepción, muy probablemente por la fuerte revalorización de los patrimonios inmobiliarios, que forman el grueso de los presentados a liquidación por el ISD.

En cuanto a los argumentos de la presencia de elementos que acentúan la inseguridad jurídica (frecuente presencia de presunciones, proceso de valoración de bienes, etc.), la excesiva complejidad del ISD y los elevados costes de gestión, siendo ciertos como son, no lo es menos que el mismo argumento puede utilizarse en relación con otros impuestos de nuestro sistema tributario y, en cualquier caso, tal constatación sugiere la necesidad de simplificar los mecanismos de gestión, reformando aquellos extremos que se estimen precisos y modificando aquellos puntos más conflictivos, de acuerdo con las técnicas del Derecho Tributario y los principios constitucionales.

Con respecto a las alegaciones del defectuoso tratamiento de la familia, escasa progresividad e injusticia del impuesto, por afectar en mayor medida a quienes no tienen capacidad de planificación fiscal, creo que esto tiene un importante fondo de verdad, y así lo he anticipado. Pero es otro defecto subsanable y reversible, además de que el alegato ha perdido buena parte de su razón en algunas Comunidades Autónomas (el problema ahora es el de la excesiva disparidad de trato). En efecto, no es posible ignorar los beneficios fiscales que las Comunidades Autónomas han introducido por su cuenta en los últimos años para transmisiones en favor de los parientes más próximos cuando no excedan de determinadas cuantías, mucho más significativos que las reducciones de base imponible de la Ley 29/1987. Por otra parte, si estos argumentos de falta de progresividad e injusticia se aducen para avalar la supresión del ISD, qué conclusiones podríamos extraer sobre otros impuestos de nuestro sistema tributario, incluido el IRPF, cuya recaudación sigue siendo soportada por las rentas del trabajo en más de un 80%, mientras que en otro tipo de rendimientos se registran niveles de fraude fiscal desconocidos en Europa.

Personalmente, estoy más cercano a las críticas y propuestas más moderadas que aprecio en trabajo de FRANCISCO Y MIGUEL ÁNGEL ADAME MARTÍNEZ, quienes constatan que muchos de los argumentos que esgrimen los detractores del ISD son rebatibles o bien asumibles en futuras reformas, sin que deban de llevar a la desaparición del impuesto²⁴. Comparto también buena parte del análisis que efectúa POZUELO MORENO, si bien no la conclusión sobre la posible integración en el IRPF²⁵.

Las soluciones pasan por un cambio de orientación en los elementos que después se dirán y por la clarificación de las cuestiones que hoy generan inseguridad en la aplicación del ISD. En este sentido, puede tomarse buena nota de los trabajos de FERNÁNDEZ JUNQUERA sobre las cuestiones de interpretación que plantea la normativa actual²⁶. Es posible modernizar el ISD atendiendo a aportaciones doctrinales importantes que se han producido en los últimos años, como la MERINO JARA en relación con los problemas actuales del impuesto²⁷.

El ISD debe plasmar con mayor acierto la interconexión que presenta con la institución hereditaria y con otras instituciones como la familia y el matrimonio, identificando los intereses en conflicto sobre los que pivota la ordenación de la sucesión, porque todo ello proporciona una visión unitaria que no puede ser eludida por la fiscalidad de las transmisiones lucrativas. Por este camino deben comenzar las reformas.

Es verdad que, en la parcela de las sucesiones, el otrora llamado Impuesto de Derechos Reales no es hoy la joya de la corona, no es, ni mucho menos, uno de los principales recursos del Tesoro, como se decía en la exposición de motivos del proyecto que dio lugar a la Ley de 2 de abril de 1900. Pero no creo que la supresión del ISD sea la solución. Actúese sobre la progresividad; a mayor complejidad, más simplificación; a menor progresividad, más atención a la cuantías adquiridas, más equilibrio en la tarifa y coeficientes multiplicadores y más adecuación a la realidad social de nuestro

tiempo, ponderando quiénes y en qué medida deben ser los destinatarios de los beneficios fiscales, tanto en la transmisiones hereditarias como en las donaciones. A ello nos referiremos seguidamente.

E) LÍNEAS DE UNA FUTURA REFORMA

Aunque en cierto modo ya se han anticipado, no me resisto a introducir unas últimas consideraciones para apuntar por dónde deberían trazarse algunas líneas fundamentales de una reforma futura de la Ley del ISD, pero para no desbordar la extensión de este trabajo me limito a aludir a los beneficios fiscales por parentesco o convivencia, a los habidos por la transmisión de empresa y otros aspectos sustantivos y de gestión, que simplemente se esbozan.

a) Reducciones por parentesco y convivencia

Aun oponiéndome a la supresión del ISD, afirmo que cosa bien distinta es que, bajo presupuestos bien meditados y en función del montante transmitido y otras circunstancias, se tienda a la eliminación de la tributación de determinadas transmisiones *mortis causa*. Entre ellas las que tienen lugar a favor de cónyuges, parejas de hecho²⁸, descendientes y ascendientes. Beneficios Fiscales que pueden extenderse con ciertas cautelas a las donaciones, porque es sencillamente incomprensible que en 2007 la normativa estatal no contemple la existencia de un mínimo exento para las transmisiones gratuitas intervivos, de manera que, por ejemplo, una donación de 300 euros a favor de un hijo obligaría a éste a declarar, autoliquidar e ingresar la correspondiente cuota tributaria o a ignorar lisa y llanamente esta obligación fiscal, que es la práctica más común, porque tal deber o no pasa por la mente del obligado o se estima absurdo y no se cumple.

En este contexto y sin llegar a extender los beneficios fiscales a cualquier clase de convivencia, habría que considerar la ampliación de

los mismos a quienes han podido estar conviviendo durante mucho tiempo con el causante, aun no tratándose del cónyuge, pareja de hecho, hijos y demás descendientes. Algunas leyes regulan ya estas situaciones de convivencia no equiparables a las uniones matrimoniales, y el legislador fiscal debería ser sensible ante este tipo de situaciones²⁹.

b) Reducciones por transmisión de empresa o negocios

La Ley del ISD debe efectuar una regulación autónoma y detallada de los beneficios fiscales por la transmisión de empresa o negocios profesionales y participaciones en entidades que desarrollen una actividad empresarial. Hay que revisar la configuración de estas reducciones en consonancia con el fundamento de este tributo.

Muy criticable es, en este sentido, la regulación actual, en la que el legislador tiene un pronto deber de despejar las dudas que él mismo ha creado, modificando, en su caso, los presupuestos sustantivos que condicionan la adquisición o el mantenimiento del beneficio fiscal.

Al señalar esto censuramos, como no puede ser de otro modo, la defectuosa configuración de las reducciones en el artículo 20 de la LISD desde 1996, porque no se han sabido resolver diversas e importantes cuestiones, concordando las soluciones con los elementos estructurales del ISD. Significativo es, a este respecto, el análisis de PÉREZ FADÓN en 1999, hace ya ocho años³⁰, y el que realizan TORRES CONEJO y REPISO LOPEZ³¹. Problemas que hoy siguen estando en el aire y para los que los liquidadores del ISD sólo tienen unas referencias mínimas suministradas por una resolución de la Dirección General de Tributos (R. 2/1999, de 23 de marzo), lo que no resulta de recibo teniendo en cuenta las exigencias del principio de reserva de ley en materia tributaria.

El entendimiento que está haciendo la Administración sobre cómo se ha de computar el requisito de que los rendimientos empresariales constituyan la mayor fuente de renta del trans-

mitente está llevando a resultados absurdos, como el que se produce, por poner un ejemplo, cuando un empresario que lleva muchos años ejerciendo la actividad empresarial fallece al comienzo de un ejercicio económico, cuando todavía no ha podido obtener rendimientos empresariales en el mismo (o los ha obtenido en escasa cuantía), ya por razón de las características de la actividad (piénsese, por ejemplo, en determinados productos que sólo pueden ponerse en el mercado cuando la naturaleza lo permite), ya por una coyuntura desfavorable, o por decisiones netamente empresariales, que se adoptan sin pensar en ningún momento que podría sobrevenir una muerte inmediata.

Se trata de un defectuoso entendimiento, de exigir lo que en modo alguno viene exigido por el beneficio fiscal consagrado en el artículo 20 de la LISD; la mezcla de elementos de un impuesto de devengo instantáneo como el ISD, con otros pertenecientes a un impuesto de naturaleza periódica como el IRPF y con un período quebrado que abarca desde el 1 de enero hasta la fecha de fallecimiento, puede acarrear que sea el cómputo de la renta de unos meses (o de unos días) el que decida cuándo hay una actividad empresarial digna de consideración como tal para aplicar la reducción en cuestión. Esto es sencillamente ilógico, irrazonable; una fatalidad no puede ocasionar este despropósito, privando del beneficio fiscal a las transmisiones más merecedoras del mismo, donde frecuentemente se puede acreditar la continuidad y regularidad en el ejercicio de la actividad empresarial del causante y el requisito de constituir ésta su principal fuente de renta durante muchos años, pero no en el corto período quebrado generado por el fallecimiento.

En cambio, la rápida constitución de una empresa donde no la había, en previsión de una muerte que se ve venir, y la multiplicación de operaciones en apenas unos días dentro un período quebrado que se adivina corto, hace nacer un beneficio fiscal que prácticamente exime de tributación a un patrimonio empresarial recién estrenado.

Todo esto tiene corrección con la vigente Ley del ISD, y en este sentido bastaría con in-

terpretar que el requisito debe cumplirse en el período de un año anterior al fallecimiento del causante. Pero no se ha entendido así, porque el espacio dejado por la Ley para la precisión reglamentaria del beneficio fiscal no se ha llenado, ni se ha impuesto el sentido común en la interpretación, sino que ha imperado un criterio administrativo que es absolutamente inconsistente con el fundamento de este beneficio fiscal, que tiene origen en el Derecho Comunitario. Concretamente, en una Recomendación de la Comisión de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de pequeñas y medianas³², que invita a los Estados miembros a garantizar el éxito de la transmisión familiar, evitando que los impuestos que gravan la sucesión y la donación pongan en peligro la supervivencia de la empresa.

c) Otros aspectos sustantivos y formales merecedores de reforma

Entrados en el siglo XXI, lo que el ISD precisa es la modificación de elementos que necesitan ser clarificados en aras de la seguridad jurídica o presentan serios desajustes con los modernos principios tributarios.

Sobre todo hay que revisar la configuración de los beneficios fiscales, en consonancia con el fundamento de este tributo. Naturalmente, la propia disciplina constitucional en torno a la propiedad y a la herencia, la obligada protección de la familia, los principios de respeto y amparo de la empresa, el deber de procurar el acceso a la vivienda y otros de similar calado, como la protección de las personas discapacitadas, mayores, menores, etc., invitan a repensar los beneficios fiscales en el ISD. Prediquemos con el ejemplo, porque hoy son abundantes las referencias a dichos bienes tutelados, no sólo en la Constitución, sino también en Estatutos resultantes del proceso de reformas en el que estamos inmersos.

Hay que precisar y, en su caso, corregir (pronto) el sentido y alcance de la capacidad normativa que en este terreno ostentan las Comunidades Autónomas desde hace pocos años, porque el fenómeno de los agravios y de

la competencia fiscal se ha originado en algunos casos ejerciendo facultades normativas que no se atienen a la *ratio* y a los condicionantes de la Ley 21/2001.

Asimismo, habría que modificar algunos preceptos del ISD tributarios de reminiscencias históricas basadas en una distinta concepción de la relación jurídico-tributaria y, particularmente, en la desconfianza sobre determinadas transmisiones por razón de vínculos de parentesco u otras circunstancias. Se debe actuar mejorando la regulación de las presunciones destinadas a proteger los intereses de la Hacienda Pública y evitar el fraude fiscal. En esta situación se encuentran las que se refieren a hechos imposables (art. 4 LISD) o a la adición de bienes al caudal hereditario (art. 11 LISD).

Se debe proceder a una distinta regulación de las deudas deducibles, teniendo en cuenta que en algún punto resulta de suma restricción e incompatible con los postulados constitucionales. Efectivamente, no me detengo en ello porque un examen detenido del tema desbordaría claramente el objeto de este artículo, pero sí he de apuntar que el impedir la deducción de *«las deudas que lo fuesen a favor de los herederos o de los legatarios de parte alícuota y de los cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos de aquéllos aunque renuncien a la herencia»*, sin posibilidad de prueba sobre su veracidad, justifica que el inciso en el que tal prevención se contiene (art. 13.1 LISD) pueda ser calificado como inconstitucional.

Es necesario también simplificar al máximo la gestión e inspección del ISD, reduciendo los costes indirectos para los contribuyentes. Es cierto que se han dado algunos pasos en lo que concierne a la valoración de los bienes transmitidos, con mucho el trámite que más ha complicado la aplicación del tributo en los últimos años y ha dado lugar a una elevada litigiosidad, teniendo en cuenta la trascendencia del valor obtenido, en el seno del ISD y fuera de él. En este punto se ha avanzado con la adopción del medio de valoración consistente en la multiplicación del valor catastral por un determinado coeficiente, en función de la situación de los bienes y de los estudios de mercado. La valoración

hecha a *forfait* en detrimento de la valoración singularizada y presencial supone una simplificación que indudable agiliza el procedimiento de comprobación. Si los estudios previos que sirven de base a la fijación de coeficientes son razonables, su aceptación llevará a evitar reclamaciones en vía administrativa y recursos contencioso-administrativos que se eternizan. Pero también es necesaria una cierta flexibilidad, a fin de tratar por otra vía valoraciones de bienes con circunstancias particulares que no se ajustan al procedimiento antes descrito.

Un aspecto importante al que se debe atender es el relativo a la introducción de la declaración por medios telemáticos. En cuanto a la autoliquidación, la implantación de ésta se ha hecho depender de cada una de las Comunidades a las que corresponde el ISD, como tributo cedido que es. Quien conoce la complejidad técnica que presenta la liquidación de una herencia, sabrá bien por qué el legislador de 1987 consideró la autoliquidación como una opción que podría materializarse frente a la simple declaración tributaria, comprensiva de los hechos imposables producidos, donde se precisa y prueba la fecha de defunción, se relacionan y describen los bienes objeto de transmisión y las cargas y deudas deducibles, con sus respectivos justificantes, así como las circunstancias personales de los herederos y el patrimonio preexistente de éstos, para que la Administración pueda liquidar con arreglo a título regulador de la sucesión. Apostar por la autoliquidación obligatoria como han hecho algunas Comunidades responde a una ilusión, a un espejismo, porque los contribuyentes no suelen estar capacitados para practicar las operaciones necesarias para determinar el importe de la deuda tributaria y acompañar el documento o declaración en el que se contenga o se constate el hecho imponible.

En fin, bueno sería, en este mismo plano, ampliar el plazo seis meses con que cuentan los causahabientes para la declaración, que aunque pueda parecer generoso se queda corto en muchas ocasiones y obliga a recurrir a la prórroga cuando ello es posible. En otros países el plazo llega hasta los doce meses.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. BARBERÁN LAHUERTA, M.A., y MALO GUILÉN, J.L.: “pensamiento financiero español e impuestos sucesorios; documento de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales y Financieros, noviembre de 2005.
 - BENÍTEZ DE LUGO GUILLÉN, FÉLIX: “Evolución histórica de los impuestos sobre las sucesiones y sobre las transmisiones y actos jurídicos documentados”, *Hacienda Pública Española*, núm. 2, 1970. Asimismo en *El Impuesto sobre las Sucesiones y sobre las Donaciones*, editorial Comares, Granada, 1992.
 - CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, B.: *Comentarios a la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1988.
 - PEÑA ALONSO, J.L.: *Las adquisiciones por herencia y donación sujetas al impuesto sobre sucesiones y donaciones*; Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 20 y ss.
 - PESET, M.: “El Impuesto sobre Sucesiones en nuestra Historia”, *Palau* 14, 1987.
 - RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, L.: “Algunas notas en torno a la lex de vicesima hereditarium”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, vol. XXVIII, 1981, pp. 213 a 246. También en “Notas en torno a la *Lex iulia de vicesima hereditarium*”, *Memorias de Historia Antigua*, 1979, vol. 3, pp. 199 a 216.
2. La exposición de motivos del Proyecto de Ley de 1978 precisa que “la finalidad redistributiva se acentúa al haberse incorporado a las tarifas un nuevo e importante criterio de progresividad, cual es el de la consideración del haber existente en el patrimonio del adquirente con anterioridad a la incidencia del hecho imponible del Impuesto, manteniéndose los dos principios que inspiraban la anterior escala de gravamen, a saber, la cuantía de la adquisición patrimonial y el grado de parentesco entre transmitente y adquirente”. Elementos que reaparecen en el Proyecto de Ley de 1987.
3. Así, si se consulta el Diario de Sesiones del Congreso (v. núm. 14, de 9 de febrero de 1978) se pueden encontrar afirmaciones como las que realiza el señor TAMAMES GOMEZ, al advertir que la reforma fiscal —en la que se incluye el ISD— era prácticamente de todo el arco parlamentario y no sólo del Gobierno, coincidiendo que debía existir “una mayor progresividad para las líneas no troncales de sucesiones, que son rentas absolutamente no ganadas ni siquiera en relación con una generación inmediata y próxima en todos los aspectos”. La referencia al Derecho comparado (Inglaterra y Alemania) sirve entonces para justificar el ISD.
4. Esto señala desde posiciones centristas (Grupo CDS) el señor RIOBOO ALMANZOR: “Reconociendo nuestra Constitución el derecho a la propiedad privada, ello no es obstáculo para establecer instrumentos que eviten una excesiva acumulación de riqueza, favoreciendo la redistribución de la misma. No hay, por tanto, problema de constitucionalidad que impida la existencia de un impuesto tendente a disminuir las desigualdades de riqueza que se dan en nuestra sociedad.”
5. Sobre este tema puede verse el artículo de GARCÍA GÓMEZ, A. y BARBERÁN LA HUERTA, M.A.: “El impuesto sobre sucesiones y donaciones desde la perspectiva autonómica: competencias normativas y corresponsabilidad fiscal”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Gobierno de Aragón, n. 22, junio del 2003, pp. 231-257. También es de interés el trabajo de PEÑA ALONSO, J.L.: “El ejercicio competencial de las Comunidades Autónomas en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: un debate abierto”, en *La reforma de los estatutos de autonomía*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2003, pp. 507-580.
6. Significativas son las medidas emprendidas por Cantabria ante el distinto trato fiscal de las transmisiones lucrativas en las Comunidades vecinas de Navarra y del País Vasco. La percepción de estas iniciativas ha sido a veces criticada y aplaudida en otras. Éste es el caso del trabajo de RUBIO PILARTE, I., titulado: “Cantabria un ejemplo a seguir: tributación de las herencias en Cantabria en el 2003”, *Boletín Quantor Fiscal*.
7. LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: “La garantía institucional de la herencia”, *Constitución y Derecho Privado*, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 29 a 62.
8. TOCQUEVILLE, ALEXIS de: *La democracia en América*, 1835; consultamos la edición de Alianza Editorial, pp. 37, 87 y ss.
9. Las consideraciones citadas de CALIXTO VALVERDE aparecen en 1904, en su estudio sobre “El Estado y las sucesiones” *Rev. Gen. Leg. Jur.*, tomo 105, pp. 526-537. Tomamos las citas del artículo de LÓPEZ Y LÓPEZ, antes referido.
10. PIERNAS Y HURTADO, J.: *Tratado de hacienda pública y examen de la española*, Madrid, 1900.

11. En el apéndice II de las oposiciones de Abogados del Estado, publicado por Reus en 1921, pag. 695.
12. M.: NÚÑEZ GRAÑÓN, M.: *Las desigualdades tributarias por razones familiares y de residencia*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 124 y ss.
13. CORONAS I GUINART, J.M.: “La necesaria armonización de la imposición sobre las sucesiones”, *Quincena Fiscal*, julio de 1998.
14. Sobre este tema puede verse el trabajo de PABLOS ESCOBAR, LAURA DE: “El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en España y en la Comunidad Económica Europea”, *Hacienda Pública Española*, núm. 96, 1985.
15. V., en este sentido, la exposición de ADAME MARTÍNEZ, F.D., y ADAME MARTÍNEZ, M. A. (“La sucesión y el impuesto sobre sucesiones y donaciones”, op. cit.) sobre las distintas posturas mantenidas en Estados Unidos y el compromiso de supresión en 2010 y reintroducción del impuesto en 2011 con modificación del tipo de gravamen.
16. CORONAS I GUINART, J.M.: “La necesaria armonización de la imposición sobre las sucesiones”, *Quincena Fiscal*, julio de 1998.
17. ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: *La inconstitucionalidad del impuesto sobre sucesiones y donaciones*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2001.
18. CHECA, GONZÁLEZ, C.: *La supresión del impuesto sobre sucesiones y donaciones. Materiales para la reflexión*, editorial Marcial Pons, Madrid, 1996.
19. COMISIÓN MEADE: Estructura y reforma de la imposición directa, IEF, Madrid, versión castellana de 1980 (estudio introductorio de Emilio Albi Ibáñez).
20. INFORME CARTER (1967): Informe de la Real Comisión de Investigación sobre la fiscalidad. Versión castellana en IEF, Madrid, 1975.
21. En este sentido, puede verse la opinión de SIMÓN ACOSTA, E., en el prólogo a la obra de MERINO JARA (2001) que después se cita.
22. BARBERÁN LAHUERTA, M.A., y MALO GUILÉN, J.L.: “pensamiento financiero español e impuestos sucesorios; documento de trabajo en Instituto de Estudios Fiscales y Financieros, noviembre de 2005.
23. Todo ello, en un contexto donde se formulan ambiciosos objetivos de política social, como son los relativos a las situaciones de dependencia, que exigen muchos recursos de los que no disponen las Administraciones Públicas. Tal vez no sería descabellado plantear una afección parcial de lo recaudado a un fondo de asistencia social para que se visualice la utilidad social del ISD, como se hizo desde 1960 con el gravamen complementario entonces creado, plasmado después en el TR del Impuesto de 1967. Es probable que las Comunidades Autónomas se hayan planteado que pueden prescindir de un impuesto que antes era de importante significación en la Hacienda autonómica, porque ahora han incrementado espectacularmente la recaudación por la presencia de nuevos tributos cedidos en los que además se prevé aumentar el porcentaje de participación (IRPF e IVA, entre ellos). Es probable que el ISD pueda ser visto como una figura impositiva residual en la recaudación y de elevados costes y por eso se esté especulando con su destino. Pero tal vez habría que preguntar a los municipios si sería bienvenido el traspaso de este tributo, integrándolo debidamente con el del incremento de valor de los terrenos, que junto con otros podría ayudar a aliviar la asfixia económica en la que encuentran.
24. ADAME MARTÍNEZ, F.D., y ADAME MARTÍNEZ, M. A.: “La sucesión y el impuesto sobre sucesiones y donaciones: análisis de los argumentos a favor y en contra de su posible supresión”, *Alcabala*, Revista de Hacienda Pública de Andalucía, Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, núm. 31 (1/2003); pp. 91 a 141.
25. La posición de POZUELO MORENO, J.M., se plasma en su tesis doctoral (inérita) sobre las sustituciones fideicomisarias y su tratamiento en el Impuesto sobre Sucesiones, leída en la Facultad de Derecho de Córdoba en 2004.
26. FERNÁNDEZ JUNQUERA, M.: El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: cuestiones de interpretación, *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, núm. 130, abril-junio de 2006; pp. 255-278.

27. MERINO JARA, I.: *Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (problemas actuales)*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
28. Una distinta percepción social ha llevado a la equiparación del tratamiento fiscal de los cónyuges con el de las parejas de hecho inscritas en los registros creados por las Comunidades Autónomas. Anteriormente, se había suscitado el tema en los tribunales cuando aún no existía respaldo legal a favor de la solución equiparadora. Sobre este tema puede verse el trabajo de BAYONA GIMÉNEZ, J.: “Las uniones de hecho en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: (comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de julio de 1996)”, *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, núm. 93, 1997; pp. 129-140.
29. Hace tiempo hemos conocido el caso de dos hermanas solteras en el Reino Unido, que piden el mismo trato fiscal en la sucesión que las uniones de hecho.
30. PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J.: “Las nuevas reducciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones”, *Tribuna Fiscal*, núm. 104, 1999.
31. TORRES CONEJO, C., Y REPISO LÓPEZ, F.: “Beneficios fiscales en los impuestos sobre el Patrimonio y sobre Sucesiones y Donaciones de la empresa familiar y vivienda habitual”, *Alcabala, Revista de Hacienda Pública de Andalucía*, Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, núm. 26, 1999, pp. 41-72.
32. Aparece en el Diario Oficial, Serie L, n.º 385, de 31 de diciembre de 1994.

Fecha de recepción de originales: 3 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 29 de mayo de 2007.

RESUMEN

Este artículo expone la relevancia que tiene la obra de Hannah Arendt para comprender los problemas de las sociedades contemporáneas. Se centra en explicar los análisis de Arendt en “Los orígenes del totalitarismo”. En esa obra, la autora destacó la idea del totalitarismo como una derrota de la pluralidad humana. Analizó también la importancia de la gestión de la superfluidad de las grandes masas de población y la idea de la banalidad del mal extendida a la complicidad anónima de la población.

PALABRAS CLAVE

HANNAH ARENDT, TOTALITARISMO, PLURALIDAD, SUPERFLUIDAD, BANALIDAD DEL MAL.

ABSTRACT

This paper explains the relevance that Hannah Arendt's work has for the understanding of problems in contemporary societies. It focuses on explaining Arendt's analysis in “The Origins of Totalitarianism”. In that work, the author considered totalitarian regimes as a defeat of human plurality. She analyzed as well the management of superfluous human masses and the concept of the banality of evil extended to the anonymous complicity of population.

KEYWORDS

HANNAH ARENDT, TOTALITARIANISM, PLURALITY, SUPERFLOUSNESS, BANALITY OF EVIL.

HANNAH ARENDT: UNA MIRADA SOBRE NUESTRO PRESENTE

Cristina Sánchez Muñoz

Profesora Titular Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Madrid

La figura de Hannah Arendt no ha dejado de agrandarse en los últimos tiempos, hasta el punto de que en noviembre pasado, fecha de su centenario (Hannover, 1906-Nueva York, 1975) fue objeto de numerosos actos académicos, revisiones y reinterpretaciones de su obra. No ha cesado tampoco de aumentar la producción bibliográfica dedicada ella, ni el número de jóvenes investigadores que, con sus tesis doctorales, se adentran en sus explicaciones. Cada vez más, Arendt se ha convertido en una presencia constante en las librerías, en las citas académicas, etc. Su obra ha despertado el interés de sectores que habían mantenido una cierta distancia hacia ella, como es el caso de los recientes comentarios del iusfilósofo Jeremy Waldron.

Podemos preguntarnos, entonces, cuáles son los motivos que impulsan esta reciente fascinación hacia Arendt. En cierta medida, cabe aducir la atracción que sentimos nación por biografías como la suya, exponente de las miserias y grandezas del siglo XX: una judía alemana que se ve obligada a escapar de Alemania a Francia, y posteriormente a los Estados Unidos, país que, se abre ante ella vitalmente e intelectualmente, como una suerte de territorio prometido. Pero como todas las promesas, también presentaba sus falsas luces, y así, Arendt se involucraría en ciertos aspectos de la política estadounidense, como la crítica al maccarthysmo o a la guerra de Vietnam. Compartió, en este sentido, el destino de tantas personas de un siglo en guerras que se vieron obligadas por los totalitarismos a despla-

zarse violentamente de sus orígenes. Algunos, como su amigo Walter Benjamín, se vieron atrapados fatalmente en lo que sintieron que era un callejón sin salida, otros, como la propia Arendt, una vez que tuvo la fortuna de poder escapar, se propuso dar cuenta teóricamente de lo que había vivido. Su pensamiento, por tanto, arranca de las experiencias políticas que le tocó en suerte vivir: como refugiada, como apátrida, como espectadora de la «banalidad del mal»...fenómenos todos ellos que urgían a la *comprensión*: «La comprensión no significa negar lo que resulta afrentoso, deducir de precedentes lo que no tiene tales o explicar los fenómenos por tales analogías y generalidades que ya no pueda sentirse el impacto de la realidad y el shock de la experiencia. Significa, más bien, examinar y soportar conscientemente la carga que nuestro siglo ha colocado sobre nosotros —y no negar su existencia ni someterse mansamente a su peso—. La comprensión, en suma, significa un atento e impremeditado enfrentamiento a la realidad, un soportamiento de ésta, sea lo que fuere»¹.

Sin embargo, esta atracción e interés actual por su obra no es algo que la propia Arendt disfrutara en vida. Más bien por el contrario, se situó —a veces conscientemente— en el epicentro de agrias polémicas académicas que le costaron un distanciamiento de la *intelligentsia* del momento, tal y como ocurrió tras la publicación de su libro *Eichmann en Jerusalén* (1963). Sin duda, Arendt no es una autora fácil de etiquetar en alguna de las corrientes filosófico-políticas al uso, y esa inde-

pendencia —que no indeterminación— también le valió parte de la incompreensión de los interlocutores de su tiempo. Es conocido, por ejemplo el menosprecio de otro de los grandes de la época: Isaiah Berlin, el cual se pronunció con acentuado desdén hacia la obra de Arendt, en la que no veía más que metafísica vacía, carente de conexiones lógicas entre los argumentos. Pero al margen del autismo y endogamia de las distintas tradiciones a las que pertenecían ambos, no deja de ser algo cierto que la narrativa arendtiana posee características que pueden desconcertar a sus lectores, ya que su estilo en ocasiones resulta oscuro y alejado de certezas explicativas. No posee la claridad narrativa de sus coetáneos anglosajones, a los que tanto irritaba. En alguna ocasión, ella misma define su estilo como el de una *suite* musical, con variaciones sobre tonalidades afines. No proporciona a sus lectores, tampoco, respuestas a las múltiples preguntas que plantea. Pero tampoco lo pretende, pues su interés es otro, como ella misma declara, a propósito de uno de sus libros, *Entre el pasado y el futuro* (1961): «Su objetivo (del libro) es adquirir experiencia en cuanto a *cómo* pensar; no contienen prescripciones sobre qué hay que pensar ni qué verdades se deben sustentar (...) Se trata de ejercicios de pensamiento políticos, que se mueven entre el pasado y el futuro»². No hay, pues, un legado teórico cerrado ante nosotros, un manual con su mapa orientativo de instrucciones. Lo que sí encontramos es la apelación urgente a la tarea de *comprender* las experiencias políticas que se desarrollan ante nuestros ojos. Una comprensión que se define, precisamente como una actividad sin fin, que nos permite reconciliarnos con el mundo en que vivimos.

Dado ese carácter de obra abierta, cada época ha mantenido un diálogo singular con Arendt, interrogando sus textos respecto a las preocupaciones del momento, y a la necesidad de comprender los fenómenos políticos que acaecían. Así, nos hemos encontrado, en los años setenta, al final de su vida, a la Arendt más republicana, en *Sobre la revolución* (1965) y *Crisis de la República* (1972). En esos mo-

mentos, Arendt pasaba por ser una de las teóricas de la democracia participativa, y sus lectores se centraban, sobre todo, en la importancia que ella concede a la creación del tejido asociativo mediante la implantación de diversos consejos populares. Sin embargo, tras su muerte, en 1975, el interés por su obra decayó en los ámbitos académicos y políticos. En la década de los ochenta, de predominio de las interpretaciones marxistas y postestructuralistas, su obra se interpretaba subrayando las influencias de su maestro Heidegger en la misma, considerándola poco menos que la alumna aventajada del maestro y, por otro lado, se insistía en las querencias arendtianas hacia el mundo de la *polis* griega, tan presente en su obra *La condición humana* (1958). El resultado de dichas lecturas nos mostraba, entonces, una autora alejada de los problemas del presente y profundamente nostálgica respecto a las perdidas esencias primigenias de la política, que habríamos de rastrear en el mundo griego, en la línea de autores como Eric Voegelin o el conservador Leo Strauss. Muy probablemente ello sea también la causa de que en algunos países, como ha ocurrido en el nuestro, a pesar de estar traducida la mayoría de su obra desde principios de los setenta, ésta pasase desapercibida, y no se publicasen ensayos sobre ella hasta bien entrados los años noventa.

Es ya en esa década de los noventa cuando nos encontramos con un giro en las interpretaciones de su obra. Nuevos lectores y lectoras se acercan a ella portando horizontes hermeneúticos muy distintos de los anteriores como son la teoría feminista o la postmodernidad. En este sentido, algunas autoras se van a preguntar no *qué tiene de feminista* la obra de Arendt, pues la respuesta aquí es frustrante, dado el escaso interés de Arendt por la cuestión, sino *qué puede aportar* Arendt a los intereses del feminismo contemporáneo. Aparecen así reinterpretados temas arendtianos como la autoridad, la natalidad, el poder colectivo o las exclusiones de la esfera pública, cuestiones todas ellas que forman parte de los debates feministas actuales. Por otro lado, desde posiciones postmodernas, Arendt quedará incorporada al acervo de

los pensadores postmetafísicos, interpretando —erróneamente a mi entender— su énfasis en la hermenéutica de la experiencia como un antiuniversalismo y sus posiciones políticas a favor de la sociedad civil como una posición de resistencia frente a las estructuras estatales.

La gran producción bibliográfica sobre Arendt de finales de los noventa nos muestra ya a una autora profundamente en consonancia con los problemas de las sociedades contemporáneas: la construcción social y política de las identidades, las exclusiones del espacio público y los problemas de la integración, los vínculos de la ciudadanía, o las posibilidades de la acción en la Modernidad. En este sentido, podemos afirmar que Arendt es en estos momentos ya un clásico y que, recordando con Italo Calvino la pregunta ¿por qué leer a los clásicos?, éste nos decía que un clásico es un libro o un autor al que volvemos una y otra vez en busca de respuestas pues «sirven para entender quiénes somos y adónde hemos llegado».

A esta consolidación de su figura como una de las grandes pensadoras del siglo XX, hemos de sumar, además, las nuevas experiencias e intereses de nuestro principio de siglo que mueven a su lectura. En este sentido, me parece claro señalar que, en su centenario, los temas que sobresalen son aquellos que han marcado nuestras experiencias políticas más recientes: las tentaciones totalitarias, la lucha contra el terror y la emergencia del mal como problema político, entre otros. Unido a ello, encontraríamos un reflejo en su obra, además, de los problemas de los desplazamientos de refugiados, de la despolitización de las sociedades de masa y el eclipse de la esfera pública. Podríamos decir que, los paralelismos entre las situaciones que ella vivió y pensó y las nuestras, nos permiten hallar en su obra un anticipo a nuestras respuestas. Pero lejos de proponer a Arendt como un oráculo para nuestros males, me parece que deberíamos más bien tener en cuenta sus propios deseos al respecto, que manifiesta en una de las múltiples entrevistas que le hicieron: «Me pregunta usted acerca del efecto que tenga mi trabajo (...). ¿Influir yo misma? No, yo quiero comprender. Y si otros comprenden en

el mismo sentido que yo he comprendido, ello me produce una satisfacción personal, como un sentimiento de encontrarme en casa»³. Se trata por tanto, de una tarea de comprensión compartida, en donde nosotros tendremos que hallar nuestras propias respuestas, aún interpretando los acontecimientos con gafas arendtianas.

En esa tarea, las lecturas actuales de Arendt se han centrado fundamentalmente en su obra *Los orígenes del totalitarismo* (1951). Algo más de cincuenta años después de su publicación, sus análisis de los males políticos del siglo XX nos permite rastrear aquellos fenómenos y experiencias, que facilitaron el triunfo de los totalitarismos, y pueden continuar presentes en nuestras sociedades, o qué nuevas variantes de totalitarismo pueden estar emergiendo. Tras los ataques terroristas del 11 de septiembre, la instauración de nuevas políticas de seguridad mundial y la confrontación entre distintas fuerzas ideológicas supranacionales, volver a leer *Los orígenes* nos proporciona importantes claves para comprender nuestro presente. Y así, esa lectura nos hace pensar en los peligros que acechan a nuestras sociedades en términos de posibles derivas totalitarias de violencia, conformismo, grandes bolsas de marginación social y política, el uso de prácticas jurídicas que justifican internamientos de prisioneros *sine die*.... En aquellas prácticas políticas y sociales que, aún no siendo totalitarias en sí mismas, son protototalitarias, pues contienen residuos de la violencia que los sistemas democráticos en ocasiones no eliminan de su seno. Arendt nos advierte pues, de las formas más sutiles de esa violencia, pero no por ello menos erosionadoras de la esfera pública: la burocratización tecnocrática propia de la sociedad de masas como uno de los instrumentos que hacen posible la extensión de la violencia a gran escala y que Arendt expone en su análisis sobre el imperialismo; el uso de la mentira por parte de los poderes públicos en situaciones bélicas, como ocurrió en la guerra del Vietnam y la ocultación de los Documentos del Pentágono (casos que ella examina en *Sobre la violencia*, 1969) o la producción social de la invisibili-

dad moral de la figura del otro, expuesta en sus escritos sobre la condición de los refugiados y apátridas de la II Guerra Mundial.

Pero me parece importante también resaltar cómo en *Los orígenes del totalitarismo* encontramos una de sus tesis fundamentales acerca de la preservación de la pluralidad humana, y que también presenta consecuencias importantes para la comprensión de nuestro presente: para Arendt, la finalidad del proyecto totalitario consistió en la eliminación, mediante el terror, de la pluralidad humana, la *conditio sine qua non* de toda vida política. Una pluralidad, definida como la «irreductible singularidad de seres únicos», que se muestra en el espacio público mediante la acción y el discurso. Por medio de la acción, en este sentido, revelamos quiénes somos, nuestra identidad diferenciada, expresada de una manera narrativa. Afirmar la pluralidad por medio de nuestros hechos y palabras, supone el reconocimiento por parte de los otros, con los que compartimos el espacio público, de nuestra existencia como individuos singulares, con una narrativa propia que nos hace no meramente distintos, sino diferentes. La acción nos permite dejar atrás el *qué* somos, lo que compartimos con la especie, nuestra naturaleza ahora indiferenciada. Para Arendt, el totalitarismo entonces, representa el triunfo de la naturaleza, la eliminación de todo rasgo de pluralidad, y el firme propósito de lograr que todos los individuos actúen, piensen y reaccionen de la misma manera, como si de una sola persona se tratase. En este sentido, podemos subrayar uno de los hilos conductores permanentes a lo largo de toda su obra: la distinción y separación entre *política* y *naturaleza*. El espacio público arendtiano se caracteriza por su *artificialidad*. Supone una creación deliberada, un esfuerzo común intencionado por crear y mantener ese espacio que une a las personas y en el cual desarrollan la acción y el discurso. Frente a la pertenencia «natural» a la comunidad, creada mediante lazos de sangre, tradiciones, costumbres, sentimientos y afectos, Arendt afirma los vínculos artificiales. Su idea del espacio público se opone pues, a la configuración de éste como *Gesellschaft*. En este sentido,

como en tantos otros, Arendt se muestra totalmente republicana. Una característica cardinal de la concepción republicana de la política y de la esfera pública es el énfasis en la idea de construcción, de artificio y, por tanto, también en la idea de un comienzo artificial reconocible, que se plasma en un momento fundacional que adquiere en muchos casos el estatus de mito. Esto implica además admitir que la creación del espacio público —a diferencia del espacio privado— supone un acto deliberado de la voluntad, no es el resultado de una evolución social espontánea, sino de un esfuerzo común premeditado, una realización consciente en el que la voluntad, el acto deliberado de la fundación del cuerpo político adquiere carta de naturaleza legitimadora de esa comunidad, y sólo esa voluntad creadora legitima la existencia del espacio público. Este énfasis en una artificialidad reconocible en el acto de fundación del cuerpo político se opone tanto a aquellas posiciones que, a la manera del romanticismo alemán, mantenía que las instituciones y la comunidad política deben ser la expresión de una *identidad natural* reflejada en el *Volk* como —dentro del panorama teórico actual— a las posiciones sustentadas por el comunitarismo. A pesar de que en alguna ocasión se ha pretendido acercarla a éste último por su crítica al liberalismo, lo cierto es que son más las cosas que les separan que las que les puedan unir. Mientras que el comunitarismo mantiene una concepción fuerte de la identidad colectiva basada en tradiciones o costumbres compartidas, para Arendt, lo que comparte la ciudadanía es ese espacio público compuesto por hechos y palabras, por instituciones y productos culturales. Y dentro de ese espacio, cada persona manifiesta su única e irreductible singularidad. Por tanto, la identidad como ciudadano no remite a la adscripción cultural, étnica o religiosa a una comunidad definida por esos rasgos, sino a la actuación cotidiana mediante la acción y el discurso. En este sentido, mientras que para el comunitarismo los lazos de la tradición son previos a la comunidad política, y son precisamente estos los que la crean, para Arendt no hay una comunidad *previa* a la comunidad política. Si el totalitarismo logró ani-

quilar la pluralidad, y en este sentido consiguió una *naturalización* de la política, en *La condición humana* Arendt examinará qué rasgos de las sociedades de masa modernas erosionan esa pluralidad, y nos devuelven no ya imágenes totalitarias, pero sí imágenes de masas indiferenciadas de inmigrantes, de habitantes de favelas, de trabajadores clandestinos, de personas a los que se les ha negado la capacidad de acción y de ser escuchados, y por tanto de mostrarse ante nuestros ojos como individuos singulares con un «quién» detrás de sí.

Los orígenes del totalitarismo (1951) es una obra compleja que también tuvo una compleja elaboración: ya instalada en los EEUU y, al mismo tiempo que colaboraba con organizaciones judías de ayuda a los refugiados, Arendt comienza, en 1945, el gran esfuerzo teórico por comprender lo acaecido. El libro es una obra magna en donde se entremezclan una cantidad ingente de datos y bibliografía, con explicaciones históricas, filosóficas, sociológicas y politológicas. La tesis que sostiene Arendt es que ciertos elementos, que estaban presentes en las políticas del XIX y de principios del XX, cristalizaron finalmente en los regímenes totalitarios. Estos elementos, que en sí mismos considerados no son totalitarios, son el antisemitismo, la decadencia del Estado-Nación, el racismo, la expansión por la expansión, ligada a la expansión capitalista e imperialista, y la alianza entre el capital y el populacho (*mob*). Dichos elementos no constituyen, en ningún caso, una secuencia *inevitable* que condujese al totalitarismo. El totalitarismo, en este sentido, no es para Arendt el resultado inevitable de la Modernidad, a la manera de la *Dialectica de la Ilustración* de Adorno y Horkheimer. Estos elementos representan «corrientes subterráneas» de la historia europea que afloran después de la Primera Guerra Mundial y que cristalizan conjuntamente para formar la base del totalitarismo. Así, por ejemplo, el antisemitismo, por sí sólo no provoca el nazismo (Arendt señala aquí que la única consecuencia directa y pura de los movimientos antisemitas del siglo XIX es el sionismo). El antisemitismo moderno, diferente del antisemitismo religioso

medieval, se une a una política expansionista imperialista que ya había utilizado previamente en África y en Asia la práctica del racismo como forma de organización política. A ello se une la decadencia de la nación-estado y su desprecio por parte de los panmovimientos (germano y eslavo) que aglutinan a las masas en torno a la idea de una comunidad de origen seudomítica, rodeada y amenazada por enemigos y a la hostilidad al sistema de partidos. Es esa amalgama de elementos plurales la que propicia que el totalitarismo, en sus versiones alemana y soviética, triunfe.

Para Arendt, el régimen totalitario es un tipo de gobierno que representa una absoluta novedad en la historia. El error de la ciencia política de su época en el análisis del totalitarismo era, en términos arendtianos, intentar subsumir unos acontecimientos radicalmente nuevos en categorías ya conocidas, como la tiranía o el autoritarismo, intentando establecer analogías con un fenómeno que se caracterizaba por no tener precedentes. Me parece relevante resaltar aquí algo importante: frente aquellas tesis que veían el totalitarismo y, muy especialmente su más feroz expresión, los campos de exterminio, como un fenómeno equiparable a otros en los que también se había llevado a cabo la aniquilación de otros grupos étnicos, como era el caso de los armenios, Arendt mantiene la tesis de la *singularidad* del totalitarismo y del terror nazi, adelantándose con ello en buena parte al debate sobre la singularidad de Auschwitz que ha marcado en gran medida los estudios sobre el Holocausto a partir de principios de los setenta. Así, para historiadores como Saúl Friedländer, lo radicalmente novedoso radicaría en que por primera vez un régimen decidió que un grupo humano no tenía derecho a vivir y puso todos los medios tecnológicos para alcanzar ese fin. De igual manera, otros autores ponen el acento en la novedad del objetivo de la política nazi: la planificación y ejecución de la remodelación biológica de la humanidad, esto es, lo que Michael Foucault denominaría una *biopolítica*, entendida como una política orientada a causar y gestionar la vida, que en este caso movilizó las fuerzas económicas, bu-

rocráticas y tecnológicas en su totalidad para llevar a cabo su objetivo por encima incluso de otros criterios utilitaristas. Arendt mantiene, en este sentido, unas tesis muy parecidas. Lo que ella subraya no es tanto la singularidad *histórica* del totalitarismo, pues de alguna manera todos los hechos históricos son singulares, como una singularidad *antropológica*. Frente a otras lecturas del totalitarismo que lo definen en torno a una estructura determinada (presencia del unipartidismo, monopolio de las comunicaciones, ideología oficial omnipresente, monopolio de las armas, economía centralizada), Arendt nos habla no sólo de un sistema político con unos elementos determinados (en su caso la policía secreta, las organizaciones intermedias o la propaganda) sino que la novedad de su análisis radica en afirmar que estamos ante una nueva forma de gobierno que tiene como finalidad la implantación del *terror* y la aniquilación de la *pluralidad* humana: bajo el dominio totalitario, los individuos se subsumen en una única naturaleza ahora compartida: los judíos, los arios, los extranjeros... El triunfo absoluto de la eliminación de la pluralidad humana se consiguió en los campos de exterminio. Éstos funcionaron, nos dice Arendt, como laboratorios en los que se practicó la dominación total y la creación de un antimundo en el que se hizo cierta la máxima del totalitarismo «todo es posible». Plantear, por tanto, la novedad del régimen totalitario no supone, pues, un debate acerca del número de víctimas, ni una comparación en la intensidad del sufrimiento causado, ni del olvido de las víctimas de otras épocas. La singularidad hace referencia a un límite que no se había traspasado y que radicaba en remodelar las características de la persona y de la humanidad, de tal manera que ya no fuese un individuo singular, capaz de la acción espontánea y del discurso, sino una materia viva maleable con reacciones perfectamente predecibles.

El análisis que Arendt hace del terror totalitario y su máxima expresión, los campos de exterminio, como un fenómeno que escapa a los tradicionales criterios utilitarios representa, sin duda, una de las explicaciones, más nota-

bles y lúcidas del universo concentracionario. Arendt es pionera al analizar las características de los campos, casi al acabar la guerra, denominándolos «fábricas de la muerte» (*death factories*) y percibiéndolos como «la experiencia fundamental de nuestra época». Posteriormente, otros autores, como Giorgio Agamben, abundarán en términos parecidos a los de Arendt en las características biopolíticas de los campos. Para Agamben, los campos eran los lugares de producción de la *nuda vida*, esto es, la mera existencia despojada de todo valor político —en términos arendtianos, reducida a un «qué»—. El *Lager*, de acuerdo con Arendt, es precisamente, un marco de gestión de esa vida desnuda, reducida ahora a un mero haz de reacciones ante los estímulos más básicos. La descripción que Arendt hace de los internos en los campos, de esa aniquilación lograda de la singularidad humana, coincide con lo que los propios prisioneros, en palabras de Primo Levi, denominaban *los musulmanes*: «los que habían mirado a la Gorgona». Estos representaban el aislamiento absoluto dentro del ya aislado universo de los campos. Aquellos que ya no tenían ningún interés por intentar sobrevivir. Como señalan tanto Levi como Agamben, en verdad, el musulmán sería el centro mismo del campo, en torno al que gira todo lo demás, el «hundido» frente a «los salvados». La política totalitaria, pues, transformó la pluralidad humana en nuda vida que, de acuerdo con sus propósitos biopolíticos, podía ser eliminada, siguiendo lo que en lo que el sociólogo Zygmunt Bauman ha denominado una «política de jardín», esto es, desarrollando una ingeniería social y jurídica que le permitía eliminar los enemigos indeseables.

Pero hasta alcanzar esa etapa final de los campos de exterminio, Arendt señala los senderos por los que transcurre la política de jardín. Y para ello, es necesario que, al menos, se den dos condiciones: la creación, desde un punto de vista social y jurídico, de grandes masas de personas superfluas, y un tácito asentimiento generalizado a la implantación de esas condiciones. Sobre lo que Arendt nos advierte es que estos pasos previos al totalitarismo —

superfluidad de seres humanos y asentimiento a ello— pueden darse aún en regímenes democráticos.

A propósito de la superfluidad, seguramente, una de las lecturas más apasionantes que podemos hacer hoy en día de Arendt sea la referida a sus textos sobre la situación de los refugiados, y su proyección sobre nuestro mundo actual. En 1943 escribe un artículo titulado «*Nosotros los refugiados*», en el que analiza el estorbo que éstos suponían para las naciones y las actitudes que los propios refugiados se veían adoptados a tomar en su peregrinaje de país en país. Los refugiados representaban, como ella misma bien sabía, la no pertenencia al mundo, la falta de vínculos no sólo legales, sino sociales y familiares. En este sentido, Arendt fue de las primeras mentes que con absoluta lucidez pusieron en el centro de la discusión uno de los grandes problemas del s. XX y que continúa con fuerza hasta nuestros días: *el desarraigo* como consecuencia de la exclusión política y de los desplazamientos transnacionales. Ese desarraigo que implica la carencia de un lugar en el mundo —y que Arendt identifica con una nueva forma de barbarie— se materializaba en la pérdida en primer lugar de la esfera privada en la que poder refugiarse, en la pérdida de sus hogares y del entramado social que les rodea. En segundo lugar, implica también la carencia de una esfera pública en la que hacer que hacer valer sus derechos. Quedaban al margen de la ley y de la protección del gobierno. Las consecuencias de esa privación del espacio público aparecieron con toda su fuerza y el término “privado” cobraba de esta manera su brutal radicalidad, ya que significa estar privados de un mundo común, de la presencia de otros que nos aseguran y confirman nuestra existencia, al ser vistos y oídos por ellos, pues, para Arendt, la persona «privada» es como si no existiese.

Esa superfluidad, que se refleja en la carencia de pasaportes, de papeles que, en suma, demuestren su existencia ante la Administración de turno, les hacía depender entonces, lo mismo que ahora, de la aceptación social, creándose con ello un clientelismo perverso en

aras de su asimilación en el país receptor. Previamente a esa ansiada asimilación-integración eran recluidos en campos de internamiento, a la espera de la decisión administrativa. Como señala Arendt con ironía al respecto «al parecer nadie quiere saber que la historia contemporánea ha creado una nueva clase de seres humanos: la clase que es confinada en campos de concentración por los enemigos y en campos de internamiento por los amigos»⁴. La desnacionalización de grandes cantidades de población se convirtió en una de las poderosas armas de los regímenes totalitarios, (en este caso estarían no sólo los judíos alemanes, sino también rusos, armenios, húngaros y ciudadanos alemanes de origen no judío. En la década de los 20 y 30 la mayoría de los países europeos y EEUU tenían leyes que permitían la desnacionalización para aquellos que no fuesen dignos de la ciudadanía o representaran una amenaza para el orden social) frente a la indiferencia del resto de los países. Las naciones europeas no supieron afrontar el problema de la cada vez mayor presencia de apátridas y refugiados, y ante los peligros que éstos representaban para el funcionamiento de las instituciones, señala Arendt, transfirieron el problema a la policía. De un problema político —ampliación de los criterios de inclusión en la ciudadanía del país de acogida— se pasó a un problema policial.

Por eso, para Arendt, el primer paso en el camino hacia el totalitarismo —en realidad su antesala— es la eliminación de la persona jurídica. Esto es, colocar a grupos de personas al margen de la ley. La superfluidad aquí se traslada al terreno jurídico: tanto los tratados de minorías como las masas de personas desplazadas por la gran guerra crearon una situación en la que millones de personas —refugiados, apátridas, minorías— se encontraron sin ninguna protección legal. Eran los excedentes de la desintegraciones de las naciones-estado. La expresión que Arendt emplea para esta nueva situación es la que se encontraron millones de personas es que se les había privado del principal derecho: *el derecho a tener derechos*, esto es, el derecho a pertenecer a algún tipo de comunidad político jurídica organizada que garan-

tizase el ejercicio de los derechos. Quedaban abandonados a la nuda vida, a la vida superflua y por tanto eliminable. Arendt vincula la protección de los derechos al hecho de tener una ciudadanía nacional reconocida. Para ella la ciudadanía es la única vía de tener presencia jurídica ante los demás. Sin duda, hoy en día, el debate acerca de las posibilidades de una ciudadanía transnacional y las complejidades de las garantías de los derechos en las sociedades post soberanistas está en el centro de las actuales controversias filosófico-jurídicas. Las observaciones arendtianas siguen muy presentes entre nosotros y, tristemente, de absoluta actualidad, acerca de las situaciones de la superfluidad de grandes grupos de población, de masas de personas desplazadas por las guerras, movimientos migratorios, de los «excedentes» de los sistemas económicos, pues como ella misma señala, y sobre todo advierte, «las soluciones totalitarias pueden muy bien sobrevivir a la caída de los regímenes totalitarios bajo la forma de fuertes tentaciones, que surgirán allí donde parezca imposible aliviar la miseria política, social o económica en una forma valiosa para el hombre»⁵.

El otro gran tema que Arendt vislumbra como el siguiente paso en la consecución del triunfo del totalitarismo es la destrucción de la conciencia moral de la persona, eliminando cualquier rasgo de solidaridad hacia el otro. La cuestión que aparece aquí por tanto es, la existencia de una *complicidad anónima*. En el caso de Alemania, Arendt adelanta tesis que investigaciones más recientes como las de los historiadores Eric Johnson, Robert Gellately o Christopher Browning han corroborado al señalar la importancia de la tolerancia y la colaboración de los alemanes corrientes, de los «hombres grises» en expresión de Browning, en el triunfo de la política exterminadora nazi. Al tratar estos temas en sus escritos de finales de los cuarenta, en realidad Arendt prefigura ya alguna de las cuestiones que saldrían a la luz dos décadas más tarde con el caso Eichmann: éste era culpable por las acciones cometidas, pero no podíamos hablar de una «culpabilidad colectiva» del pueblo alemán, pues la culpabi-

lidad es siempre individual, producto de acciones voluntarias e intencionales. Lo que sí cabía sostener, señala Arendt, era una *responsabilidad vicaria colectiva* de carácter *político* por el mal causado.

Dentro de esos «hombres grises» distingue distintos grados de responsabilidad: los que denomina «los responsables en un sentido más amplio» o «corresponsables irresponsables» representados en aquellos que contribuyeron al ascenso al poder de Hitler, los simpatizantes del régimen, los que le aplaudieron. Me parece claro señalar que, aunque Arendt no lo menciona, el nombre de Heidegger puede leerse claramente entre líneas. Pero para Arendt, esa connivencia y aceptación generalizada no estaría quizás muy alejada de los apoyos que puedan darse a otros regímenes tiránicos. Para ella, y esto significa algo más que aceptar, votar o escribir a favor de un régimen determinado, y, por tanto, implica un grado más en la responsabilidad, lo que resulta verdaderamente nuevo y pavoroso es la participación «de todo un pueblo en la vasta máquina de asesinato administrativo en masa», de tal manera que «todo el mundo es, o un verdugo, o una víctima o un autómatas que avanza sobre los cadáveres de sus camaradas»⁶. El hacer partícipes y responsables como engranajes de una inmensa maquinaria de muerte a una gran mayoría es lo que para Arendt constituyó el triunfo del régimen totalitario y, en este sentido, lo que los dirigentes nazis supieron captar es que para lograr esa participación y responsabilidad no necesitaban ni asesinos natos, ni cómplices convencidos, ni tan siquiera nazis convencidos, tan sólo eficientes funcionarios y buenos padres de familia preocupados tan sólo en mantener su esfera privada.

La explicación que Arendt da de esa participación colectiva no remite a características específicas de la Alemania de la época. Afirmar la participación de la población como un «problema alemán» significaba para ella cerrar los ojos ante una cuestión que afectó a todas las naciones y, por otro lado, reducir el problema a Alemania, nos conduciría a pensar falsamente que, una vez que ésta fue vencida, también

se han acabado entonces las tentaciones totalitarias y, por ende, también las responsabilidades por lo ocurrido. Por el contrario, sostiene, son determinadas características de las sociedades de masas contemporáneas las que abrigan los elementos que facilitan esa participación cómplice con el terror. El régimen nazi lo que hizo fue percibir que podían aprovecharse de esos rasgos de la sociedad moderna para poner en marcha su política de exterminio. Lo que Arendt señala, entonces, es la emergencia, como fenómeno profundamente contemporáneo y no meramente alemán, de un tipo de *mal* ejercido por un sujeto eficiente y buen padre de familia. Si, posteriormente, en 1963, esa encarnación del mal denominado *banal* se centraba en la figura de un individuo, Eichmann, en 1945, bien podemos decir que sus análisis se dirigen a explicar lo que podemos denominar un mal *banal colectivo*.

Entre esos rasgos insertos en la sociedad moderna que hicieron posible la deriva hacia esa banalidad colectiva, Arendt señala la despreocupación del burgués por la vida pública y el aislamiento en sus intereses privados como uno de los principales móviles de esa responsabilidad colectiva. Himmler sería, según Arendt, el artífice de una vasta maquinaria administrativa de muerte que supo aprovechar ese «declive del hombre público», incorporando en ella las características de ese hombre burgués: la docilidad, el conformismo y su preocupación, como buen *paterfamilias*, por la seguridad de los suyos a cualquier precio. En situaciones en las que el burgués ve amenazada la confortabilidad de su existencia, puede convertirse en el «asesino de escritorio» que elabora los horarios de los trenes hacia Auschwitz. El burgués, para Arendt, sería la figura opuesta al *ciudadano*, esto es, aquel que mantiene un compromiso activo con el mundo y con la *res publica*, con el mantenimiento de la esfera pública en la cual se produce la deliberación crítica de la ciudadanía. Por el contrario, el burgués representaría la «opacidad triste» de una vida privada centrada sólo en sí misma, aislado en sus intereses de confort y consumo. Arendt encuentra en el burgués y su ignoran-

cia de toda virtud cívica el fermento apropiado para un conformismo social y político propio de las sociedades de masa contemporáneas. En este sentido, Arendt adelanta ya una de sus tesis importantes de *La condición humana*: el triunfo del *homo laborans* —hoy en día el consumidor— sobre el ciudadano o, lo que es lo mismo, el eclipse de la esfera pública y de la *acción* en aras de la primacía de la esfera de lo social y de la *labor*, como un fenómeno propio de las sociedades modernas. Unido a esa carencia y falta de interés por una esfera pública que actuase como urdimbre entre los ciudadanos, otro de los factores que hacen posible la emergencia de ese mal banal colectivo es el *aislamiento* de las personas como uno de los síntomas de las sociedades contemporáneas, cuestión que también aparece con fuerza en *La condición humana*. El triunfo del totalitarismo fue posible en gran medida porque se encontró una sociedad compuesta por individuos aislados, sin vínculos sociales o políticos entre sí. Parece claro señalar que Arendt no es novedosa en su crítica a la sociedad moderna caracterizada como sociedad-masa. En este sentido, se alinea con la literatura de los años cincuenta sobre este tipo de sociedad. Pero en lo que sí que se diferencia de los exponentes existencialistas de esa literatura es que ella se centra en las consecuencias *políticas* del triunfo del individuo masa aislado: el aislamiento se traduce en la ruptura de los lazos públicos con los demás, en la pérdida del mundo común. Pero sobre todo, ese aislamiento nos impide ver y escuchar a los otros. Los individuos aislados y atomizados, pendientes de sus intereses vitales, son incapaces de pensar. Y esa incapacidad de pensar es precisamente, lo que ella denomina «mal banal». Eichmann no era el sádico o el villano que a los asistentes al público del juicio contra él le hubiesen gustado encontrar. Por el contrario era a un tipo «aterradoramente normal». Probablemente, en gran medida, Arendt sea una figura hoy conocida para el gran público gracias a esa frase del «mal banal», que tanta polémica provocó. Pero lo que Arendt estaba haciendo —una vez más— era *comprender* un nuevo tipo de fenómeno propio de la sociedad de masas del siglo XX: la aparición de un nue-

vo tipo de criminal —el burócrata ejecutor— que cometía los mayores daños sin poner en práctica la capacidad de *pensar* qué estaba haciendo. Carecía de la capacidad del *juicio*, que implica, según Arendt toma prestado de Kant, la capacidad de «ponerse en el lugar de los otros». Para ello, para poder representarnos el «lugar» de los otros es necesario que deje atrás sus intereses privados y se «imagine» cuál es la posición, los intereses, los deseos o las necesidades del otro, entendido no como un otro abstracto, sino como otro *concreto*. Por ello, cuando ejercitamos el juicio, nos situamos en una actitud moral de respeto moral hacia ellos que implica una reciprocidad igualitaria. Eichmann no fue capaz de ponerse en el lugar de los que enviaba en los trenes hacia Auschwitz. El sistema totalitario había destruido la singularidad de «los otros»: no había nadie en quien ponerse en su lugar, pues, primero habían sido expulsados de la esfera pública en la que poder ser escuchados, conocer sus problemas, y luego habían sido expulsados de la humanidad como los sobrantes de la misma: eran superfluos y, por tanto, eliminables. Se había inculcado en toda una sociedad los peligros del examen crítico y se habían acostumbrado a no tomar decisiones morales.

Sin embargo, dentro de ese colapso moral generalizado, Arendt rescata también la historia de aquellos que sí fueron capaces de pensar, como la del sargento alemán Antón Schmidt, que ayudó a los judíos partisanos, siendo ejecutado por ello, o el conocido caso del pueblo danés, que rehusó entregar a la comunidad judía de su territorio. En situaciones como éstas, la capacidad de pensar adopta la fórmula

de la máxima socrática de la conciencia moral «es mejor sufrir un mal que causarlo» pues de otra manera, señala Arendt, no podríamos vivir con nosotros mismos. Lo que parecen decirnos estas historias de resistencia es que una minoría fue consciente de la responsabilidad moral hacia los otros porque ejercitaron su capacidad de pensar, aún en condiciones difíciles. Arendt nos apela pues, a salir de la confortabilidad de nuestras vidas privadas y ejercitar la reflexión sobre «lo que hacemos». Como ciudadanos de sociedades democráticas, nos invoca a juzgar, tanto nuestras acciones como las de los demás. Frente al tan socorrido «yo no soy quien para juzgar», Arendt reclama «como ciudadanos, todos somos quién para juzgar», pues esto significa atrevernos a pensar y atrevernos a ser responsables con el mundo y con nosotros mismos. Ninguno de los problemas que ha señalado Arendt nos resultan ajenos, en éste sentido: el aislamiento de las personas en las sociedades masa, el conformismo moral y social, las complicidades anónimas y complacientes, la indiferencia hacia lo público, la ausencia de la actividad reflexiva, la creciente e imparable superfluidad de inmigrantes, trabajadores, refugiados....La obra de Arendt nos insiste en que el valor de la esfera pública, de la acción y de la pluralidad no son evidentes por sí mismas que, por el contrario requieren de nuestro esfuerzo y cuidado continuado para que no desaparezcan. Nuestra *condición humana*, la pluralidad, no es algo dado, sino un horizonte normativo a conquistar, un logro frágil que puede ser destruido o cuanto menos dañado seriamente. Por ello, volver a leer atentamente, con Arendt, nuestro presente, es una tarea que, sin duda, merece la pena.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

OBRAS DE ARENDT MENCIONADAS.

- Eichmann en Jerusalén*, Ed. Debolsillo, Barcelona, 2004
Entre el pasado y el futuro, Península, Barcelona, 1996
Sobre la revolución, Alianza Editorial, Madrid, 1988
Crisis de la República, Taurus, Madrid, 1973
La condición humana, Paidós, Barcelona, 1993

Los orígenes del totalitarismo, Alianza Editorial, Madrid, 1981

«Sobre la violencia», recogido en *Crisis de la República*

«Nosotros los refugiados», en Arendt, Hannah *Tiempos presentes*, Gedisa, Barcelona, 2002

«Culpa organizada y responsabilidad universal» (1945) recogido en *Ensayos de comprensión, 1930-1945*, Ed. Caparros, Madrid, 2005

OBRAS DE OTROS AUTORES MENCIONADAS:

Waldron, Jeremy; «What Would Hannah Say?», *The New York Review of Books*, 15 de Mayo 2007

Agamben, Giorgio, *Lo que queda de Auschwitz*, Pretextos, Valencia, 2000

Bauman, Zygmunt, *Modernidad y holocausto*, Ed. Sequitur, Madrid, 1998

Browning, Christopher, *Aquellos hombres grises. El batallón 101 y la Solución final en Polonia*, Edhasa, Barcelona, 2002

NOTAS

1. *Los orígenes del totalitarismo, Prólogo a la primera parte: Antisemitismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1981, p. 19
2. *Entre el pasado y el futuro*, Península, Barcelona, 1996, p. 20
3. En “¿Qué queda? Queda la lengua materna”, recogido en *Ensayos de comprensión, 1930-1954*, Ed. Caparrós, Madrid, 2005, p. 19
4. “Nosotros los refugiados”, p. 11
5. *Los orígenes del totalitarismo*, vol. III, p. 593
6. “Culpa organizada y responsabilidad universal”, en *Ensayos de comprensión*, op. cit. p. 158

Fecha de recepción de originales: 3 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 29 de mayo de 2007.

TEMAS DE HOY

La nueva configuración de la Constitución territorial de España. Una crónica

Juan Cano Bueso

El sistema de justicia en la lucha contra el terrorismo en los Estados Unidos: seguridad nacional y los derechos fundamentales

Luis P. Salas

La Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

María Rosario Valpuesta Fernández

LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA. UNA CRÓNICA

Juan Cano Bueso

Presidente del Consejo Consultivo de Andalucía
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Almería
Letrado del Parlamento de Andalucía

Sumario: 1. La Constitución. 2. El Estado. 3. España. 4. La filosofía política de las reformas estatutarias. 5. Consideraciones sobre una adecuada estrategia para la reforma de los Estatutos. A) La oportunidad: ¿eran necesarias las modificaciones emprendidas? B) La temporalidad: ¿cuándo se deberían haber impulsado las reformas? C) La tramitación: ¿cómo deberían haberse legitimado? D) La adecuación: ¿qué principios deben inspirar la reforma territorial? 6. Balance provisional sobre los obstáculos encontrados. A) Primer nivel. B) Segundo nivel. C) Tercer nivel. D) Cuarto nivel. 7. A modo de epílogo: Las reformas estatutarias como profundización del Estado social y democrático de Derecho. A) La modernización en materia de derechos. B) La relectura en clave de igualdad de género. C) La modernización ecológica. D) Las garantías de los derechos de información y comunicación. E) La modernización territorial. F) La potenciación de las relaciones institucionales.

1. LA CONSTITUCIÓN

Nuestra suprema norma —y en su nivel los Estatutos de Autonomía— obedece al modelo que el maestro GARCIA PELAYO encuadró dentro del *concepto racional-normativo* de Constitución. Es decir, un conjunto sistemático de normas jurídicas que pretenden, de una sola vez y con vocación de totalidad, sistematizar y ordenar la protección de los derechos fundamentales, la organización de los Poderes y las relaciones entre ellos, todo ello bajo la atenta mirada del Tribunal Constitucional como supremo guardián de la Constitución.

Por esta Constitución normativa, que es orden y crea orden, los Reyes reinan, los Par-

lamentos legislan, los Gobiernos gobiernan y las leyes rigen. La Constitución, así entendida, está fundamentada en el *poder constituyente*, que corresponde al pueblo en su conjunto, y en el *poder constituido*, entendido como capacidad de reforma de la Constitución siguiendo los cauces en ella establecidos. La Ilustración y la razón sustentan esta forma de entender la Constitución. La soberanía de la suprema norma se encuadra dentro del proceso histórico de racionalización, objetivación y despersonalización del Poder llevada a cabo por el liberalismo. Ilustres pensadores como MAX WEBER y KELSEN representarían la culminación de este entendimiento.

Pero este concepto de Constitución racional-normativo se contrapone a un *concepto histórico tradicional*, basado en la antinomia entre razón e historia, entre racionalismo e historicismo. La Constitución, en este caso, se sustenta en una suerte de imprecisos derechos históricos, en una forja de emociones y gestas heroicas, de decantaciones del pasado, de precipitados tradicionales, no exentos de fuertes apelaciones irracionales, emotivas, pasionales y simbólicas. En definitiva, sentimientos y tradiciones, derechos y prerrogativas que se pretenden preservar y actualizar.

Para este entendimiento, la legitimidad de la Constitución se asienta en el pasado, en las convenciones, en las peculiaridades, en las tradiciones y costumbres. En tal caso, la Constitución ni precisa estar escrita. El modelo desconoce la distinción entre Constitución y leyes ordinarias y el Derecho legal se opone al Derecho consuetudinario. BURKE y HUMBOLDT son dos buenos exponentes de este pensamiento. A este tipo, comprendido en sentido amplio, pertenecería ese entendimiento de la Constitución que reivindica la necesidad de actualizar los viejos ordenamientos y las antiguas estructuras peculiares y forales a las condiciones de la realidad actual. Lengua, cultura, tradición, idiosincrasia y hasta raza constituyen la esencia de esa Constitución de un pueblo que se cualifica por su sentido identitario frente a los demás.

Así las cosas, frente a la dicotomía Constitución racional-normativa vs. Constitución histórico-tradicional se alzaría un concepto de *constitución sociológico o material*. Si la concepción racional se fundamenta en el concepto de *validez* y la histórica sobre el de *legitimidad*, el concepto sociológico lo hace sobre el de *vigencia*. En este tercer concepto, la Constitución no responde a un acto del soberano ni es resultado del pasado sino emanación directa de situaciones y determinaciones sociales del presente que, en concreto MARX identifica con las relaciones económicas de producción. De esta manera, los factores reales de Poder presentes en una concreta sociedad en un concreto momento constituyen esa fuerza imprescindible

que hace que la sociedad, el Derecho y las instituciones sean de una determinada forma y no puedan serlo de otra manera.

Nadie como FERDINAND LASSALLE formuló este concepto de Constitución para quien los problemas constitucionales no son, básicamente, problemas de Derecho sino relaciones de Poder. La suma de los factores de Poder que rigen en un momento determinado, en un lugar concreto, constituyen la esencia de la Constitución, factores que formulados por escrito dejan por ese acto de ser factores reales de Poder para erigirse en Derecho e Instituciones. El ajuste entre la Constitución real o material y la constitución formal o escrita es lo que permite predicar la bondad, la preceptividad y la perdurabilidad de la Constitución. Y en sentido contrario, cuando la Constitución formal escrita deja de responder a esos factores reales de Poder —decía gráficamente LASSALLE— la Constitución carece de vigencia y se convierte en una simple *hoja de papel*.

Es evidente que esta última forma de entender la Constitución debilita el papel conformador del Derecho y los límites que las normas representan para la actuación del Poder político. Por su parte, el entendimiento historicista de la Constitución olvida que no existen derechos históricos preexistentes, más que en el marco de la propia Constitución, a la que nada precede y todo lo crea, porque el acto constituyente que alumbra nuestra suprema norma es una ruptura total con el pasado que procede de una voluntad del pueblo soberano, soberanía que es plena, indivisible y no susceptible de fragmentación.

Pues bien, sabido es que la «Constitución territorial del Estado» no se encuentra contenida en la Constitución de 1978. En efecto, nuestra suprema norma no modeló un sistema cerrado del entendimiento de las relaciones entre el territorio y el poder. Antes bien, apuntó posibilidades y límites para el despliegue de una organización compleja que sólo pudo culminarse cuando se produjo la aprobación de los Estatutos de Autonomía y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional procedió, progresivamente, a ajustar las zonas de rozamiento y

conflicto de esta nueva forma de distribución del Poder político. Por cuanto la «Constitución territorial» se integra a través del ordenado ensamblaje de la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía (y del Derecho europeo), una profunda reforma de éstos supone, en rigor, una alteración de aquélla, por más que permanezca intocable la literalidad de la suprema norma.

Ello podría posibilitar, acaso, que lecturas historicistas, auspiciadas desde legitimidades nacionalistas, pretendieran extraer conclusiones exorbitantes de la reforma aislada de los Estatutos de Autonomía. Sin embargo, desde la perspectiva racional-normativa que auspiciaron en España juristas de la talla de GARCIA-PELAYO o TOMÁS Y VALIENTE, que comparto, es preciso reafirmar que la Constitución es referencia y marco de cualquier entendimiento de la «Constitución territorial» y la garantía última de que los valores superiores del ordenamiento jurídico y los derechos fundamentales de la persona rijan por igual para todos y en cualquier parte del territorio nacional. Por ello, aunque «unidad» y «diversidad», «soberanía» y «autonomía» puedan convivir en ocasiones en el momento dialéctico de la tensión y el conflicto, la síntesis superadora sólo se habrá de encontrar en la Constitución y a partir de las posibilidades y límites que la propia suprema norma nos ofrece, y sin postergar en ningún momento el principio de solidaridad como elemento final de armonización del conjunto.

2. EL ESTADO

Vistos los tipos ideales que la teoría de la Constitución nos suministra, es posible apreciar que existen diversas miradas y diversos entendimientos sobre el orden jurídico estatal, lo que nos obliga a pensar sobre la *forma institucionalizada* con que puede revestirse el ejercicio del Poder en la *realidad política*. Esta disquisición resulta necesaria porque es difícil comprender la encrucijada en que se encuentra el Estado autonómico actual en España sin

aceptar el carácter esencialmente dinámico de los procesos sociales y políticos.

Recuérdese cómo desde que terminaron las formas de vida nómada y concretas poblaciones se asentaron en un espacio territorial concreto, compartiendo una cultura común e identificándose como un pueblo, allí hubo una Nación. Si además esa Nación consiguió dotarse de unas estructuras organizativas político-constitucionales originarias y soberanas, podemos decir que allí ya hubo un Estado.

Pero, la forma estatal no se contrae necesariamente a una sola Nación. Existen Estados plurinacionales donde bajo una misma organización política soberana conviven distintos pueblos con distintas culturas y hasta puede que con distinto Derecho y con diversas instituciones. Nos encontramos, entonces, en presencia de un Estado plurinacional, cuyo funcionamiento armónico precisa de importantes mecanismos de integración política y, por supuesto, de colaboración, cooperación, coordinación y lealtad recíproca entre los distintos componentes.

Tal vez convenga recordar que el Estado unitario se configura en Europa unificando fragmentos de la monarquía absoluta con fuertes resabios de estructuras preestatales, cuando no arcaicas. Su progresiva aparición se forja mediante un complejo proceso de concentración de poderes intermedios subordinados de naturaleza privada propios de la sociedad medieval. La tradición histórica medieval suele colocar al Estado al final de una ininterrumpida cadena de comunidades políticas naturales, en la base de las cuales se encuentra la propia familia o clan. El hecho es que la ruptura del modelo aristotélico y la aparición del concepto de «modernidad» dará paso al surgimiento de la comunidad política con fundamento en las teorías «contractualistas» a partir de la recurrente situación de «estado de naturaleza». Será después cuando se abra camino una explicación «racional» del Estado para dar respuesta a las necesidades derivadas de una nueva organización del Poder político. La racionalidad del Estado moderno aparece, así, ligada al fenómeno de la «institucionalización» del Poder

y al paradigma de la *unidad* y de la *soberanía*, al razonable equilibrio entre *autoridad* y *libertad*.

La dinámica centrípeta que está en la lógica del Estado moderno emprenderá un gran proceso de unificación en tres grandes aspectos: *unificación del Poder*, mediante la supresión de todos los poderes de naturaleza privada; *unificación del Derecho*, mediante la supresión de las diferencias de estatuto jurídico por razón de nacimiento o lugar de residencia, que desembocará más tarde en la igualdad de los ciudadanos ante la ley y en la codificación; y *unificación del mercado*, mediante la supresión de aduanas y trabas internas a la búsqueda de la unidad económica nacional. Una población estabilizada, un territorio unitariamente estructurado y bien delimitado, una organización política propia a partir de la cual se ejerce un poder originario y soberano. Esta es la lógica institucional que, partiendo del Antiguo Régimen, facilita la aparición y construcción del Estado constitucional. Es un proceso centrípeta de concentración de poderes que gravita en torno a un monarca absoluto que reabsorbe en sus manos todos los resortes del Estado.

A partir de mediados del Siglo XVII, las ideas sembradas por la Enciclopedia, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el auge del liberalismo, propiciará el caldo de cultivo de las Revoluciones Norteamericana y Francesa, el ascenso al poder de la burguesía y el auge del constitucionalismo basado en la separación de poderes, la protección de los derechos de la persona y la extensión del sufragio. Aparece, también, la variante republicana como forma política contrapuesta a la monarquía tradicional.

En ese marco histórico vino a nacer el Estado federal, como forma de organización política que incorpora la garantía constitucional de la autonomía de los entes territoriales en concurrencia con su contribución a las funciones estatales. Surgido de necesidades de entendimiento entre las colonias norteamericanas y como una reacción contra el Estado unitario inglés, el federalismo puede ser concebido como una solución técnico-constitucional del reparto

del poder entre el centro y la periferia. Es, en definitiva, un intento de conciliar el *principio de la unidad* del Estado con el *principio de autonomía* constitucionalmente garantizado a las entidades territoriales que lo componen.

Sin embargo, el federalismo no cuestiona la existencia del Estado sino que la presupone y es en la forma de articulación interna donde encuentra sus peculiaridades en virtud de necesidades económicas y políticas. El federalismo debe poco a la teoría intelectualizada y es tributario, en cambio, de la práctica política. Es en su origen un proceso de transformación de una confederación de Estados independientes en un Estado único, aunque no unitario, sino políticamente descentralizado, y cuyos rasgos principales estriban en los siguientes:

1º) Es un Estado configurado desde entidades territoriales diferenciadas.

2º) Estas entidades, que pueden estar dotadas de soberanía originaria, conservan un grado sobresaliente de autonomía.

3º) Las entidades territoriales descentralizadas participan en la formación de la voluntad federal a través de una segunda Cámara de integración (Senado).

4º) La articulación en su conjunto está garantizada por una Constitución rígida. Los ordenamientos de los entes políticos territoriales están subordinados a la Constitución del Estado.

5º) La Constitución establece una instancia de solución de conflictos de naturaleza judicial (Tribunal Constitucional) y extrajudicial (Senado) y, en general, un arsenal de instrumentos de coordinación, colaboración, cooperación y mutuo auxilio con fundamento en el principio de lealtad federal.

A estas características habría que añadir otras virtualidades que derivan de la identificación entre «Estado federal» y «Estado democrático», como son: la división vertical del Poder entre el Estado federal y los Estados miembros, la mayor participación de los electores en las instancias políticas, la mejor aproximación de los ciudadanos al Poder a tra-

vés de la descentralización, la menor dificultad para incentivar las posibilidades participativas de las minorías, la más acabada realización del pluralismo y el incremento, en fin, de los mecanismos de responsabilidad y control sobre el Poder político estatal.

Como ha hecho notar la doctrina, el Estado federal comporta un ordenamiento descentralizado que reconoce el papel constitucional de la autonomía sin menoscabo de la «soberanía federal». Tan es así que las cláusulas tendentes a reconocer una soberanía de las entidades territoriales que lo componen (los Estados miembros) es consecuencia directa del hecho de que algunos Estados federales derivan de precedentes situaciones confederales (Estados Unidos, Suiza, Alemania). Sin embargo, es un ejemplo más frecuente en la historia el camino que recorre un Estado unitario hacia la descentralización interna en forma de funcionamiento federal (Canadá, Austria, España etc.). Por tanto, queda validado históricamente el doble camino hacia la experiencia federal: de una parte, el modelo basado en la formación de un Estado federal a través de la integración de Estados ya soberanos; de otra, el tránsito de un Estado unitario centralizado a otro descentralizado a través del reconocimiento del principio de autonomía.

El ajuste de las relaciones institucionales entre la federación y los poderes federados, entre la soberanía originaria en tránsito hacia la soberanía de la federación, se corresponde con la historia de la transformación del «federalismo dual» (en el cual se produce una yuxtaposición entre el Estado federal y los Estados miembros) en «federalismo cooperativo», en el cual las exigencias de la intervención pública en la economía nacional y la creciente presencia del Estado social de prestaciones hacen de reclamo de un Poder Ejecutivo fuerte que encuentra su mejor acomodo en el ámbito de la federación. Ahí se encuentra la causa del declive de la doctrina de la permanencia de la soberanía de los Estados miembros y la pérdida de la cualidad de éstos como sujetos internacionales de Derecho.

El momento centrípeto y la dinámica centrífuga están, pues, presentes en la propia configuración estructural de las formas de Estado. Que a cada tiempo histórico corresponda uno u otra depende de determinadas circunstancias y complejos procesos que vienen precedidos de necesidades militares y de defensa, de alianzas estratégicas por razones económicas o propiciadas por el resultado de una exitosa socialización por integración o, en sentido inverso, desagregación y confrontación por motivos étnicos, religiosos, culturales o de otro tipo.

3. ESPAÑA

Viene esta reflexión en auxilio del intento de comprensión de la conformación de España, de la de ayer y de la de hoy, que no es una entidad metafísica y ahistórica sino una realidad bien compleja, fundada en pueblos diferentes, integrada por diversas culturas y donde la *unidad* no representó jamás la *homogeneidad* ni la *pluralidad* pudo ser reconducida a la *uniformidad*.

En efecto, durante el Siglo XIII se estructura la Corona de Castilla, integrada por los Reinos de León y Castilla a la que se habían ya incorporado los territorios de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa y a los que se unirán después Murcia y Andalucía, excepto el reino de Granada y Canarias que no lo harán hasta el Siglo XV. En la zona oriental de la península se afirma la Corona de Aragón, integrada por el Reino de Aragón y los Condados catalanes, al que se adiciona en el Siglo XIII Mallorca y Valencia. Entre ambas, mantiene su personalidad propia el Reino de Navarra hasta que en el Siglo XV se incorpora como Reino separado a la Corona de Castilla.

A partir del Siglo XV bajo el auspicio de los Reyes Católicos se produce un proceso de centralización política y jurídica. Pero conviene no olvidar que junto al surgimiento de instituciones centrales, los antiguos reinos y territorios conservan sus peculiaridades, sus prerrogativas, sus instituciones. El monarca,

que ostentaba la titularidad del poder estatal, ejercía la soberanía sobre los distintos reinos y territorios integrados en la Corona. Pero su potestad no era la misma en todos los lugares, pues ésta dependía de la personalidad jurídico-política y de la resistencia con que la constitución y las leyes propias del reino establecían límites al arbitrio real. Aunque existió lo que LALINDE llamó «*ósmosis hispánica*» —en el sentido de trasvase de instituciones de unos reinos y territorios a otros—, es indudable que en esa compleja realidad, integrada en la unidad de la monarquía con pluralidad de reinos, se fue asentando la progresiva homogenización sobre la concepción absolutista del poder existente en Castilla, más funcional a la plenitud soberana del monarca. El recurso al «*contrafuero*», el «*pase foral*» y la estimación de los «*agravios*» constituyen formas de nulidad o anulabilidad de decisiones legislativas reales cuando el «*decisionismo castellano*» infringía el ordenamiento legal propio y originario del reino concernido por la norma real.

Sin embargo, señala F. TOMÁS Y VALIENTE que «el revisionismo crítico del legado medieval» no se producirá hasta el siglo XVIII, que es el momento en que la monarquía alcanzará la plenitud de su potestad, construida sobre las «regalías», la recuperación de poderes en manos de particulares o restringiendo el de las instancias señorial, municipal, universitaria y, sobre todo, atrayendo hacia sí las prerrogativas y facultades de los propios reinos. El ideal de BODINO de una soberanía basada en una autoridad suprema del príncipe, que es, por esencia, perpetua, inalienable, imprescriptible e indelegable estaba cada vez más próximo. La recuperación de poderes, rentas y oficios en el pasado enajenados era, por tanto, posible a través de un fuerte proceso de centralización administrativa, unificación institucional y racionalización del poder.

En efecto, la unidad de la Monarquía y la pluralidad de reinos se mantendrán hasta el Siglo XVIII, momento en el que Felipe V promulga los Decretos de Nueva Planta. Por ellos, Valencia y, en menor medida, Aragón, Cataluña y Mallorca pierden sus fueros y privi-

legios, mientras que, fieles a Felipe V, Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava conservan sus peculiaridades forales. A partir de estos Decretos la concepción «pactista» del poder quedó rota y fue sustituida por la formulación de la soberanía absoluta. Ello conducirá a que puedan calificarse —en posteriores decretos— los derechos e instituciones subsistentes del régimen anterior como «lo nuevo establecido». Unificación equivalió a castellanización, lo que valió tanto para el idioma, como para el derecho y las instituciones.

Llegados a este momento, con el inicio del Constitucionalismo liberal en 1812 se produce otro nuevo impulso centralizador representado en la unificación nacional del Derecho y del Mercado. Pero este impulso liberal no evitará que todo el Siglo XIX esté afectado por una dialéctica entre tradición y modernidad, donde no es posible desconocer las tres Guerras Carlistas y el intento de Constitución Federal y Republicana de 1873. El carlismo supuso una reacción absolutista en toda regla en Navarra y los tres territorios vascos, que reivindicaban sus antiguos fueros y privilegios. Durante el Siglo XIX la Ley de Confirmación de Fueros de 1839 ratifica los fueros y privilegios de Navarra y Vascongadas, sin perjuicio de la unidad de la Monarquía que personaliza el Estado. Más tarde, el régimen de «*convenio*» económico y fiscal de Navarra se reconocerá en una Ley de 1841 y el de «*concierto*» para las provincias vascas en 1876. Ni siquiera el liberalismo centralizador encarnado en nuestro constitucionalismo histórico pudo enfrentar con éxito el fin de los convenios y conciertos de carácter fiscal, auténticos privilegios medievales para vascos y navarros, que sobrevivieron *contra constitutionem* y en oposición frontal al principio constitucional de igualdad ante la ley, de legalidad tributaria y de tributación según la capacidad económica de cada cual. De esta manera, el hecho consumado de potencialidad constituyente —por utilizar la terminología de G. JELLINEK— terminó desplazando a los preceptos de aplicación en las Constituciones del liberalismo español.

El último tercio del Siglo XIX conoce procesos de industrialización acelerada en el País

Vasco y en Cataluña, lo que reforzará los sentimientos identitarios y propiciará el surgimiento de partidos nacionalistas para salvaguardar las esencias culturales frente a los movimientos migratorios de otros territorios de España, cada uno con sus propias singularidades y con sus específicas esencias.

Añádase a todo ello la formidable inestabilidad política de nuestro constitucionalismo histórico, que guarda relación directa con la inexistencia de una Revolución burguesa y la debilidad de las clases medias que son incapaces de estructurar un *consensus básico* constitucional en torno a las reglas de juego de nuestra democracia política. Antes al contrario, el «efecto pendular» supondrá que las Constituciones políticas lo sean de la fracción coyuntural ganadora que la impone a la otra mitad de la nación Y así se producirá una sucesión de textos que responden a los valores de la Monarquía de carácter liberal (básicamente las Constituciones de 1812, 1837 y 1869) frente a las Constituciones moderantistas de la Monarquía tradicional (a cuya filosofía responderían las Constituciones de 1834, 1845 y 1876). A ellas hay que añadir un intento de proyecto constitucional republicano y federal en 1873, una experiencia republicana y democrática en 1931 pasando por la Dictadura de Primo de Rivera en 1923 y de Franco a partir de 1939.

Durante todo el Siglo XIX y buena parte del XX, dos han sido los elementos estructurales del constitucionalismo español: la Monarquía, en su versión tradicional o constitucional, de una parte, y el regionalismo, en sus variantes federal o autonómica, de otra. Y, sin embargo, con el concepto de constitución real o material en la mano tendríamos inmediatamente que concluir que uno de ellos, el regionalismo, ha estado absolutamente ausente de las seis constituciones que tuvieron vigencia durante el Siglo XIX. No es así extraño que al declinar el siglo XIX y en los albores del XX se heredase un problema pendiente de difícil resolución.

La breve vigencia de la Constitución Republicana de 1931 intentó dar respuesta a la demanda de descentralización del Poder mediante la configuración del «Estado integral»

y el acceso al autogobierno de los territorios afines en virtud del principio dispositivo. A su amparo cobraron escaso tiempo de vigencia los Estatutos de Autonomía de Cataluña y País Vasco y quedaron inconclusos los de Galicia y Andalucía. Ni que decir tiene que el principio de «unidad entre los hombres y las tierras de España, que es intangible» (IV de los consagrados en la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958), predicado por el totalitarismo franquista, suspendió fulminantemente la vigencia de esta experiencia descentralizadora «*en mala hora concedida por la República*» y devolvió «*a aquellas Provincias el honor de ser gobernadas en pie de igualdad con sus hermanas del resto de España*» (Ley de Derogación del Estatuto de Cataluña).

Habrà que esperar, pues, al término de la dictadura de Franco para que la respuesta institucional a la demanda de descentralización territorial conozca su más profunda plasmación a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, no tanto por planificación del modelo desde su texto escrito, cuanto en la realidad de la práctica política desplegada desde la entrada en vigor de la vigente Constitución y de los Estatutos de Autonomía que la complementan y desarrollan.

Conviene, a mi entender, no perder de vista estos apuntes de nuestro pasado para no dogmatizar en exceso con los procesos históricos que, vistos en perspectiva, dan cuenta de cómo lo que hubo después no fue, y lo que después fue bien puede pretender conservar parte de lo que hubo. El movimiento centrífugo y la espiral centrípeta se encuentran en el corazón mismo de la aparición del Estado moderno y del surgimiento del Estado federal.

4. LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE LAS REFORMAS ESTATUTARIAS

Nos encontramos por estas fechas inmersos en proyectos de reforma constitucional y estatutaria. Se trata de un proceso jurídico-

político de actualización de normas, bien para corregir disfunciones e insuficiencias de la vigente Constitución, bien para profundizar en los mecanismos de autogobierno y actualizar los subsistemas políticos de las Comunidades Autónomas tras XXVIII años de vigencia de nuestra suprema norma. Vivimos, en conclusión, tiempos movedizos de cambios y refundaciones.

Así las cosas, es evidente que una característica esencial de la presente Legislatura 2004-2008 la constituye las anunciadas reformas estatutarias, por cuanto la pretendida y limitada reforma constitucional, propuesta por el Gobierno del Presidente Rodríguez Zapatero, de momento carece del necesario consenso. Pues bien, precedida por el Plan Ibarretxe —que no era la reforma del Estatuto sino la ruptura de la Constitución—, el Parlamento de Cataluña ha concluido la tramitación conducente a una reforma estatutaria en profundidad. Antes lo hizo Valencia, y después Baleares y Aragón, mediante un meritorio acuerdo entre las dos fuerzas políticas mayoritarias. Entre medias ha culminado el proceso en Andalucía, donde el propio Presidente de la Junta lanzó la idea en junio de 2001, cuando con ocasión del Debate sobre el estado de la Comunidad Autónoma, el Presidente Chaves aludía a la necesidad de *«abrir un debate político y social sobre el texto estatutario, evitando la polémica partidista, y proceder con inteligencia y pragmatismo a impulsar un nuevo horizonte de autogobierno que facilite lo que vengo denominando la segunda modernización de Andalucía, en base a sugerencias, propuestas e iniciativas, sin excluir ninguna alternativa, incluida la posibilidad de reformar el Estatuto si fuera necesario»*. Y más adelante solicitaba *«diálogo y acuerdo para contribuir desde nuestra Comunidad al desarrollo del Estado de las Autonomías. Un impulso que debe significar la reforma del Senado, la creación de la Conferencia de Presidentes Autonómicos, el fortalecimiento de las Conferencias Intersectoriales y la presencia de las Comunidades españolas en los Consejos de Ministros de la Unión Europea»*.

Pero las reformas emprendidas en unos y otros lugares responden a una filosofía políti-

ca bien diferente. Para empezar, en el caso de Cataluña y Andalucía (también en el de Aragón) sólo impropiamente puede hablarse de *«reforma»* de los Estatutos, pues en ambos casos se trata de textos íntegros de nueva planta que incorporan una Disposición Derogatoria expresa del precedente texto estatutario. En el caso de Cataluña se planteó desde el primer momento la discusión de un *nuevo* texto mediante la apertura de un proceso estatuyente para renovar la legitimidad de la norma y la propia posición de la Comunidad catalana en el conjunto del Estado. El caso de Andalucía fue inicialmente diferente, pero el decurso de los acontecimientos lo llevaron a igualar la profundidad y alcance de la reforma catalana y a marcar el límite máximo permitido para toda operación estatuyente que se pretenda aprobar en el marco de la vigente Constitución. De esta manera Andalucía, tal como ya lo hizo en los años ochenta, volvería a liderar el proceso de *sustancial igualdad* entre Comunidades Autónomas propio del llamado Estado Autónomo, sin perjuicio de los hechos diferenciales de otras nacionalidades que tengan soporte y amparo en la Constitución.

Decíamos, entonces, que mientras que el Gobierno Vasco pretendía la ruptura de la Constitución, la Comunidad Autónoma de Valencia apostaba por una reforma limitada y tranquila en el marco de la suprema norma; distinta, por cierto, al envite del Parlamento de Cataluña que ha situado la reforma en unos límites que pueden plantear, en su momento, algunas dudas de constitucionalidad. No es el caso de Andalucía, donde legítimamente se aspira a ser la referencia estatal de una reforma intensa y profunda pero que tenga cabida en el marco de la vigente Constitución. La reforma del Estatuto en Andalucía ha venido precedida de un debate participativo, no exento, en ocasiones, de cierta crispación política, carente de veleidades inquietantes, impulsado desde las fuerzas progresistas y presidido por la asunción plena de los principios contenidos en el artículo 2 de la Constitución: unidad, autonomía y solidaridad.

En el contexto general de las reformas se respira un razonable clima de comprensión ha-

cia los hechos diferenciales protegidos por la Constitución y una radical oposición a que el reconocimiento de tales peculiaridades implique cualquier tipo de privilegio. En general, las reformas estatutarias se plantean, de una parte, como aspiración para el incremento del autogobierno y, de otra, en orden a la reactualización del pacto estatuyente que permita elevar a norma institucional básica los avances, de todo tipo, alcanzados en el desarrollo autonómico de los últimos veintiocho años. El ajuste entre realidad política y preceptividad jurídica, entre *normalidad* y *normatividad*, permitirá dar un salto adelante en la consolidación del Estado autonómico y ganar en seguridad jurídica de cara a limitar los conflictos institucionales y propiciar entre todos que el Estado funcione armónicamente.

Situadas así las cosas, atravesamos fechas adecuadas para poner en valor la función de los órganos consultivos, tanto del Consejo de Estado cuanto de los Consejos Consultivos autonómicos que, actuando desde la reflexión y el sosiego, están llamados a cumplir una importante función asesora en el debate de reforma constitucional y de los Estatutos de Autonomía que se vive en España. Una coyuntura política que no admite improvisaciones y que, al menos en Andalucía (y también en Cataluña), ha venido precedida de una profunda reflexión teórica e histórica que nos ha permitido entender mejor la naturaleza profunda del proceso de cambio emprendido.

5. CONSIDERACIONES SOBRE UNA ADECUADA ESTRATEGIA PARA LA REFORMA DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Una prudente meditación sobre una operación jurídico-política tan importante, como es la reforma de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades que la han emprendido, ha precisado dar cumplida respuesta, al menos, a cuatro preguntas capitales. La primera,

si era *necesaria* la reforma del Estatuto; en caso afirmativo, *cuándo* convendría llevar a cabo la reforma; en tercer lugar, *cómo* debería acometerse en términos políticos y parlamentarios; y, por último, con arreglo a qué principios y límites constitucionales debe conducirse el conjunto de la reforma territorial. Oportunidad, temporalidad, tramitación y adecuación. Éstos son los cuatro puntos básicos que una estrategia de reforma constitucionalmente adecuada debiera establecer de manera apriorística y por ese orden de prioridades.

A) LA OPORTUNIDAD: ¿ERAN NECESARIAS LAS MODIFICACIONES EMPRENDIDAS?

La primera cuestión que con carácter previo merece ser despejada por el *poder estatuyente* es aquella que se pregunta sobre la propia *necesidad* y *conveniencia* de la reforma estatutaria. Ésta es una interrogante de todo punto pertinente porque, aunque en el momento de escribir estas líneas se presenta como una cuestión relativamente pacífica, no lo fue en el origen del proceso donde no en todas las Comunidades Autónomas las mismas fuerzas políticas estuvieron de acuerdo en la pertinencia de propiciar una reflexión sobre el grado de actualización de las normas estatutarias. Hoy, en cambio, podemos constatar cómo, allí donde se han acometido las reformas, las fuerzas del arco parlamentario, las centrales sindicales y organizaciones empresariales más representativas así como la mayoría de las asociaciones ciudadanas son favorables a las modificaciones estatutarias. Por lo demás, en la práctica totalidad de los sondeos de opinión pública recientemente efectuados los ciudadanos se muestran satisfechos con su autonomía política y partidarios de incrementar los niveles de autogobierno.

Ello no significa que no debamos afirmar con contundencia que las Comunidades Autónomas que han emprendido reformas han dispuesto de unos Estatutos de Autonomía que han producido unos *rendimientos óptimos*

en el transcurso de los veinticinco años de vigencia que se acaban de cumplir. Durante este tiempo, las respectivas normas institucionales básicas han posibilitado en los distintos territorios la profundización y participación democrática, la legitimación del subsistema político, un amplio despliegue institucional autóctono y la impulsión de un abanico de políticas públicas cuya característica esencial ha sido una determinante *vocación social* unida a una preocupación por la dotación de infraestructuras orientadas al *despegue económico*.

Sin embargo, no podemos olvidar que la elaboración y aprobación de buena parte de los Estatutos que ahora se reforman (y que impactó en primer lugar sobre el de Andalucía), se produjo en un marco general de redefinición y racionalización del proceso autonómico, diseñado por el segundo Gobierno del Presidente Suárez, iniciado en 1979, que desembocó, tras el Informe de la Comisión de Expertos, en la suscripción de los Acuerdos de 1981 firmados entre UCD y PSOE, y que culminó con la aprobación de la LOAPA, en buena medida declarada posteriormente inconstitucional. Son, por tanto, unos Estatutos aprobados en un momento de convulsión de la vida política española y que se tramitan a la sombra del «23 de febrero» y de las cautelas que, en aquel momento, imponían las amenazas de desestabilización del sistema constitucional y de libertades propiciado por la Constitución de 1978.

Por lo que se refiere al Estatuto de Andalucía, era un texto pactado, en buena medida, desde la desconfianza de una de las grandes fuerzas políticas, precisamente el partido de UCD que en aquel momento encarnaba el Gobierno de la Nación. Ello condujo a que por la vía de los motivos de desacuerdo y a través de la presentación de enmiendas, el centro-derecha español (UCD-AP) intentara rebajar a lo largo de la tramitación parlamentaria el techo de autogobierno que el artículo 151 de la Constitución confería a las Comunidades de primer nivel. Ese máximo nivel que los andaluces, contra todo pronóstico, habían conseguido en las urnas, superando los sucesivos obstáculos previstos en tal precepto, incluida la operación

de *ingeniería constitucional* que supuso la modificación del artículo 8.4 de la Ley Orgánica 2/1980, de distintas modalidades de referéndum, para hacer posible la incorporación al proceso de la provincia de Almería. Y ese techo significaba, sencillamente, la equiparación con las llamadas «*Comunidades históricas*» del nivel competencial y del aparato institucional (en particular, la autonomía política expresada a través de Parlamento propio). No otra cosa debía ser la consecuencia constitucional tras el cumplimiento del procedimiento previsto.

Como se ha dicho tantas veces, el «*efecto Andalucía*» hizo descarrilar el modelo abierto pero claramente indiciado en la Constitución: el de las *nacionalidades* y el de las *regiones*. Y hoy, el ejercicio de indagar cuánto y de qué manera influyó la reconducción del proceso autonómico y el impacto que este reflujo tuvo sobre aquellos textos estatutarios no es una tarea fácil. Sin embargo, sí es posible espigar algunos elementos básicos que, a modo de vestigios de la «*reconducción*», quedaron patentes en el texto de los Estatutos. Véase, por ejemplo, la inexistencia de la disolución parlamentaria, la «*congelación*» de rango de las relaciones del Parlamento con el Gobierno, la posibilidad de elección automática del Presidente de la Junta y la flagrante limitación de los periodos de sesiones.

Pues bien; han transcurrido veintinueve años desde la aprobación de la Constitución, casi otro tanto desde la promulgación de los primeros Estatutos. Y el hecho cierto es que la realidad política, social, económica y cultural, tanto desde la perspectiva interna como desde la internacional, poco se parecen hoy a aquellas condiciones reales y ambientales a las que hubo que hacer frente a finales de los años setenta del siglo pasado. En el entreacto, han sucedido muchos eventos e importantes transformaciones que no pueden ser obviadas desde el plano de las supremas normas. Así:

- España formalizó en 1985 su ingreso en la Unión Europea, lo que ha supuesto la necesidad de homologar nuestro sistema político, económico, monetario, fiscal, etc. a las prescripciones de los Tratados constitutivos, además de la incorporación a nuestro sistema de

fuentes del Derecho de las normas aplicables en nuestro territorio aprobadas por las instituciones de la Unión.

- Se ha desplegado el Estado autonómico y producido una profunda descentralización partiendo de un desvaído e impreciso Título VIII de la Constitución, construyendo una suerte de funcionamiento territorial equiparable, *grosso modo*, a un Estado federal del tipo alemán y, por supuesto, con más profundidad descentralizadora que el modelo italiano. Y lo hemos acometido, fundamentalmente, sobre la base de acuerdos políticos y dirimiendo los conflictos mediante sentencias del Tribunal Constitucional.

- Se ha desarrollado el Estado social de derechos y prestaciones, universalizando los servicios públicos básicos y confiriendo otra serie de libertades y derechos ciudadanos derivados, bien de derechos fundamentales constitucionalizados, o bien del surgimiento de nuevos derechos de prestación.

- España ha transitado desde un país que ajustaba sus excedentes de mano de obra desprotegida por la vía de su exclusión hacia la emigración exterior, a un país de acogida de cientos de miles de inmigrantes, puente y frontera de dos mundos, cuyos derechos y deberes es necesario establecer y garantizar.

- En escasas décadas se ha transformado profundamente la estructura social y económica del país, abandonando los últimos aledaños del intervencionismo autárquico hacia la plena inserción en el capitalismo internacional. Ello ha sido posible mediante el tránsito de una sociedad agraria y preindustrial a una economía abierta basada en un mayor equilibrio entre los sectores productivos, donde el sector terciario es determinante para el mantenimiento del empleo.

En definitiva, hemos abierto nuestras fronteras, estamos presentes en foros internacionales, participamos en programas de cooperación internacional, integrándonos paso a paso en la globalización económica, en la modernización ecológica, en la sociedad del conocimiento y de la información.

Por lo demás, hemos asistido al derrumbamiento de los equilibrios políticos e institucionales surgidos tras la Segunda Guerra Mundial, que se encuentran en plena revisión, se trate del Fondo Monetario Internacional, de la propia ONU, o del G-8, sin olvidar el impacto que sobre la producción y el consumo supondrá la irrupción en el escenario mundial del «gigante chino». La «Guerra Fría» y la tensión bipolar entre oriente y occidente ha sido sustituida por un imperialismo agresivo que fomenta y propicia los conflictos étnico-religioso-culturales y el choque de civilizaciones.

En suma, el escenario mundial nos depara el fenómeno de la globalización, la mundialización de los mercados, el surgimiento de un «*Gobierno invisible*» supraestatal que gestiona los flujos monetarios, que interfiere las bolsas, y que no tiene formalización política, ni personalidad jurídica, ni control democrático. Todos estos fenómenos necesitan una respuesta política, auspiciada desde la reflexión intelectual y el impulso popular procedente de los espacios más cercanos al ciudadano, sobre todo desde la esfera municipal y desde el contexto regional, entendidos como microespacios políticos donde hombres y mujeres pueden practicar la democracia y adquirir la condición plena de ciudadanía.

Valdría decir, a modo de conclusión, que en los últimos veinticinco años el panorama mundial se ha modificado y, lógicamente, España y sus territorios también han cambiado sustancialmente. En el plano interno, porque el sistema político se ha estabilizado, la democracia se ha consolidado, el desarrollo económico ha progresado, se han universalizado servicios tan básicos como el educativo y el sanitario, los sistemas de protección y prestación funcionan en unos estándares razonables... Es la nuestra una realidad que poco tiene que ver con la sociedad de los años setenta. Y lo mismo sucede desde la perspectiva de la acción exterior, donde las Comunidades Autónomas están jugando un papel muy importante, acorde a sus posibilidades, en el ámbito de la cooperación internacional, del intercambio cultural, del comercio exterior, en los esfuerzos por el diálogo y el entendimiento entre culturas, en la preser-

vación de la estabilidad y de la paz en el Mediterráneo, particularmente en el Magreb, y en el enlace con los países hispanoamericanos.

Y así podríamos continuar relatando las profundas diferencias derivadas de los acontecimientos surgidos en el último cuarto de siglo, a los que ni España ni sus Comunidades Autónomas han permanecido ajenas. Y así hasta llegar a preguntarnos, desde criterios de oportunidad política y de adecuación jurídica: ¿Responden estas normas estatutarias, aprobadas en 1981/82, a la realidad de un cuarto de siglo después? A mi modo de ver, la respuesta es claramente negativa. Ciertamente que en lo esencial los distintos subsistemas podrían seguir funcionando sin acudir al mecanismo de reforma. Pero ello sería tanto como mantener una maquinaria en activo que no por seguir en funcionamiento se comporta con manifiesta obsolescencia.

Por todo ello hay que considerar un acierto el proceso conducente a la revisión y actualización de los Estatutos de Autonomía. Y, por ello, también, desde los diversos Consejos de Gobierno hasta la práctica totalidad de las fuerzas políticas parlamentarias se han implicado de manera decisiva a la hora de propiciar un debate sobre la adecuación de las normas escritas a la realidad política subyacente. Y es que en el ámbito del Derecho suele suceder con frecuencia que las normas jurídicas envejecen con extraordinaria celeridad. Y ello es particularmente perceptible en el ámbito del Derecho Constitucional, donde instituciones y regulaciones pensadas por el legislador de una determinada manera terminan superando el corsé normativo estipulado y desbordando por completo las previsiones que el legislador estableció para una realidad más prolija y dinámica. Es entonces cuando la tensión entre *normalidad* y *normatividad* adquiere una notable relevancia.

Cuando tal desajuste existe, la reforma estatutaria se convierte en la forma primaria de preservar la normatividad, la imperatividad y la eficacia de las supremas normas. Porque cuando se produce esta discordancia entre *normalidad* y *normatividad*, entre realidad política y

formalidad jurídica, no es peor para la realidad sino que se resiente el carácter preceptivo de la norma. Y es entonces cuando encontramos el terreno abonado para detectar sin esfuerzo todo un catálogo de prescripciones virtuales, una suerte de preceptos carentes de operatividad y vigencia, letra muerta desconectada por completo de la realidad social.

Durante demasiado tiempo se ha mantenido desde ciertos sectores de opinión y desde alguna fuerza política una suerte de ideología de la no reforma, de la sacralización de los textos vigentes, de la intangibilidad de la Constitución y de los propios Estatutos. Ahora bien, si es un principio esencial del Derecho que las normas deben responder a la realidad de su tiempo, es evidente que la reforma agraria no responde a los criterios de la política agraria comunitaria; es no menos evidente que España dejó de ser tierra de emigrantes y necesita una respuesta a los flujos migratorios en su condición de frontera sur de Europa; que hemos ingresado, en fin, en la Unión Europea sin que los Estatutos hagan la menor referencia a la fase ascendente de toma de decisiones y a la participación de las Comunidades Autónomas en la conformación de las políticas comunitarias. La consolidación de las libertades y la tolerancia social han hecho emerger nuevos derechos de libertad, a la par que nuestra plena incorporación a la sociedad del bienestar demanda nuevas prestaciones públicas, plena igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, presencia de criterios medioambientales en las políticas públicas para hacer compatible la economía y la ecología. Nuevas respuestas a las nuevas necesidades de nuevos tiempos que han conducido, en ocasiones, a desarrollos normativos contrarios a la letra de los Estatutos pero necesarios para el buen funcionamiento del sistema.

Por todo ello considero un acierto de los dirigentes y de las fuerzas políticas que propugnan las reformas la oportunidad de producir una profunda reflexión, desde el pleno respeto a la vigente Constitución, acerca del grado de adecuación entre *normalidad* y *normatividad*, entre las normas contenidas en los hasta ahora

vigentes Estatutos y la nueva realidad política y social subyacente.

B) LA TEMPORALIDAD: ¿CUÁNDO SE DEBERÍAN HABER IMPULSADO LAS REFORMAS?

Despejada, pues, la *oportunidad* de las reformas, la segunda pregunta que debemos contestar guarda relación con el *tempo* político. ¿Debe preceder la reforma constitucional a las modificaciones estatutarias? La respuesta en sede teórica parece de todo punto clara. Si la Constitución territorial es un *fragmento* capital (en la terminología de Lassalle) de la *Constitución real* del Estado, es más que conveniente que el modelo se juridifique en la *Constitución formal*. Sólo así las normas contenidas en la Constitución territorial operarán como garantía, a la vez que límite, del ejercicio de la autonomía política en condiciones de igualdad y solidaridad.

Fracasado, de momento, el intento de abrir el proceso constituyente, hubiere sido de todo punto conveniente tramitar la reforma de los distintos Estatutos en paralelo y con la vista puesta, quizás, en otros procesos de reforma estatutaria comparada, pero, sobre todo, *sin perder la perspectiva de la reforma constitucional* anunciada pero paralizada. De lo contrario, se corre el peligro de que algunas propuestas de reforma, que pueden ser razonables y hasta convenientes, puedan impactar, cuando no contradecir, con la literalidad de la Constitución vigente. No es necesario insistir en que la conversión del «guardián de la Constitución» en instancia resolutoria de irresueltos problemas políticos es una actitud nada conveniente que debiera haberse evitado a toda costa.

Por otra parte, el necesario *ensamblaje entre la Constitución y los Estatutos* —en definitiva, el bloque de la constitucionalidad— es imprescindible en materias como los derechos derivados de los derechos fundamentales, en la composición y funcionamiento del Senado, en la configuración de los instrumentos de colaboración, cooperación y mutuo auxilio, tanto desde la perspectiva de la formación

de la voluntad interna del Estado cuanto de la formación de la voluntad hacia el exterior, en el establecimiento de los canales de representación y participación de las Comunidades Autónomas en el espacio de la Unión Europea, en las cuestiones atinentes a la Administración Local y Judicial etc.

Mientras tanto, y en aras de que el proceso de cambio sea ordenado y constitucionalmente adecuado, es necesario que la reforma estatutaria no supere, en ningún caso, el marco establecido por la vigente Constitución, al menos mientras ésta exista en su tenor literal. Dicho de otra manera, lo constitucionalmente correcto consiste en efectuar la lectura de los Estatutos a la luz de las posibilidades que ofrece la Constitución, y no al revés. Por tanto, sería inconstitucional e ilegítima —cuestión que no afecta a Andalucía ni a Valencia pero se debatió en Cataluña— una pretendida reforma de un Estatuto que anticipara e intentara superar el marco de la vigente Constitución, o que de forma no negociada con las Cortes Generales pretendiese forzar la modificación de ciertas leyes orgánicas de desarrollo directo de la Constitución.

Sin embargo, nada impediría que este debate, articulado en paralelo, pudiese determinar la conveniencia de adaptar la Constitución (y, por supuesto, las leyes orgánicas y de bases), no sólo en los cuatro puntos anunciados por el Gobierno, sino a bloques estatutarios, debidamente acotados y homogeneizados para todas las Comunidades Autónomas que, establecidos en términos de igualdad, supongan desde el punto de vista funcional una mayor y mejor sintonía de nuestro sistema constitucional a esta realidad de la España plural. Hasta aquí lo que podría y debería haber sido.

Ello no obstante, es lo cierto que la inexistencia de «*consensus básico*» entre las dos grandes fuerzas políticas estatales, en orden a la reforma constitucional, ha impedido el necesario y sosegado debate sobre la conveniencia de dar la palabra al Poder Constituyente. Y esta sacralización de la intangibilidad de la Constitución y de la bondad intrínseca de la suprema norma vigente, este exceso de ido-

latría hacia el *espíritu* de la transición puede haber sido la causa desencadenante de la huida hacia adelante practicada por las instituciones vascas (rechazada por su vehemente contenido en el Congreso de los Diputados) y por las fuerzas políticas e instituciones de Cataluña, cuyo nuevo Estatuto está recurrido ante el Tribunal Constitucional.

Dicho de otra manera, la ausencia de acuerdo en torno a la reforma constitucional ha propiciado en sede política la *huida* hacia delante del Parlamento vasco y el *tirón* exitoso del Parlamento de Cataluña, que ha alumbrado un nuevo Estatuto que, de momento, está obligando a la modificación de ciertas leyes de bases y orgánicas, con un alcance, a veces, limítrofe con la propia reforma de la Constitución. El hecho de que Cataluña y Andalucía, desde entendimientos bien diversos, hayan seguido una senda reformista de elevación de máximos techos competenciales y agotamiento de las posibilidades constitucionales, puede ser preludio de que las fuerzas políticas mayoritarias terminen acordando la necesaria reforma constitucional que, de no acometerse, traerá de seguro futuros conflictos constitucionales de no fácil resolución.

C) LA TRAMITACIÓN: ¿CÓMO DEBERÍAN HABERSE LEGITIMADO?

La tercera pregunta debe dar cumplida respuesta a las mayorías parlamentarias necesarias para abordar el empeño. Convenimos en que la reforma estatutaria es una *reactualización del pacto estatuyente*, incidente en el pacto constituyente, que quizás no ha sido demandada masivamente por los ciudadanos, pero a la que tampoco se oponen, antes bien, la respaldan si se formula en términos de profundización del autogobierno, o de reconocimiento de más derechos y mejores garantías en la prestación de los servicios públicos. Es, además, una reforma deseada, con mayor o menor intensidad, por las fuerzas políticas y sociales y la mayoría de los profesores de Derecho Público se han mostrado favorables a la reactualización de nuestras supremas normas.

En tales condiciones, la reforma debe surgir siempre del *diálogo* y respaldada por un *amplio consenso* en lo fundamental que permita en lo no esencial salvar las propias posiciones contrapuestas o diferenciadas. Ello llama de inmediato a acotar aquellas materias que se deben entender como fundamentales, y que en mi opinión serían los derechos de los ciudadanos, las medidas de profundización democrática del sistema político, las garantías para el ejercicio del autogobierno (competencias garantizadas y suficiencia financiera) y la vertebración territorial interna (tanto en sus aspectos simbólicos y culturales cuanto en el establecimiento de las estructuras institucionales) para la óptima prestación de los servicios y el desarrollo armónico de los diversos territorios.

El consenso, en mi opinión, no es la unanimidad ni la uniformidad. Tampoco la absoluta incidencia en los mismos puntos y con la misma perspectiva, por parte de todas las fuerzas políticas; el consenso estribaría en que las reglas generales del marco de juego del sistema, flexiblemente entendidas, estén aceptadas por las principales fuerzas políticas en sus aspectos nucleares y, muy particularmente, por aquellas que tienen capacidad para producir el efecto de alternancia de gobierno, bien en el conjunto del Estado, bien en cada Comunidad Autónoma.

D) LA ADECUACIÓN: ¿QUÉ PRINCIPIOS DEBEN INSPIRAR LA REFORMA TERRITORIAL?

Seguramente estamos asistiendo a un salto adelante de carácter cualitativo y cuantitativo en la conformación del Estado autonómico. No otra cosa debe ser la resultante de esta operación de reforma de la *Constitución territorial* de España que, en ausencia de reforma constitucional, se está produciendo mediante la aprobación de *nuevos* Estatutos de Autonomía. El *cierre* del modelo es difícil de predecir; es más, en rigor es improbable, de acuerdo con la tesis que hemos mantenido que hace depender los procesos centrípetos o centrífugos de concretas circunstancias históricas. Si, tal como hemos

expuesto, el Estado es un producto histórico y España una construcción histórica, lo que esté por venir, estará. Sólo el político con capacidad de adelantarse a su tiempo estará en condiciones de incidir sobre el futuro inmediato. Al jurista le resta recordar las posibilidades y límites que el Derecho Constitucional vigente ofrece y el margen de maniobra posible para abordar el empeño.

Visto así, los principios que deben de inspirar esta nueva Constitución territorial para España, sintéticamente expresados, podrían ser los siguientes:

1º) El respeto a la *diversidad* en el marco de la *unidad*.

2º) El amparo de los *hechos diferenciales* constitucionalmente protegidos, reconocimiento y amparo que no debe comportar privilegios medievales.

3º) El mantenimiento de la *igualdad sustancial de status* jurídico en derechos y deberes para todos los ciudadanos en el conjunto del territorio del Estado.

4º) Un *sistema de financiación solidario y suficiente*, acordado multilateralmente entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas, y que tenga en cuenta, también, las necesidades financieras de los Ayuntamientos.

5º) El respeto a las reglas que garantizan la *unidad de mercado* y a las *competencias exclusivas del Estado* que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de transferencia o delegación.

6º) La configuración constitucional de un *Senado territorial* de integración, operativo y funcional, que incorpore los instrumentos imprescindibles de coordinación, colaboración y cooperación, y que convierta un Estado polifónico *ad intra* en una única voz *ad extra*.

7º) Una adecuada regulación de la *acción exterior* de las Comunidades Autónomas que dé respuesta a este nuevo fenómeno de *participación* en las políticas de la Unión Europea y que permita un espacio propio de política exterior, desde el respeto a los intereses generales de España y a la posición del Estado como sujeto único de las relaciones internacionales.

Cómo se deban producir, al día de hoy, estos ajustes que garanticen la convivencia en paz, prosperidad, justicia y solidaridad para el Siglo XXI corresponde decidirlo a quienes constitucionalmente ostentan la soberanía del pueblo español, que tienen sobradamente acreditada las virtudes del consenso, la moderación y el diálogo.

Si conseguimos cuadrar esta operación de reforma en términos políticos razonables y en términos jurídicos adecuados, el Estado español podrá continuar disfrutando otro largo periodo de convivencia en paz, libertad, justicia y prosperidad.

6. BALANCE PROVISIONAL SOBRE LOS OBSTÁCULOS ENCONTRADOS

La observación de los entornos políticos y jurídicos de la tramitación y aprobación de las iniciativas hasta ahora emprendidas nos ponen de manifiesto diversos niveles sobre el estado de la cuestión.

A) PRIMER NIVEL

Un **primer nivel**, planteado en términos de conflicto y, de momento, fracasado, que incorporaba una pretensión de ruptura con la Constitución y, por ende, inasumible para la inmensa mayoría del espectro político de las Cortes Generales. Nos referimos al Proyecto de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi (popularmente conocido como Plan Ibarretxe), publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) el 4 de febrero de 2005. En él se partía del ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos, del derecho de la ciudadanía vasca de la Comunidad Autónoma actualmente existente a decidir su futuro y también del respeto a la decisión de la ciudadanía de la Comunidad foral de Navarra y la de los territorios Vascos de Iparralde, Lapurdi, Behe Nafarroa y Zuberoa, ubicados en suelo vasco-francés, más la incorporación de los enclaves de Trebiñu y de Villaverde de Turzioz.

Se trataba de formalizar un nuevo pacto político basado en la reactualización de los derechos históricos que comportaba, según el Preámbulo, «un nuevo modelo de relación con el estado español, basado en la libre asociación y compatible con las posibilidades de desarrollo de un estado compuesto, plurinacional y asimétrico». El Proyecto daba por supuesta la existencia de la nación vasca y, a partir de ahí, se otorgaba ciudadanía y nacionalidad vasca (compatible con la nacionalidad española), se derogaba el art. 145 CE para permitir formalizar acuerdos y convenios de cooperación con Navarra («a la espera de un marco político común»), y a los mismos efectos se utilizaría la normativa de la Unión Europea para potenciar la cooperación transfronteriza con los territorios situados en suelo vasco-francés.

El Estatuto de Libre Asociación configuraba una serie de instrumentos de resolución de conflictos, entre los cuales destacaban la Comisión bilateral Euskadi-Estado y una nueva Sala en el Tribunal Constitucional a modo de Tribunal de conflictos Euskadi-Estado, la mitad de sus miembros nombrados por el Parlamento Vasco. La fuente de legitimación del poder nacía del pueblo vasco, el Tribunal Superior de Justicia de Euskadi agotaba todas las instancias, incluida la casación (salvo para una muy acotada unificación de doctrina «inequívocamente contradictoria»), y se creaba el Consejo Judicial Vasco como órgano de autogobierno de los Jueces en Euskadi, («que ejercerá sus competencias y funciones en estrecha colaboración con el Consejo General del Poder Judicial») y al que corresponderá el nombramiento del Presidente y del Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia.

En cuanto a Economía y Hacienda se ratificaba el régimen de concierto y «cupo», dado que el Estado conservaba un núcleo (mínimo) de competencias (defensa y fuerzas armadas, control de explosivos, sistema monetario, régimen aduanero y arancelario, marina mercante y relaciones internacionales, sin perjuicio de la acción exterior de Euskadi). Finalmente, se declaraban competencias exclusivas de Euskadi la ordenación y planificación de la economía así

como la regulación y supervisión del sistema financiero.

B) SEGUNDO NIVEL

Un **segundo nivel**, todavía propuesto con carácter conflictual, lo constituyó el texto de la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobada por el Parlament y publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) el 21 de octubre de 2005. En aquel texto el Preámbulo cualificaba a Cataluña como una nación capaz de determinar libremente su futuro como pueblo y avanzar en la «construcción nacional», en virtud de los derechos históricos que en el decurso del tiempo ha representado la institución de la Generalitat y que por esta reforma se actualizan y desarrollan. Ello no obstante, una disposición adicional recordaba que la aceptación del régimen de autonomía que establecía la propuesta de Estatuto «no implica la renuncia del pueblo catalán a los derechos que, como tal, le correspondan en virtud de su historia».

En consecuencia con lo anterior, la fuente de legitimación del poder emanaba del pueblo de Cataluña que ejercía su autogobierno en el marco de un Estado plurinacional. Comoquiera que la «catalanidad» traspasaba las fronteras del Estado, se estatuyó el deber de promover el intercambio y la cooperación con las comunidades y los territorios, pertenecientes o no al Estado, que mantienen vínculos históricos, lingüísticos o culturales con Cataluña.

El derecho a morir con dignidad, la declaración de la laicidad de la enseñanza pública o los derechos lingüísticos, entre otros, aparecían tutelados por el Consejo de Garantías Estatutarias cuyos dictámenes tienen carácter vinculante en relación a los proyectos o proposiciones de ley que desarrollen o afecten a los derechos estatutarios.

En materia de organización territorial interna se introducía la institución de las veguerías que sustituyen a las diputaciones provinciales, se garantizaban un mínimo de competencias

a los Municipios, se creaba el Consejo de Gobiernos Locales como órgano de representación de municipios y veguerías ante la Generalitat y se estatuyó un régimen especial para la ciudad de Barcelona.

En el ámbito del Poder Judicial se regulaban las competencias y funciones del Tribunal Superior de Justicia y de la Fiscalía Superior de Cataluña, a la vez que se creaba el Consejo de Justicia de Cataluña como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial, organizando su composición y atribuciones. En materia de Administración del Poder Judicial en Cataluña se regulaban las oposiciones y concursos, los requisitos que debía cumplir el personal judicial y no judicial (conocimiento suficiente de la lengua), se creaba la oficina judicial y se regulaba la justicia de paz y de proximidad, entre otras cuestiones.

La regulación de las competencias proponía una tipología que pretendía definir con precisión y exhaustividad el alcance de las «exclusivas», de las «compartidas» y de las «ejecutivas», tratando de impedir, mediante la descripción pormenorizada del alcance de las submaterias, la penetración de los títulos de intervención horizontal del Estado (el llamado «blindaje»).

Por lo que se refería a las relaciones de la Generalitat con el Estado se articulaba un marco general y permanente a través de la Comisión Bilateral, sin que la Generalitat quedase vinculada por decisiones adoptadas en órganos multilaterales respecto de los cuales no hubiere mostrado su acuerdo. Por lo demás, la Generalitat debía participar en la designación de magistrados del Tribunal Constitucional y de vocales del Consejo general del Poder judicial a través del Senado y designaría a representantes en los órganos de dirección del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y en la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones así como de otros órganos, organismos e instituciones estatales, en particular en el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social, la Agencia Tributaria, la Comisión Nacional de Energía, la Agencia de Protección de Datos y el Consejo de Radio y Televisión, entre otros. El Estado, además, ve-

nía obligado a crear sedes territoriales de estos organismos en Cataluña, si la naturaleza del ente lo requería.

En lo que concierne a la financiación de Cataluña que el texto contenía, hay que destacar la competencia de la Generalitat para determinar el volumen y la composición de sus ingresos en el ámbito de sus atribuciones financieras, la capacidad normativa y la responsabilidad fiscal sobre los impuestos estatales soportados en Cataluña (IRPF, IVA, sociedades etc.), la atribución a la Agencia Tributaria de Cataluña de la gestión e inspección de todos los impuestos recaudados en Cataluña, la definición de la aportación catalana a los gastos del Estado (similar al sistema de «cupos»), la aportación a la solidaridad y a los mecanismos de nivelación definiendo desde el propio Proyecto de Estatuto criterios para constreñir esa aportación y limitando la solidaridad de manera que la aplicación de esos mecanismos de nivelación garanticen el mantenimiento de la posición de Cataluña en el nivel de renta *per cápita* entre Comunidades Autónomas, postergando la LOFCA como instrumento de ordenación y armonización de la financiación de las Comunidades Autónomas, que queda sustituida por la relación bilateral. Por último, el Estatuto comprometía al Estado a realizar progresivamente inversiones en infraestructuras en proporción a la participación de Cataluña en el PIB del Estado.

Para terminar este intento inicial del Parlament de recolocar a Cataluña en el Estado autonómico, la disposición adicional tercera establecía la asunción directa, a través del art. 150.2 CE, de diez nuevas competencias (puertos y aeropuertos de interés general, referéndum, extranjería etc.) tan pronto como las Cortes Generales hubiesen aprobado las correspondientes leyes orgánicas de transferencias o delegación.

La tramitación en las Cortes Generales de estos contenidos supuso la aceptación de un grupo de enmiendas que corrigieron o eliminaron algunos de los aspectos claramente situados fuera de la Constitución, sin que ello signifique que no hayan pervivido regulacio-

nes y determinaciones que puedan ser objetadas de inconstitucionalidad en el momento en que el Tribunal se pronuncie en virtud de los recursos presentados.

Así, la referencia a la nación catalana se ha trasladado al Preámbulo y Cataluña queda definida como «nacionalidad», al tiempo que se suprime el carácter «plurinacional» del Estado; se atenúa el discurso del valor fundante de los derechos históricos, que ahora encuentran también su anclaje en la Constitución española; se corrige parcialmente la cuestión lingüística; se refuerzan los mecanismos multilaterales de relación con el Estado o con otras Comunidades Autónomas; el derecho a la muerte digna se convierte en una actividad prestacional ordenada a recibir cuidados paliativos y se elimina la Sala de Garantías Estatutarias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Sin embargo, se mantienen preceptos de dudoso encaje constitucional. Así, por ejemplo, la regulación de la organización territorial local, que debe ponerse en consonancia con los títulos competenciales estatales referidos a las bases del régimen local y a la garantía institucional de la autonomía local; y lo mismo sucede en el Título dedicado al Poder Judicial en Cataluña, a pesar de haber introducido, en ocasiones, la apelación a la posición de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el sistema de fuentes. En la tipología de las competencias se ha suprimido el carácter «excluyente» respecto del Estado para las denominadas «exclusivas, la «integridad» de la potestad reglamentaria y ejecutiva respecto de las «compartidas» en el marco de las bases que fije el Estado» (y no — como decía — en el marco de los «principios, objetivos y estándares mínimos») y se acota el campo de las competencias «ejecutivas» al eliminar la potestad de dictar los reglamentos de desarrollo de la normativa estatal lo que podría conducir directamente a una extralimitación competencial.

Por lo demás, en las concretas materias se han reconducido a parámetros de constitucionalidad algunas regulaciones del primitivo texto (por ejemplo, en materia de aguas, asociaciones y fundaciones, crédito, banca y seguros,

educación, trabajo y relaciones laborales, universidades, consultas populares, inmigración, juego y espectáculos etc.). A pesar de este notable esfuerzo, siguen existiendo zonas de rozamiento que precisarán en el futuro de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

De otra parte, la configuración de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado ha sido escasamente retocada y plantea serias dudas de constitucionalidad el hecho de elevar a rango de principio básico la bilateralidad cuando se trata del ejercicio de competencias exclusivas del Estado.

En el ámbito de las relaciones de la Generalitat con la Unión Europea se ha suprimido por las Cortes Generales la pretensión de que la posición de la Generalitat sea «determinante» en la reforma de los tratados de la Unión cuando afecte a sus competencias exclusivas y se ha diluido la participación «directa» en instituciones y organismo europeos que conformaban una nueva suerte de «bilateralidad». El acceso al Tribunal de Justicia y el estatuto de los miembros de la Delegación de la Generalitat ante la Unión Europea han sido corregidos y se ha eliminado el establecimiento de Cataluña como circunscripción electoral para las elecciones al Parlamento Europeo. Esta misma «bilateralidad» también ha sido enmendada en materia de tratados y convenios internacionales y, en general, en la llamada «Acción exterior de la Generalitat».

Contra los preceptos contenidos en la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, se han interpuesto siete recursos de inconstitucionalidad por parte del Defensor del Pueblo, las Comunidades Autónomas de Valencia, Aragón, Baleares, Murcia, La Rioja y el Partido Popular. El Defensor del Pueblo ha impugnado 69 artículos y cuatro disposiciones adicionales que afectan a las más diversas cuestiones (legitimación del poder, nuevos derechos, principios rectores de las políticas públicas, aspectos lingüísticos, funciones del Síndic de Greuges, organización del Poder Judicial, competencias, participación en la designación de miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo General del Poder Judicial y de otros

órganos u organismos del Estado, las funciones y composición de la Comisión bilateral, la participación de la Generalitat en la formación de la voluntad del Estado de forma bilateral y el carácter «determinante» de la posición de la Generalitat en la formación de esa voluntad cuando afecte a competencias exclusivas o intereses de Cataluña, la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales y, en materia de disposiciones adicionales, la relación de tributos cedidos, la cesión del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otros impuestos). Las Comunidades Autónomas de Valencia, Murcia y La Rioja impugnan la regulación de los recursos hídricos. Valencia recurre, además el sistema de financiación de la Generalitat y de las haciendas locales y la forma de gestión consorciada del catastro. La integración en los Archivos de Cataluña de los fondos propios situados en la Corona de Aragón es impugnado por las Comunidades Autónomas de Valencia, Aragón y Baleares. La Rioja impugna las competencias sobre regulación de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas y de calidad de los productos, las competencias en materia de transporte marítimo y fluvial que transcurran íntegramente por Cataluña, la Comisión bilateral Generalitat-Estado y el sistema de financiación. Por su parte, en fin, el Partido Popular impugna la práctica totalidad de los preceptos del nuevo Estatuto.

C) TERCER NIVEL

Un **tercer nivel** lo constituiría la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado mediante Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, Nos encontramos ante un texto de similar potencialidad a la del Estatuto de Cataluña, pero con importantes diferencias de filosofía y concepción. Se trata de una reforma planteada desde la lealtad institucional y el respeto debido a los límites y posibilidades constitucionales e inspirada por el deseo de profundizar el sistema de autogobierno propio y actualizar el desarrollo del Estado autonómico en su conjunto.

A la hora de enjuiciar la reforma autonómica en Andalucía es necesario destacar varios elementos. En primer lugar, el hecho de que nos encontramos ante la única Comunidad Autónoma que conquistó su nivel de máximo autogobierno a través de la figura del referéndum y que con su peculiar proceso autonómico reconfiguró el Estado asimétrico basado en la distinción entre «nacionalidades» y «regiones». Por otra parte, habida cuenta del peso político, geográfico y demográfico de Andalucía en el conjunto del Estado es bastante plausible que el modelo estatutario que Andalucía ha adoptado termine por elevarse a pauta general en la reforma territorial del Estado para el primer tercio del Siglo XXI.

Es conveniente recordar que no nos encontramos ante una reforma *seguidista* de ninguna otra. Baste observar la fecha en que el Presidente de la Junta de Andalucía propone la posibilidad de reforma (Debate sobre el Estado de la Comunidad de junio de 2001) para que podamos afirmar que la propuesta presidencial se realiza ligada a una directriz política de alcance denominada la «*segunda modernización de Andalucía*». Tampoco es menor el dato de que se trata de un Estatuto pactado y consensuado con la práctica totalidad de las fuerzas políticas del arco parlamentario, al obtener 306 votos favorables de los 308 diputados presentes y un apoyo del 99'35% de los votos emitidos. Es, a diferencia del Estatuto de Cataluña, una norma dotada de una altísima legitimación político-parlamentaria.

Es un Estatuto pensado desde las posibilidades y límites que permite la Constitución. Por ello la asunción competencial se efectúa teniendo presente el respeto a los títulos de intervención estatal, a las bases que deba dictar el Estado sobre las distintas materias, a las leyes orgánicas como fuentes de derecho estatal (LOPJ, LOREG etc.) y a las resoluciones que durante veintisiete años ha ido adoptando el Tribunal Constitucional por vía de recursos de inconstitucionalidad o conflictos de competencias sobre las más diversas materias.

Las cuestiones que más disenso originaron inicialmente han sido en buena medida co-

rregidas. Así, la configuración de Andalucía como «nacionalidad histórica» y la referencia en el Preámbulo a la «realidad nacional», que queda depreciada a modo de simple alusión contenida en el Manifiesto andalucista de Córdoba de 1919. Por otra parte, la asunción de competencias *pseudo-exclusivas* sobre la aguas de la Cuenca Hidrográfica del Guadalquivir que transcurran por su territorio y no afecten a otra Comunidad Autónoma; esta regulación salvaguarda todos los títulos de intervención estatal (planificación del ciclo hidrológico, normas medioambientales, obras hidráulicas de interés general) y termina por invocar el propio art. 149.1, 22ª CE que en buena medida desactiva el alcance general de la asunción competencial.

D) CUARTO NIVEL

Un **cuarto nivel** lo constituyen los tres Estatutos de otras tantas Comunidades Autónomas que en su día accedieron a la autonomía por la llamada vía lenta del art. 143 CE. Se trata de Valencia, Baleares y Aragón. Las tres normas tienen en común el importante hecho de haber sido consensuadas entre los dos grandes partidos del arco parlamentario a nivel estatal, aunque todas hayan recibido votos contrarios de fuerzas nacionalistas (Valencia) o la abstención de alguna de ellas (Baleares y Aragón).

Por lo que se refiere a la reforma del Estatuto de Valencia hay que considerar que, tal vez porque fue la primera en tramitarse, se ha concebido con un alcance limitado y es, en rigor, la única «reforma» tramitada. El «idioma valenciano» y la barrera electoral para acceder a las Cortes Valencianas fueron los aspectos más controvertidos.

En relación con el Estatuto de Baleares los debates se centraron, sobre todo, en el título de derechos y deberes, en la regulación de los Consejos Insulares y en el nuevo sistema de financiación y de inversiones estatales. Aunque no contiene una disposición derogatoria expresa, se trata de un Estatuto de nueva planta que sustituye íntegramente al anterior.

Por lo que concierne, en fin, al Estatuto de Aragón, es un texto más breve pero que incorpora una disposición derogatoria del anterior. El plurilingüismo, los recursos hídricos y el Archivo de la Corona de Aragón fueron los aspectos más debatidos.

7. A MODO DE EPÍLOGO: LAS REFORMAS ESTATUTARIAS COMO PROFUNDIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Llegados a este punto, puede ser útil intentar una valoración general, política y jurídica, del alcance de las reformas emprendidas. Si exceptuamos el intento de refundar la Comunidad Política de Euskadi y algunas veleidades exorbitantes del nuevo Estatuto de Cataluña, hay que dejar apuntado que las restantes Comunidades Autónomas que han reformado sus Estatutos no han pretendido la ruptura de la Constitución, ni han tratado de propiciar el vaciamiento del Estado ni el debilitamiento de sus instituciones. Tampoco se ha tratado de salir al paso de una situación institucional de emergencia por cuanto los niveles de autogobierno de que venían disfrutando eran más que estimables. Ello no significa que el decurso del tiempo y la introducción de principios de razonabilidad, eficiencia y subsidiariedad no hayan aconsejado reajustar al alza las competencias de las Comunidades Autónomas. Se trataba, entonces, de revisar lo que en 1980-1982 se hizo con precipitación y con no menos improvisación para conseguir hoy que el estado autonómico incremente sus niveles de legalidad y legitimidad, de pluralismo político, de calidad democrática y de eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos. Y todo ello, sin perder la perspectiva de la necesidad de preservar el mantenimiento de la igualdad sustancial de derechos y deberes de todos los ciudadanos en el conjunto del territorio español y la solidaridad entre todos ellos.

Ciertamente, existen en el horizonte inmediato algunos motivos de preocupación, entre los que no es el menor la suerte que pueda correr el Estatuto de Cataluña en los recursos planteados ante el Tribunal Constitucional, cuyo pronunciamiento al efecto marcará las posibilidades y límites que perfilan el Estado autonómico con la vigente Constitución. También se precisa resolver, por ejemplo, las discrepancias surgidas a *la carta* en materia de inversiones del Estado y en la regulación y gestión de los recursos hídricos. Ambas materias precisan soluciones multilaterales que concilien intereses distintos e, incluso, antagónicos.

Por lo que se refiere a las inversiones del Estado en las Comunidades Autónomas que han reformado sus Estatutos, los distintos territorios han ido haciendo depender el montante del gasto en función de las variables más convenientes a sus respectivos intereses. Así, si exceptuamos Valencia que pagó el precio de su precipitación, Cataluña abrió el camino para que las inversiones estatales en infraestructuras, excluido el Fondo de Compensación Interterritorial, se equiparara a la participación relativa del PIB de Cataluña en relación al PIB del Estado, para un periodo de siete años. Andalucía, además de consignar sus asignaciones complementarias a modo de «deuda histórica», prefirió que la inversión estatal fuese equivalente al peso de la población andaluza sobre el conjunto del Estado, para un periodo de siete años. En el caso de Baleares debe acudirse a la peculiaridad del hecho insular, mientras que Aragón consagra que se pondere la superficie del territorio, la despoblación, la orografía, así como su condición de Comunidad fronteriza.

En materia de recursos hídricos abrió la polémica el Estatuto de Valencia al regular el derecho de los valencianos a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad así como el derecho a la redistribución de los sobrantes de agua de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad. Se regula, pues, el derecho a disponer de agua suficiente para el consumo y la actividad económica. Por su parte, Cataluña acoge la competencia para que

la Generalitat emita informe preceptivo para cualquier propuesta de trasvase de cuencas que impliquen la modificación de los recursos hídricos de su ámbito territorial, además de participar en la planificación hidrológica de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pasen o finalicen en Cataluña provenientes de territorios de fuera del ámbito estatal español. Andalucía, en los términos ya expuestos, asumió la pseudo-competencia exclusiva sobre la Cuenca Hidrográfica del Guadalquivir, ante la protesta, más o menos intensa, de las Comunidades de Castilla-La Mancha, Murcia y Extremadura cuyo peso total en la cuenca es, en total, de alrededor del 10%. Por lo que concierne a Aragón su Estatuto le obliga a velar especialmente por evitar transferencias de aguas de las cuencas hidrográficas de las que forma parte la Comunidad Autónoma, a la vez que participa y colabora en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatal de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenecen a cuencas hidrográficas intercomunitarias que afecten a Aragón. Su competencia alcanza a emitir un informe preceptivo para cualquier propuesta de obra hidráulica o de transferencias de aguas que afecten a su territorio. Añádase a cuanto queda dicho los recursos de inconstitucionalidad cruzados entre las distintas Comunidades Autónomas sobre esta materia.

Apuntado cuento antecede resulta más que evidente la dificultad futura para impulsar un sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las inversiones del Estado efectuado en términos de multilateralidad, lealtad y solidaridad. Pero, señalados estos problemas, es indudable que las reformas han supuesto una *modernización* evidente en múltiples aspectos de la normativa institucional básica de las Comunidades Autónomas, cuyo mérito corresponde, fundamentalmente, a Cataluña y Andalucía, al corresponderles a ellas las reformas de mayor alcance y profundidad. Con la máxima síntesis posible dejamos apuntados algunas cuestiones que deben valorarse muy positivamente:

A) LA MODERNIZACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS

El Estado autonómico viene caracterizado por la igualdad de derechos de todos sus ciudadanos en cualquier punto del territorio español. Y éste constituye un principio nuclear que vertebra nuestra Constitución en cuanto se erige en un elemento de unidad y cohesión. Existe, por tanto, una cierta uniformidad de derechos y obligaciones para todos los españoles, en la medida en que están vinculados, todos ellos, por un ordenamiento jurídico común cuyo vértice se encuentra en la suprema norma. Por otra parte, también es cierto que la Constitución no contiene previsión alguna que autorice concretamente a las Comunidades Autónomas a establecer una tabla propia de derechos y deberes. Antes al contrario, los Estatutos hasta ahora vigentes remitían a la Constitución el catálogo de estos derechos y deberes de los ciudadanos de sus respectivas Comunidades, en términos de igualdad en cuanto al reconocimiento y garantías de su ejercicio. Ninguna duda cabe, entonces, respecto de que los *derechos fundamentales* son los derechos reconocidos por la Constitución, iguales para todos los españoles.

Ahora bien, el hecho de que los españoles sean titulares de derechos y deberes reconocidos por la Constitución no impide, en principio, que desde el respeto a los derechos fundamentales, las Comunidades Autónomas puedan modular cuestiones atinentes a las condiciones de ejercicio de esos derechos, o reconocer otros derivados de los propiamente llamados fundamentales, e, incluso, regular «derechos» de nuevo planta que vengan a enriquecer y complementar los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados. Valga, como ejemplo, el derecho a establecer la voluntad vital anticipada, como *derecho conexo* al fundamental del derecho a vida, o todos los *derechos sociales* complementarios que en materia de prestación y protección pueda establecer la Comunidad Autónoma.

En el esquema del análisis constitucional, y atendiendo a la distribución de competencias,

podemos distinguir tres situaciones en materia de derechos y deberes:

- Una primera situación, donde la Constitución impone una igualdad de trato entre todos los españoles y para ello apodera a la Ley Orgánica en orden a regular el contenido básico de esos derechos, que son los llamados fundamentales; y, en sentido inverso, desapodera a las Comunidades Autónomas para poder incidir sobre ellos. Básicamente, alude a cuanto guarda relación con la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero.

- Una segunda regulación sobre la que la Constitución pretende un núcleo duro de homogeneidad, pero cuya normativa no impide que se pueda modular, desde la Comunidad Autónoma, un contenido y alcance del derecho superpuesto al estimado como básico. Sería el caso, por ejemplo, del derecho que todos tienen a vivir con dignidad el proceso de su propia muerte suscribiendo la voluntad vital anticipada, como derecho conexo al más fundamental derecho a la vida.

- Una tercera y última situación, donde la Constitución no impide la conversión en derechos para los ciudadanos —y deberes para la Administración— de contenidos concretos de los principios rectores de la política social y económica, formulados en forma de derechos, subjetivos de prestación o protección, exigibles ante los Poderes Públicos, o que deriven, en fin, de un título competencial acogido en el Estatuto.

Por tanto, de cara a la reforma estatutaria aquí se abre un mundo de posibilidades que tiene tres límites establecidos por la Constitución: el artículo 81.1, que impone una Ley Orgánica para la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, y los artículos 139.1 y el 149.1, que aluden a las condiciones de igualdad en el ejercicio de los derechos que, en todo caso, hay que respetar.

Pues bien, acreditada, como está, la vocación de ciertos Parlamentos y Gobiernos autonómicos en relación con la impulsión de políticas sociales, la reforma —en particular,

la de Cataluña y Andalucía— ha posibilitado el establecimiento de su propio catálogo de derechos, adicionales o complementarios a los constitucionalmente garantizados. Se podrá decir en algunos casos que ya están reconocidos en leyes ordinarias, pero su incorporación al bloque de la constitucionalidad no es inane, pues los dota de un superior rango normativo al puramente legal y los hace indisponibles ante futuras reformas legislativas que pretendieren desconocerlos o desvirtuarlos. Estaríamos postulando, entonces, a título de mero ejemplo, la posibilidad de acoger y garantizar la protección social, jurídica y económica de la familia, incluyendo las parejas no casadas; la protección y atención integral a los menores, mayores y las personas con discapacidad o dependencia, el derecho de todos a vivir con dignidad el proceso de su muerte, el acceso a la vivienda, los derechos medioambientales y, en general, el establecimiento de una Carta de Derechos Sociales que ponga en conexión la conciliación de la vida laboral y familiar, que propicie la longevidad activa, el amparo de personas en situaciones de dependencia, que propugne discriminaciones positivas que permitan garantizar la libertad sexual y convivencial, que otorgue cobertura a los derechos relacionados con la utilización de las nuevas tecnologías, que refuerce los derechos relacionados con los consumidores y usuarios, que concrete los derechos participativos y prestacionales de los inmigrantes, cuestión ésta tan importante en nuestra condición de frontera sur de Europa pero también tierra de encuentro y entendimiento entre las culturas bañadas por el Mediterráneo.

Al aseguramiento del ejercicio de estos derechos y a la consecución de los objetivos que se consagran se orientan los Principios Rectores de las Políticas Públicas que vinculan a todos los Poderes Públicos de la Comunidad Autónoma: la prestación de servicios públicos de calidad, la lucha contra el sexismo, la xenofobia, la homofobia y el belicismo, la especial protección de la lengua de signos, la lucha contra la marginación, la pobreza, la exclusión o la discriminación, la integración de los in-

migrantes, la eliminación de la siniestralidad laboral, la apuesta por el uso racional del suelo y la lucha contra la especulación urbanística constituyen, entre otras, directrices en orden a amparar los nuevos derechos que deben concretarse mediante leyes de desarrollo. Estos nuevos derechos están jurisdiccionalmente protegidos y su desconocimiento podrá ser invocado ante la jurisdicción correspondiente.

B) LA RELECTURA EN CLAVE DE IGUALDAD DE GÉNERO

En este apartado se incluiría la obligación de establecer medidas de discriminación positiva de cara a conseguir la real y efectiva igualdad de trato entre hombres y mujeres. En tal sentido las reforma —sobre todo, las de Cataluña y Andalucía— acogen, entre otras prescripciones, la radical igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la especial protección de las mujeres contra la violencia de género, la garantía de la paridad en la composición de los órganos consultivos y de asesoramiento de la Comunidad Autónoma, así como el establecimiento de criterios de igualdad de género para la elaboración de las listas electorales en las elecciones al Parlamento de la Comunidad Autónoma.

C) LA MODERNIZACIÓN ECOLÓGICA

En el momento de redactar los Estatutos ahora derogados la preocupación por los temas medioambientales no era una prioridad en nuestro país. Ni en el terreno de las industrias contaminantes ni en la preservación del medio natural se había cultivado desde los Poderes Públicos la preocupación necesaria de cara a una toma de conciencia en clave ecológica. Y ello, con independencia de que, a través de legislación ordinaria y bien tempranamente, la Junta de Andalucía fuese pionera en la creación de una Agencia de Medio Ambiente en España.

Pues bien, hoy parece fuera de discusión que la modernización ecológica se alza como

un deber ético ineludible de la actual generación que ha cobrado progresiva conciencia de la importancia del medio ambiente para la supervivencia de la especie. Por ello, es una obligación de todos legar a las generaciones futuras un planeta habitable.

De esta relectura en clave ecológica da cuenta de manera paradigmática la reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que representa el mayor avance en normativa ambiental de máximo rango de la democracia española, muy superior en potencialidad a las restantes reformas aprobadas que sólo suelen dedicar un artículo a esta importante materia.

En efecto, el nuevo Estatuto de Andalucía establece un Título específico (el VII) que confiere un papel relevante a los sectores productivos del sistema económico donde Andalucía es verdaderamente competitiva: la agricultura ecológica, las energías renovables, el turismo sostenible, la tecnología eficiente y limpia, la red de espacios naturales protegidos, etc. A tal efecto las Administraciones Públicas andaluzas deben diseñar los mecanismos institucionales y las políticas adecuadas para hacer compatible la actividad económica con la óptima calidad ambiental. Este impulso al desarrollo sostenible va acompañado de medidas fiscales con finalidad ecológica, que gravan actividades especialmente contaminantes y, en sentido inverso, incentivan a empresas que adapten sus sistemas productivos a actividades y a modelos sostenibles.

De esta preocupación medioambiental surgen en el nuevo texto una gama de preceptos destinados a la observancia del principio de precaución, a la protección de la calidad del agua, del aire y del suelo, la lucha contra la contaminación acústica, la reducción, reciclaje y reutilización de residuos, la prevención de incendios forestales y la lucha contra la desertización, la apuesta por el desarrollo rural, el uso eficiente del suelo y, en general, la protección del medio ambiente orientada a combatir contra los factores contaminantes que propician al cambio climático.

D) LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

Otra novedad importante, en la que Andalucía vuelve a ser referencia en las reformas, consiste en el reconocimiento del papel determinante de los medios de comunicación de masas para la formación de una opinión pública plural y crítica. Partiendo de la potencialidad de estos medios en la sociedad de la información, el texto andaluz dedica, también, un Título específico (el VIII) (también lo hace Baleares) a regular algunos aspectos de los medios de comunicación social.

Así, se configura el estatuto jurídico de los *medios de comunicación de titularidad pública* en Andalucía, es decir, una empresa pública de radio y televisión, gestionada de forma directa y concebida con el carácter de servicio público. La exigible objetividad e imparcialidad de las informaciones, así como la expresión del pluralismo social, político y cultural, quedan garantizados en el texto, junto a la especial preservación en la programación de los derechos fundamentales, principios y valores constitucionales concernidos en el espacio de la comunicación. A tal efecto, el Título se cierra mediante la creación de un Consejo Audiovisual que vela por estos derechos, libertades y valores en las diferentes programaciones de los medios públicos y privados, con especial protección de los valores educativos y culturales andaluces y prestando especial atención a los derechos de la juventud y de la infancia.

El carácter de servicio público de estos medios audiovisuales, su sujeción a control parlamentario, la elección de sus órganos ejecutivos por el Parlamento y la supervisión de la adecuación de sus contenidos a través de un Consejo Audiovisual configuran un nuevo panorama de la regulación de los medios de comunicación que la reforma estatutaria ha querido atender ponderando la importancia de éstos para la conformación de una sociedad democrática abierta y plural.

E) LA MODERNIZACIÓN TERRITORIAL

Es cierto que un Estado social, como el que acoge la Constitución española de 1978, se caracteriza por una proliferación de Administraciones públicas prestadoras de todo tipo de servicios a los ciudadanos. Pero, a partir de ahí, nuestro modelo de organización administrativa se ha ido deslizando hacia un sistema de reparto de responsabilidades territorialmente mal distribuidas, a través de una red de Administraciones extraordinariamente compleja. Este fenómeno tiene como consecuencia que sobre el territorio incidan la Administración central y la periférica del Estado, la Administración de la Comunidad Autónoma, las Diputaciones, los Ayuntamientos y otros órganos de naturaleza administrativa de carácter territorial. Esta situación de abigarramiento institucional provoca una serie de perturbaciones negativas: entre otras, favorece el surgimiento permanente de conflictos competenciales entre las distintas entidades territoriales, cuadruplica en ocasiones la estructura administrativa que presta cobertura a una determinada materia (turismo, juventud, etc.), incrementa desproporcionadamente el gasto público, fragmenta el funcionamiento administrativo, produce confusión ante el ciudadano en torno al titular de la competencia y, además, diluye la responsabilidad del órgano público que debería conocer del asunto.

En tales circunstancias resulta altamente conveniente una clarificación competencial entre las distintas entidades territoriales a la vez que el Estatuto debe restaurar y atraer hacia sí todo lo que no pertenezca al núcleo duro de la competencia en materia de Régimen Local. Debe tenerse en cuenta que este problema hay que contemplarlo a la luz de una doble incidencia: de una parte, la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, que tiene su anclaje en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución, y que regula el régimen jurídico de las Corporaciones Locales; y de otra, la referencia al artículo 140 de la suprema norma, donde se reconoce la «autonomía local» como garantía institucional de Ayuntamientos y Diputaciones.

Ahora bien, conviene decir enseguida que las «bases» que dicte el Estado deben limitarse a lo que precede y es materia nuclear para el conjunto. Más allá de lo que es de esencia básico, dicha legislación no tendría por qué imponerse al Estatuto de Autonomía. Pero es que, además, en relación con la garantía institucional de la autonomía local el Tribunal Constitucional tiene reiterado (por todas, STC 46/1992, de 2 de abril) que dicha autonomía local «goza de una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar; más allá de este contenido mínimo, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones diversas, válidas en cuanto respeten esa garantía institucional». (F.J. 2). El concepto constitucional de «autonomía local» contenido en el artículo 140 de la Constitución, por consiguiente, responde a una determinada configuración legal, que no tiene por qué ser la existente. Se concluye, por tanto, que el Régimen Local no es intangible, que caben distintos tratamientos jurídicos, y ha llegado el momento de «autonomizar» esta materia confiriéndole más protagonismo decisorio al Estatuto de Autonomía y menos a la Ley de Bases de Régimen Local, operación para la que se precisa un gran acuerdo político y el concurso de las Cortes Generales.

A partir de este entendimiento la reforma supone un salto adelante a favor de la «estatutorización» del régimen local, desde el momento en que crean un nuevo Título (Andalucía y Baleares) o Capítulo (Cataluña) antes inexistente destinado a la organización territorial de la Comunidad Autónoma. Así, en el Estatuto de Cataluña y en el de Andalucía se enumeran un listado de competencias propias garantizadas para los ayuntamientos y se prevé la posibilidad de transferir o delegar nuevas competencias de la Comunidad a los ayuntamientos, siempre con la necesaria suficiencia financiera. En todo caso, se crea un órgano mixto de relación de la Comunidad Autónoma y los ayuntamientos como ámbito permanente de diálogo y colaboración.

Por lo demás, una Ley de Régimen Local, en el marco de la legislación estatal, regulará

las relaciones entre la Comunidad Autónoma y las diversas figuras territoriales tales como comarcas, áreas metropolitanas, mancomunidades, consorcios y otras. Las Diputaciones, o bien son sustituidas por veguerías (Cataluña), o bien quedan circunscritas a la coordinación y asistencia a los municipios, especialmente los de menor población, así como al ejercicio de las competencias que le pudieren venir atribuidas por la legislación del Estado o de la Comunidad Autónoma, o las que pudieren serle delegadas, siempre bajo la dirección y control de la Comunidad Autónoma que se reserva en todo caso la coordinación de los planes provinciales de obras y servicios. Un fondo de nivelación municipal permitirá la participación de los ayuntamientos en los tributos de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de otras colaboraciones financieras para materias específicas.

Esta «reconfiguración» del gobierno local debiera de haber partido de una reforma previa de la vigente Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, que contiene abundantes excesos y fue concebida desde la desconfianza estatal hacia la «estatutorización» de estas Administraciones territoriales. Contra esta exorbitante regulación de las «bases» han reaccionado los nuevos Estatutos, a cuyos efectos han tenido en cuenta la deriva legal y la práctica constitucional española y europea (Carta Europea de la Autonomía Local de 1985). Así, por ejemplo, a favor de los municipios juega el principio de subsidiariedad. En contra de las Diputaciones —en las Comunidades pluriprovinciales— se alza la importante decisión tomada en su día de no articular la Administración ordinaria de los servicios periféricos de la Comunidad Autónoma a través de estas instituciones provinciales, sino mediante la creación de otra Administración de nueva planta. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional deberá pronunciarse en su día sobre esta difícil convivencia por integración entre las «bases» que deba dictar el Estado y la regulación efectuada por el Estatuto de Cataluña.

F) LAS POTENCIACIÓN DE LAS RELACIONES INSTITUCIONALES

Frente a la parca redacción que contenían los Estatutos hasta ahora vigentes, donde apenas se regulaban las relaciones de la Comunidad Autónoma con el Estado y con otras Comunidades Autónomas, todos los nuevos Estatutos aprobados hasta la fecha despliegan un exhaustivo título, articulado en varios capítulos. En el primero de ellos se establecen las relaciones con el Estado, se crea una Comisión bilateral Comunidad Autónoma-Estado como marco de relación general y permanente entre ambas, en asuntos que afecten a las competencias o sean de interés para la respectiva Comunidad. Todo ello, sin perjuicio de los instrumentos multilaterales de colaboración y participación.

Las reformas abordan a continuación las relaciones con otras Comunidades —y, en el caso de Andalucía, Ciudades Autónomas—. En este último supuesto se regulan los requisitos para el establecimiento de convenios y acuerdos de cooperación y se alude a las especiales relaciones de colaboración, cooperación y asistencia con las Ciudades de Ceuta y Melilla.

Asunto novedoso, sin duda, lo constituye la apertura a Europa de la Comunidad Autónoma respectiva, en el marco de lo dispuesto por la legislación estatal y europea. Y así, se perfila la participación de cada Comunidad en la conformación de la posición del Estado ante la Unión Europea en los asuntos en los que tenga competencia o interés, tanto de manera bilateral (si la decisión afecta a sus competencias exclusivas), como multilateral, en los restantes supuestos. La participación de la Comunidad Autónoma en los procesos de decisión comunitarios se llevará a cabo directamente o a través de la representación del Estado, y la Comunidad Autónoma deberá ser informada por el Estado de las propuestas normativas y de las decisiones judiciales que le afecten. Igualmente, la Comunidad se abre a la presencia en las instituciones de la Unión para la defensa y promoción de sus intereses, estableciéndose la participación ante el Consejo de

Ministros, ante la representación permanente de España, ante el Consejo de las Regiones y en los órganos consultivos y preparatorios del Consejo y de la Comisión cuando se traten asuntos de su competencia legislativa. La Delegación Permanente ante la Unión Europea, la participación en las propuestas legislativas y las relaciones con las regiones europeas con las que se compartan objetivos e intereses, culminan esta pormenorizada regulación, cuya constitucionalidad se pretende ajustar desde el respeto a la normativa de la Unión Europea y a la legislación del Estado.

Finalmente, se disciplinan las relaciones con el exterior, estableciendo la participación y los medios de información acerca de los tratados y convenios internacionales que afecten a materias de su específico interés. Por otro lado, se introduce la posibilidad de suscribir acuerdos de colaboración con otras regiones para la promoción de intereses recíprocos y otras acciones de participación y relación externa. Por último, se regulan los programas de cooperación al desarrollo de interés para cada Comunidad Autónoma.

EL SISTEMA DE JUSTICIA EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO EN LOS ESTADOS UNIDOS: SEGURIDAD NACIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Luis P. Salas

Director del Centro para la Administración de Justicia
Universidad Internacional de la Florida

Sumario: 1. Introducción. 2. La “Guerra Contra el Terrorismo” como Guerra y no como Delito. 3. La Reforma Jurisdiccional. 4. Combatientes Enemigos o Prisioneros de Guerra. 5. Detención, Interrogatorio y Tratamiento de Prisioneros. A) Centros de Reclusión Públicos y Secretos. B) Traslados a Terceros Países (Renditions). C) Vuelos secretos. D) Duración de la detención. E) Interrogatorio, Trato y Tortura de Prisioneros. F) Asesinatos. 6. Tribunales Ordinarios y Comisiones Militares. A) Comisiones Militares. B) El Procedimiento en las Comisiones Militares. C) Acceso a Tribunales Ordinarios. D) Derecho a la Defensa Legal.

1. INTRODUCCIÓN

El ataque terrorista del 11 de septiembre del 2001 que resultó en el derrumbe de las dos torres del “World Trade Center” en Nueva York ha tenido un impacto sobre la sociedad norteamericana mucho más allá de lo que cualquiera hubiera podido pronosticar. El papel del Poder Judicial y del Derecho han sido dos de las áreas más afectadas como consecuencia de los actos terroristas. Cientos han sido los

casos considerados por los tribunales federales de todos los niveles culminando con tres fallos de la Corte Suprema en el 2004 y uno en el 2006. En todos ellos la Corte Suprema restringió el poder del Ejecutivo para actuar unilateralmente y reiteró la supremacía del derecho constitucional como contrapeso a los abusos del Ejecutivo y el Legislativo. El propósito de este trabajo es analizar las medidas del gobierno norteamericano para combatir el terrorismo y su legalidad.

La reacción del Gobierno norteamericano al ataque del 11 de septiembre de 2001 fue casi inmediata y muy parecida a la de una declaración de guerra. Días después del ataque a las torres, el Congreso promulgó reformas al sistema procesal penal y a la normativa sustantiva. Entre las leyes promulgadas están la Ley Patriótica, las leyes de Seguridad Aérea y Marítima (*Aviation and Transportation Security Act* y *Maritime Transportation Security Act*), leyes contra el bioterrorismo (*Bioterrorism Act*) y reformas a normas que regulan el control de fronteras (*Enhanced Border Security*, el *Visa Waiver Reform Act* y el *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004*). Además, el gobierno ha emitido una serie de órdenes secretas presidenciales que permiten la interceptación de llamadas del exterior a los Estados Unidos, intercambio de listas de pasajeros antes de aterrizajes y rastreo de transacciones financieras.

El grueso de las reformas legales se encuentra plasmado en la llamada Ley Patriótica, la cual fue presentada al Órgano Legislativo y aprobada en un período rápido. La versión final de esta ley es, en gran parte, idéntica al anteproyecto presentado por el Ejecutivo, aunque el Congreso rehusó adoptar algunas de las medidas más extremas, sobre todo aquellas que reducen el control jurisdiccional de los tribunales ordinarios sobre la conducta del Poder Ejecutivo. Además de estos cambios normativos, el Poder Ejecutivo promulgó una serie de medidas administrativas (decretos) relacionadas con el sector financiero, la revisión de equipaje y de pasajeros en los aeropuertos, reglas de inmigración y otras. De todas estas medidas, la más controvertida fue un decreto que establece tribunales para juzgar a miembros extranjeros de organizaciones terroristas fuera del alcance de las reglas procesales ordinarias y garantías de un debido proceso (referidos como comisiones para evitar la aplicación de normas que regulan la justicia militar o de guerra).

Aunque posteriormente analizaremos con mayor detalle estos cambios, algunas de las medidas más controvertidas deben señalarse desde un inicio. Quizás la que más crítica causó fue la relativa a la concentración de poder

en la Presidencia. Por ejemplo, en los casos de los tribunales militares, ésta es la que nombra a los jueces militares, ordena la detención, formula cargos, acusa y resuelve recursos y apelaciones. A su vez, la Ley Patriótica también le otorga al Ejecutivo poderes extraordinarios en nombre de la “Guerra Contra el Terrorismo.” El Presidente, pese a existir el requisito de que las intervenciones telefónicas deben de contar con la autorización de un tribunal especialmente constituido para velar por los temas de seguridad nacional, autorizó, motu proprio, la interceptación de llamadas telefónicas en los Estados Unidos provenientes de sospechosos en el exterior. Una de las preguntas que muchos se hacen hoy en día es por qué fue necesario realizar tantos cambios, tan radicales, y que han concentrado tanto poder en el Ejecutivo.

En la actualidad existe una polémica importante en los Estados Unidos sobre las medidas que se han tomado para combatir el terrorismo, tanto aquellas que ya se conocen como otras que ahora se comienzan a descubrir. En este trabajo intentaremos analizar la estrategia antiterrorista del gobierno norteamericano, contraponer el papel que las fuerzas armadas desempeñan (fuera de su papel militar tradicional) contra aquel del sistema de justicia, la efectividad de la estrategia y, finalmente, el costo político y moral de la misma.

2. LA “GUERRA CONTRA EL TERRORISMO” COMO GUERRA Y NO COMO DELITO

La manera en que se define un acto terrorista tiene consecuencias diplomáticas, legales y militares importantes. Tradicionalmente, los Estados Unidos habían tratado los actos terroristas como actos delictivos. No es hasta el 11 de septiembre que se define como un “acto de guerra” que justifica una “guerra” contra el terrorismo. Los actos terroristas también pueden ser considerados a la luz de otros intentos de justificar medidas extraordinarias conforme

al concepto de guerra, como son los casos del narcotráfico y del delito organizado.

El primer acto internacional terrorista que tuvo como consecuencia un intento de combatir el terrorismo por medio del sistema de administración de justicia penal fue el derribo del vuelo 103 de Pan American Airlines en diciembre 21 de 1988. La bomba que explotó sobre Escocia causó la muerte a los 259 pasajeros, a su tripulación y a 11 personas en tierra. La investigación reveló que la explosión fue causada por una bomba escondida en el equipaje y se identificaron a dos agentes del servicio secreto libio como los culpables del acto terrorista. Los Estados Unidos trataron esto como un caso penal y solicitaron la extradición de los sospechosos. Después de varios años de negociación con el Gobierno de Libia, y como consecuencia de la presión ejercida por los gobiernos de Estados Unidos y Gran Bretaña, se acordó que un tribunal escocés juzgara a los acusados en Holanda. Uno de los acusados fue encontrado culpable mientras que el otro fue absuelto.

En 1993, un grupo de terroristas musulmanes residentes de Nueva York explotaron un coche bomba en el estacionamiento subterráneo de una de las torres del World Trade Center causando la muerte a seis personas e hiriendo a más de 1.000. Como resultado de una investigación exhaustiva y conforme a las normas procesales existentes, varias personas fueron encontradas culpables en un tribunal federal ordinario y otros fueron extraditados de Egipto y Pakistán y solamente uno de los sospechosos sigue prófugo. Uno de los casos más sonados en este proceso fue el enjuiciamiento de Sheik Omar Abdel Rahman, un clérigo egipcio musulmán residente de Nueva York. El caso de Rahman fue el resultado de una investigación posterior al atentado con explosivos de la torre en la cual él y varios de sus seguidores fueron procesados por conspiración para delinquir y cometer actos terroristas “utilizando la normativa penal y procesal penal ordinaria.”

En agosto de 1998, una serie de bombas explotaron en las embajadas de Estados Unidos

en Nairobi, Kenya, y Dar es Salaam, Tanzania, ocasionando la muerte de 12 estadounidenses y más de 200 ciudadanos de Kenya y Tanzania. Las investigaciones revelaron que Osama bin Laden y un grupo terrorista dirigido por él eran los responsables del atentado terrorista. Cuatro de las personas acusadas por el acto terrorista fueron detenidas y sentenciadas en tribunales ordinarios federales en Nueva York.

La reacción al ataque del 11 septiembre tuvo todas las características de una declaración de guerra contra un Estado. El 20 de septiembre de 2001, el Presidente Bush, en su discurso ante el Congreso, declaró que “nuestro enemigo es una red de terroristas y todos los gobiernos que la respaldan. Nuestra guerra en contra del terror comienza con Al Qaeda pero no acabará con ellos. No finalizará hasta que todos los grupos terroristas con alcance global sean detectados, detenidos y derrotados”. Como resultado de negociaciones entre el Congreso y el Ejecutivo, el Congreso promulgó el 18 de septiembre de 2001 la legislación que autorizó al Presidente para que: “Use toda la fuerza necesaria y apropiada contra aquellas naciones, organizaciones o personas que él estime que hayan planificado, autorizado, cometido o asistido en la comisión de los actos terroristas que ocurrieron el 11 de septiembre de 2001... para prevenir la comisión de futuros actos de terrorismo contra los Estados Unidos...”. Posteriormente el Congreso emitió otra ley que autorizó al Presidente a actuar en contra de Irak, pero dada la experiencia de Vietnam y la Resolución de Tonkin, limitó los poderes del Ejecutivo en el conflicto.

Basándose en la autorización del Congreso y bajo la autoridad que la Constitución le otorga como Comandante de las fuerzas armadas, el Presidente ordenó la detención, por violaciones de normas de inmigración, de cientos de sospechosos, mientras que agentes del FBI y otras agencias policiales interrogaron a miles de personas de origen musulmán a lo largo de todo el país. Posteriormente promulgó un conjunto de normas, comúnmente conocida como la Ley Patriótica, que facilita la investigación y detención de sospechosos,

aumenta las sanciones disponibles y, en general, le otorga al Ejecutivo una serie de facultades que generalmente están limitadas a períodos de guerra.

Una de las consecuencias más importantes de la decisión de tratar esta cuestión como el inicio de una guerra antiterrorista, es el reconocimiento del papel del Presidente como comandante en jefe de las fuerzas armadas. En casi todos los casos que han llegado a los tribunales ordinarios, el Gobierno ha justificado sus acciones en la naturaleza del conflicto y la potestad que le otorga la Constitución al Presidente para actuar como comandante en jefe de las fuerzas armadas.

La caracterización del acto terrorista como un acto de guerra que justifica una reacción primordialmente militar también le permite al Gobierno obviar muchas de las garantías procesales que establece la Constitución. La Comisión Nacional Sobre el Terrorismo (*National Commission on Terrorism*), establecida en 1999, emitió un informe donde diferenció el tratamiento de actos terroristas como actos delictivos, que requieren una respuesta penal, y actos de guerra, que requieren una reacción militar. La pregunta fundamental que debe responder el que defiende la necesidad de adoptar estas nuevas normas es si el sistema de justicia ordinaria es capaz de responder al terrorismo internacional. Los miembros de la Comisión concluyeron que el sistema de justicia penal era incapaz de enfrentarse adecuadamente al terrorismo internacional.

“El sistema de justicia penal está diseñado para encarcelar a individuos pero no es un arma particularmente efectiva para responder a acciones de estados. El caso de Pan Am 103 pone en evidencia las ventajas y limitaciones de una reacción penal para lograr objetivos de seguridad nacional. Los esfuerzos para lograr la extradición de los dos agentes de la inteligencia libia tuvieron respaldo internacional que resultó en la aplicación de sanciones económicas en contra del Gobierno de Libia... Las sanciones y el aislamiento del Gobierno de Libia contribuyeron a reducir los actos terroristas libios. Sin embargo, la acción penal y poste-

rior sanción de los agentes libios de bajo nivel por una acción que seguramente fue dirigida por Gadafi es una victoria limitada, particularmente si el juicio resulta en la exoneración de los acusados”.

La decisión de otorgar el liderazgo de la lucha en contra del terrorismo a las fuerzas armadas logra obviar muchas de las limitaciones del sistema ordinario de justicia penal. El gobierno norteamericano, sin embargo, no parece tampoco someterse a las limitaciones legales aceptadas por la comunidad internacional y reconocida como el derecho de guerra (“Law of War”). Esto es palpable, por ejemplo, al intentar rehusar la aplicación de las garantías de la Convención de Ginebra a los prisioneros detenidos en Guantánamo. Por lo tanto, han introducido conceptos novedosos aplicables, aparentemente, solamente a la “Guerra Contra el Terrorismo.”

3. LA REFORMA JURISDICCIONAL

Algunos de los aspectos principales de las reformas propuestas para combatir el terrorismo son el relativo a la redefinición de la competencia de los tribunales ordinarios tanto para emitir ordenes que faciliten la investigación, o la intervención telefónica, por ejemplo, como la definición de la competencia del tribunal encargado de juzgar a los acusados y, finalmente, la potestad legal que permita que un tribunal ordinario revise la conducta de autoridades del Ejecutivo por medio de *habeas corpus*, apelación o casación. En todos estos casos, el Poder Ejecutivo ha manifestado una gran desconfianza en cuanto a la capacidad que el sistema penal ordinario pueda tener para juzgar estos casos con efectividad y salvaguardando los intereses del Estado en proteger sus fuentes de información.

Sin embargo, fueron los abusos de poder que el Presidente Nixon cometió los que dieron lugar a la promulgación, en 1978, de la primera legislación procesal antiterrorista co-

nocida por su acrónimo como FISA. Sus aspectos principales regulan el procedimiento para obtener órdenes judiciales que autorizan interceptaciones telefónicas u otros métodos electrónicos de investigación que afectan los derechos a la intimidad garantizados constitucionalmente. En el anteproyecto de esta ley, el Departamento de Justicia argumentó que, dada la necesidad de mantener secreta las investigaciones de espionaje, era necesario que se designaran un número reducido de jueces federales que pudieran estar en conocimiento de investigaciones y que autoricen investigaciones. Con este propósito, las órdenes judiciales emitidas conforme a FISA solamente pueden ser revisadas o emitidas por 11 de los cientos de jueces federales designados por el Presidente de la Corte Suprema. Cada año el Departamento de Justicia tiene la obligación de informar al Congreso sobre el número de aplicaciones remitidas a estos jueces y los resultados de las mismas. En el año 2000, por ejemplo, se remitieron 1.005 aplicaciones para interceptaciones telefónicas o registros. Todas fueron aprobadas por los jueces pertinentes.

Las decisiones de estos tribunales sólo serán recurribles ante tres jueces federales especialmente nombrados por el Presidente de la Corte Suprema para este propósito. Si un juez ha negado una orden, esta solicitud no podrá ser presentada ante otro de los jueces del mismo nivel. Cualquier rechazo de una solicitud de intervención electrónica tiene que ser motivada y remitida a un tribunal de apelaciones (de 3 miembros designados por el Presidente de la Corte Suprema) establecido por FISA. Si este tribunal confirma la decisión del tribunal inferior, éste debe motivar su sentencia y remitirla a la Corte Suprema. Aunque se ha argumentado la constitucionalidad de esta sección de FISA, la misma ya fue revisada por un tribunal federal que decidió que era constitucional.

En el 2002 el Fiscal General pidió autorización a los jueces que componen el tribunal FISA de primera instancia para enmendar las reglas procesales y permitir que solicitudes de órdenes puedan ser el resultado de investigaciones penales no relacionadas directamente

con el terrorismo. Al rechazar la solicitud, la corte criticó el uso de los procedimientos FISA en investigaciones de crimen organizado o delitos ordinarios. El gobierno apeló la decisión ante el tribunal superior, el cual revocó la orden del tribunal inferior.

En diciembre de 2005, el periódico *New York Times* reveló que la Agencia Nacional de Seguridad (NSA) había obtenido expedientes de millones de llamadas telefónicas del extranjero a los Estados Unidos sin recurrir nunca a un tribunal para solicitar autorización. La revelación de esta iniciativa secreta ha causado una gran controversia acerca del papel que juega el tribunal FISA, así como la ausencia de controles sobre las actuaciones del Ejecutivo. Uno de los jueces del tribunal renunció por esta razón y cinco jueces que habían participado en el tribunal incitaron al Congreso a que defina claramente el papel de este tribunal con relación a estas actividades. Aunque el Congreso ha debatido este tema, no se ha podido llegar a un acuerdo que garantice el derecho a la intimidad y al mismo tiempo obtenga la información requerida por los servicios de inteligencia.

4. COMBATIENTES ENEMIGOS, DELINCUENTES O PRISIONEROS DE GUERRA

Las normas que regulan la conducta de actos de guerra han sido establecidas por tratados internacionales y normalmente incorporadas a la normativa nacional. En lo que se refiere a combatientes, la definición de quiénes son prisioneros de guerra se establece en el artículo 4 del III Convenio de Ginebra y el Protocolo Adicional. Estas reglas no solamente son aplicables a combatientes tradicionales, o sea, miembros de las fuerzas armadas de los países en conflicto o de fuerzas irregulares; sino que aplican también a combatientes que no reúnen los requisitos antes mencionados, pero que toman las armas para combatir a invasores; los combatientes que no puedan “distinguirse

de la población civil siempre que en esas circunstancias lleven sus armas abiertamente” y otras personas que acompañen a las fuerzas en combate, pero que no cumplen con las reglas anteriores.

En los casos de conflictos armados que no son de índole internacional, como es el caso de Afganistán e Iraq, una vez que un combatiente es capturado, ciertas reglas regulan la conducta de los que ejercen control sobre el detenido y el tratamiento del mismo. Estas normas prohíben:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.

Conforme al artículo 82 del III Convenio de Ginebra, los prisioneros de guerra están “sometidos a los reglamentos, leyes y ordenanzas generales vigentes entre las fuerzas armadas de la Potencia en cuyo poder se encuentran”. Así, en España, por ejemplo, están sometidos al Código Penal o al Código de Justicia Militar de acuerdo al que aplique y se juzgarán ante autoridad competente, tanto en materia penal como militar, según corresponda.

La posición del Gobierno de los Estados Unidos hasta hace poco fue que los combatientes capturados en Afganistán, sean miembros del Talibán o Al Qaeda, no son combatientes merecedores de tratamiento como prisioneros de guerra, de acuerdo con las definiciones establecidas en el Convenio de Ginebra, porque no están bajo un mando establecido, no portan signos o insignias que los diferencien de los civiles, no llevan armas a la vista y su estrategia de atacar a poblaciones civiles, y su

apoyo a Al Qaeda, constituyen una conducta inaceptable para combatientes merecedores de protección conforme al Convenio. Este argumento, sin embargo, fue rechazado por la Corte Suprema en el reciente caso de *Hamdan v. Rumsfeld* donde se estableció que se aplicaran la garantías para el tratamiento de prisioneros de guerra establecidas por la Convención de Ginebra.

Una crítica a estos procesos es que no hay consistencia en la aplicación del término “combatiente enemigo o “combatiente ilícito”. Por ejemplo, en el caso de John Walter Lindh, un ciudadano norteamericano capturado en Afganistán y denominado el “Talibán Americano”, el Gobierno procedió en su contra ante un tribunal penal ordinario. Richard Reid, un ciudadano británico que intentó explotar una bomba en un avión, fue procesado en un tribunal penal mientras que Yaser Hamdi, un ciudadano norteamericano capturado en Afganistán, fue clasificado como un combatiente enemigo y encarcelado, aunque posteriormente fue extraditado. En el caso de Zacarias Moussawi, quien fue acusado de tomar parte en el ataque a las torres de Nueva York en 2001, el Gobierno procedió en su contra ante un tribunal penal ordinario y fue encontrado culpable y sentenciado a cadena perpetua. Algo similar ocurrió en el caso de Ali Saleh Kahlal al-Marri quien fue primero procesado en un tribunal penal, pero, después que el juez ordenara su sobreseimiento definitivo, el Gobierno lo clasificó como combatiente enemigo y remitió su caso a las autoridades militares. Como se indicará posteriormente en este trabajo, la consecuencia de una u otra clasificación es determinante de los derechos que el detenido goza y la manera en que será tratado.

El caso de José Padilla es ilustrativo de la manipulación de las clasificaciones que hace el Gobierno. José Padilla, un ciudadano norteamericano detenido en suelo estadounidense, fue clasificado originalmente como un “combatiente enemigo” y estuvo detenido durante tres años y medio en una prisión militar en este país. Padilla fue detenido por preparar un atentado con un arma “sucio” o nuclear en

contra de una ciudad norteamericana. Padilla presentó un recurso de *habeas corpus* cuestionando su detención indefinida, que se basaba en la clasificación de enemigo combatiente de que era objeto. Un tribunal de primera instancia falló a su favor, pero la decisión fue revocada por un tribunal de apelaciones. Padilla recurrió esta decisión del tribunal de apelaciones ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Faltando menos de una semana para que venciera el término para responder al recurso presentado por Padilla, la Fiscalía retiró la denominación de “combatiente enemigo”, lo acusó penalmente y solicitó su traslado a una cárcel civil. La Fiscalía acusa a Padilla de colaborar materialmente con el terrorismo y de conspiración, pero no se hace mención del artefacto nuclear que fuera el motivo de su detención original.

Expertos legales han cuestionado los motivos de la Fiscalía, especulando que lo hicieron para evitar una posible decisión negativa por parte de la Corte Suprema. El tribunal de apelaciones que rechazó el recurso original de Padilla prohibió su traslado a una cárcel civil sosteniendo que la táctica de la Fiscalía de retirar su clasificación original y acusar a Padilla penalmente tenía la apariencia de una manipulación del sistema judicial para evitar una decisión desfavorable por parte de la Corte Suprema. Posteriormente, la Corte Suprema revocó la orden del tribunal de apelaciones y permitió el traslado de Padilla a una cárcel civil. Sin embargo, la Corte Suprema no decidió sobre la viabilidad de acoger el recurso de Padilla aun y cuando el estatus que se cuestionaba en su alegato no exista. Los abogados de Padilla sostienen que en cualquier momento, aun si Padilla es absuelto, el Gobierno puede reclasificarlo de nuevo como combatiente enemigo y proceder a detenerlo indefinidamente, por lo que la Corte Suprema debe fallar al respecto. La Corte Suprema rechazó su recurso sosteniendo que cualquier cambio en el estatus de Padilla puede ser resuelto por el tribunal federal de primera instancia que lo está juzgando.

5. DETENCIÓN, INTERROGATORIO Y TRATAMIENTO DE PRISIONEROS

Seis días después del atentado del 11 septiembre, el Presidente Bush firmó una orden secreta que le otorgaba a la CIA una amplia autorización para montar operaciones dirigidas a combatir el terrorismo. La orden presidencial autorizó a la CIA a utilizar métodos de captura, detención e interrogatorio de prisioneros anteriormente prohibidos por la legislación estadounidense y las mismas reglas de la CIA.

Dada la naturaleza secreta y la organización descentralizada de Al Qaeda, la CIA estableció como prioridad, en el esfuerzo de obtener información, la captura, detención e interrogatorio de dirigentes y agentes terroristas importantes. Para lograr este objetivo la CIA cambió su estrategia tradicional de obtención de inteligencia que predominó durante la Guerra Fría. Ésta consistía en reclutar a funcionarios de otros gobiernos con el propósito de obtener información. Conforme a la nueva estrategia posterior al 2001, la CIA desarrolló una red compuesta por los servicios de inteligencia de más de 20 países que cooperaran con los Estados Unidos para combatir el terrorismo. Al mismo tiempo, la CIA financió la creación de centros secretos de detenciones y servicios aéreos para transportar a los detenidos. Asimismo, la CIA aprobó el transporte de prisioneros a terceros países donde los métodos de interrogatorio incluían la tortura.

Para coordinar este esfuerzo de cooperación internacional, la CIA creó Centros de Inteligencia Antiterrorista (*Counterterrorist Intelligence Centers* – CTICs). Estos centros de operaciones conjuntos han operado en Europa, Oriente Medio y Asia. El origen de esta nueva estrategia está basado en la experiencia de los Estados Unidos para combatir el narcotráfico en América Latina.

Entre sus funciones principales, estos centros recaudan información, la analizan y toman decisiones “sobre cuándo y cómo captu-

rar a sospechosos, si hay que llevarles a otros países para interrogarles y detenerles, y cómo desbaratar el apoyo logístico y financiero de Al Qaeda”.

La actuación de los servicios de inteligencia y las fuerzas armadas en llevar a cabo esta nueva estrategia ha sido seriamente cuestionada por gobiernos extranjeros y la opinión pública.

A) CENTROS DE RECLUSIÓN PÚBLICOS Y SECRETOS

Cuatro meses después de los ataques del 11 de septiembre, el Gobierno de los Estados Unidos estableció la base naval de Guantánamo como el centro principal de detención para “combatientes enemigos” y los primeros reclusos fueron transportados desde Afganistán y encarcelados allí. El número de detenidos de diferentes nacionalidades llegó a 700 y en la actualidad todavía se encuentran detenidas aproximadamente 460 personas. La decisión de establecer este centro de detención en esta base fue motivada por razones de seguridad, pero también con el fin de imposibilitar el acceso de los detenidos a tribunales ordinarios norteamericanos por estar fuera del territorio nacional. Los fallos de la Corte Suprema en el 2004, sin embargo, rechazaron este último argumento.

Además de los centros de detención ampliamente conocidos, la CIA ha mantenido otros centros secretos de reclusión para los detenidos más importantes. Se especula que este sistema carcelario ha operado en por lo menos ocho países, incluyendo Tailandia, Afganistán, varios países de Europa del Este y en la base de Guantánamo, pero separado de la prisión. Recientemente, el Presidente Bush ordenó el traslado de los últimos 14 detenidos en centros secretos de reclusión a Guantánamo y reconoció la existencia de centros secretos de detención operados por la CIA para retener e interrogar a los terroristas más importantes que han sido capturados. Entre estos 14 últimos trasladados se encuentran Khalid Sheik Mohammed, Ramzi Binalshibh y Abu Zubaydah, considerados autores del 11 de septiembre y altos dirigentes

de Al-Qaeda. Al tomar esta medida, Bush acató el fallo reciente de la Corte Suprema que cuestionaba la autoridad legal del Presidente para detener y juzgar a terroristas por medio de comisiones militares.

Se rumorea que estos centros llegaron a tener más de 100 detenidos, con los 30 más importantes en los lugares de mayor seguridad, usualmente en Europa del Este, Afganistán y Tailandia. Estos centros son operados por agentes de la CIA mientras que los restantes detenidos de menor importancia estuvieron encarcelados en centros localizados en Egipto, Marruecos, Afganistán y otros países con custodia de personal local, pero con el apoyo de la CIA. En estos centros secretos los agentes tuvieron autorización para usar técnicas de interrogatorios que incluyen, entre otras, técnicas la inmersión del detenido en agua para hacerle sentir que se va a ahogar.

El periódico *Washington Post* informó en noviembre de 2005 de que la CIA, mantenía algunos de los presos más importantes en un centro de detención secreto en Europa del Este. Por orden del gobierno norteamericano no se detallaron los países en el reportaje. Sin embargo, *Human Rights Watch*, una ONG norteamericana de derechos humanos, señaló que los países eran Polonia y Rumanía. Tanto los gobiernos de Polonia como de Rumanía, así como voceros de los gobiernos de Hungría y la República Checa, negaron la existencia de estos centros en su territorio. La revelación de estos centros secretos de detención en Europa ha causado tensión entre Estados Unidos, países europeos y la Unión Europea y dieron lugar a una solicitud de Eurodiputados para que se investigue si operan cárceles secretas en territorio europeo.

En noviembre de 2005, el Consejo de Europa requirió que los 45 gobiernos que forman parte del Consejo informen formalmente de cómo su legislación “garantiza que funcionarios de agencias extranjeras bajo su jurisdicción están sometidos al adecuado control”; cómo se asegura “la existencia de mecanismos de seguridad para impedir la privación de libertad no conocida de cualquier persona bajo

su jurisdicción” o si “se ha ayudado a agentes de otro Estado en actividades que supongan tal privación de libertad”. Se reclama también información sobre las garantías del cumplimiento de la convención de los derechos individuales y, en particular, de su violación “por acciones de agencias extranjeras”. Cinco países no cumplieron con el requisito impuesto por el Consejo dentro del término establecido para reportar.

En el mismo mes, la Unión Europea exigió que el gobierno norteamericano aclarase las “acusaciones de que su país ha violado las leyes internacionales con la detención de y el transporte a cárceles secretas de numerosos sospechosos de terrorismo”. Durante una visita de Condoleeza Rice a países europeos en diciembre de 2005, afirmó públicamente que los Estados Unidos repudian la tortura y negó el uso de espacios aéreos europeos con el propósito de trasladar a supuestos terroristas con el fin de torturarlos. Sin embargo, defendió la práctica de trasladar a sospechosos a terceros países ya que, por este medio, se “deja a los terroristas fuera de combate y se salvan vidas.” Además, Rice insinuó que los países europeos estaban al tanto de lo que ocurría dentro y sobre su territorio. Al final de su gira europea, Rice pareció estar conforme con los resultados, concluyendo que había logrado tranquilizar a los dirigentes europeos en relación con el tema del tratamiento de sospechosos en cárceles secretas.

B) TRASLADOS A TERCEROS PAÍSES (“RENDITIONS”)

Otro de los temas que más polémica ha generado ha sido la práctica de trasladar prisioneros a terceros países donde el tratamiento va a ser mucho más severo de lo que sería permisible en Estados Unidos, incluyendo la posibilidad de tortura y el trato inhumano. Aunque este tipo de acciones había ocurrido en el pasado, su uso se ha incrementado considerablemente después del 11 de septiembre de 2001. Anteriormente la mayoría de estos traslados tenían el propósito de entregar al sujeto a las

autoridades penales para su enjuiciamiento en los Estados Unidos o en bien en un tercer país. En estos momentos el objetivo principal de la entrega del detenido es poder interrogarle.

Esta práctica ha requerido el desarrollo de un sistema de captura y traslado de prisioneros, normalmente en aviones privados. Un funcionario del gobierno comentó que desde el 11 de septiembre la CIA había trasladado entre 100 y 150 sospechosos a terceros países incluyendo Egipto, Jordania, Pakistán, Arabia Saudita y Siria.

Muchos de estos traslados implican un secuestro del presunto terrorista, usualmente con la cooperación activa o pasiva de funcionarios del país donde se encuentra el sujeto. Por ejemplo, en Suecia, dos ciudadanos de Egipto fueron detenidos por agentes de la policía de seguridad sueca. Posteriormente fueron entregados a agentes de la CIA en un aeropuerto sueco y de ahí trasladados a Egipto en un avión privado. En el caso de Khaled el-Masri, nacido en Kuwait y residente en Alemania, en 2004 estaba de vacaciones en Macedonia donde fue detenido por la policía y trasladado a un aeropuerto, se le cambió la ropa, se le vendaron los ojos y luego le inyectaron calmantes. Al despertarse se encontró en una prisión norteamericana en Afganistán. Durante su estancia de 5 meses fue interrogado por funcionarios norteamericanos los cuales eventualmente lo trasladaron de nuevo por avión a Albania y lo abandonaron en una carretera. En mayo de 2004, el Embajador de los Estados Unidos en Alemania informó personalmente al Ministro del Interior alemán que Masri había sido detenido por equivocación y que sería puesto en libertad en breve.

Después de su liberación, Masri denunció su secuestro y detención ante las autoridades alemanas y la prensa. En diciembre de 2005, la Cancillera alemana se reunió con la Secretaria de Estado norteamericana y presentó su queja formal por la detención de Masri. La Secretaria Rice reconoció que se habían cometido errores pero no aceptó culpabilidad por la detención específica de Masri. Posteriormente, Masri identificó a un funcionario de la Oficina Fede-

ral de lo Criminal como un agente alemán que le visitó tres veces mientras estaba detenido en Kabul. Fiscales alemanes investigan el caso en la actualidad.

Otro ejemplo que merece referencia es el de Hadj Boudella, un residente de Bosnia nacido en Argelia quien en marzo de 2001 fue detenido por sospechas de que era miembro de un grupo que intentaba dinamitar las embajadas de Estados Unidos y Gran Bretaña en Sarajevo. La detención de Boudella había sido solicitada por el gobierno norteamericano. Después de seis meses de detención sin haberse formalizado la acusación correspondiente, la Corte Suprema de Bosnia ordenó su libertad. Al salir de la cárcel Boudella fue trasladado a un vehículo, de ahí al aeropuerto y poco después se encontró detenido en la cárcel de Guantánamo.

En el caso de Maher Arar, un ingeniero canadiense que nació en Siria, estaba regresando a Canadá después de unas vacaciones en Túnez. Fue detenido en el aeropuerto JFK en Nueva York, basándose en una información suministrada por autoridades canadienses, y trasladado a Siria, vía Jordania, en un avión privado. Durante su estancia en Siria fue torturado y un año después fue puesto en libertad gracias a las gestiones del gobierno canadiense. Posteriormente, la policía canadiense admitió que lo había identificado erróneamente como un extremista islámico, lo que había provocado su traslado a Siria. El gobierno canadiense ordenó una investigación judicial en 2004 y un informe publicado en 2006 reivindicó a Marar y criticó la actuación de las autoridades policiales que elaboraron información errónea y la transmitieron a las agencias norteamericanas de seguridad. El informe también detalló los casos de otros extranjeros trasladados a Siria y la tortura a la que fueron sometidos. Finalmente, el informe criticó la actuación de las autoridades norteamericanas por trasladar a Arar a Siria sabiendo que iba a ser torturado y no responder a pedidos de información por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores canadiense. Arar ha presentado una acción civil en contra de las autoridades norteamericanas pero, un juez federal emitió un sobreseimiento

ante alegatos del gobierno de que gran parte de las pruebas eran secretas y su publicación podría poner en peligro la seguridad nacional.

En uno de los casos más notorios, agentes de la CIA secuestraron a un clérigo musulmán, Abu Omar, por sospechas de que fuera miembro de una organización terrorista. El secuestro se produjo en Milán en febrero del 2001 y posteriormente fue trasladado a un aeropuerto desde el que voló a Egipto, donde Omar fue torturado y eventualmente desapareció. Como consecuencia de esto, fiscales italianos han solicitado la detención de 22 agentes encubiertos norteamericanos que parecen haber participado en el secuestro. Sin embargo, el Ministro de Justicia italiano ha cuestionado los motivos del fiscal de Milán que solicitó la extradición. El Ministro acusó al fiscal de antiamericanismo y falta de objetividad. El fiscal, a su vez, ha criticado la tardanza del Ministro en solicitar la petición de detención de los 22 agentes de la CIA.

Agentes de la CIA han afirmado que el secuestro se ejecutó con la cooperación de autoridades italianas, específicamente el servicio secreto militar, SIMI, quienes tenían conocimiento de la operación. Las autoridades alemanas están investigando el mismo hecho por sospechas de que agentes de la CIA transportaron al clérigo a la base aérea de Ramstein y lo retuvieron allí antes de trasladarlo a un avión para transportarlo a Egipto.

Además del traslado a otros países, otra práctica que se ha seguido es la de transferir al detenido a un centro de reclusión norteamericano pero no inscribirlo en los registros oficiales del mismo, por lo que no aparece como encarcelado en este recinto. Varias de las investigaciones de abuso en Abu Ghraib, por ejemplo, encontraron que la CIA utilizaba esta prisión para esconder a personas de las que no querían que se conociera su paradero. Las investigaciones concluyeron que el número de personas bajo este régimen secreto de detención ha variado entre 24 y 100 personas. Se rumorea que existe otro centro secreto de reclusión en la base naval de Guantánamo.

La mayoría de los expertos que han considerado el tema coinciden en que esta práctica viola tanto normas penales nacionales como internacionales. Aunque los agentes que están llevando a cabo estos traslados estén actuando bajo órdenes secretas de la Presidencia o de su agencia particular, sus acciones podrían enjuiciarse en su procesamiento penal en el futuro.

Al igual que en otros aspectos relacionados con prácticas de interrogatorio cuestionable, las entregas de detenidos a terceros países han sido objeto de dictámenes legales por abogados de la Casa Blanca o del Departamento de Justicia con el propósito de proveer justificación legal a la actividad y, como resultado, ofrecer al que lo efectúa una defensa legal que pueda ser usada en caso de una acusación penal. Además, se ha establecido la práctica de antes de hacer entrega del sospechoso a funcionarios del tercer país, los oficiales norteamericanos les solicitan que les aseguren que el sujeto no va a ser torturado. Esta rutina parece estar destinada a evitar un posible proceso posterior al indicar que los agentes norteamericanos hicieron todo lo posible para evitar el uso de tortura o maltrato a las personas que entrega.

C) VUELOS SECRETOS

Para lograr los objetivos del programa de entrega de detenidos, la CIA ha desarrollado un plan de vuelos secretos, alquilando aviones de alquiler (charter), aterrizando en aeropuertos remotos sin que necesariamente se obtenga la aprobación del gobierno cuyo territorio es utilizado para efectuar el traslado.

Un artículo del periódico Washington Post de diciembre de 2004 fue uno de los primeros en detallar la naturaleza de esta operación. El artículo señala, por ejemplo, los vuelos de un avión Gulfstream V que ha sido usado para traslados de y a Indonesia, Pakistán, Egipto y Suecia. Los autores del artículo revelaron que el dueño de este avión era una compañía cuyo consejo directivo estaba compuesto por personas con nombres falsos y se asumía que el dueño real era la CIA. El avión había aterrizado en Islamabad; Karachi; Riyadh, Arabia Saudita;

Dubai; Tashkent, Uzbekistán; Bagdad; Kuwait; Bakú, Azerbaiján; y Rabat, Marruecos.

Varios gobiernos europeos han comenzado a investigar vuelos de aviones que se sospecha transportaban a prisioneros de la CIA. El Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca en octubre de 2005 informó a la CIA que tenía prohibido usar su espacio aéreo para el transporte de prisioneros. Irlanda, a su vez, ha comenzado una investigación para determinar si aeropuertos irlandeses han sido utilizados para el transporte de prisioneros.

En noviembre de 2005 el Gobierno Español dio a conocer públicamente una investigación de diez aterrizajes de aviones sospechosos en la isla de Palma de Mallorca entre enero de 2004 y enero de 2005. La numeración de uno de los aviones coincide con el que Estados Unidos empleó para trasladar a prisioneros a Guantánamo y Afganistán. La Guardia Civil reveló que la mayoría de los ocupantes viajaban con pasaportes diplomáticos. El informe fue remitido a la Audiencia Nacional para completar la investigación. Como es de esperar, la revelación de estos vuelos ha causado dificultades en las relaciones entre Estados Unidos y España. Asimismo, la Fiscalía General del Estado abrió una investigación sobre la escala de vuelos de la CIA en aeropuertos de Canarias.

También en noviembre de 2005 el periódico El País publicó un artículo donde afirmaba que en enero de 2004, despegó un avión con rumbo a Macedonia, donde recogió a Khaled El Masri, un ciudadano alemán supuestamente secuestrado en Macedonia para su traslado a Afganistán. Anteriormente, en 2003, un avión que había sido usado para el traslado de un egipcio secuestrado en Milán hizo cuatro escalas en el aeropuerto de Mallorca.

D) DURACIÓN DE LA DETENCIÓN

Con la detención de cientos de personas en la base naval de Guantánamo, han surgido dudas tanto sobre la legalidad de la detención de estos internos como de las personas detenidas en Estados Unidos. En ambos casos, es

posible que su detención sea indefinida tanto por el peligro que representan como por la imposibilidad de deportarlos a un país que esté dispuesto a recibirlos. La Corte Suprema decidió en el 2001 que la detención indefinida de inmigrantes que habían sido condenados por delitos graves en Estados Unidos y cuya deportación había sido ordenada por un tribunal de inmigración violaba los derechos constitucionales de los detenidos, esto a pesar de no haberse podido obtener la cooperación de un gobierno extranjero que estuviese dispuesto a recibirlos. Aunque la Corte Suprema decidió que la detención indefinida violaba los derechos constitucionales de los detenidos, hay que hacer notar que se abstuvo expresamente de aplicar su fallo a los casos de terrorismo u otras circunstancias especiales en las cuales el peligro a la seguridad nacional pudiera justificar tal detención.

En el caso de personas detenidas en Guantánamo, la situación es complicada según el lugar donde ocurriera la detención, ya que todos los internos fueron capturados fuera de territorio norteamericano y también porque su encarcelamiento se realizó también en el extranjero. Un tribunal británico criticó la actuación de las autoridades norteamericanas por mantener detenidos a ciudadanos de otros países indefinidamente y sin ningún tipo de proceso judicial. Se debe mencionar que el Gobierno inglés ha solicitado al Gobierno de los Estados Unidos que no proceda contra sus ciudadanos detenidos en Guantánamo en tribunales militares. El Presidente Bush, en julio del 2003, reconoció la importancia de las relaciones entre los Estados Unidos y Gran Bretaña y accedió a considerar la solicitud británica así como la de Australia. Dos semanas antes, el Departamento de Defensa había publicado una lista de seis personas detenidas en Guantánamo, incluyendo dos ciudadanos ingleses y un australiano, para que pudieran ser procesados ante tribunales militares.

El caso de los detenidos en Guantánamo presenta una situación muy diferente a los conflictos armados tradicionales. De conformidad con las normas tradicionales del derecho de

conflictos armados, los prisioneros de guerra deben ser liberados al finalizar el conflicto. Sin embargo, no es posible determinar fácilmente el fin de la guerra contra el terrorismo. Aunque la Corte Suprema en el caso de Hamdi no falló sobre este tema, la opinión de la Corte da la impresión de que aprobaría el concepto de una detención indefinida sin que se le acuse o sea juzgado.

Dada la singularidad de la detención de prisioneros de la guerra contra el terrorismo, es posible que el criterio que se utilice para determinar la legalidad de continuar con la detención sea el peligro que cada prisionero presenta y no la finalización del conflicto. Esta determinación puede estar basada en la conducta del prisionero previa a su detención y durante su encarcelación, el puesto que ocupaba en la organización terrorista, su cooperación con los interrogadores, su edad, estado físico y análisis psicológico.

Aunque hemos mencionado su caso con anterioridad, por ser uno de los más singulares, José Padilla, ciudadano norteamericano detenido en suelo norteamericano y recluido en una prisión naval en South Carolina como combatiente enemigo, merece verse desde este aspecto también. Padilla estuvo privado de libertad durante casi cuatro años como combatiente enemigo. Sus abogados cuestionaron la legalidad de esta detención indefinida de un ciudadano norteamericano en su propio territorio. La Corte Suprema revisó un recurso de *habeas corpus* presentado por Padilla, pero determinó que el recurso había sido presentado en el tribunal equivocado y lo remitió al correcto, sin decidir si la duración de la detención violaba derechos fundamentales de Padilla.

Posteriormente, Padilla presentó un recurso de *habeas corpus* ante otro tribunal federal, el cual determinó que el Presidente no estaba autorizado legalmente para ordenar la detención de Padilla como combatiente enemigo y dictaminó que se le acusara penalmente o bien lo pusieran en libertad. Un tribunal de apelaciones revocó esta sentencia determinando que el Congreso había autorizado al Presidente a

tomar todas las medidas necesarias para llevar a cabo la Guerra Contra el Terrorismo por lo que la detención original de Padilla estaba dentro de su competencia. En lo que respecta a la duración de la detención, el tribunal determinó que la detención era legal durante la duración del conflicto con Al Qaeda en Afganistán, por lo que el Gobierno podía continuar con la detención de Padilla hasta el final del conflicto.

En noviembre de 2005, el Fiscal General de los Estados Unidos presentó una acusación penal en contra de Padilla y ordenó su traslado de una prisión militar a una cárcel civil, quedando pendiente de juicio. Se le acusa de participar en una conspiración con otros cuatro miembros de una “célula de apoyo al terrorismo que enviaba dinero, proporcionaba asistencia y reclutaba *muyaidines* para conflictos en el extranjero con el propósito de participar en una acción violenta de la *Yihad*”. Se especula que la acusación estuvo motivada por el temor que la Corte Suprema acceda a revisar la detención indefinida de Padilla como “combatiente enemigo” y falle en contra del Gobierno. Los fiscales han solicitado a la Corte Suprema que declare nulo el recurso de apelación presentado por Padilla, ya que con la acusación penal se retira la denominación de Padilla como “combatiente enemigo”, y se le remite al sistema de justicia penal civil, que era lo que él solicitaba en el recurso. Los abogados de Padilla argumentan que esta táctica le permite al Gobierno declarar a Padilla de nuevo “combatiente enemigo” aun si fuera absuelto en el juicio penal y, por lo tanto, la Corte Suprema debe fallar en su caso aun cuando ha sido transferido al sistema penal ordinario. Como se ha mencionado anteriormente, la Corte Suprema rechazó su recurso argumentando que cualquier cambio en la naturaleza de su detención puede ser resuelto en su oportunidad por el tribunal federal que lo esté juzgando penalmente.

E) INTERROGATORIO, TRATO Y TORTURA DE PRISIONEROS

Uno de los aspectos de la Guerra Contra el Terrorismo que ha causado mayor polémica es

el tratamiento de los prisioneros durante los interrogatorios. El actual Gobierno ha autorizado la utilización de una serie de prácticas de interrogatorio que, aunque posiblemente ya habían sido utilizadas, nunca habían sido formalmente aceptadas y justificadas por asesores legales del Ejecutivo. Esta divergencia de las prácticas establecidas en los manuales de las fuerzas armadas se debe en gran parte a la confusión legal que causaron una serie de dictámenes que surgieron después del 11 de septiembre y que parecen haber estado orientados a proteger a interrogadores en caso de que fueran procesados penalmente por actos que pudieran haber cometido durante los interrogatorios o las detenciones.

En enero de 2002, Alberto Gonzales, el principal asesor legal del Presidente, emitió un dictamen que enfatizaba la importancia de obtener información útil para el combate contra el terrorismo y la conclusión de éste es que el “nuevo paradigma hace que las reglas de la Convención de Ginebra que limitan interrogatorios sean obsoletas”. En el dictamen Gonzales señaló que la Convención de Ginebra no aplicaba a Al Qaeda ni a talibanes en Afganistán y, por lo tanto, tampoco las restricciones contra tortura o trato inhumano contenidos en la Convención aplicaban a soldados norteamericanos. Ya que las leyes penales norteamericanas contra tortura de prisioneros hacen referencia a la Convención de Ginebra, por lo tanto, tampoco se les podría procesar por violación de las leyes penales de su país. Un día después de la redacción de este documento, el Secretario de Estado se quejó a la Casa Blanca indicando que “los Estados Unidos nunca han determinado que la Convención de Ginebra no es aplicable a un conflicto en el que este país está involucrado”. El Fiscal General, sin embargo, insistió en una determinación presidencial de que la guerra en Afganistán no estaba sujeta a las restricciones de la Convención de Ginebra y que, por lo tanto, los soldados norteamericanos y agentes de la CIA no podrían ser procesados. En febrero de 2002, el Presidente Bush reconoció que el conflicto en Afganistán estaba sujeto a las normas establecidas por la Convención de Ginebra

pero no a los artículos que definen las personas protegidas por la Convención. De esta manera logró el mismo resultado que se buscaba originalmente al establecer la nueva categoría de combatiente enemigo exenta de los requisitos del Convenio. En este documento Bush determinó que las fuerzas de los Estados Unidos en Afganistán deberían tratar a los detenidos de una forma humana y conforme con los principios de la Convención de Ginebra, pero “solamente cuando este sea consistente y apropiado con la necesidad militar”.

Otro dictamen que señaló la necesidad de anticipar posibles procesos penales por crímenes de guerra en el futuro fue elaborado por dos de los asesores principales del Fiscal General, John Yoo y Robert J. Delahunty. El dictamen más notorio de estos fue elaborado por otro miembro de la Fiscalía, Jay S. Bybee, quien llegó a justificar la tortura concluyendo que causar dolor físico no es necesariamente tortura. Entre las conclusiones más controvertidas de este informe está la definición de tortura. Tratos que causan dolor físico solamente constituyen tortura si el trato causa la “muerte, fallo de órganos o causa impedimentos serios de las funciones corporales”. En el caso de técnicas que causan dolor psicológico, éste es solamente tortura si el interrogador específicamente intentó causar “daños permanentes”. El memorando concluye que sería inconstitucional aplicar leyes penales que sancionan la tortura a prácticas autorizadas por el Presidente como parte de la Guerra Contra el terror y que “bajo la situación actual, la necesidad o la defensa propia pudieran justificar métodos de interrogatorio que pudieran violar las normas penales que sancionan la tortura”. Posteriormente, el Presidente Bush emitió una orden secreta autorizando a la CIA a establecer centros secretos de detención y a “interrogar a los detenidos en esos centros con dureza sin precedente”. En 2004 el Departamento de Justicia repudió el memorando después del escándalo de Abu Ghraib y de que personas tan influyentes como el anterior director de la CIA, James Woolsey, lo criticaron pública y severamente. Poco después, el Departamento de Defensa

publicó una nueva política sobre tortura, reemplazando el memorando de Bybee.

En octubre del 2002 el comandante de la base naval de Guantánamo solicitó a su jefe inmediato en el Comando Sur la aprobación de métodos de interrogatorio que no habían estado permitidos bajo las reglas del ejército. Previamente, el comandante de Guantánamo había obtenido dictámenes de asesores legales militares aprobando la utilización de estas técnicas. Entre las técnicas estaban la utilización de perros, desnudar al detenido, utilización de capuchas, posiciones que causaran tensión y fatiga, aislamiento hasta por 30 días, interrogatorios de 20 horas de duración, privación de luz y estímulos auditivos, simulaciones que le causaran al detenido pensar que él o su familia serían víctimas de represalias, exposición al frío o al agua, uso de toallas mojadas que dieran la impresión de sofocación y el uso de contacto físico que no produjera lesiones. El Secretario de Defensa aprobó las técnicas en diciembre del 2002. Dieciséis de las técnicas no habían sido permitidas previamente en los manuales de las fuerzas armadas que regulaban interrogatorios de detenidos. El 15 de enero de 2003, el Secretario de Defensa rescindió esta orden, decretó la formación de un grupo asesor para analizar estas técnicas excepcionales y sus consecuencias legales. En abril 4 del 2003 reiteró que la protección de la Convención de Ginebra no era aplicable a estos combatientes.

Los abogados militares protestaron en contra de estas órdenes, pero en abril de 2003 el Secretario de Defensa aprobó 24 de las 35 técnicas de interrogatorio solicitadas. El vaivén de estos dictámenes, como era de esperar, causó gran confusión entre las tropas que ejecutaban los interrogatorios y contribuyeron a causar los abusos de Abu Ghraib y de otros centros de detención. Uno de los asesores legales principales del Pentágono ha caracterizado esta situación como una “zona oscura” para los soldados que tenían el deber de aplicarlas. Este autor ha criticado la premisa que la simple aprobación de técnicas de interrogatorio por el Departamento de Defensa le otorgaría protección contra la posibilidad de procesos penales, pues “no solamente no tienen

precedente sino carecían de ninguna base legal”. Él y otros críticos del abandono de las prácticas normales contenidas en manuales de interrogatorio del ejército concluyen que personas a cargo de interrogatorio se encontraron sin una guía para proceder y por lo tanto improvisaron de una manera *ad hoc*. Asimismo, agentes del FBI rehusaron participar en interrogatorios en Guantánamo por estar en desacuerdo sobre la utilidad y la legalidad de las técnicas de interrogación que se estaban utilizando.

En febrero de 2006, el anterior asesor jurídico de la Armada de los Estados Unidos, Alberto Mora, reveló que en 2002 cuestionó la legalidad de los métodos de interrogatorio que se estaban usando en Guantánamo y otros centros de detención. Posteriormente, en 2004, Mora emite un memorando en el cual critica las técnicas como ilegales, peligrosas y equivocadas”. En este memorando, Mora relata su oposición durante dos años a la opinión de los asesores legales de la Presidencia, quienes aprobaron un sinnúmero de técnicas de interrogación posteriormente revocadas.

Aun con estas correcciones, la situación de los miembros de las fuerzas armadas a cargo de la detención de “enemigos combatientes” se dificulta por el papel que miembros de la CIA y contratistas privados juegan al dirigir interrogatorios. En el caso de los abusos de Abu Ghraib, por ejemplo, policías militares recibieron órdenes de estos funcionarios para “ablandar” a los detenidos, previamente a los interrogatorios, lo cual contribuyó a muchos abusos en ésta y otras prisiones. Esta situación se complica aún más por la ausencia de abogados militares que puedan orientar a los participantes en las técnicas que puedan utilizar dentro de las normas legales tradicionales para este tipo de interrogatorios.

Los abusos de Abu Ghraib y Guantánamo han reaparecido en una revisión de las prácticas por parte de oficiales del ejército y el Congreso. Por ejemplo, después que los abusos cometidos en la prisión de Abu Ghraib el Gobierno retiró en diciembre del 2004 el dictamen original del Fiscal General autorizando técnicas que bajo otras situaciones constituirían tortura. Incluso

hoy en día continúa habiendo una laguna legal que debe corregirse estableciendo reglas claras que sean comunicadas a todos los mandos por medio de entrenamiento y difusión.

Además de las prácticas de interrogatorio autorizadas por el Departamento de Defensa para uso de los miembros de las fuerzas armadas, la Agencia Central de Inteligencia (CIA) promulgó reglas aún más flexibles para sus miembros. Entre ellas, una de las más controvertidas permitía la inmersión de detenidos bajo agua causando la sensación de ahogamiento. En uno de los casos más notables, uno de los dirigentes más importantes de Al Qaeda, Khalid Sheikh Mohammed, fue sometido a esta práctica e informó que el gobierno iraquí había apoyado actividades de Al Qaeda y discutido con ellos el acceso a armas de destrucción masiva; lo cual era falso y fue parte de la justificación para la declaración de guerra contra Irak. Poco después, Mohammed repudió la confesión original. Un informe del Inspector General de la CIA en el 2005 concluyó que muchas de las prácticas, aunque no constituían tortura, eran crueles, inhumanas y degradantes en violación de los términos establecidos por la Convención Contra la Tortura. Con base en este informe, la CIA ha aceptado ocho de las diez recomendaciones del informe y reducido el número de métodos de interrogatorio autorizados anteriormente.

El abuso en el tratamiento de detenidos ha dado como resultado que, en numerosas investigaciones, surgieran las críticas de organizaciones internacionales, y el procesamiento penal de soldados acusados de abusos y tortura. Para enero del 2005 el Pentágono había sancionado a 137 miembros de las fuerzas armadas. De estos, 46 recibieron sanciones administrativas o reducción en rango. Catorce *marines* han sido sentenciados en tribunales militares inclusive uno que usó descargas (“shock”) eléctricas contra un prisionero, fue sentenciado a un año de prisión. En un informe sobre abusos en Abu Ghraib se señalaron abusos cometidos por 34 miembros de la inteligencia militar, pero solamente uno de ellos ha sido procesado. En Bagram 28 soldados fueron acusados

de participar en la muerte de dos detenidos, pero solamente uno de ellos había sido procesado penalmente.

De los policías militares que aparecieron abusando de los prisioneros en Abu Ghraib, uno fue sentenciado a 10 años de prisión, otro que se declaró culpable fue sentenciado a 8 años de prisión, un miembro de la inteligencia militar fue sentenciado a 8 meses de encarcelamiento, otro policía militar fue sentenciado a un año de encarcelamiento y otros están pendientes de juicio. Aunque algunos informes sobre el maltrato de prisioneros en Abu Ghraib y otros centros de detención recomendaron que mandos militares fueran sancionados, hasta el momento ninguno de ellos lo han sido, aunque se espera que la General de Brigada Manis Karpinski, comandante de la brigada a cargo de custodiar a prisioneros en Abu Ghraib reciba una sanción administrativa y se retire del ejército. Inclusive los tribunales militares han rechazado los argumentos de soldados procesados que alegaban que tan sólo estaban obediendo órdenes de sus superiores. Se debe señalar que únicamente un miembro de la CIA, un contratista, ha sido procesado penalmente por abusos de prisioneros en Irak.

Entre las investigaciones más notables de abuso de prisioneros están el informe del General Antonio Taguba, el informe del Teniente General Paul Mikolashek, Inspector General del ejército, sobre tratamiento de prisioneros en Afganistán e Irak, la investigación por parte de los generales Anthony Jones, sub-comandante de entrenamiento del ejército, George Fay, sub-comandante de inteligencia del ejército, y Paul Kern, comandante de logística. Todos estos informes encontraron falta de entrenamiento de tropas, órdenes confusas y poco difundidas y falta de supervisión por los mandos superiores. Sin embargo, se limitaron en sus críticas a culpar a los mandos más inferiores.

Como resultado de los escándalos de los centros de detención, el Congreso ha considerado tomar medidas para regular la conducta de interrogatorios y el trato de prisioneros. En diciembre de 2004, por ejemplo, el Presidente Bush se opuso a una propuesta que extendería

explícitamente a agentes de la CIA la prohibición de tortura u otros tratamientos inhumanos y requería que la CIA y el Departamento de Defensa informaran al Congreso sobre sus prácticas de interrogación. La medida fue derrotada en el Congreso. A finales de 2005 el Congreso aceptó una nueva propuesta del Senador John McCain, quien fue prisionero de guerra en Hanoi, durante la guerra de Vietnam, por más de 5 años, que prohíbe “el tratamiento cruel, inhumano, o degradante” de cualquier detenido bajo custodia de Estados Unidos, incluyendo la CIA. El Vicepresidente Cheney fue el opositor más notable de la medida especialmente en lo que concierne a la CIA, la cual debe ser excluida de tales restricciones de acuerdo con su argumentación. Finalmente, el Presidente Bush firmó la nueva legislación cuando era obvio ya que existían suficientes votos para sobrepasar su veto. Aunque originalmente las propuestas para esclarecer la política de interrogatorios del Departamento de Defensa causaron un profundo debate interno en el gobierno, en 2006 el Departamento de Defensa emitió nuevas reglas que prohíben la mayoría de las prácticas de interrogatorio tan criticadas anteriormente.

Al mismo tiempo que el Congreso promulgó la legislación de McCain, otro senador propuso legislación que limita el recurso de *habeas corpus* para detenidos en Guantánamo a impugnar su clasificación original y no el trato recibido durante su encarcelamiento. Esta limitación fue firmada por Bush al mismo tiempo que firmó la propuesta de McCain, de manera que ambas están vigentes. La nueva legislación, promulgada como resultado del fallo de la Corte Suprema en el caso de *Hamdan v. Rumsfeld*, de nuevo limita el recurso de *habeas corpus*. Esta restricción probablemente va a ser cuestionada ante la Corte Suprema en el futuro.

F) ASESINATOS

Antes del 11 de septiembre los Estados Unidos habían adoptado una prohibición casi total de asesinatos a enemigos fuera de situaciones de combate. Sin embargo, posteriormente

al 11 de septiembre, la política ha cambiado y el Presidente ha autorizado a la CIA y a tropas especiales de las fuerzas armadas a asesinar a dirigentes terroristas. Tanto los Estados Unidos como Israel han tomado esta posición y diferencian el asesinato de dirigentes políticos del asesinato de terroristas.

El argumento principal para justificar esta política es que el Estado está actuando en defensa propia y es una práctica militar aceptable tanto en el derecho nacional como en el internacional. El caso de Yemen es ilustrativo. Un avión pequeño de la CIA, usado normalmente para vigilancia, detectó la presencia de un vehículo donde estaba un dirigente terrorista. Se obtuvo autorización para proceder y se disparó un cohete que destruyó el vehículo y mató a sus pasajeros. Antes del 11 de septiembre, en una situación similar, se obtuvo información de inteligencia indicando la localización de Mullah Mohammed Omar, el líder de los Talibanes. Los abogados del Departamento de Defensa, sin embargo, rehusaron dar aprobación legal para disparar cohetes que matarían a este peligroso dirigente. Como es de esperar, posteriormente al 11 de septiembre la actuación de los abogados ha sido severamente criticada. La legalidad de estas acciones es objeto de debate, tanto a nivel de normativa nacional como internacional, y usualmente sólo cuando finaliza el conflicto se toman medidas para prevenir su uso en el futuro.

Los críticos de esta práctica argumentan que este tipo de asesinato resuelve poco, ya que el dirigente va a ser reemplazado y, a su vez, su asesinato conlleva represalias. Además, este tipo de asesinato, que usualmente requiere de explosivos, puede causar la muerte de personas inocentes y, al mismo tiempo, indican que reduce la posibilidad de diálogo entre las partes.

G) LA RESPONSABILIDAD PENAL DE AGENTES DE LA CIA Y FUERZAS MILITARES

Una de las mayores preocupaciones de agentes de la CIA, principalmente, y de las fuerzas armadas es que puedan ser sancionados

penalmente o estar sujetos a querrelas civiles por actos que puedan haber cometido custodiando a detenidos o al interrogarlos. Esto, por ejemplo, es una de las razones por las cuales el FBI rehusó participar en interrogatorios de detenidos en Guantánamo después de que oficiales de la CIA asumieran control de los interrogatorios y utilizaran medidas coactivas excesivas.

El Presidente Bush acogió esta preocupación e incluyó en la legislación sobre comisiones militares una sección que modifica la ley penal que sanciona crímenes de guerra cuando las acciones de una persona que ejerce control sobre un prisionero de guerra o combatiente enemigo constituyen tortura, tratamiento cruel o inhumano, uso de experimentos biológicos, asesinato, mutilación, causar intencionalmente serios daños físicos, violación, abuso sexual y toma de rehenes. En la definición de los actos que constituyen estos delitos, los parlamentarios fueron cuidadosos a la hora de ser explícitos pero no detallar actos específicos. De forma diferente, el Manual de Campo del Ejército (*Army Field Manual*) especifica las prácticas de interrogatorio que prohíbe y las que permite, por lo que los soldados están mucho más restringidos en sus actuaciones que los agentes de la CIA o de las otras agencias de inteligencia.

Previamente, la Ley sobre el Tratamiento de Detenidos de 2005 estableció defensas legales para los funcionarios del gobierno que habían actuado bajo órdenes de superiores y cuyas actuaciones eran oficialmente consideradas legales. Estos pueden, si son procesados penal o civilmente, proponer como defensa que no sabían que su conducta era ilícita y que cualquier persona razonable tampoco lo hubiera sabido. El haber actuado de buena fe o siguiendo consejos de abogados es un factor importante para ser considerado por un tribunal al determinar si una persona razonable hubiera creído lo mismo. Finalmente, la legislación requiere la contratación de una defensa legal o pago de caución monetaria por el Ejecutivo en estos casos.

6. TRIBUNALES ORDINARIOS Y COMISIONES MILITARES

A) COMISIONES MILITARES

El 14 de noviembre de 2001, el Presidente Bush emitió un decreto en el cual estableció tribunales militares para juzgar a extranjeros que son o han sido miembros de Al Qaeda por actos cometidos en contra de los Estados Unidos o de sus ciudadanos. El decreto estipuló que el Presidente sería la única autoridad competente para formular cargos en contra de los sospechosos y que las actuaciones de dichos tribunales no eran recurribles ante ningún tribunal ordinario federal, estatal o internacional.

Esta extraordinaria disposición tuvo su fundamento en la determinación del Presidente de que existe una emergencia nacional de tal magnitud que “la aplicación de los principios legales y las reglas de pruebas generalmente reconocidas en juicios penales en los Estados Unidos no es práctica en estas comisiones militares”. Las reglas finales de procedimiento emitidas por el Ministro de Defensa en marzo del 2002 para estos tribunales establecieron un proceso de revisión por medio de un recurso ante un tribunal de apelaciones compuesto por tres jueces militares. El Presidente actuaría como última instancia de revisión.

Uno de los aspectos más controvertidos de estas reglas es que no permitía una revisión de sus decisiones por tribunales ordinarios. La Corte Suprema en el caso de *Rasul v. Bush* rechazó esta prohibición y le otorgó a personas detenidas en Guantánamo el derecho a presentar recursos de *habeas corpus* ante tribunales ordinarios. Además, ordenó que se estableciera un proceso para revisar los hechos que justifican la detención de cada una de las personas recluidas.

Como resultado de esta decisión de la Corte Suprema, el Departamento de Defensa estableció Tribunales de Revisión de la Clasificación de Combatientes (*Combatant Status Review Tribunal*) cuya responsabilidad es la de analizar la detención de personas detenidas

en Guantánamo y ordenar su liberación si esto correspondiera. Estos tribunales continúan actuando y no han sufrido modificaciones por decisiones judiciales posteriores o la nueva legislación federal.

La decisión de prohibir la revisión de sentencias o de procesos por parte de un tribunal ordinario independiente continuó siendo uno de los puntos más controvertidos del sistema de comisiones militares aun después de la decisión de la Corte Suprema en el caso de *Rasul v. Bush*. En uno de los primeros casos en el que un detenido fue sometido a juicio por una comisión militar, el acusado presentó un recurso de *habeas corpus* para revisar la legalidad de su detención. Salim Ahmed Hamdan, quien fuera aparentemente un chófer y guardaespaldas de Osama Bin Laden, fue acusado de “delitos de guerra” (“atacar a civiles y a la propiedad de civiles, asesinato y terrorismo”) y procesado ante una “comisión militar”. Hamdan pidió que se juzgara ante un tribunal militar, operando bajo las normas del Código Uniforme de Justicia Militar donde tendría amplios derechos procesales. Un tribunal federal de primera instancia determinó que los procedimientos de las comisiones militares no cumplen con los requisitos básicos de un juicio ante un tribunal militar normal y ordenó la suspensión del proceso ante la comisión.

Un tribunal de apelaciones revocó la sentencia emitida por el tribunal de primera instancia. El tribunal rechazó el argumento principal de Hamdan de que el juicio ante una comisión militar viola los derechos garantizados por la Convención de Ginebra y decidió que la Convención no otorga derechos individuales a los combatientes por lo que no pueden acudir a tribunales ordinarios para reivindicar dichos derechos. Es decir, las garantías de tratamiento justo que la Convención de Ginebra establece son solamente la responsabilidad de las autoridades militares y políticas. Además, el tribunal determinó que Hamdan no podía reclamar la protección de prisionero de guerra conforme a los criterios establecidos por la Convención ya que: 1) al Qaeda no es una parte del Convenio y no es un estado y 2) Hamdan no re-

úne los requisitos de combatiente requeridos por la Convención. Por ejemplo, no vestía un uniforme o “signo distintivo fijo reconocible a distancia”.

En noviembre de 2005 la Corte Suprema admitió el recurso de Hamdan en contra de la decisión del Tribunal de Apelaciones para resolver si el Presidente tiene autoridad para establecer comisiones militares y sobre la legalidad de estos procesos, dados los requisitos de la Convención de Ginebra sobre el tratamiento de prisioneros de guerra. En junio de 2006 la Corte Suprema emitió uno de los fallos más importantes sobre las medidas antiterroristas posteriores al atentado del 11 de septiembre de 2002. La Corte rechazó al inicio el argumento del Gobierno de que la legislación promulgada en el 2005 limitando el acceso al recurso de *habeas corpus* debe aplicarse al caso de Hamdan pese a que el recurso original había sido presentado años antes de la promulgación de la legislación. Sin fallar sobre la constitucionalidad de la ley, la Corte determinó que el Congreso no especificó su intención de que fuera retroactiva y, por lo tanto, era inaplicable a los casos pendientes en los tribunales antes de su promulgación.

Asimismo, la Corte determinó que los Convenios de Ginebra sobre el tratamiento de detenidos de guerra eran aplicables a los detenidos en Guantánamo y en los otros centros de detención bajo la custodia de agentes de los Estados Unidos. La Corte Suprema determinó, conforme a este Convenio, que les eran aplicables tanto las reglas sobre tratamiento de prisioneros de guerra como el derecho a ser enjuiciados por tribunales que aplican normas procesales tradicionales en la justicia militar. Además, la Corte Suprema declaró inválido el decreto emitido por el Presidente estableciendo las comisiones militares y su procedimiento ya que es competencia del Congreso y no del Ejecutivo. El establecer estas comisiones sin autorización expresa del Congreso se excedió en sus facultades de Presidente para actuar como comandante en jefe de las fuerzas armadas en tiempos de guerra.

La Corte Suprema fue más allá en su fallo y determinó que el procedimiento establecido para juicios en estas comisiones viola los principios garantizados tanto por las Convenciones de Ginebra como por el Código Militar norteamericano para un juicio. La Corte Suprema señaló que entre las deficiencias del proceso, les encuentran el hecho de que tanto el acusado como su representante legal pueden ser excluidos del juicio; se pueden utilizar pruebas en su contra sin que el acusado o su abogado puedan tener conocimiento de las mismas; el juez tiene enorme discreción para decidir si el proceso debe ser secreto y se permite la presentación de cualquier tipo de prueba que en la opinión del juez tenga valor probativo aun cuando ni el acusado ni su abogado tengan acceso a ésta. Esto permitiría la presentación, por ejemplo, del testimonio de oídas, de declaraciones escritas no juradas e, incluso, de declaraciones hechas bajo coerción. Esto llegó a que la Corte Suprema concluyera que “Aun asumiendo que *Hamdan* es un individuo peligroso que podría causar gran daño o la muerte a civiles inocentes si tuviera la oportunidad, el Ejecutivo, pese a ello, tiene la obligación de cumplir con las reglas legales vigentes para someterlo a juicio e imponerle una sentencia penal”.

B) EL PROCEDIMIENTO EN LAS COMISIONES MILITARES

Como consecuencia del fallo de la Corte Suprema en el caso de *Hamdan*, el Presidente Bush rápidamente presentó al Congreso un anteproyecto de ley que establece de nuevo las comisiones militares y define el proceso a seguir en ellas. La propuesta original hubiera modificado el contenido del artículo 3 de la Convención de Ginebra sobre el tratamiento de prisioneros de guerra. Esta propuesta fue objetada por tres de los senadores republicanos más poderosos y eventualmente fue retirada.

Tras llegar a un acuerdo con el Presidente, el Congreso promulgó en septiembre de 2006 legislación que cumple con varios de los requisitos del fallo de la Corte Suprema en *Hamdan v. Rumsfeld*. La legislación autoriza al Presiden-

te a crear comisiones militares para juzgar a combatientes enemigos ilícitos que han participado en actos de guerra contra los Estados Unidos. La ley establece los procedimientos para juzgarlo, los hechos que constituyen delitos conforme a la ley de guerra y quiénes pueden ser juzgados por comisiones militares.

Las personas que se encuentran sujetas a la competencia de estos tribunales son los combatientes extranjeros (la ley excluye a ciudadanos norteamericanos) ilícitos. Se define como combatiente enemigo ilícito todas “aquellas personas que han participado en actos hostiles contra los Estados Unidos o han apoyado dichos actos materialmente y con la intención de hacerlo y que no son combatientes lícitos (incluyendo personas que son miembros del Taliban, Al Qaeda o fuerzas que los apoyan)”. La norma también incluye a aquellas personas que han sido clasificadas como combatientes enemigos ilícitos por un Tribunal de Revisión del Estatuto de Combatientes (“Combatant Status Review Tribunal”), el cual tiene competencia para revisar el estatus de combatientes detenidos.

Los procedimientos establecidos por la nueva legislación están basados en las reglas procesales establecidas en el Código Uniforme de Justicia Militar, con la excepción del derecho a un juicio pronto, ser informados de sus derechos a mantener silencio al ser interrogados previo al juicio y a recibir la asistencia de un abogado en la etapas antes del juicio. Los factores más sobresalientes del procedimiento son los siguientes:

- Todo acusado tendrá derecho a la defensa legal ejercida por un defensor militar o bien por un abogado civil propio, sin costo para el Gobierno. Cualquier defensor privado tendrá que someterse a una investigación sobre sus antecedentes para determinar si se le pueden confiar documentos secretos. El acusado puede optar por asumir su propia defensa.
- La acusación, formulada por un fiscal militar, será suministrada al acusado con suficiente anticipación y con carácter previo al juicio.

- Existencia de la presunción de inocencia.
- El nivel de prueba requerido para determinar la culpabilidad será “más allá de una duda razonable”.
- El fiscal suministrará a la defensa aquellas pruebas que piensa presentar en el juicio así como las pruebas exculpatorias en su poder.
- El acusado no tiene el deber de declarar en el juicio y su silencio no deberá tenerse en cuenta por la Comisión.
- Los testigos estarán sujetos a interrogatorio por la parte contraria.
- El acusado tendrá derecho a estar presente durante el juicio.
- No se presentarán como pruebas declaraciones que son resultado de torturas. Sin embargo, la legislación diferencia entre actos que sucedieron antes de la promulgación de Ley sobre el Tratamiento de Detenidos de 2005 y aquellos que sucedieron después. En los casos en los cuales la coerción sucedió antes de 2005, se pueden usar declaraciones como prueba cuando la totalidad de las circunstancias demuestran que la declaración es fiable y que tiene suficiente valor probatorio y se servirá mejor a los intereses de la justicia con la admisión de la prueba. En aquellos casos en los cuales la declaración sucedió después de 2005, se requiere, además de los requisitos anteriormente mencionados, que los métodos del interrogatorio no constituyan una violación de las prohibiciones contra el tratamiento cruel, inusual e inhumano al cual se refieren las enmiendas quinta, octava y catorce de la Constitución de los Estados Unidos.
- La prueba testimonial de referencia que normalmente no es admisible en juicios militares tradicionales puede ser considerada por los miembros de la comisión militar si el que propone la prueba notifica a la parte contraria con suficiente anticipación para que ésta tenga oportu-

nidad para preparar su defensa, el propósito de presentar la prueba y los detalles de cómo fue obtenida y su contenido. Si la parte del proceso que se opone a la presentación de esta prueba demuestra que no es fiable o no tiene suficiente valor probatorio esta no podría ser considerada.

- El juicio será oral y público, excepto en lo relativo a aquellas pruebas que comprometan la seguridad nacional, las cuales pueden ser presentadas en sesión cerrada. Los abogados defensores militares nunca serán excluidos de ninguna de las etapas del juicio. Sin embargo, el acusado mismo y defensores civiles sí pueden serlo.
- Se requiere un voto coincidente de dos tercios de los miembros de la sala para una determinación de culpabilidad y para definir la sentencia si la sentencia puede ser inferior a 10 años de cárcel. Si la sentencia puede ser de 10 años o más, se requiere un voto afirmativo de tres cuartos. Para imponer una sentencia de pena de muerte se requiere unanimidad en el voto de los miembros de la Comisión.
- Toda sentencia puede ser recurrida ante un tribunal militar de apelaciones (*Court of Military Commission Review*) el cual estará compuesto por una sala de tres jueces de la jurisdicción de apelaciones de la justicia militar. Las decisiones de esta instancia solamente pueden ser recurridas ante el Tribunal de Apelaciones del Circuito de Washington, el cual ejerce competencia también sobre recursos en contra de las sentencias de los tribunales militares de apelación tradicionales. A su vez, los recursos contra decisiones del tribunal de apelaciones solamente pueden ser presentadas ante la Corte Suprema la cual, en estos casos, tiene discreción para admitirlos o rechazarlos *ad portas*.
- Ningún tribunal superior puede revocar una sentencia absolutoria o reformar la sentencia en perjuicio.

Algunas de las críticas más importantes a esta legislación son: una competencia muy amplia otorgada a las comisiones; la discreción absoluta que tiene el Gobierno para retirar un proceso de un tribunal penal ordinario y referir el caso ante un tribunal militar y la falta de incentivos para la participación de abogados defensores privados.

Una de las reformas más importantes de la nueva legislación es la definición del papel de los miembros del tribunal y del juez. El juez profesional, abogado de las fuerzas armadas, tendrá competencia exclusiva para decidir cuestiones legales mientras que los otros miembros del tribunal asumen el papel de jurado (cinco miembros en la mayoría de los casos y 12 miembros cuando se trata de la pena de muerte). El juez tiene garantizado un gran nivel de independencia. Por ejemplo, el Juez responderá solamente ante superiores en el cuerpo de abogados militares y no podrá ser sancionado por sus actuaciones, dentro de la ley. También se limitan las situaciones en las cuales un acusado puede ser excluido de las audiencias en las que se presenta información secreta. Sin embargo, el aspecto más controvertido de la nueva legislación es la disminución del derecho de los detenidos al acceso a los tribunales ordinarios por medio del recurso de *habeas corpus*.

C) ACCESO A TRIBUNALES ORDINARIOS

Dos de los fallos más importantes de la Corte Suprema sobre la guerra contra el terrorismo trataron el tema de la competencia de tribunales ordinarios sobre detenciones militares de presuntos terroristas y el poder del Presidente como comandante en jefe de las fuerzas armadas en un período de guerra.

En *Rumsfeld v. Padilla*, la Corte Suprema consideró el caso de Padilla, caso que ya hemos citado de un ciudadano norteamericano detenido al entrar a los Estados Unidos por la sospecha de que llevaba a cabo una misión para Al Qaeda, y que consistía en planificar el estallido de una bomba “sucias”, es decir nuclear. Padilla fue detenido en una base de las

fuerzas armadas sin acceso a un abogado y sin ningún cargo penal en su contra.

Padilla presentó un recurso de *habeas corpus* cuestionando la legalidad de su detención por un período indefinido. El fallo de la Corte se limitó a establecer que los tribunales federales tienen competencia para examinar la legalidad de su detención aún cuando se trata de poderes extraordinarios del Presidente en periodos de guerra.

En *Rasul v. Bush*, la Corte Suprema revisó el caso de un detenido en Guantánamo que estaba encarcelado como un “combatiente enemigo”. Él presentó un recurso de *habeas corpus* en un tribunal federal cuestionando la legalidad de su detención indefinida. Las autoridades militares argumentaron que al estar detenido en territorio extranjero y al ser clasificado como un “combatiente enemigo” y no como prisionero de guerra (con los derechos correspondientes definidos en la Convención de Ginebra), los tribunales federales no eran competentes para decidir sobre la legalidad de su detención. Asimismo, argumentaron que esta materia era competencia del Presidente en su función como comandante de las fuerzas armadas y que, por lo tanto, la separación constitucional de poderes limitaba la competencia judicial. La Corte rechazó los argumentos del Ejecutivo y sostuvieron la competencia judicial sobre esta materia.

Finalmente, en el caso de *Hamdi v. Rumsfeld*, la Corte Suprema revisó la detención de Hamdi, un ciudadano de Arabia Saudita nacido en Estados Unidos, capturado en Afganistán y acusado de ser miembro de Al Qaeda. Las autoridades lo transfirieron a una base militar, ya que la orden que estableció Guantánamo como punto de detención para “combatientes enemigos” excluía a ciudadanos norteamericanos. La Corte asumió la competencia, pero aceptó la legalidad del poder del Presidente para detener a Hamdi indefinidamente como un “combatiente enemigo” mientras que tropas norteamericanas sigan combatiendo en Afganistán. La autoridad presidencial se estableció por legislación de emergencia promul-

gada con posterioridad a los hechos del 11 de septiembre.

La Corte rechazó el argumento del Ejecutivo de que el Poder Judicial carecía de competencia para conocer del caso y decidió que Hamdi tenía el derecho de cuestionar ante un tribunal su clasificación como un combatiente enemigo, de acuerdo a las reglas que estableciera el Congreso al autorizar al Presidente para la detención de estos extranjeros. La Corte también indicó que Hamdi tenía el derecho a ser informado de las pruebas que llevaron al Ejecutivo a concluir que era un “combatiente enemigo” y a rebatirlas, aunque la presunción favorecía al Gobierno.

La Corte no falló sobre los derechos específicos que Hamdi tendría en este tipo de proceso, incluyendo si tendría el derecho a una defensa legal por medio de un abogado. Se debe mencionar que Hamdi tuvo un abogado en el momento que comenzó su proceso de *habeas corpus* ante los tribunales.

Curiosamente, uno de los miembros más conservadores de la Corte, Antonin Scalia, discrepó del fallo de la mayoría argumentando que dado que Hamdi era un ciudadano norteamericano, la Constitución requería que fuera juzgado por traición, al haber combatido en contra de su país en un conflicto armado o, por el contrario, debería ser puesto en libertad.

Como se ha dicho anteriormente, el Gobierno estableció Tribunales de Revisión del Estatus de Combatientes (“Combatant Status Review Tribunal o CSRT”) para realizar una revisión preliminar de las pruebas que justifican la clasificación del prisionero como “combatiente enemigo” y, por lo tanto, su detención. Estos nuevos tribunales están compuestos por tres oficiales militares y deciden sobre el estado de cada detenido. Sólo se requiere de una mayoría de la sala para llegar a una conclusión. Aunque el acusado puede estar presente durante la presentación de pruebas, puede ser excluido cuando se presentan pruebas secretas. Asimismo, el prisionero puede presentar testigos a su favor siempre y cuando éstos puedan ser

razonablemente presentados ante el tribunal. Las decisiones de estos tribunales pueden ser apeladas ante el superior militar designado en la orden que crea los tribunales. En marzo de 2005, de los 558 casos revisados, solamente 38 fueron encontrados que no eran combatientes enemigos y solamente 5 han sido puestos en libertad. De los 60 casos que han sido presentados por detenidos en Guantánamo que han cuestionado la decisión del proceso de CSRT, la mayoría fueron decididos por el CSRT en un día y en todos la decisión fue unánime.

Otro aspecto de estos tribunales de revisión fue la creación de Consejos de Revisión Anual (“Annual Review Boards”), los cuales determinarán si el prisionero continúa siendo un peligro para los Estados Unidos y/o si existen otros factores que justifiquen la continuación de la detención. Al igual que los Tribunales de Revisión del Estatuto de Combatientes, estos Consejos son compuestos por tres oficiales militares, uno de los cuales debe tener experiencia en el campo de la inteligencia.

Poco después de la formación de estos tribunales, jueces federales emitieron fallos contradictorios sobre su legalidad. En un caso, un juez federal determinó que el proceso de revisión violaba los derechos al debido proceso de los detenidos, mientras que otro juez determinó lo contrario.

El número de recursos de *habeas corpus* cuestionando la naturaleza de la detención y las condiciones bajo las cuales los detenidos están recluidos ha crecido considerablemente después de las decisiones de la Corte Suprema del 2004. La preocupación sobre el efecto que esto pueda tener sobre el control de los reos en Guantánamo motivó al Senado en 2005 a promulgar legislación que limita el acceso al recurso de *habeas corpus*. Conforme a esta nueva norma, detenidos podrán presentar recursos de *habeas corpus* ante tribunales federales para una revisión de su clasificación como “enemigo combatiente”, pero no para quejarse de su trato en el centro de detención.

Esta posición fue reiterada y ampliada en la nueva legislación de 2006 la cual establece

que “ningún tribunal, magistrado o juez será competente para revisar un recurso de *habeas corpus* presentado por un extranjero detenido por los Estados Unidos que haya sido detenido por ser un combatiente enemigo o está pendiente de esta decisión”. Esta restricción también se extiende a recursos en los cuales el detenido cuestiona las condiciones de su detención, el juicio y el tratamiento. La restricción del derecho a recursos de *habeas corpus* es retroactiva y el Congreso especificó que la norma aplica a todos los casos pendientes ante los tribunales federales, sin excepción, en los cuales se cuestiona “cualquier aspecto de su detención, traslado, tratamiento, juicio o condiciones de detención” si la detención ocurrió después de septiembre 11 de 2006. El efecto de esta decisión es poner fin a los cientos de recursos pendientes ante los tribunales federales. Aunque muchos expertos cuestionan la constitucionalidad de esta norma, argumentando, entre otras cosas, que atenta contra la independencia judicial y la competencia histórica de tribunales en los Estados Unidos, el hecho de que el autor es el mismo Congreso debilita los argumentos que predominaron en *Rasul, Hamdi, Padilla y Hamdan*.

D) DERECHO A LA DEFENSA LEGAL

Uno de los aspectos más criticados de los procedimientos establecidos para las comisiones militares fue el relativo a las limitaciones al derecho a la defensa de los detenidos y al papel de los abogados en el proceso. Poco después del fallo de la Corte Suprema en el caso de *Rasul*, los abogados presentaron demandas para lograr acceso a más de 60 detenidos. Como se mencionó anteriormente, el Departamento de Defensa estableció Tribunales de Revisión del Estatuto de Combatientes para determinar si las pruebas en conocimiento del tribunal eran suficientes para establecer que el prisionero era un combatiente detenido.

En el proceso de revisión, se nombra un “Representante Personal”, no un abogado particular, para representar los intereses de cada prisionero. Este Representante debe ser un

abogado militar autorizado a revisar información secreta y se prohíbe la participación de abogados particulares. Además, este Representante no está obligado a mantener el secreto profesional y puede comunicar al tribunal cualquier información que obtuvo del detenido que representa. Finalmente, el prisionero no puede objetar al Representante que le asignan y solamente puede optar por rehusar a participar en el proceso.

En uno de los primeros casos cuestionado la efectividad del derecho a la defensa de estos prisioneros, un juez federal determinó que los detenidos tenían derecho a una defensa legal y que el Gobierno estaba obligado a respetar la privacidad de las relaciones profesionales de los abogados y sus clientes aunque podía requerir que cumplieran con ciertas reglas sobre secretos militares y autorizaban la revisión de los antecedentes de los abogados antes de permitir su participación. En otro caso de ciudadanos británicos y australianos detenidos en Guantánamo, otro tribunal federal determinó que aunque estos detenidos tenían el derecho a una defensa legal, el Gobierno tiene el derecho a restringir el acceso de los abogados a sus clientes y a las pruebas así como las comunicaciones entre el abogado y el detenido. Por ejemplo, se requiere la revisión de los antecedentes personales de cada abogado antes de otorgarle acceso a un detenido. El propósito de esta revisión es determinar si el abogado es suficientemente fiable para permitirle acceso a información secreta. Además, solamente se permite la revisión de documentos secretos en una oficina prevista para este propósito y se establecen restricciones en el acceso a clientes.

Con relación a los procedimientos ante comisiones militares, las reglas son muy similares. A cada prisionero se le asigna un abogado defensor militar que puede ser asistido por un abogado privado. Al igual que en los procesos anteriormente descritos, los abogados deben cumplir con una serie de reglas que incluyen mantener secreta la identidad de los jueces, testigos y otros participantes, permiten la posibilidad de excluir a abogados privados durante aquellas partes del proceso en que se presente pruebas secretas y permite la grabación de comunicaciones entre

abogados y clientes para propósitos de obtener inteligencia, aunque la información obtenida no puede ser usada en el proceso. Estas reglas han sido seriamente criticadas por varios colegios de abogados norteamericanos.

E) LA RESPONSABILIDAD FISCALIZADORA DEL CONGRESO

Una de las críticas más severas al desarrollo normativo antiterrorista está dirigida hacia el papel débil que ha jugado el Congreso al dejar que el Presidente asumiera competencias y poderes nunca anteriormente ejercidos por el Ejecutivo. La Corte Suprema en varias de las decisiones de los casos de terrorismo ha criticado el papel prepotente del Ejecutivo al actuar sin autorización del Congreso.

En el primer intento serio de cuestionamiento a las políticas del Presidente, el Senador McCain logró promulgar la Ley del Tratamiento de detenidos de 2005. En 2006, McCain, con la ayuda de otros dos prominentes senadores republicanos, logró bloquear el intento de enmendar el artículo 3 de la Convención de Ginebra que prohíbe el trato cruel, inhumano o degradante de personas bajo la custodia o el control del gobierno de los Estados Unidos. Aunque el gobierno logró obtener consenso legislativo sobre la mayoría de sus requisitos legislativos reflejados en la Ley de Comisiones Militares de 2006, el Congreso asumió algunas de sus responsabilidades fiscalizadoras en varios aspectos de la ley.

La legislación requiere, por ejemplo, que el Secretario de Defensa les presente anualmente a los comités de las Fuerzas Armadas del Senado y de la Cámara de Representantes un reporte público sobre los juicios ante comisiones militares. Aunque la ley autoriza al Secretario de Defensa a modificar algunos requisitos procesales por vía reglamentaria, se requiere que en menos de sesenta días antes de que la modificación tome efecto se les notifique a los comités de las fuerzas armadas del Congreso. Asimismo, se requiere notificación al Congreso, por lo menos con 60 días de anticipación a la fecha en que la modificación ha de entrar en

vigencia, sobre las reglas que restrinjan el acceso a la información por parte de los detenidos bajo la excusa de que la información es secreta y afecta la seguridad nacional. Finalmente, la misma notificación se requiere en cualquier otro caso en el que el Secretario de Defensa intente modificar el proceso de las comisiones militares por vía reglamentaria.

CONCLUSIONES

Los sucesos del 11 de septiembre de 2001 tuvieron un gran impacto sobre la sociedad norteamericana. Anteriormente se habían cometido actos terroristas en el territorio nacional y habían suscitado repudio e inclusive cambios legislativos para permitir prácticas más eficaces para combatir el terrorismo. Se caracterizaba al terrorista como un delincuente, sea este un extremista norteamericano o un musulmán radical.

En el caso de la explosión del vuelo de Pan Am 103 sobre Escocia, el gobierno estadounidense lo investigó con fuerzas policiales tradicionales y solicitó la extradición de los culpables para ser juzgados en un tribunal penal. Cuando extremistas musulmanes colocaron explosivos en el World Trade Center en 1993, las autoridades realizaron una investigación exhaustiva. Como resultado de ésta y conforme a las normas procesales existentes, varias personas fueron encontradas culpables en un tribunal federal ordinario y otros fueron extraditados de Egipto y Pakistán y solamente uno de los sospechosos sigue prófugo. En 1995 un extremista norteamericano colocó un explosivo masivo que destruyó un edificio federal en Oklahoma City y causó la muerte de más de 160 personas. Un policía detuvo a Timothy McVeigh y fue ejecutado después de una investigación exhaustiva con su correspondiente proceso ordinario. Tres años después, en agosto de 1998, una serie de bombas explotaron en las embajadas de Estados Unidos en Nairobi, Kenya, y Dar es Salaam, Tanzania. Las investigaciones revelaron que Osama bin Laden y un grupo terrorista dirigido por él eran los responsables por el atentado terrorista. Cuatro de

las personas acusadas del acto terrorista fueron detenidas y sentenciadas en tribunales ordinarios federales en Nueva York.

Todos estos eventos tienen un factor en común y es haber sido investigados por fuerzas policiales y procesados en el sistema de justicia penal ordinario. Sin embargo, casi inmediatamente después del ataque del 11 de septiembre de 2001 el Presidente Bush y sus asesores principales declararon una guerra contra el terrorismo. Al hacer esto abandonaron el modelo tradicional que enfatizaba el carácter penal del hecho y adoptaron una táctica militar que permitió las invasiones de Irak y Afganistán, pero que también definió nuevas reglas para la detención, el interrogatorio y la sanción de terroristas y combatientes.

Bajo el modelo tradicional militar, y pensando en este conflicto como una guerra, existían reglas muy claras que definen la manera en que las partes del conflicto deben comportarse. De estas reglas las más aplicables son los Convenios de Ginebra, sus Protocolos y el Manual del Ejército que define el trato que miembros de las fuerzas armadas deben darles a sus enemigos.

Los asesores del Presidente Bush, sin embargo, argumentaron que este es un tipo de conflicto nuevo para el cual ni las reglas del sistema penal o del militar son totalmente aplicables y establecen un nuevo modelo de conducta. Reconociendo que se requiere una base legal que justifique el abandono de reglas tradicionales y proteja a los participantes de futuras acusaciones penales, los asesores legales de la Casa Blanca y el Departamento de Justicia promulgaron una serie de dictámenes y órdenes secretas que estableció los parámetros para la conducta de la Guerra Contra el Terrorismo. Uno tras otro dictamen justificó el rechazo de la Convención de Ginebra y otros acuerdos internacionales y normas penales nacionales. Como resultado, el combatiente detenido en Afganistán no era prisionero de guerra sino “enemigo combatiente” o “combatiente ilícito” sin derecho ni a la protección del Derecho de Conflicto Armado o los derechos garantizados constitucional y procesalmente a

cualquier persona acusada de un delito. Con la justificación de la urgencia de obtener información se aprobaron medidas para interrogatorios que o violaban normas de tortura o estaban al borde de las mismas.

Para la retención de los detenidos se establecieron centros de detención fuera del alcance del sistema de justicia tradicional, civil o militar, y especialmente fuera del control del Poder Judicial. Así nacen los centros de detención de Guantánamo para los presos de peligro intermedio y, para los otros, una serie de prisiones en Afganistán e Irak. Para los más peligrosos se autoriza a la CIA y otros servicios de inteligencia que operen en cárceles secretas que aseguren la seguridad de la detención y permitan el trato de los prisioneros fuera de la inspección de organizaciones como la Cruz Roja que había cumplido con esta misión en los conflictos armados anteriores.

A su vez, el Departamento de Justicia introdujo rápidamente una serie de medidas legales en el Congreso que constituyeron la Ley Patriótica y expandieron considerablemente el poder del Ejecutivo en investigaciones penales y administrativas. Entre las reformas más importantes que se dieron se encuentran: la eliminación de la separación entre la función de inteligencia dirigida hacia al exterior y la nacional; se redefinió el concepto de los delitos de terrorismo; se aumentaron penas; se reestructuraron las normas bancarias y se modificó la legislación que regula el lavado de dinero (o blanqueo de capitales) y se ampliaron los poderes que tienen las agencias policiales para investigar el terrorismo.

De todas estas medidas, la más controvertida fue un decreto que estableció tribunales para juzgar a miembros extranjeros de organizaciones terroristas fuera del alcance de las reglas procesales ordinarias y garantías de un debido proceso (referidos como comisiones para evitar la aplicación de normas que regulan la justicia militar o de guerra).

Una pregunta que surge al revisar las reformas propuestas después del ataque terrorista del 11 de septiembre es ¿por qué no proceder contra personas acusadas de terrorismo por

los medios tradicionales y usando las normas ordinarias? Una razón podría ser la gravedad del crimen. Sin embargo, esto no pareciera ser justificación suficiente. Otra explicación podría ser una desconfianza del Poder Ejecutivo respecto de la capacidad del proceso ordinario y del Órgano Judicial para proceder contra terroristas tan sofisticados como los que cometieron estos actos. A diferencia de otros casos penales, éste, dada su naturaleza, no permite la posibilidad del fracaso que siempre está latente en un proceso penal ordinario en sede de un tribunal ordinario. Ni siquiera un tribunal extraordinario, como es el modelo del tribunal internacional penal, puede garantizar el interés nacional de “castigar” a los culpables.

El conjunto de estas medidas está caracterizado por:

- Una visión casi religiosa de la “guerra contra el terrorismo” como una oportunidad para traer la democracia, o como muchos musulmanes sospechan, extender el cristianismo al Medio Oriente y detener el crecimiento Islámico radical.
- Excesiva concentración de poder en el Poder Ejecutivo basado en un concepto constitucional bajo el cual el Presidente, como comandante en jefe, tiene poder casi absoluto para determinar la forma en que se conduce la guerra.
- Exclusión del Poder Judicial de casi todos los aspectos de la Guerra Contra el Terrorismo y sobretodo como contrapeso a las fuerzas represivas. El mejor ejemplo es la selección de la base naval de Guantánamo como centro de reclusión por su estado legal confuso (los asesores del Ejecutivo argumentaron que Guantánamo no era ni territorio norteamericano ni cubano) así como el establecimiento de comisiones militares, fuera del alcance de los tribunales ordinarios y con concentración de poder en el Presidente quien acusa y es el órgano final de revisión de sentencias.
- Desconfianza en la capacidad del gobierno tradicional, incluyendo las fuerzas ar-

madras y la CIA, para salir victoriosos en el combate contra el terrorismo.

- Un rechazo en la opinión de aquellos funcionarios de carrera que expresen desacuerdo y confianza en la opinión de asesores ocupando nombramientos políticos.
- La necesidad de trabajar en secreto, argumentando la seguridad nacional, y evitando cualquier proceso que implique rendición de cuentas.

Los resultados de esta política improvisada y adoptada precipitadamente han sido sumamente costosos para los Estados Unidos. En primer lugar, aunque no se sabe con seguridad el valor de la inteligencia obtenida, los resultados de los interrogatorios y de las detenciones no parecen ser muy provechosos. Es más, en algunos casos la información obtenida bajo coacción no ha sido fiable, confirmando las advertencias de los agentes del FBI con mayor experiencia en este tema, que la coacción física es el peor y menos efectivo método de interrogatorio.

Ya hay suficientes pruebas de que la política improvisada y poco comunicada a los mandos de las fuerzas armadas y la CIA fueron causantes de los abusos de Abu Ghraib y otros centros de detención. De acuerdo, por ejemplo, con el informe del General Fay al investigar los abusos de Abu Ghraib, el mando de la prisión estaba caracterizado por “la confusión doctrinal...ausencia de una doctrina... (y) fracasos sistémicos”. Las órdenes superiores eran obtener información a todo coste. Policías militares con poco entrenamiento recibieron órdenes de agentes civiles de inteligencia para “suavizar” a los detenidos antes del interrogatorio. Mientras tanto sus oficiales hacían la vista gorda y dejaban que agentes encubiertos y mercenarios hicieran lo que quisieran en el seno de la prisión. Los escándalos y abusos que resultaron bajo estas condiciones eran predecibles.

Comparando la utilidad de la información obtenida o el mantener grupos peligrosos de terroristas segregados con el costo que esto supone, es dudoso que alguien evalúe esta ex-

periencia como exitosa. Un comentarista de la revista Newsweek concluyó que el momento clave en que la población iraquí se opuso a la presencia norteamericana fue con la publicación de las fotos de Abu Ghraib. Unos meses antes, las encuestas demostraban un respaldo a la ocupación por un 63% de la población. Un mes después de Abu Ghraib ese número disminuyó a 9% con 61% de los entrevistados concluyendo que nadie sería sancionado por la tortura. La opinión pública en el resto del mundo, y especialmente en el mundo musulmán, también cambió radicalmente después de estas revelaciones. En 2007 el Vicepresidente de los Estados Unidos negocia con Senadores para excluir a agentes de la CIA de una prohibición de tortura y actos degradantes en interrogatorios y en la prensa es caracterizado como el Vicepresidente de la tortura.

Aunque las propuestas del Presidente fueron aprobadas casi unánimemente y sin mucha discusión por el Congreso y tuvieron el respaldo de gran parte de la población, ahora son criticadas fuertemente. El Colegio Nacional de Abogados (*American Bar Association*), por ejemplo, presentó un informe criticando la detención indefinida de ciudadanos designados como “combatientes enemigos” así como la decisión del Gobierno de rehusar a los detenidos el acceso a un abogado. Las organizaciones de protección de derechos civiles han sido especialmente activas y efectivas en su oposición a la aplicación de la Ley Patriótica. Organismos de derechos humanos han criticado a los Estados Unidos, con Amnistía Internacional caracterizando el sistema de cárceles secretas como el GULAG Americano. Los aliados de los Estados Unidos están avergonzados por revelaciones de secuestros, entrega de detenidos a terceros países y otras acciones de agentes norteamericanos en su territorio. El Senado de los Estados Unidos, por una mayoría absoluta de 90 a 9, ha promulgado legislación que requiere un tratamiento para detenidos, consistente con los requisitos de la Convención de Ginebra, y una definición de las reglas a seguir en los procesos de las comisiones militares. Quizás el costo más alto de esta política

ha sido la pérdida de confianza del ciudadano norteamericano y del extranjero en la moralidad de los actos que se están cometiendo en nombre de este país.

El reciente fallo de la Corte Suprema en el caso de *Hamdan v. Rumsfeld* constituyó un rechazo al argumento del Presidente Bush bajo el cual él se atribuye poderes extraordinarios para “proteger al pueblo” en la “guerra contra el terrorismo”. La base de su política se “fundamenta en una lectura de la Constitución que pocos comparten: que el Presidente, como comandante en jefe, tiene la autoridad de hacer caso omiso virtualmente de todos los límites legales previamente conocidos, si así lo demanda la seguridad nacional. En ese contexto, estatutos que prohíben la tortura, la detención secreta y la vigilancia sin orden judicial han sido dejados de lado”.

ANEXO 1

III. CONVENIO DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949 RELATIVO AL TRATO DEBIDO A LOS PRISIONEROS DE GUERRA

Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950

Artículo 3 - Conflictos no internacionales

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

María Rosario Valpuesta Fernández

Catedrática de Derecho civil. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

Sumario: 1. Justificación. 2. Presentación de la Ley. 3. El principio de igualdad de trato: Reglas generales. A) El principio de igualdad de trato: significado y alcance. B) Los conceptos básicos. C) Instrumentos jurídicos para la igualdad de trato: las acciones positivas. D) Consecuencias del incumplimiento. E) La defensa de los derechos reconocidos en la Ley. 4. Los principios que han de inspirar las políticas públicas para la igualdad. A) En general. B) Aparato institucional. 5. Igualdad en el trabajo y en las responsabilidades familiares. A) Alcance de la reforma. B) Los planes de igualdad. C) Acceso al trabajo en condiciones de igualdad. D) La conciliación de la vida personal, familiar y laboral. E) En especial, el acoso y la violencia de género. 6. Las mujeres en el ámbito rural. 7. Igualdad de mujeres y hombres en la creación y producción artística. 8. La igualdad en el deporte. 9. Participación en la toma de decisiones. 10. Formación, expresión y comunicación. La construcción social del género. 11. Acceso a los bienes. 12. A modo de conclusión. Nota bibliográfica.

1. JUSTIFICACIÓN

La primera cuestión que plantea la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante LI) es la de su oportunidad, habida cuenta de que desde determinadas posiciones se ha puesto en tela de juicio la necesidad de elaborar una norma de tal naturaleza, cuando en nuestro Ordenamiento jurídico, salvo el caso de los apellidos de los hijos, no queda vestigio de la tradicional discriminación que se ha ejercido sobre las mujeres. Desde la entrada en vigor de la Constitución, el principio de igualdad se ha impuesto en el conjunto normativo, de tal modo que, se puede afirmar, no existe ningún obstáculo legal para que las mujeres se puedan equiparar a los hombres en todos los ámbitos de la vida pública así como en la privada. A este argumento se añade la progresiva incorporación de aquellas a todas las esferas en las que se desenvuelven las relaciones económicas, políticas, sociales, culturales y de

trabajo; una incorporación tan decidida como evidente que hace pensar, se dice, que el transcurso del tiempo bastará para que tengan la presencia que se merecen o les corresponda en función de sus aptitudes y capacidades.

Con mayor énfasis se ha cuestionado de manera más particular algunas de sus medidas, sobre todo aquellas que hacen referencia a la participación equilibrada de ambos géneros en los ámbitos de toma de decisión; incluso se ha planteado su posible inconstitucionalidad, que se acentúa, se dice, cuando esta exigencia se traslada a las relaciones jurídicas privadas y, más en concreto, a la actividad empresarial, pues ésta, se dice, responde a un derecho fundamental, el de la libre iniciativa económica, cuya realización es incompatible con exigencias de este tipo que la cercenan.

De entrada, hay que decir que en esta Ley se traspone al Derecho español dos Directivas. Concretamente, la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, de igual-

dad de trato de hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a la promoción profesionales, a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y suministro, que reflejan la preocupación de las instituciones de la Unión Europea por la situación de las mujeres, y el impulso que desde las mismas se está dando para corregirla (también incorpora la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 *relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo*, DF 4ª LI). Sin embargo, su contenido desborda las previsiones de los referidos instrumentos jurídicos, pues, como se desprende de su título, se plantea la aplicación de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en la plenitud de las relaciones políticas, laborales, económicas, culturales y sociales, así como en las personales y familiares, incidiendo para ello en todo el Ordenamiento jurídico.

Nos encontramos, pues, ante un texto legal que tiene vocación de generalidad, cuya comprensión sólo es posible si se conoce la situación de las mujeres y los hombres en todos los ámbitos de la sociedad. Como se dice en su E.M.: “La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral o familiar muestran cómo la igualdad plena entre mujeres y hombres... es todavía una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos”. Y esta situación nos enfrenta a un problema que tiene sus raíces en la atribución de roles diferentes a ambos géneros, herencia de un pasado inmediato, y en torno a los cuales se han diseñado dos ámbitos de decisión que responden aún a la ideología de la desigualdad. Nos referimos al espacio público, entendiendo por éste el que abarca la actividad laboral y profesional, el ejercicio de la política y demás funciones públicas, la cultura, la economía o la investigación, y al espacio de lo privado, que se con-

creta en las relaciones familiares, generalmente en el ámbito del hogar. Dos espacios, o dos mundos, que se diseñaron desde la incompatibilidad y, también, con claves muy diferentes. El primero de ellos, desde la visión masculina de la realidad exterior a la que se ordenó sin tener en cuenta ni considerar la existencia de ese otro espacio, el de lo privado, en el que se genera otra apreciación de las necesidades y respuestas a esa realidad exterior. Y lo que es aún más importante, una ordenación masculina que constituye el parámetro de la igualdad al que se tienen que adecuar las mujeres si quieren asumir un protagonismo activo en la sociedad. Y la situación descrita no responde exclusivamente a elementos coyunturales, pues la desigualdad que expresa es estructural como lo han puesto de manifiesto los numerosos estudios que se han realizado al respecto. Ello explica que tras dos siglos transcurridos desde que se proclamara la igualdad formal, de las reclamaciones de los movimientos feministas que se han sucedido en este tiempo, y de las aportaciones del pensamiento de la igualdad de hombres y mujeres, aún no se haya conseguido su realización efectiva.

Por estas razones, la LI responde a una exigencia constitucional que tiene su fundamento en la misma democracia, ya que ésta requiere para ser efectiva de la participación real de todas las ciudadanas y ciudadanos en los destinos de la sociedad, lo que sólo se alcanza si están presentes en condiciones de igualdad en las diferentes esferas de decisión. Precisamente, este requerimiento de participación efectiva de la ciudadanía mediante el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución fue el que en su día impulsó la construcción del Estado Democrático y Social. Su justificación está en que sólo cuando existe igualdad efectiva es posible el ejercicio libre de los derechos ligados a la condición de ciudadanía; nos referimos entonces a la *igualdad sustancial*, es decir, a la que se da en la realidad de los hechos, más allá de las declaraciones formales que se contienen en las normas jurídicas. Y esta exigencia de igualdad sustancial es aún más apremiante en la materia que nos ocupa,

por cuanto tiene su origen en la diferencia sexual y en la construcción social del género que en la misma se asienta; y el sexo esta vetado como causa de discriminación no sólo en el art. 14 CE, sino en todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Esta es la clave para entender el texto que abordamos, que la discriminación que quiere erradicarse o la desigualdad que se quiere superar, tienen su raíz última en la construcción social de los géneros a partir de la diferencia sexual, y no en otro tipo de circunstancias concretas y específicas en las que se puedan encontrar algunas mujeres.

La discriminación a la que se hace referencia obedece pues a la ideología de la desigualdad que aún impera en la estructura social. Las mujeres en este caso no se identifican con un colectivo que por sus circunstancias personales o por sus aptitudes deban ser objeto de protección, como ocurre con los discapacitados, los enfermos o los menores, por poner algunos ejemplos, pues en estos casos las medidas que en relación a ellos se tomen han de tener en cuenta la desventaja intrínseca de esas personas; ni tampoco con colectivos que por razones económicas requieren de normas que los promocionen, como pueden ser los trabajadores y en cierta medida los consumidores, cuyo contenido ha de respetar en todo caso las bases constitucionales en las que se asienta la economía de mercado, que no se pueden vulnerar ni alterar. Colectivos éstos que encarnan a sujetos diferenciados del Estado social que requieren de un tratamiento jurídico específico a fin de superar la desventaja en la que el sistema los coloca. Lo que está en liza en este caso es la relevancia que el sexo tiene como causa de discriminación en la realidad de los hechos, sin que en ningún caso se justifique o se explique por razones que aporte el sistema. Todo ello con independencia de que en los supuestos regulados se contemplan a las mujeres como integrantes de estos otros colectivos, pero su individualización responde de nuevo a la idea de que su condición las coloca en una situación más desfavorable respecto de los varones en esas mismas circunstancias.

La Ley que comentamos parte de una realidad que asume para modificarla, y ésta se refiere a la discriminación que aún padecen muchas mujeres respecto de los varones en todos los ámbitos de la sociedad y de la vida privada y familiar; una situación que tiene su origen último en la diferencia sexual. Y esto es importante por cuanto este reconocimiento será el que legitime el conjunto de medidas que en la misma se contienen, innecesarias si la situación no fuera la descrita anteriormente. Desde esta perspectiva hay que afirmar que su contenido refleja un conocimiento bastante completo de la realidad a la que se enfrenta, identifica en gran medida donde se encuentran los obstáculos e inconvenientes para la realización del principio de igualdad efectiva, y responde en líneas generales a las reivindicaciones que en esta materia se han venido planteando, así como a los estudios que sobre la misma se han realizado. En todo caso, la realidad a la que se enfrenta es muy compleja, pues si bien responde a una misma causa, se manifiesta de muy variadas y diferentes maneras, de ahí que las previsiones legislativas tengan en cuenta situaciones muy diversas.

2. PRESENTACIÓN DE LA LEY

La Ley que tratamos hace referencia a la *igualdad efectiva* entre mujeres y hombres. Pone el énfasis en la necesidad de que la equiparación de los sexos que proclama la Constitución en el art. 14 sea una realidad en todos los ámbitos por los que discurre la vida de esta sociedad. Su objetivo, como hemos dicho, es la *igualdad sustancial*, es decir aquella que se práctica y se realiza más allá de la proclamación formal de que todas y todos somos iguales ante la Ley. Respecto a su naturaleza, solo las normas contenidas en las DAs 1ª, 2ª y 3ª, tienen carácter orgánico, (DF 2ª LI), y su fundamento competencial está en el art. 149 CE, al que alude la DF 1ª LI¹.

Es una Ley que tiene carácter general en la medida que afecta al Ordenamiento en su conjunto, imponiendo el principio de igualdad

efectiva en todas las ramas del Derecho, y en aquellos aspectos en los que están involucradas las relaciones de género y, que como hemos avanzado, sean competencia estatal. Así, contiene normas que se integran en el Derecho del trabajo, Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho administrativo, Derecho procesal. Esta es una opción cada vez más consolidada en la normativa que desarrolla los postulados del Estado Democrático y Social, pues permite abordar una realidad problematizada en su conjunto para darle una solución global, recurriendo para ello a los diferentes instrumentos jurídicos que puedan ser eficaces para el objetivo que se pretende, con independencia de la parcela jurídica a la que pertenezcan. Lo observamos en su momento en la Ley Integral contra la Violencia de Género, y ahora se reproduce el mismo esquema en la Ley que nos ocupa.

Su ámbito de aplicación se formula en términos muy generales. Así, en el art. 2^o se establece que los derechos que se derivan del principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo se reconocen a todas las personas sin distinción, sean éstas mujeres u hombres, pues, como veremos, en el texto que comentamos se opta por este tipo de declaración neutra o, si se quiere, asexuada, como regla general, por ser una exigencia del principio de igualdad formal, máxime si con la misma se consigue invertir la situación sobre la que se quiere actuar. Sin embargo, no se puede obviar que el objetivo principal de la Ley es remover las discriminaciones que aún se ciernen sobre las mujeres; de ahí, que también se individualice a éstas como objetivo de la Ley cuando las circunstancias así lo requieren. Sus beneficios se desvinculan igualmente de la condición de nacional, pues se regula un derecho humano reconocido en todos los Tratados internacionales cuya titularidad va unida a la condición de persona.

El mismo criterio rige para las obligaciones que se imponen, que vinculan igualmente a toda persona, física o jurídica, pública o privada, con independencia de su nacionalidad, con lo que de nuevo se pone de manifiesto la

vocación generalista del texto, a fin de que no quede ninguna parcela exenta al principio de igualdad efectiva. En este sentido el principio de igualdad tiene eficacia también en las relaciones jurídico privadas, con lo que se disipa la duda que en algunos sectores doctrinales y jurisprudenciales se había suscitado sobre la eficacia horizontal de este derecho fundamental.

La Ley Orgánica 3/2007, de 23 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, consta de una Exposición de Motivos y 78 artículos distribuidos en: Un Título Preliminar, referido a su objeto y ámbito. Un Título Primero, en el que se define los conceptos y las categorías básicas relativas a la igualdad. Un Título Segundo, con varios capítulos: Capítulo I, sobre las pautas generales de la actuación de los poderes públicos en esta materia; Capítulo II, sobre los criterios de orientación de las políticas públicas en materia de educación, cultura y sanidad, la incorporación de las mujeres a la sociedad de la información, a la vivienda y su desarrollo en el medio rural. Un Título Tercero, en el que se prevén medidas de fomento a la igualdad en los medios de comunicación social, así como el control de la publicidad con contenidos discriminatorios. Un Título Cuarto, que se ocupa del derecho al trabajo de las mujeres en igualdad de condiciones que los hombres, con una gran batería de medidas. Un Título Quinto, que aborda el principio de igualdad en el empleo público, con varios capítulos: Capítulo I, referido a los criterios de actuación de las Administraciones públicas en esta materia; Capítulo II, que regula la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos directivos de la Administración General del Estado; Capítulo III, sobre medidas de igualdad en el empleo público; Capítulo IV, que prevé medidas de igualdad en la Fuerzas Armadas; y Capítulo V, referido a las fuerzas de Seguridad del Estado. Un Título VI, sobre a la igualdad de trato en el acceso a los bienes y servicios, con especial referencia a los seguros. Un Título VII, que contempla la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad, así como el fomento de la presencia equilibrada

de mujeres y hombres en los consejos de administración. Un Título VIII, que crea diversos organismos. Junto a todo ello, contiene 31 Disposiciones Adicionales, por las que se modifican un gran número de Leyes para amoldarlas a las exigencias de la igualdad efectiva, de conformidad con las reglas contenidas en sus artículos; más 11 Disposiciones Transitorias, 1 Disposición Derogatoria y 8 Disposiciones Finales

Dada la diversidad de contenidos y la variedad de recursos jurídicos que en la Ley se contienen, en las siguientes páginas se hará una exposición sistemática de estos dos aspectos, a fin de que nos ayuden a comprenderla y dimensionar el alcance de la reforma legislativa.

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO: REGLAS GENERALES

A) EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO: SIGNIFICADO Y ALCANCE

La exigencia de la igualdad efectiva se concreta en el art. 3 en el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, en línea con la Directiva 2002/73/CE cuya trasposición se hace. Se identifica la raíz del problema que se quiere abordar en el tratamiento distinto que se le dispensa a unas y otros debido a la construcción social del género partiendo de la diversidad sexual. Por ello el mismo precepto que establece el mencionado principio lo concreta en la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo, porque éste es el aspecto en el que se quiere incidir. De nuevo la proclamación se hace en términos generales, pero la situación de las mujeres termina por aflorar, y así en el mismo artículo se hace mención expresa a la maternidad y otras situaciones que conciernen más a estas últimas, como la asunción de las obligaciones familiares y el estado civil. En este punto también se sigue a la Directiva 2002/73/CE³.

Como vemos, se centra en lo que pensamos expresa una de las principales causas de discriminación de las mujeres: el rol que socialmente se les ha asignado, que las vincula casi de forma preferente con la maternidad y la familia. Pero esta referencia es sólo ejemplificativa de una realidad más compleja y que tiene mucho que ver con la reproducción social de un pensamiento de la discriminación que afecta a las mujeres en su conjunto. Por ello en la LI nos encontraremos con normas que tratan de modificar esta realidad, incidiendo también en la formación de la ciudadanía a fin de invertir el pensamiento dominante que coloca a las mujeres en una situación de desigualdad, a la que aludiremos en su momento.

Además, refiriéndose de nuevo a las mujeres en particular, la LI identifica otras causas de posible discriminación, que si bien no tienen sexo, cuando recaen sobre éstas acentúan la desigualdad en la que normalmente se encuentran, pudiéndose hablar entonces de una doble discriminación; en concreto, se hace referencia a las mujeres que pertenecen a colectivos de especial vulnerabilidad⁴.

Este principio vincula, como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, a todas las personas, incluidas las naturales y las jurídicas privadas, con lo que se viene a disipar las dudas planteadas por algún sector doctrinal acerca de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, la llamada *Drittwirkung Grundrechte*, en este caso del derecho a la igualdad de hombres y mujeres, que cobra aquí toda su virtualidad.

El principio de igualdad de trato de mujeres y hombres, objetivo de la Ley, tiene vigencia general en todo el Ordenamiento. Ya hemos puesto de manifiesto como la LI incide en todas aquellas materias que más directamente están implicadas en su realización, con independencia de la rama del Derecho a que pertenezcan⁵, pero esta afirmación va más allá, pues el art. 4 consagra el principio de igualdad de trato y de oportunidades como un principio informador del Ordenamiento jurídico, y, como tal, se integrará y observará en la aplicación de las normas jurídicas⁶.

B) LOS CONCEPTOS BÁSICOS

Siguiendo el criterio impuesto por las Directivas que se incorporan a esta Ley, se incluyen unos conceptos básicos con el objetivo de uniformar la interpretación de una serie de nociones que resultan de gran interés para su aplicación.

Así, se explica lo que se ha de entender por discriminación, diferenciando entre directa e indirecta⁷. La incorporación de esta última es consecuencia de la trasposición de la Directiva 2002/73/CE, que ha recogido en este punto una jurisprudencia consolidada en el TJCE. Aunque no es novedosa en nuestro Ordenamiento, donde ya se venía aplicando por la jurisprudencia, su plasmación en este texto tiene el sentido de consagrar su definitiva vigencia en la materia que tratamos. Su aplicación supone, sin duda, un gran avance, en la medida que permite apreciar situaciones de una mayor complejidad que requieren tener en cuenta elementos extraídos de la realidad social para apreciar las consecuencias discriminatorias que puedan tener una disposición, criterio o práctica. A estos supuestos más generales se añade un tipo específico de discriminación, concretamente la represalia que se pueda ejercer sobre la persona que pretende defenderse ante la discriminación⁸.

En la mente del legislador están sin duda las mujeres, sin embargo, se definen estos tipos de discriminación en términos generales, incluyendo a los dos sexos, y esta técnica se seguirá en más de una ocasión, cuando los intereses de aquellas estén suficientemente asegurados desde la igualdad formal de trato. Ahora bien, ello no es óbice para que se identifiquen como supuestos específicos de discriminación el trato desfavorable a las mujeres por razón de la maternidad, no porque ésta solo les afecta a ellas, sino porque se quiere visualizar expresamente una situación que se produce con excesiva frecuencia en la práctica que, siendo discriminatoria de por sí sin necesidad de la ley, se considera necesario aflorar para poner el acento en su erradicación. En todo caso, la importancia de esta afirmación reside en que

produciéndose ese trato desfavorable a la maternidad, se le considera una discriminación, sin necesidad de probarlo⁹.

Otros conceptos básicos que se recogen son los de acoso sexual y acoso por razón de sexo¹⁰, que se definen en términos muy amplios y vienen impuestos por la Directiva 2002/73/CE, de cuyo ámbito de aplicación se excluye al Derecho Penal. Al igual que los anteriores, no distingue o identifica a un solo sexo, por lo que en línea de principios se aplican a los dos géneros, aunque la experiencia y los datos revelan que son las mujeres las que padecen casi en exclusiva estos comportamientos. Estos comportamientos que se consideran en todo caso como actos de discriminación con todas sus consecuencias.

Finalmente, la LI recoge una definición de los términos de presencia o composición equilibrada de mujeres y hombres, a los que se va a referir en más de una ocasión. Ésta se contiene en la DA 1ª LI, y refleja el criterio ya muy extendido de distribución entre los géneros con el límite máximo de un sesenta por ciento y mínimo de cuarenta por ciento¹¹.

C) INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA IGUALDAD DE TRATO: LAS ACCIONES POSITIVAS

Son muchos los instrumentos o recursos jurídicos a los se recurre para la realización del principio de igualdad efectiva. Así, se reconocen derechos y se imponen obligaciones, se proclaman principios y se establecen criterios que habrán de guiar la acción de los poderes públicos y también de las personas naturales o jurídicas privadas, se asumen compromisos por parte de los poderes públicos y se incentivan conductas de los actores privados. Algunas de sus disposiciones tienen una eficacia directa, otras se dejan a la iniciativa de sus destinatarios o a la sensibilidad de los actores afectados¹². En fin, toda una batería de medidas y actuaciones de naturaleza muy variada y que expondremos en las páginas que siguen.

Desde la perspectiva del principio de igualdad, ya hemos puesto de manifiesto como en

líneas generales las declaraciones que se contienen o los derechos y obligaciones que regulan responden a un tratamiento igualitario de ambos sexos, pues se parte de la idea de que el problema que se quiere solucionar radica precisamente en que, en la realidad de los hechos, no se produce dicho tratamiento en términos de igualdad; ahora bien, cuando las circunstancias colocan a las mujeres en una situación de desventaja, se contempla la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva. A ellas se refiere con carácter general el art. 11 LI, dirigido específicamente a las mujeres a fin de corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres, incorporando a la previsión legal los límites impuestos por el Tribunal Constitucional, es decir, que sean razonables y proporcionadas, y en cuanto subsistan dichas situaciones. Esta suerte de legitimación que se establece para los poderes públicos se extiende también a las personas físicas y jurídicas privadas, que podrán recurrir a este tipo de acciones¹³. Con lo mismo se vuelve a afirmar el sometimiento de los actores privados al principio de igualdad de trato, cuya vulneración sólo es posible en el marco de las acciones positivas a las que se refiere la Ley.

D) CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO

A los comportamientos que vulneran esta Ley se le aplica el régimen general de sanciones previsto en el Ordenamiento, que varía dependiendo de la naturaleza del acto o de la norma infringida. Sin embargo, en la LI se establecen unas específicas consecuencias que regirán de manera preferente; a ellas se refiere con carácter general el art. 10 LI, que, con cierta imprecisión técnica, menciona la nulidad de los actos y cláusulas de los negocios jurídicos infractores¹⁴, la responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales efectivas y proporcionadas, cuyo desarrollo parece que se deja a una disposición posterior¹⁵, y las sanciones a las personas que realicen conductas discriminatorias¹⁶.

E) LA DEFENSA DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA LEY

Se reconoce que nos enfrentamos a la aplicación de un derecho fundamental como es el de igualdad, por lo que son de aplicación los instrumentos de defensa que establece el art. 53.2 de la Constitución, es decir, la defensa judicial a través de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y el pertinente recurso de amparo. Procedimientos que podrán ejercerse tanto frente a las actuaciones discriminatorias de los poderes públicos como de las personas naturales o jurídicas privadas¹⁷.

Asimismo, se le otorga la legitimación a determinadas personas físicas y jurídicas con interés legítimo para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa del derecho a la igualdad. Se recoge así en esta materia las reglas de legitimación procesal ya reconocidas en otras materias, como la de consumidores, para los intereses individuales, colectivos y difusos. En caso de que la cuestión que se debata en el ámbito procesal sea el acoso sexual o el acoso por razón de sexo, sólo estará legitimada la persona que padezca alguna de estas conductas¹⁸.

A fin de facilitar la defensa de sus derechos por la persona objeto de la discriminación, se introduce como novedad la inversión de la carga de la prueba, de tal manera que la parte demandada tiene que demostrar la ausencia de tal discriminación¹⁹.

4. LOS PRINCIPIOS QUE HAN DE INSPIRAR LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA IGUALDAD

A) EN GENERAL

Como hemos visto, el ámbito de aplicación del principio de igualdad se extiende a todas las personas, tanto a las de naturaleza pública como privada, dada su eficacia general. Sin embargo, a nadie escapa la importancia que tiene la implicación de los poderes públicos en su

efectiva realización, una implicación, por otro lado, que responde a una exigencia del Estado Democrático y Social, como expresa el art. 9.2 CE. A tal fin, en la LI se prevén determinadas actuaciones en áreas que se consideran estratégicas o preferentes, a las que aludiremos en su momento.

Ahora bien, más allá de estas políticas públicas que se han de desarrollar, en el texto que comentamos se recogen los principios generales que han de informar la actuación de los poderes públicos. Si bien, como podremos comprobar, bajo esta rúbrica, el Capítulo I del Título I, contiene disposiciones de naturaleza muy diferentes, pues en algunos casos se reflejan principios, en otros se recogen criterios y prácticas a desarrollar y, en otros, compromisos de actuación.

Así, el art. 14.1 LI declara el compromiso de los poderes públicos con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres, un compromiso que se quiere realizar mediante la integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística, con la finalidad de eliminar la segregación laboral y las diferencias retributivas, aunque también se hace mención a cuestiones más específicas, como al crecimiento del empresariado femenino en todos los ámbitos que abarque el conjunto de las políticas, y el valor del trabajo de las mujeres incluido el doméstico, art. 14.2 LI. Este compromiso se extiende igualmente a las relaciones entre particulares, involucrando a los poderes públicos en su fomento, art. 14.10, y a la política española de cooperación internacional, art. 14.12 LI²⁰.

Estas disposiciones se completan con diferentes criterios de actuación, como el de colaboración y cooperación entre las Administraciones públicas, art. 14.3 LI²¹. Idea ésta que se vuelve a repetir con los agentes sociales, las asociaciones de mujeres y otras entidades privadas, art. 14.9 LI. A ello hay que añadir la transversalidad del principio de igualdad de trato que regula el art. 15 LI.

Junto a lo anterior, se hace referencia a aspectos más específicos que se quieren resaltar, y que se consideran exigencias del principio de igualdad; en concreto, se hace mención a la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones, art. 14.4 LI, criterio que también debe regir en los nombramientos realizados por los poderes públicos, art. 16 LI, y sobre el que volveremos más adelante. También se prevé la adopción de las medidas para erradicar la violencia de género, la violencia familiar, el acoso sexual y el acoso por razón de género, así como la protección de las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad, art. 14.6 LI; igualmente se alude a la protección de la maternidad, insistiendo en la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia, art. 14.7 LI, y al aseguramiento de la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar, cuyo tratamiento debe responder a la exigencia de corresponsabilidad de las labores domésticas y de atención a la familia, art. 14.8 LI.

En este Capítulo I también se expresan compromisos de actuación, como la elaboración de un plan estratégico de igualdad de oportunidades, art. 17 LI, o un informe periódico sobre el conjunto de actuaciones realizadas en la materia que nos ocupa, art. 18 LI, así como la exigencia de informes de impacto de género en la elaboración de disposiciones y planes, art. 19 LI²². Además, la implantación del lenguaje no sexista en el ámbito administrativo, y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas, art. 14.11 LI.

Para la actuación de los poderes públicos en materia de igualdad efectiva entre mujeres y hombres resulta en muchos casos imprescindible tener datos sobre la situación de aquellas, que han de servir de fundamento en la toma de decisiones. Así, se implementa la perspectiva de género en las estadísticas y estudios que elaboren los poderes públicos; a ello se refiere específicamente el art. 20 LI, que concreta los requerimientos a los que deben atender²³.

El compromiso con el principio de igualdad efectiva se lleva hasta la contratación de las

Administraciones públicas, a lo que se refieren los arts. 33 y 34 LI. El primero de ellos se manifiesta en términos generales respecto de los contratos de las Administraciones públicas y se expresa en términos habilitantes para que se puedan establecer condiciones especiales a fin de promover la igualdad de mujeres y hombres en el mercado de trabajo; más efectiva es la referencia que en el segundo artículo citado se hace a los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos, pues sobre los mismos se tiene competencia, en la que se faculta al Consejo de Ministros para determinar los contratos que obligatoriamente deberán reunir entre sus condiciones medidas tendentes a promover la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el mercado de trabajo, con las limitaciones que en la misma norma se especifican. También se involucra en la consecución de este principio a las subvenciones que conceden las Administraciones públicas, cuya exigencia se formula en el art. 35 LI.

B) APARATO INSTITUCIONAL

A fin de realizar los objetivos propuestos en las normas y que se concretan esencialmente en la realización del principio de igualdad efectiva, se crean una serie de organismos específicamente destinados a estos cometidos. Estos son: la Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres para la coordinación de las políticas y medidas adoptadas entre los diferentes departamentos ministeriales, art. 76 LI; las Unidades de Igualdad que deberán existir en todos los Ministerios, art. 77 LI; el Consejo de Participación de la Mujer como órgano consultivo, art. 78 LI. Asimismo, se crea la Comisión de Igualdad en el seno del Consejo General del Poder Judicial²⁴; la Comisión de Igualdad en el seno del Consejo Fiscal²⁵. En la misma línea se amplían las funciones del Instituto de la Mujer, al que se le designa como organismo responsable por el Reino de España a los efectos de lo dispuesto en las Directivas antes referidas²⁶, y se amplían las facultades de la Autoridad Audiovisual para que pueda intervenir en el tratamiento de las mujeres con-

forme a los valores y principios constitucionales, art. 40 LI.

5. IGUALDAD EN EL TRABAJO Y EN LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES

A) ALCANCE DE LA REFORMA

Sin lugar a dudas uno de los contenidos imprescindibles de la LI es la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres al trabajo y a las responsabilidades familiares, pues en estos dos ámbitos de relaciones se encuentran las causas más determinantes de la situación en la que aquellas se encuentran respecto de los varones, además de ser una exigencia de la Directiva 2002/73/CR que se incorpora al Ordenamiento español.

La filosofía que anima a las disposiciones de la LI es la de posibilitar el acceso de las mujeres a la actividad laboral y al empleo público mediante la aplicación del principio de igualdad de trato, aunque, como veremos, se contemplan otro tipo de medidas.

A tal fin se modifican el Estatuto de los Trabajadores (DA 10^a), la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (DA 12^a), la Ley de Procedimiento Laboral (DA 13^a), la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (DA 14^a), el RD por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante el periodo de descanso por maternidad, adopción o acogimiento (DA 15^a), la Ley de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad (DA16^a), la Ley del Empleo (DA 17^a), la Ley General de la Seguridad Social (DA 18^a). En el ámbito del empleo público, se modifican la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública (DA 19^a)²⁷, la Ley de Régimen de Personal de las Fuerzas Ar-

madas (DA 20^a), la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (DA 22^a), la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (DA 23^o), la Ley de Régimen de Personal del Cuerpo de la Guardia Civil (DA 24^a). El conjunto de leyes que se reforman pueden dar una idea de la diversidad de medidas que se adoptan y la transversalidad de las mismas.

La aplicación del principio de igualdad de trato se convierte en guía principal de las medidas adoptadas, debiéndose garantizar su cumplimiento, como dice el art. 5 LI²⁸, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido. También en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. Dicho principio se aplica igualmente a la afiliación a entidades que conforman los agentes sociales, representantes de los empresarios y sindicatos y otras organizaciones profesionales, que comprenden a los Colegios profesionales, una igualdad que se aplica también a las prestaciones que las mismas conceden. No constituirá, sin embargo, discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, “una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.”

Es decir, la formulación del principio de igualdad de trato se hace en toda su extensión y sin distinguir de nuevo entre los géneros, solo cuando las circunstancias lo exigen se repara en las mujeres²⁹. Más en concreto, el art. 45.1 LI impone a las empresas el deber de respetar la igualdad de trato, con la obligación de adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres

y hombres³⁰. Su incumplimiento se considera infracción y es objeto de la correspondiente sanción de acuerdo con su gravedad³¹. En otros términos se pronuncia cuando se refiere a las acciones voluntarias de responsabilidad social de las empresas destinadas a promover las condiciones de igualdad entre mujeres y hombres, arts. 73 y 74 LI.

Por su parte, el art. 51 LI establece los criterios que han de regir la actuación de las Administraciones Públicas en la implantación del principio de igualdad; el art. 55 LI exige informe de impacto de género en las convocatorias de pruebas selectivas de acceso al empleo público. Sus normas se aplican también a las Fuerzas Armadas, art. 66 LI. Por su parte, el art. 67 LI se refiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en el sentido de que deberán promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, impidiendo cualquier situación de discriminación profesional.

Bajo la cobertura de este principio se desarrollan un conjunto de disposiciones de muy diversa índole.

B) LOS PLANES DE IGUALDAD

De entrada, se impone como contenido de los convenios colectivos el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, o planes de igualdad para las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores³², sin especificar cuales puedan ser las medidas que se adopten, aunque el art. 43 LI autoriza a que se establezcan acciones positivas a favor de las mujeres para favorecer su acceso al empleo, y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo³³. A tal fin se otorga a la autoridad laboral competencia para vigilar el cumplimiento en los convenios colectivos del principio de igualdad de trato³⁴. También se exigen Planes de Igualdad en el empleo público de la Administración General del Estado y organismos públicos vinculados o dependiente de ella, art. 64 LI.

C) ACCESO AL TRABAJO EN CONDICIONES DE IGUALDAD

En el acceso al empleo debe regir el principio de igualdad de trato, por lo que están vetados los comportamientos discriminatorios, tanto directos como indirectos, así como otros a los que se refiere la LI. En este punto también se deben considerar la vinculación a los planes de igualdad y los acuerdos adoptados en el seno de la negociación colectiva. Más allá de estas exigencias, no se puede imponer a los empresarios la contratación de personas concretas o de colectivos determinados, por lo que las acciones que se prevén para promocionar la inserción y promoción laboral de las mujeres se desenvuelven en el plano de la promoción e incentivos³⁵. Estas medidas están presentes también en el art. 50 LI en el que se crea un distintivo de igualdad a las empresas.

El acceso al empleo público se rige por los principios de capacidad y mérito, por los que las medidas que se adopten para la promoción de las mujeres deben respetar los límites de las acciones positivas, que se recogen en el art. 11 LI. Sin embargo se repara en los órganos de selección y promoción, a fin de que su composición responda al principio de participación equilibrada de mujeres y hombres. Con lo mismo parece que se quiere conseguir que la actuación de estos órganos o comisiones responda a una perspectiva de género, sin alterar los criterios por los que se deben regir. Con ello parece que se quiere erradicar prácticas excesivamente masculinizadas en la apreciación de la capacidad y méritos de las personas que aspiran a una plaza o promoción³⁶. Formación para el empleo público, acciones positivas a favor de las mujeres, art. 60 LI.

Asimismo se prevén programas de mejora de la empleabilidad de las mujeres, que contengan acciones formativas así como programas de inserción laboral activa. Su definición en el art. 42 LI tiene un indudable alcance programático, dejando a la iniciativa de los poderes públicos su implementación³⁷. Para el empleo público también se contemplan planes de formación con una doble finalidad: de un lado, actualizar los conocimientos de las per-

sonas que hayan estado apartadas del trabajo durante un tiempo por causa de la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; y de otro, propiciar la promoción de las mujeres mediante una acción positiva, consistente en una reserva del 40% de plazas en los cursos de formación, art. 60 LI.

D) LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

La conciliación de la vida personal, familiar y laboral constituye sin duda uno de los objetivos de la LI, por las razones expuestas. A ella se refiere en el ámbito de las relaciones laborales el art. 44 LI, que expresa el principio que debe inspirar su regulación: “la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”. En el mismo sentido se pronuncia para el empleo público en la Administración General del Estado y organismos públicos vinculados o dependientes de ella el art. 14.8 LI.

La realización de este derecho a la conciliación se aborda con disposiciones muy variadas, que tienden a compatibilizar la dedicación y el cuidado de los familiares y dependientes con la actividad laboral. En lo que respecta a la legislación laboral, su contenido no es muy novedoso, ya que se limita a mejorar algunos aspectos y a incorporar las disposiciones de la Directiva antes mencionada. Se puede considerar que la Ley en este ámbito no contiene grandes novedades, salvo el permiso de paternidad, pues las modificaciones que se introducen van en la línea de mejorar las condiciones de ejercicio de los derechos, realizar algún ajuste o retoque a disposiciones ya existentes, o recoger normativamente criterios que ya se estaban aplicando por la jurisprudencia.

La tendencia general de estas disposiciones es hacer extensivo a los hombres y a las mujeres trabajadores los derechos que se arbitran para hacer efectiva la conciliación, no diferenciándose entre uno y otro en lo que respecta a su titularidad y ejercicio, salvo que se refieran a circunstancias que solo a éstas afectan, como la maternidad y la lactancia, pero en este último caso también se prevé que el padre pueda ejer-

citar el derecho que a tal fin se concede cuando sea posible, es decir en el supuesto de que al hijo no se le dé una lactancia materna. La equiparación en este ámbito de mujeres y hombres, además de responder a una exigencia del principio de igualdad, tiene como finalidad implicar a estos últimos en las responsabilidades familiares, con el reconocimiento de los mismos derechos, pero su efectividad dependerá de la iniciativa de los trabajadores en su ejercicio, un comportamiento que depende en gran medida de un cambio de mentalidad. El supuesto del que se parte es la necesidad de cuidado de los hijos menores en diversas circunstancias, y de los menores de edad en acogimiento, así como determinados familiares o personas dependientes, para lo que se arbitran una serie de medidas que se articulan como derechos de las trabajadoras y trabajadores, de tal manera que su cumplimiento no depende de los empleadores sino del ejercicio de aquellos de acuerdo con la ley o lo acordado en la negociación colectiva. En este sentido se contemplan permisos, reducción y adaptación de jornadas, suspensión de contrato o excedencia del mismo. Toda una serie de medidas que tienden a que los requerimientos laborales se adapten en lo posible con la dedicación a la familia³⁸.

En el ámbito del empleo público el art. 56 LI remite su regulación a la legislación específica, aunque en dicho texto legal se contiene una disposición específica referida a las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo, que deberán computar el tiempo que las personas candidatas hayan dedicado a la conciliación conforme a la normativa vigente, art. 57 LI, norma que pretende impedir que la dedicación al cuidado y atención a la familia pueda perjudicar en el acceso y promoción en el trabajo³⁹. Más específicamente se regula la conciliación en las Fuerzas Armadas⁴⁰, la Guardia Civil⁴¹ y en la carrera judicial⁴².

Mención especial requieren las normas referidas a las circunstancias relacionadas con la maternidad, como son el embarazo, el parto y la lactancia, unas normas que en líneas generales tienen como destinatarias a las mujeres, por ser éstas vicisitudes propias de las mismas, si bien,

como hemos afirmado, existe la tendencia a extenderlas a los hombres cuando ello es posible, una tendencia que se aprecia en el caso de lactancia no materna, o la posibilidad de compartir el permiso por maternidad, y que se confirma con el permiso de paternidad. Centrándonos ahora en la maternidad, el principio que debe inspirar su regulación lo recoge el art. 14.7: “La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia”. En este sentido⁴³, sus normas reguladoras en el marco de las relaciones laborales abordan la incidencia que la misma pueda tener en la prestación del trabajo, el tratamiento de los riesgos que se puedan derivar para las mujeres embarazadas o en lactancia, y también las prestaciones de la Seguridad Social. Así se pretende proteger la maternidad, reconociéndoles derechos laborales a las mujeres para que éstas no padezcan una disparidad de trato como consecuencia de la misma; derechos que las protegen durante el embarazo y la lactancia, así como tras el nacimiento del hijo, adopción o acogimiento. Respecto a esto último se adopta quizás la medida novedosa de la Ley, la concesión del permiso de paternidad a los padres a fin de implicarlos desde el nacimiento en el cuidado de los hijos, facilitando que se fortalezcan los lazos afectivos con ellos y exista una mayor vinculación en el futuro con su cuidado y atención. Más allá del tiempo concedido para cumplir sus funciones como padre, esta medida puede tener un efecto de mucho mayor calado, pues el ejercicio de su derecho por los padres pueda llevar a una toma de conciencia de los hombres, como dirigentes y diseñadores de los ámbitos públicos en los que se desarrolla el trabajo, de las dificultades de la conciliación de la vida laboral y familiar, y propicien un rediseño de la actividad laboral en el que se mitigue la incompatibilidad con otro tipo de soluciones⁴⁴.

E) EN ESPECIAL, EL ACOSO Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO

En esta Ley se contienen algunas disposiciones que abordan las consecuencias en las

relaciones de trabajo de la violencia de género que se ejerce sobre las mujeres. En concreto, se modifica la LOPJ para regular la excedencia voluntaria de las juezas y magistradas víctimas de la violencia de género⁴⁵, y la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social para recoger entre los supuestos de ilicitud el acoso sexual y el acoso por razón de sexo⁴⁶. Comportamientos éstos que constituyen causas justificadas de despido disciplinario cuando los realiza un trabajador⁴⁷.

6. LAS MUJERES EN EL ÁMBITO RURAL

Atención especial en el texto de la LI se les presta a las mujeres del ámbito rural, en el que los datos y cifras que se manejan ponen de manifiesto su especial situación de debilidad social y jurídica. De ahí que el art. 30 LI se refiera específicamente a las mujeres rurales como destinatarias de las políticas públicas. Estas son de naturaleza muy variada. Así, se encomienda al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales el desarrollo de la figura jurídica de la titularidad compartida, que se debe entender referida a la explotación agropecuaria, aunque en el texto de la norma no se dice nada al respecto. Se prevén igualmente políticas educativas y de formación, a fin de promover su inserción laboral y el disfrute de los beneficios de la Seguridad Social, así como la implementación de una red de servicios sociales, el acceso de las mujeres a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

7. IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES EN LA CREACIÓN Y PRODUCCIÓN ARTÍSTICA

La producción y creación artística e intelectual reflejan, al igual que otras actividades, una menor presencia de mujeres. Por ello, el art. 26 LI se preocupa esencialmente de mejorar

las condiciones de estas últimas, estableciendo como objetivo de las autoridades públicas la participación efectiva de las mujeres mediante un conjunto de actuaciones, entre las que se contempla la posibilidad de adoptar acciones positivas cuando sean necesarias para corregir las situaciones de desigualdad de aquellas en los campos expuestos. De nuevo el compromiso con la igualdad se limita a los poderes públicos, que lo asumen con carácter programático.

8. LA IGUALDAD EN EL DEPORTE

Mención específica merece también el deporte al que se refiere el art. 29.1 LI. En términos similares a los ya reiteradamente expuestos, se reafirma el principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución. En el segundo párrafo del aludido artículo, al igual que en otras ocasiones, se expresa la voluntad de promover el deporte femenino en todos sus niveles, incluidos los de responsabilidad y gestión. Sin embargo, se diferencia esta disposición de otras que hemos referidos, en que no se corresponde con una DA que modifique de forma más efectiva algún texto legal, o se prevea otro tipo de medidas que favorezca su realización. Nos encontramos pues ante una norma programática cuya ejecución queda a la iniciativa del Gobierno.

9. PARTICIPACIÓN EN LA TOMA DE DECISIONES

Una de las novedades más significativas de la LI reside en la incorporación del principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los ámbitos de decisión. Este principio debería ser un objetivo de la Ley, en el sentido de que las medidas que contiene, una vez implementadas, deberían llevar necesariamente a que en un futuro cercano ambos géneros tuvieran una representación adecuada en los

espacios en los que se perfilan los destinos de la sociedad. Sin embargo, no es ésta la filosofía de la Ley que, lejos de plantearlo como un objetivo, lo convierte en un presupuesto necesario para el cambio que se pretende. La explicación de una medida como la que se adopta hay que buscarla de nuevo en los estudios que se han hecho acerca de la escasa representación de las mujeres en los ámbitos de decisión, y que revelan como los obstáculos para su incorporación a las instancias de poder tienen su origen, en muchos casos, en su control por los varones que imponen unos criterios masculinos de elección, aunque tampoco se puede olvidar el peso que en estos comportamientos tiene la ideología de la desigualdad. Por ello se piensa que sólo la participación de las mujeres de manera equilibrada respecto de los hombres podrá erradicar estas actitudes que terminan por excluir a las personas por su sexo.

Dicho esto, su fundamento está en la misma democracia, que requiere de la participación de las mujeres y hombres en condiciones de igualdad en la toma de decisiones que afectan a la sociedad en su conjunto, y el argumento que lo sustenta está en la necesidad de invertir la inercia de unos comportamientos que dejan sistemáticamente a la mayoría de las mujeres fuera de estos ámbitos. Si bien su justificación última está en que la diferencia sexual no puede ser causa de exclusión cuando las mujeres y los hombres tienen la misma aptitud y competencia para el desempeño de la actividad de que se trate.

Aunque la aplicación de este principio responde, tal como se ha expuesto, a la necesidad de incorporar a las mujeres en las instancias de poder o decisión, su formulación es neutra, vinculando así a los dos géneros que no podrán sobrepasar los límites establecidos.

Estos límites están en el mismo concepto de presencia equilibrada que se recoge en la DA 1ªLI, a la que hemos hecho referencia, y se concretan, como también hemos expuesto, en garantizar con un cuarenta por ciento, al menos, la presencia de cada género. Y esta exigencia tiene, de nuevo, carácter transversal, pues su aplicación se extiende a todas las instancias

de poder o decisión, aunque su vinculación puede diderir según sean públicas o privadas.

En los ámbitos de lo público el art. 14.4 LI establece como criterio de actuación de los poderes públicos la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones⁴⁸. También aparece como principio que ha de informar los nombramientos y designaciones de los poderes públicos, art. 16 LI⁴⁹. Dicho principio se desarrolla en la misma LI, que diferencia dos supuestos: el nombramiento de órganos unipersonales de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, en los que se deberá “atender” a dicho principio considerando en su conjunto el total de los cargos directivos, art. 52 LI. Y la designación de representantes en órganos colegiados, que ha de responder al reiterado principio de presencia equilibrada, art. 54.1 LI, como se puede comprobar, la exigencia en este último supuesto es más contundente, pudiéndose afirmar su carácter vinculante. La misma exigencia rige para la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial⁵⁰. También se requiere su aplicación en los órganos de control y de gobierno en los centros docentes. art. 24. 2 d LI. En el ámbito de la creación y producción artística e intelectual se exige que por parte de la Administración pública se respete y garantice la representación equilibrada de mujeres y hombres en los distintos órganos consultivos, científicos y de decisión existentes en el organigrama artístico y cultural, art. 26.2.d LI. Finalmente, dicho principio se impone también al Sistema Nacional de Salud, art. 37.3.e LI.

Esta Ley también se refiere a la participación de las mujeres en puestos de responsabilidad de los medios de comunicación de titularidad pública, art. 37 LI para la Corporación de RTVE, y art. 38 para la Agencia EFE. Sin embargo, este objetivo no se expresa para estos dos organismos con el mismo nivel de exigencia que para los anteriormente expuestos. No se utilizan los términos de presencia equilibrada, cuyo significado está en la DA 1º LI, ni se impone su ejecución, siquiera matizada por las circunstancias, pues se dice únicamente que

dichas entidades promoverán dicha incorporación de las mujeres.

Otro ámbito en el que impone tal principio es el de los comités de selección, a los que anteriormente hemos hecho referencia.

Cuestión muy diferente es la aplicación del principio de presencia equilibrada en las esferas de poder privado, sobre todo en la empresa, pues dicha exigencia puede entrar en confrontación con el derecho a la libre iniciativa económica. En este punto conviene recordar que la finalidad de la LI es corregir la discriminación por razón de sexo, y no alterar las reglas que regulan la participación de los órganos de los que se trate, que regirán igualmente para los hombres y las mujeres.

El art. 75 LI se refiere directamente a la participación de las mujeres en los Consejos de Administración, lo que se explica por la realidad evidente en la que solo un 2% están presentes en estos órganos. El mencionado artículo se refiere a las sociedades obligadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias no abreviadas, y sólo dice que “procurarán” incluir un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de éstas y hombres en un plazo de ocho años, a partir de la entrada en vigor de la LI. No hay, pues, una imposición de la que se derive una nítida obligación de cumplir con este requerimiento, sólo hay una recomendación cuyo incumplimiento no tendrá consecuencias jurídicas, salvo el tratamiento que se le pueda dar la Administración cuando contrate con ellas, pues en tal caso podrá usar las facultades que le confieren los arts. 33 y 34 Li. Se formula dicho principio más como estímulo que como deber que necesariamente se ha de cumplir.

10. FORMACIÓN, EXPRESIÓN Y COMUNICACIÓN. LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DEL GÉNERO

Como hemos dicho en más de una ocasión, el género responde a una construcción social

que se opera mediante la reproducción de convicciones, comportamientos, culturas, creencias o valores que se transmiten de generación en generación. Y esta construcción ha estado presidida durante mucho tiempo por el ideario de la discriminación, que ha permitido la permanencia de actitudes sexistas y discriminatorias para las mujeres, incompatibles con el principio de igualdad. Por ello, para invertir la situación actual, se debe actuar en los medios o espacios en los que se reproduce una construcción social incompatible con los valores constitucionales, entre los que se encuentra sin duda la igualdad de mujeres y hombres.

En este sentido, la educación ha desempeñado tradicionalmente un papel primordial en la conformación de la ciudadanía y, por ello, dentro de las políticas públicas para la igualdad, el art. 23 LI incluye entre los fines del sistema educativo la educación en el respeto a la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres, y entre sus principios la eliminación de los obstáculos que dificulten dicha igualdad, así como su fomento. Para su integración, el art. 24 LI prevé un conjunto de actuaciones por parte de las Administraciones educativas que se formulan con carácter programático e indicativo. Así se alude a los currículos de todos los niveles educativos, a los cursos y programas para la formación inicial y permanente del profesorado, que deberán responder al reiterado principio de igualdad, con especial referencia al reconocimiento del papel de la mujer en la historia; también se enfatiza el rechazo a comportamientos sexistas y estereotipados que impliquen discriminación por razón de género, incluidos los libros de texto y otro material educativo. En todo caso estas disposiciones se deben completar con la normativa que regula el derecho a la educación, en la que se contienen igualmente referencias al principio de igualdad y educación en valores. A la educación superior se refiere el art. 25 LI, cuyas previsiones tienen que convivir con la autonomía universitaria. En el mismo se prevén acciones específicas de las Administraciones públicas para fomentar las enseñanzas en igualdad de mujeres y hombres en los

planes de estudios, la creación de postgrados específicos y la realización de estudios e investigaciones en esta materia.

La formación en la igualdad también está presente en la preparación de los jueces, magistrados y fiscales, lo que resulta esencial para la aplicación de las normas de conformidad con el principio inspirador del Ordenamiento de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres⁵¹. Una exigencia que también se impone en el Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial⁵², y al Centro de Estudios Jurídicos⁵³. Igualmente se requiere en las pruebas para el empleo público, y en los cursos de formación, art. 61 LI. En otro plano, se expresa esta exigencia en la formación del personal al servicio de las organizaciones sanitarias, debiéndose garantizar especialmente su capacidad para detectar y atender las situaciones de violencia de género, art. 27.3.d LI.

Otro de los ámbitos en los que incide la LI es en los medios de comunicación, ya que a través de los mismos se propagan actitudes y comportamientos que sin duda influyen en la conformación de los estereotipos femeninos y masculinos. Al efecto se distinguen los medios de comunicación social de titularidad pública y los de titularidad privada.

A los primeros se refiere el art. 36 LI, a los que implica en la transmisión de una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres, al mismo tiempo que deberán promover el conocimiento y la difusión del principio de igualdad tantas veces referido. Una declaración de principios se reproduce en el art. 37 LI para la Corporación RTVE, y en el 38 a la Agencia EFE, en iguales términos.

Los medios de comunicación social de titularidad privada se tratan en el art. 39 LI, a los que se les impone la obligación de respetar el principio de igualdad entre mujeres y hombres; para otro tipo de acciones la Administraciones públicas deberán promover acuerdos de autorregulación. En términos más contundentes se expresa, por el contrario, el art. 41 LI cuando regula la publicidad, al calificar de ilícita la que comporte una conducta discriminatoria⁵⁴.

En lo que concierne a los contenidos de la sociedad de la información, el art. 28 LI expresa de nuevo compromiso con el reiterado principio de igualdad de todos los programas públicos en este ámbito de relación, así como la promoción de programas creados por mujeres; declaraciones de principio y compromisos programáticos que contrastan con la exigencia de garantizar que el lenguaje y los contenidos no sean sexistas, aunque se limita a los proyectos que sean sufragados parcial o totalmente con dinero público, art. 28 LI. En este punto conviene recordar el compromiso que en el art. 14.11 LI se asume por las Administraciones públicas para implantar un lenguaje no sexista; prueba de ello es la referencia que en la LI se hace a las juezas y magistradas, con lo que viene a solventar las dudas que hasta ahora se mantenían sobre su denominación.

11. ACCESO A LOS BIENES

Finalmente, se trata en esta Ley que comentamos la aplicación del principio de igualdad de mujeres y hombres en el acceso a bienes y servicios, aunque en algún caso se hace referencia específica a aquellas por las razones que expondremos.

Con carácter general se impone la aplicación del principio de igualdad de trato a ambos géneros en el acceso a bienes y servicios y su suministro, una exigencia de la Directiva 2004/113/CE, antes referida, que en este texto se traspone.

El art. 69 LI proclama con carácter general la vinculación con este principio de todas las personas físicas o jurídicas, que en el sector público o en el privado suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, una vinculación que alcanza igualmente a todas las actividades y transacciones consiguientes que en relación a los mismos realicen. Se prohíbe toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo. Como hemos señalado con anterioridad, la vigencia del principio de igualdad

de trato no puede tener zonas de exclusión, ni siquiera cuando la actividad a la que se hace referencia la realicen los particulares. De nuevo se confirma la eficacia de este derecho fundamental en las relaciones patrimoniales entre particulares. Su aplicación, como dice el artículo citado, no afecta a la libertad de contratar, siempre que su realización no implique un acto de discriminación. Se ejerce, pues, un control negativo, en el sentido de excluir ciertas conductas, pero no se impone, por el contrario, comportamientos dirigidos a una determinada finalidad, como podría ser la promoción de las mujeres en el acceso a determinados servicios, cuya protección se deja a los poderes públicos que deberán actuar dentro de los límites constitucionalmente establecidos. Ello no impide que por parte de los sujetos privados se puedan llevar a cabo acciones positivas en los términos del art. 11 LI.

Entre las posibles discriminaciones posibles se menciona expresamente a la maternidad, art. 70 LI, para prohibir que se indague sobre este extremo a las mujeres demandantes de un bien o servicio, salvo que existan razones de seguridad.

El principio de igualdad de trato puede tener excepciones cuando estén justificadas con un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados y legítimos.

Por exigencias de la Directiva que se traspone la LI repara en una actividad concreta en la que las conductas discriminatorias por razón del sexo están muy implantadas, nos referimos a los contratos de seguros o de servicios financieros afines, para prohibir que el sexo, como un valor de cálculo de primas y prestaciones, genere diferencias de cuantía entre las personas aseguradas; una imposición que puede tener excepciones, cuya determinación se remite al desarrollo reglamentario, art. 71.1 LI. En todo caso los costes relacionados con el embarazo y el parto no pueden justificar diferencias de primas o prestaciones de las personas consideradas individualmente, art. 71.2 LI. Las consecuencias al incumplimiento de estas normas se regulan en el art. 72 LI.

A la vivienda se refiere el art. 31 LI, para exigir a las Administraciones públicas que incluyan en las políticas y en los planes que realicen en esta materia medidas destinadas a hacer efectivo el principio de igualdad al que hacemos referencia, entre las que, sin lugar a dudas, se pueden integrar acciones positivas cuando cumplan los requisitos legalmente exigidos. Y en ese sentido se hace una referencia específica a las mujeres en situación de necesidad o en riesgo de exclusión. Pero la norma que comentamos aborda aspectos más generales respecto de la ciudad, y así se repara en las políticas urbanas y de ordenación del territorio, en el diseño de aquella y del planeamiento urbanístico, a fin de que se tome en consideración la realidad plural de la sociedad actual, así como que se incluya la perspectiva de género en su diseño y ejecución. Mención especial merece el art. 22 LI, que se refiere a las acciones que deben adoptarse para el reparto equitativo de los tiempos entre mujeres y hombres, aunque su realización la traslada a las Corporaciones Locales, a las que habilita para que hagan Planes Municipales con este objetivo.

La Ley que comentamos aborda también el acceso a los servicios de la sociedad de la información. El art. 28 LI, en términos muy generales, y con un valor programático, refleja el compromiso de los poderes públicos con el principio de igualdad de oportunidades de mujeres y hombres en este campo, así como el desarrollo de programas específicos para la plena incorporación de aquellas a la sociedad de la información, con especial mención a los colectivos de riesgo de exclusión y del ámbito rural⁵⁵.

El acceso a la salud de las mujeres no se aborda en términos primarios, es decir, el de facilitar que puedan disfrutar de estos servicios al igual que los hombres, pues eso está garantizado tanto en los servicios públicos de salud, como en los privados, ya que no existe ninguna disposición o acuerdo en el sentido de excluir a este colectivo del beneficio de los servicios sanitarios. Su regulación tiene otro alcance, y corresponde, al igual que hemos visto en otras materias, a las reivindicaciones plantadas y

estudios realizados, que ponen de manifiesto cómo las mujeres para la medicina y la farmacopea pueden ser unos sujetos diferenciados, bien por su anatomía, contextura y peso, como por su fisiología, incluso por los síntomas con los que se muestra o evidencia determinadas enfermedades, y, también, en algún caso, por el peso de los estereotipos sociales. Es desde esta perspectiva desde la que se aborda en la Ley el derecho que comentamos. El art. 27 LI, en la descripción que hace del derecho a la salud, y su atención por los poderes públicos, se insiste en las distintas necesidades de mujeres y hombres, fijando como uno de sus objetivos el de evitar que las diferencias biológicas o los estereotipos sociales asociados provoquen discriminación a unas y otros. Y se imponen a los Servicios de Salud públicas actuaciones que contemplen las diferencias apuntadas.

12. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como se ha apuesto de manifiesto en esta exposición, la LI responde a un impulso político muy definido: hacer efectiva la igualdad de mujeres y hombres que proclama nuestra Constitución, y este impulso es el que da coherencia a un texto legal que contiene disposiciones muy diversas, de naturaleza diferentes y con una eficacia muy dispar.

Nos hallamos ante una Ley que refleja un excesivo voluntarismo, cuya realización dependerá de la voluntad de los poderes públicos y de su sensibilidad con la discriminación

que padecen las mujeres. Incluso algunas de sus medidas tienen un largo recorrido, como las que intentan incidir en la formación del pensamiento y la construcción de la ciudadanía con parámetros de igualdad. Igualmente, el ejercicio de los derechos que en la misma se reconocen dependerá del grado de libertad real que tengan sus titulares o de la mentalidad de éstos, sobre todo aquellos que se disponen para la implicación de los hombres en las responsabilidades familiares. Sin embargo, no se puede dejar de reconocer que las obligaciones que imponen a los actores públicos y privados, así como las limitaciones que se establecen para garantizar la igualdad de trato entre mujeres y hombres, surtirán sus efectos. El permiso de paternidad es un buen comienzo para cambiar unos hábitos de comportamiento que hacen recaer sobre las mujeres el peso de las responsabilidad con la familia. La presencia equilibrada de los géneros en los ámbitos de toma de decisiones que afectan a la sociedad, permite augurar, al menos, la visualización pública de un colectivo que ha estado demasiado tiempo alejada del poder.

Con todas sus imperfecciones técnicas y con las debilidades señaladas no se puede negar que se ha dado un salto cualitativo de gran importancia para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. A partir de ahora, los juristas debemos asumir la tarea de extraer de esta Ley las máximas consecuencias, a fin de hacer realidad la exigencia constitucional de igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como señalar su carencias, e identificar su deficiencias para que puedan ser enmendadas por el legislador.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. La Disposición Final Primera se refiere a los títulos competenciales del Estado para regular las distintas materias que se abordan en la Ley, de acuerdo con los preceptos constitucionales.

2. Art. 2. Ámbito de aplicación: “1. Todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo. 2. Las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia.”

3. Art. 1. Objeto de la Ley: “1. Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y

hombres, en particular, mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa, y más solidaria.” Art. 3. “El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.”

4. Esta referencia se hace en el marco de los criterios generales de actuación de los poderes públicos, art. 14. 6: “La consideración de las siguientes dificultades en las que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas, y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente medidas de acción positiva.” En esta línea, la DA 29 LI añade una DA 3ª a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo, ampliando el mismo a los supuestos en los que las mujeres extranjeras huyan de sus países de origen debido a un temor fundado de sufrir persecución por razones de género.

5. Como tendremos ocasión de exponer, en las diferentes DAs se procede a modificar las Leyes cuyos contenidos está implicados en la realización de la igualdad efectiva que se pretende.

6. Art. 4: “La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del Ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.” Una manifestación de esta idea la podemos encontrar en la exigencia de que este principio informe con carácter transversal la actuación de todos los poderes públicos, art. 15 LI

7. Art. 6. “1. Se considera discriminación directa por razón de sexo, la situación la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. 2. Se considera discriminación indirecta, por razón de sexo, la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados. 3. En todo caso, se considera discriminación toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo.”

8. Art. 9: “También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.”

9. Art. 8: “Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”.

10. Art. 7: “1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. 2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. 3. Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón del sexo. 4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de un situación constitutiva de acosos sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.” La DA 11ª modifica el art. 4, 2. aprt. e) ET, sobre los derechos laborales, para incluir la protección frente a estas modalidades de acoso; también, el art. 17.4 ET, sobre los derechos y deberes derivados del contrato.

11. DA 1ª LI: “A los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menores del cuarenta por ciento.”

12. Art. 1.2 “A estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo.”

13. Art. 11 LI: “1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables mientras subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. 2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley.”

14. En cumplimiento del mismo, la DA 11ª LI modifica los arts. 17 y 53 ET y la DA 13ª modifica el art. 108 de la Ley de Procedimiento Laboral

15. La DA 13ª LI modifica los arts. 27.2 y 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

16. El art. 72 LI reconoce el derecho a una indemnización a las personas que han sido discriminadas en el acceso a bienes y servicios, con independencia de las acciones de naturaleza civil o mercantil que le correspondan. Igualmente, se reconoce a las personas, que en los contratos de seguros o de servicios financieros afines han de pagar una prima o prestación de mayor cantidad por razón de sexo, la asimilación de éstas con las del más beneficiado. Se debe tener en cuenta también la DA 13ª LI, que modifica los arts. 146 y 149 de la Ley de Procedimiento Laboral, la DA 14ª LI, que modifica diversos artículos de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, y la DA 25ª LI, que modifica el art. 34 LGDCU.

17. Art. 12.1 y DA 13ª LI, que modifica el art. 181 de la Ley de Procedimiento Laboral, .

18. Art. 12. 2 y 3, y DA 5ª LI, que añade un nuevo art. 11 bis a la LEC y DA 6ª, que añade un nuevo apartado al art. 19 de la Ley de la JCA.

19. Art. 13 LI: “1. De acuerdo con las Leyes procesales en aquellos, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes. 2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales.” En este punto también incorpora la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, modificando en la DA 5ª la LEC añadiendo un nuevo apartado 5 al art. 217, y en la DA 6ª la LJCA con un nuevo apartado 7 al art. 60.

20. Se desarrolla en el art. 32 LI.

21. El art. 21 LI desarrolla este criterio en las relaciones de la Administración General y las Administraciones de las CCAA, con especial referencia a la Conferencia Sectorial de la Mujer. Con más contundencia se refiere a las Entidades locales a las que le impone que integren el derecho a la igualdad en el ejercicio de sus competencias, así como la colaboración con las demás Administraciones públicas,

22. En esta línea, se debe tener presente que en el art. 63 LI se exige a todos los Departamentos Ministeriales y Organismos Públicos la evaluación anual de la aplicación del principio de igualdad en el empleo público. Por su parte, la DA 3ª LI modifica el art. 109 LOPJ para exigir que en la Memoria Anual del Consejo se incluya un capítulo sobre el impacto de género en el ámbito judicial, y el art. 110 del mismo texto legal, para requerir a los reglamentos del Consejo un informe de impacto de género.

23. Más en concreto, la DA 8ª LI añade un nuevo apartado 17 al art. 18 de la Ley General de Sanidad, en el que se exige que el tratamiento de datos contenidos en registros, encuestas, estadísticas y otros sistemas de información médica deben permitir el análisis de género.

24. La DA 3ª LI añade un nuevo párrafo al art. 136 bis de la LOPJ.

25. La DA 4ª LI añade un nuevo párrafo al art. 14 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

26. DA 27ª LI que modifica su Ley reguladora, y DA 28ª.

27. Se debe tener en cuenta la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público.

28. Art. 5: “El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicables en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.” En este sentido la DA 11ª desarrolla esta idea añadiendo dos nuevos apartados al art. 17 Estatuto de los Trabajadores.

29. La DA 11ª LI modifica el art. 17 ET, referido al derecho a la no discriminación las relaciones laborales, añadiendo un nuevo párrafo.

30. A tal fin la DA 11ª LI reforma el art. 64 ET para dar competencia al comité de empresa para que vigilar la aplicación del reiterado principio. Al cumplimiento de este principio se vincula también a los intermediadores en el empleo en la DA 17ª LI, que añade un nuevo art. 22 bis a la Ley de Empleo.

31. La DA 14ª LI modifica la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

32. Art. 43 y DA 11ª LI, que modifica el art. 85 ET. Por su parte, la DF 5ª LI establece una evaluación después de 4 años de la entrada en vigor de la Ley del estado de la negociación colectiva en materia de igualdad.

33. A los planes de igualdad se refieren los arts. 45, 46, 47, 48 y 49 LI. Por su parte, la DA 11ª LI añade un nuevo apartado 4 al art. 17 ET en el que se especifican algunas de las medidas que se pueden acordar. Y la DA 27ª LI reforma el art. 200 LSA, para exigir que en la memoria de estas sociedades se incluya información sobre distribución del personal desde la perspectiva de género.

34. En tal sentido la DA 11ª LI modifica el art. 90 ET.

35. A tal fin la DA 15ª LI modifica el RDL por el que se regula las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadoras durante periodos de descanso pro maternidad, adopción y acogimiento; y la DA 16ª LI reforma la Ley de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

36. Este principio preside la composición de los órganos de selección y comisiones de valoración del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, art. 53.1 LI. La DA 21ª LI modifica el art. 108.2 Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, referido a los órganos de evaluación, remitiéndose al desarrollo reglamentario su adecuación en lo posible al principio de composición equilibrada; en iguales términos, la DA 24ª LI modifica el art. 56.2 de la Ley de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil; la DA 30ª LI modifica la Ley de Ordenación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios y de Creación del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.

37. Art. 42 LI, de carácter programático: las políticas de empleo y acciones positivas en los programas e inserción laboral activa.

38. El art. 14, referido a los criterios generales de actuación de los poderes públicos en políticas de igualdad, establece en el apartado 8; “El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y de los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia. Más en concreto, el art. 44.1 LI reconoce los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral a los trabajadores y a las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio. La DA 11ª LI modifica el art. 34 ET sobre el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; modifica el art. 37 ET, sobre el derecho a reducción de jornada por la guarda legal de menores de 8 años y discapacitados; reforma el art. 45 ET, referido a la suspensión del contrato de trabajo por tiempo menor a un año para par el cuidado de hijos o menores en acogimiento; modifica el art. 46, sobre excedencia voluntaria de duración no superior a tres años para el cuidado de un hijo, a contar desde la fecha de nacimiento, y cuidado de un familiar en segundo grado por consanguinidad o afinidad.

39. La DA 19ª LI reforma el art. 29.4 de la Ley de Medidas para la Función pública, para regular la excedencia voluntaria de los funcionarios para el cuidado de un familiar a su cargo hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; añade un nuevo apartado a bis) al art. 30 que regula la reducción de jornada por razón de guarda legal tenga a su cuidado un menor de 12 años o persona mayor.

40. La DA 20ª LI modifica el art. 141 de la Ley del Personal de las Fuerzas Armadas en su art. 141, referido a la situación de excedencia voluntaria y la reagrupación familiar.

41. La DA 24ª LI reforma el art. 83.1 Ley de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, sobre excedencia voluntaria.

42. La DA 3ª LI modifica el art. 358. 2 LOPJ sobre computación de la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos y familiares a efecto de trienios y derechos pasivos, y el art. 373 LOPJ, para los permisos y licencias de la conciliación, remitiendo su regulación al CGPJ.

43. El art. 14 LI, que establece los criterios generales de actuación de los poderes públicos en políticas de igualdad, establece en el apartado 7: "La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia. En este sentido, la DA 11ª. Modifica el art. 37 ET, en lo referente a la ausencia del trabajo por lactancia.; modifica el art. 53 ET sobre la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, para reforzar la protección a los trabajadores por razón de la maternidad y paternidad; modifica el art. 34 sobre las vacaciones, al que se le añade un nuevo párrafo, para evitar que coincidan con suspensiones de contratos derivadas de la maternidad; en la misma línea reforma el art. 55 ET, que declara nulos los despidos cuando concurren circunstancias relacionadas con la paternidad y maternidad; modifica el art. 48 ET, sobre suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo, reformando los apartados 4 y 5 en los que se incluyen más circunstancias relacionadas con la maternidad y paternidad, y también de riesgo en el embarazo y la lactancia; modifica el art. 38 ET, sobre el periodo de vacaciones. También se debe tener en cuenta la DA 18ª LI, que introduce diversas modificaciones a la Ley de Seguridad Social. Por su parte, la DA 5ª LI reforma el art. 188 LEC que regula las causas de suspensión de las vistas, entre las que se incluyen las bajas por maternidad o paternidad del abogado. La DA 12ª LI modifica el art. 5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. La DA 19ª LI reforma el art. 30.3 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública para regular los permisos por maternidad. Este artículo ha sido derogado sorpresivamente por la Ley 7/200/, de 12 de abril de Estatuto Básico del Empleado Público, parece que por descoordinación de los Ministerios que han impulsado cada norma. La DA 21ª LI, que modifica la Ley de Modificaciones de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado en su art. 96.3, referido a los riesgos laborales de las funcionarias incluidas en el ámbito del mutualismo administrativo durante el embarazo o la lactancia; La DA 21ª LI modifica el art. 112.2 de la Ley de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, sobre la especial protección a la mujer en situaciones de embarazo, parto y posparto para cumplir las condiciones para el ascenso a todos los empleos; también, el art. 132 sobre protección durante el embarazo y el reconocimiento de los permisos por maternidad y paternidad; el art. 141.1 sobre la excedencia para cuidado de los hijos o menores en acogimiento y reagrupación familiar. En los mismos términos, la DA 22ª LI modifica los art. 59 y 61 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, sobre protección a la mujer en situación de embarazo la lactancia y la suspensión del contrato por maternidad. La DF 7ª LI dispone que a partir de la entrada en vigor de la Ley, el Gobierno promoverá el acuerdo necesario para iniciar un proceso de modificación de la legislación vigente con el fin de posibilitar los permisos de maternidad y paternidad de los cargos electos.

44. La DA 11ª LI añade un nuevo art. 48 bis ET, sobre la suspensión del contrato de trabajo por paternidad de 13 días. La DA 19ª LI modifica el art. 30.1 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función pública para regular el permiso por paternidad de los padres por un periodo de 15 días. La DA 22ª LI modifica el 61 Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud sobre suspensión del contrato por paternidad. Igualmente, la DA 3ª LI reforma el art. 373 LOPJ para reconocer a los jueces el derecho al permiso de paternidad.

45. DA 3ª LI, que modifica los art. 356, 357 y 360 bis LOPJ.

46. DA 14ª LI, que modifica el art. 8.13 bis de Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. La DF 6ª LI se refiere a la implantación de medidas preventivas del acoso sexual y acoso por razón de sexo en la Administración General del Estado.

47. DA 11ª LI, que reforma el art. 54 ET.

48. La DA 2ª LI modifica la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, añadiendo un nuevo artículo 44 bis en el que se desarrolla con carácter obligatorio el mencionado principio.

49. En dicho artículo solo se dice que “Los poderes públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les corresponde”

50. La DA 3ª modifica la LOPJ añadiendo un nuevo artículo 136 bis.

51. La DA 3ª LI reforma la LOPJ modificando el art. 310 para exigir que “Todas las pruebas selectivas para el ingreso y promoción en las Carreras Judicial y Fiscal contemplará el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas contra la violencia de género, y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional.”

52. DA 3ª LI que reforma el art. art. 433 bis. 5 LOPJ.

53. DA 3ª LI reformadora del art. 434 LOPJ

54. En este sentido, la DA 7ª, modifica la Ley que incorpora al ordenamiento jurídico español la directiva 89/552/CEE, añadiendo un nueva letra e) al apartado 1 del art. 16, para exigir que la publicidad y la televenta dirigida a menores no sea sexista.

55. Este compromiso se concreta en la DA 10ª LI en otro más específico con la creación de un fondo especial dotado con 3 millones de euros, en cada uno de los ejercicios presupuestarios de 2007, 2008, 2009.

Fecha de recepción de originales: 7 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 29 de mayo de 2007.

VARIA

Martin Wolff : Constitución del Reich y propiedad

Traducción de *Ángel M. López y López* y *Francisco Infante Ruiz*

MARTIN WOLFF: CONSTITUCIÓN DEL REICH Y PROPIEDAD*

Traducción de
Ángel M. López y López y
Francisco Infante Ruiz**

Sumario: 1. La garantía de la propiedad. 2. La regla del contenido de la propiedad. 3. Los deberes del propietario. 4. Los presupuestos de la expropiación. 5. El concepto de expropiación.

1. LA GARANTÍA DE LA PROPIEDAD

La Constitución del *Reich* [(*Reich sverfassung*), en adelante RV] en su art. 153, párrafo 1, inciso 1, declara: «[L]a propiedad está garantizada por la Constitución». Se acuerda unánimemente, con razón, que en virtud de este concepto debe garantizarse no sólo la propiedad en el sentido del actual Código Civil, sino también todo derecho patrimonial (créditos, acciones, derechos reales, derecho de la propiedad intelectual). Sólo el Art. 138, párrafo 2, RV, podría dar una argumentación contraria a una equivocada ciencia excesivamente apegada a la letra de la ley, cuando garantiza la propiedad «y otros derechos» de las sociedades religiosas sobre el patrimonio eclesiástico¹. A decir la verdad, entre los derechos patrimoniales garantizados no se encuentra la propiedad

misma (tampoco los patrimonios especiales), sino más bien un derecho sobre la sociedad comercial (sobre una «empresa»)². El art. 156, párrafo 1, inciso 1, RV, permite encontrar una «aplicación conforme» al sentido del precepto vigente para la expropiación en el caso de conversión de la actividad económica privada en propiedad pública. Puesto que no se aceptó una aplicación inmediata del art. 153, ello ha podido ser el motivo de que más de uno (entre los redactores es el caso de los juristas) haya dudado que —naturalmente, sin razón— los bienes inmateriales, lo que se denomina empresa, puedan ser objeto posible de un derecho independiente.

Tanto la enfatización de los derechos sobre los bienes eclesiásticos en virtud del art. 138, párrafo 2, como la enfatización de los derechos sobre las empresas en virtud del art. 156, párrafo 2, inciso 1, tiene sus consecuencias ju-

* Traducción del original «Reichsverfassung und Eigentum» publicado en *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923*, Verlag von J.C.B. Mohr, Tübingen (1923), pgs. 13-30. La traducción reproduce por entero el texto original, pero prescinde de citas de referencia en las notas a pie de página por cuanto se trata de obras de la época. Tan sólo se traducen aquellas notas que son aclaración o prolongación del pensamiento del autor [N.d.T.].

** Respectivamente, Catedrático de Derecho Civil (Universidad de Sevilla) y Titular Habilitado, (Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla).

rídicas fuera del marco del art. 153. Los arts. 138 y 156 no pertenecen a aquellos preceptos que el Presidente del *Reich* en caso de Dictadura (art. 48, párrafo 2, inciso 2)³ puede dejar sin efecto total o parcialmente, mientras que puede expropiar ciertos derechos patrimoniales privados sin previa indemnización en cuanto tal expropiación sea «necesaria» para el restablecimiento de la seguridad y el orden públicos⁴. Además, la garantía de la propiedad sobre los bienes eclesiásticos es más intensa que la de las otras propiedades. En qué medida es más intensa, evidentemente, es algo dudoso. ¿Tendría que ser inaplicable por completo el art. 153, de modo tal que la expropiación de los bienes eclesiásticos se excluyese totalmente? ¿O tendría que excluirse una expropiación sin previa indemnización, como puede ser declarada legítima, por el contrario, en virtud de ley ordinaria del *Reich*? Para lo primero la literalidad del precepto parece pronunciarse. Lo último puede sostenerse con razón siguiendo, entre otros (en relación con el art. 138), a ANSCHÜTZ. El sentido de la garantía de los bienes de la Iglesia es mantener los derechos eclesiásticos como existían en Alemania antes de 1919, es decir, asegurarlos frente a una expropiación sin precio del mismo modo que en las viejas Constituciones de los *Länder*. Por el contrario, no hubo motivo alguno para garantizar los derechos de las sociedades religiosas sobre sus propios bienes en una medida mayor de la que tenían antes de la revolución. Incluso no tuvo lugar una afortunada modificación de la redacción del precepto, cuando en la Comisión Constituyente se sustituyó el texto original completamente correcto «la propiedad de las sociedades religiosas sobre su... preparación, etc. permanecerá intocable», en primera instancia, por el giro «permanecerá garantizada» y, después, incluso por el desconcertante «será garantizada». Cfr. además más abajo IV-1.

Una garantía de los derechos «legalmente adquiridos» de los funcionarios y soldados profesionales la suministra asimismo el art. 129 RV, declarando tales derechos como «inviolables». En verdad, aquí no sólo se trata de

derechos patrimoniales, y tampoco de derechos privados⁵.

El art. 115 RV contiene finalmente una garantía de derechos (posesión y derechos limitados de uso), al declarar la inviolabilidad del domicilio de cada alemán, salvo las excepciones permitidas «por las leyes». Sin embargo, no se puede dudar que la cesión forzosa del derecho a una vivienda a un tercero cae bajo el imperio del art. 153, párrafo 2, y por consiguiente, tan sólo es posible apreciando el bien general y en virtud de una ley del *Reich*, y sólo a cambio de una indemnización. Si el art. 115 hubiese facilitado la «lesión» de la «vivienda» frente a la de la «propiedad», al admitir leyes que no fuesen suficientes respecto de los requisitos del art. 153, párrafo 2, de este modo los alemanes estarían peor protegidos en relación con la vivienda que los extranjeros, respecto del art. 153, pero no tendría aplicación el art. 115.

La «garantía» de la propiedad en el art. 153, párrafo 1, significa una protección de los concretos derechos privados existentes y de aquellos nuevos que nacen de cada particular sujeto de derecho. Contiene, sin embargo, además de ello, también la seguridad de que la propiedad privada se conservará en cuanto instituto jurídico. No es correcto, por eso mismo, pretender equiparar la fórmula de la garantía constitucional con la vieja fórmula de la «inviolabilidad de la propiedad». El hecho de que la fórmula de la garantía tenga este sentido de garantía de instituto, permite demostrarlo el art. 154, que «garantiza el Derecho de sucesiones»; una frase que dijese que el Derecho de sucesiones es inviolable carecería de todo sentido. Discutible puede ser, sin embargo, si la garantía de la propiedad como instituto jurídico debe extenderse a todo tipo de derecho patrimonial privado o si debería limitarse a la propiedad en sentido técnico. Lo último es más correcto. Una garantía, no obstante, no completamente clara, que expresase que la propiedad inmaterial y la propiedad industrial se mantienen intactas, derivaría de todos modos del art. 158. El art. 153 sin embargo acentúa, frente a las ideas de la izquierda radical, que tiene que ser posible un Derecho privado sobre los bienes corporales, el

cual se merece el nombre de propiedad, donde las restricciones del dominio absoluto son una excepción. El hecho de que cada instituto jurídico-patrimonial existente al día de hoy, sobre todo cada uno de los derechos limitados (¡por ejemplo, el derecho de superficie, o la deuda territorial sobre rentas!), tenga que existir, no puede ser el sentido de la norma constitucional. A la técnica del Derecho privado le es indiferente la Constitución del *Reich*, así como cualquier otra⁶.

La garantía de la propiedad es tal, no sólo frente a la Administración, sino también frente a la legislación de los *Länder* y la legislación del *Reich*⁷. Sólo una ley del *Reich* que cambie la Constitución puede derogarla.

2. LA REGLA DEL CONTENIDIO DE LA PROPIEDAD

La garantía de la propiedad no significa, por supuesto, el mantenimiento de cada norma jurídica relativa al contenido de la propiedad que existiese al tiempo de promulgarse la Constitución del *Reich*. Tampoco significa que cada concreto derecho patrimonial privado del individuo haya de permanecer inmune frente a todo cambio legal respecto del contenido que le fue dado en el momento de su nacimiento. Esto lo ha expresado repetidamente el Tribunal Federal suizo: «La propiedad adquiere su contenido y limitaciones, no a través del principio jurídico-estatal de su inviolabilidad, sino a través de las normas del Derecho privado objetivo vigente», lo que es el sentido del art. 153, párrafo 1, inciso 2, RV, según el cual «el contenido y las limitaciones» de la propiedad privada «derivan de la leyes». La apelación a las «limitaciones» de la propiedad junto con el «contenido» es desconcertante. La Constitución está pensando con ello en las limitaciones que el ordenamiento jurídico asigna a los efectos y al ámbito de exclusión del señorío del propietario (el señorío así limitado es el contenido de la propiedad), y no en las restricciones que el ordenamiento jurídico, por ejemplo,

podría imponer a la propiedad misma. Si la legislación tuviese la posibilidad de introducir tales restricciones (por ejemplo, limitaciones temporales), se haría de este modo ilusoria la garantía constitucional de la propiedad privada consagrada en el inciso primero. La expresión «limitaciones de la propiedad» no es otra cosa que una reminiscencia (difusa) a la concepción individualista, ya superada, de la libertad de propiedad.

La Constitución del *Reich*, a continuación de esto, autoriza nuevas leyes en virtud de las cuales el contenido de la propiedad se defina de manera diferente a los Derechos vigentes hasta ahora, y por cierto, con eficacia frente a los derechos relativos a la propiedad ya existentes. Permite, sobre todo, restricciones más intensas de las influencias y ámbitos de exclusión del señorío del titular. La cuestión, sobre si tales nuevas leyes pueden ser sólo leyes del *Reich* o también se admiten las leyes territoriales⁸, encuentra su respuesta, para la propiedad sobre objetos materiales (la propiedad en el sentido del BGB), en las disposiciones de la Ley de Introducción al BGB⁹. Por ello, se permiten restricciones de vasta amplitud de acuerdo con las leyes del *Reich* sobre el ámbito de señorío del propietario, siempre que no infrinjan la garantía constitucional de la propiedad. Las limitaciones impuestas por las leyes territoriales sólo son posibles (según el actual Derecho del *Reich*) cuando estén al servicio del interés «público» o del interés de los vecinos¹⁰: arts. 111 y 124 EG.BGB [Ley de Introducción al BGB]. En consonancia con esto, la cuestión sobre si las «limitaciones de la propiedad» público-jurídicas que se permiten a la legislación territorial pueden imponerse a cambio de contraprestación o no, se deja a la discreción del legislador.

En relación con otros derechos absolutos ordenados de acuerdo con la ley del *Reich*, diversos a la propiedad de las cosas, existe igualmente la posibilidad de modificar su contenido a través de nuevas leyes —que en este punto serán en su mayoría leyes del *Reich*¹¹—, especialmente, restringiéndolo por causa del interés público: entre otros, reducciones de

las facultades del titular de una patente, de los autores de obras literarias y musicales y, sobre todo, restricciones del contenido de los derechos sobre las acciones societarias, como por ejemplo la sujeción de todas o algunas de las decisiones de la asamblea general a un permiso gubernamental, y otras semejantes. En este ámbito también pueden incardinarse «limitaciones» legales de los derechos sobre empresas económicas (o mejor dicho: disposiciones limitadoras del contenido del derecho y restricciones de la libre voluntad del empresario). La propia Constitución del *Reich* recuerda los supuestos más importantes de estos artículos. El art. 156, párrafo 1, inciso 2, permite una ley del *Reich* por medio de la cual éste «se asegure para sí una influencia determinante» en la administración de empresas económicas o asociaciones, y pone como ejemplo de ello («o de otro modo») la participación en la gestión. Sin embargo, para la elaboración de estas leyes de aseguramiento de influencia el *Reich* ya está habilitado constitucionalmente gracias al art. 153, párrafo 1, inciso 2. Por ello, no sería correcto considerar como inadmisibles las garantías de influencia de modo diferente a como se prevé en el art. 156, párrafo 1, inciso 2. Así, podría el *Reich* asegurarse por medio de la ley una influencia en la administración de empresas, no sólo para sí, sino también para los *Länder* o los Municipios: el art. 156, párrafo 1, inciso 2, permitía esto sólo para el caso de la participación en la gestión de empresas; pero vale igualmente para otros supuestos de garantía de influencia. E imaginable, aunque muy poco plausible, sería también una garantía de influencia a favor de otras personas jurídico-públicas, o a favor, por ejemplo, de personas de Derecho privado que realizan actividades de utilidad común.

A pesar de todo, el art. 156, párrafo 1, inciso 2, no es superfluo. Incluso va más allá en algún punto que el art. 153, párrafo 1, inciso 2. Éste cede a las leyes la concreción del contenido de la propiedad (en abstracto) o, lo que se encuentra al mismo nivel, de cualquier otro derecho patrimonial con cierta tipificación. Sin embargo, no permite, en primer lugar, le-

yes tales que, a cargo de un individuo o varias personas individuales (el antiguo Rey de Prusia, los hasta ahora soberanos de los territorios o aristócratas), delimiten el contenido de los derechos sobre determinados bienes, o que simplemente escondan (de modo deshonesto) el odioso privilegio personal bajo el manto de un texto que se expresa de modo general. El art. 153, párrafo 1, inciso 2, RV, en segundo lugar, tampoco autoriza leyes tales que cubran, a cargo de cada propietario de un determinado bien o de singulares bienes determinados, el contenido de la propiedad sobre los objetos particulares existentes en dicho bien; o que, nuevamente, mediante la mera apariencia de una fórmula general, escondan un odioso privilegio real (por ejemplo, una ley particular sobre la propiedad del castillo X). En ambos casos no estaríamos ante el «contenido del derecho de propiedad», es decir, un derecho relativo a bienes de naturaleza determinada (por ejemplo, sobre fincas, solares, solares acotados por linderos, etc.), al que la ley «delimita», sino ante el contenido de tal o cual propiedad concreta o el de los derechos de un determinado propietario. Dichas leyes no estarán cubiertas por el art. 153, párrafo 1, inciso 2 (tampoco lo estarán, como se demuestra más adelante, por el art. 153, párrafo 2 [expropiación]). Son, por tanto, inconstitucionales. Con razón ha desarrollado particularmente la jurisprudencia suiza esta frase y la ha reconocido en una práctica constante: La legislación puede restringir el contenido del derecho de propiedad, sin llegar a atentar al principio constitucional de inviolabilidad, con la única condición de que lo haga de manera general, igual para todos¹².— Difiere de esto, como a mí me parece, el art. 156, párrafo 1, inciso 2: aquí se autoriza al *Reich* a asegurarse una influencia determinante en la administración de empresas económicas; y esto no dice nada en contra de que el *Reich* pueda restringir su influencia sobre una determinada empresa o asociación, o que procure a un *Land* o un Municipio (¡pero no a otras personas jurídicas!) una participación en la gestión tan sólo de una empresa singular.

3. LOS DEBERES DEL PROPIETARIO

A las «leyes» que determinan el contenido de la propiedad pertenecen, no sólo las que restringen la libre determinación de efectos y compensación del señor de la cosa, sino también aquellas otras que imponen deberes al propietario. La idea de que «la propiedad obliga» (art. 153, párrafo 3, inciso 1, RV) no es nueva. El deber inherente a la propiedad o simplemente asociado a ella relativo a un ejercicio socialmente adecuado es un antiguo bien espiritual germánico, destacado especialmente por OTTO GIERKE y utilizado para la teoría del derecho subjetivo, y reconocido por legislación y jurisprudencia en muchas aplicaciones particulares: piénsese, entre otros, en los deberes de conservar las fincas de acuerdo con las normas de policía, los deberes de limpieza de las calles e iluminación de las casas, de conexión a la red pública de agua, de precaución contra insectos dañinos, los deberes de retirada y poda de árboles de la ley de lindes. Cuando el art. 155, párrafo 3, habla de un «deber del titular frente a la comunidad de adecentamiento y utilización del suelo», se torna aquí mediante una moderna reestructuración a la antigua idea del dicho jurídico: «Si la mata se queda cogida a la espuela del caballero, el campesino entonces ha perdido su derecho». El Tribunal Supremo del *Reich* ha afirmado repetidamente el deber del propietario de mantener la cosa en una situación no peligrosa para el tráfico: así, ha condenado al propietario de un árbol podrido que causó daños como consecuencia la caída; ha fallado a favor de un viandante que en la oscuridad de la noche vino a tropezarse con las barras de hierro puntiagudas de una verja de 80 centímetros de altura y que se lesionó un ojo como consecuencia del accidente. En ambos supuestos el Tribunal acentúa la contradicción entre las concepciones romanas y las actuales sobre la propiedad («los inflexibles principios relativos a la propiedad del Derecho romano son extraños al sentir jurídico más moderno»); la segunda decisión es la que conforma justamente la frase: «La propiedad no sólo beneficia, sino que igualmente obliga a su

propietario». El breve enunciado «la propiedad obliga», que se vuelve a encontrar bajo los derechos fundamentales constitucionales, no está carente de valor. Su significado, tal vez, descansa menos en una advertencia al legislador (que aquí no hizo falta), que en un cómodo apoyo que garantiza esto mismo al juez¹³. La algo tímida jurisprudencia, frente a construcciones analógicas, tiene en la norma constitucional un hipótesis que habrá de elaborar según las necesidades. Muy especialmente, debe romper con la todavía fantasmagórica vieja idea liberal de que cada deber impuesto al terrateniente impide «el ser dueño en la propia casa» y que, con ello, se quebrantaría la esencia del superior derecho de señorío sobre el fundo, y que, por eso mismo, todo aumento de los deberes que no se ordenen inequívocamente en la norma habría de ser rechazado.

La frase «la propiedad obliga» indica respecto de cada derecho patrimonial privado (no sólo respecto de la propiedad misma) una doble obligación para el derechohabiente: la obligación, de realizar el derecho, cuando corresponda con el interés público, que el derecho se realizará (y no se paralizará), y la obligación de ejercer el derecho de tal manera que se corresponda con el interés público. Puede ser también que esto mismo tenga que decirse también con la última frase del art. 153 RV: «[S]u uso estará al servicio del bien común». Tal vez, sin embargo, esta frase contiene todavía un ulterior significado, al no expresar solamente un obligación del derechohabiente (para una actuación o una omisión), sino también la «inadmisibilidad» de una actuación contraria a las obligaciones, en el mismo sentido en que el § 226 BGB declara «inadmisible» un ejercicio abusivo del derecho. KIPP ha considerado con razón que el ejercicio abusivo del derecho, por inadmisibile, no es ningún ejercicio del derecho, y ha deducido de ello la conclusión de que contra el mismo es posible, dado el caso, la legítima defensa. En los supuestos más graves de «ejercicio de un derecho» de manera socialmente nociva, ello se corresponde con el sentido de la RV, al interpretarse el abuso jurídico como una infracción jurídica, incluso

sin la necesidad de que se den los demasiados estrictos presupuestos del § 226 BGB.

La frase «la propiedad obliga» tiene junto con el referido significado («los derechos patrimoniales obligan», es decir, para un ejercicio socialmente adecuado), según puedo apreciar, un ulterior significado: los bienes obligan. La frase intensifica el antiguo deber moral-religioso de los ricos respecto de las obligaciones jurídicas¹⁴; con la exclusión social de la nobleza por los industriales acaudalados éstos se vinieron a colocar en su lugar en la frase (por supuesto, sólo con repercusiones morales) *la noblesse oblige*. El principio jurídico relativo al «deber de los ricos», no obstante, sólo se hace realidad aisladamente: impuestos progresivos, § 829 BGB y afines. La norma constitucional requiere al legislador avanzar en esto. En el ámbito del Derecho civil esto puede realizarlo especialmente (lo que ya se viene exigiendo desde hace años) el pensamiento del § 829 incluso fuera del Derecho de daños. Aquí y allá podrá ayudar ya el juez hoy en día. Bajo las especiales circunstancias, podrá otorgar a un pobre, que para salvar su propia cosa quiere destruir las cosas igualmente valiosas del rico, el derecho por estado de necesidad del § 904 BGB (incluso cuando la pretensión indemnizatoria del rico [inciso 2] es imposible de recuperar), porque habrá de compensar no sólo el valor real de la cosa, sino también el valor de los patrimonios. También denegará al prestatario rico que indemniza voluntariamente al prestamista pobre los daños fortuitos causados por él, la *condictio*, bajo la advertencia del deber moral de la indemnización (§ 814).

4. LOS PRESUPUESTOS DE LA EXPROPIACIÓN

La expropiación suele ser considerada como una excepción de la garantía de la propiedad (inviolabilidad de la propiedad), un recuerdo de la formulación reproducida casi por todas partes de la *Déclaration des droits de l'homme* de 1789 y un vestigio del espíritu económico

liberal, que prefirió ver en la privación forzosa naturalmente una «violación» permitida de la propiedad. El Tribunal Federal suizo¹⁵ ha rechazado esta interpretación con el giro conceptual de que la posibilidad de expropiar no sería una excepción de la garantía de la propiedad, sino que debe entenderse como confirmación y especificación de esta. En mi opinión este giro, a decir la verdad, no es del todo claro, pero resulta correcto en esencia para el Derecho alemán. La norma de protección provoca en el deber de indemnización que se de una nueva interpretación a la garantía de la propiedad en caso de expropiación, la de garantía del valor de la propiedad.

La Constitución del *Reich* da cuatro requisitos para la expropiación:

1. Un fundamento legal. Se puede tratar en este caso de ley del *Reich* o del *Land*, una ley general de expropiación para grupos de interés determinados (minería, líneas aéreas, parcelación de la tierra) o leyes de privilegio para determinados supuestos. Sólo una ley de privilegios dirigida contra las sociedades y asociaciones religiosas sería inconstitucional en virtud del art. 138, párrafo 2, aun cuando los otros tres requisitos de la expropiación tuvieran lugar.

2. La expropiación sólo puede planearse para el bien de la generalidad. De esta exigencia no puede dispensarla ni la ley que se ha mencionado en el punto 1, ni siquiera una ley ordinaria del *Reich*; se necesitaría más bien una modificación de la Constitución¹⁶. Lo que es el «bien de la generalidad» fue debatido hasta la saciedad con mucha frecuencia, y no es ahora el lugar de tomar una posición crítica. La clarificación más importante me parece que estriba en el reconocimiento de que es decisivo si el objeto a expropiar es necesario para la realización de una determinada empresa pública; sólo una respuesta afirmativa cumple con este requisito. Esta idea ha sido desarrollada sobre todo por OTTO MAYER y su formulación aclarada por TRIEPEL. MAYER piensa, en el caso de la empresa, en «un fragmento de la Administración», mientras que TRIEPEL acentúa que la palabra «empresa» no hay que pensarla «en un

sentido técnico», que no sólo son «empresas del Estado» la construcción de ferrocarriles, canalizaciones y semejantes, sino que «también una guerra que sea motivo de una reforma agraria puede ser un empresa». Puedo estar de acuerdo con esto. La contradicción decisiva consiste propiamente en lo siguiente: OTTO MAYER establece que el «sujeto de la Administración pública» (Estado, particulares personas jurídico-públicas y, dadas las circunstancias, una persona de Derecho Privado) sea el adquirente en virtud de la expropiación. Esto es probablemente cierto bajo las limitaciones de las leyes de expropiación, puesto que estas leyes presuponen una empresa a cuyo favor se expropie. Las Constituciones, sin embargo, requieren una empresa pública en sentido objetivo, un propósito para la utilidad común. El portador de esa empresa no tiene que ser necesariamente la «persona favorecida», es decir, aquel a cuyo patrimonio van a parar los bienes expropiados. Si una empresa estatal de campesinos emancipados exigiese la liberación de servidumbres reales, el levantamiento de éstas no transmitiría ningún patrimonio al Estado «empresario», sino directamente a los propietarios exonerados de los fundos; una empresa para la eliminación de la necesidad de viviendas transmite los derechos de los propietarios de vivienda a los alojados forzosos, no a la empresario¹⁷. Cuando más de uno acepta que si bien es cierto que estas expropiaciones están permitidas a favor de privados, pero que no caen bajo el imperio del art. 153, párrafo 2, RV, porque de ninguna manera se trataría de «expropiación» en sentido técnico, en parte se fundamenta este error en la equivocada idea de que las cautelas constitucionales sobre la expropiación sólo tienen que proteger al ciudadano frente a la Administración, no frente a las leyes (al respecto, *infra*, V). Hasta donde se puede aprehender el concepto de empresa pública o (más claramente) el de propósito para la utilidad común, se acuerda con razón (la cuestión se debate desde hace tiempo especialmente con ocasión del problema de la expropiación por zonas) que el mero enriquecimiento del Estado o de la empresa como tal no es ninguna empresa de esta índole, que una expropiación

con objetivos fiscales (incrementos de ingresos, ahorro de cargas) sería inconstitucional. El Tribunal del *Reich* ha expresado esto frente a una Ley del *Land* de Lippe de 29 de septiembre de 1920 que declaró extintos los derechos nobiliarios de la línea colateral Lippe-Weienfeld sobre una determinada renta (contra una indemnización no realizable judicialmente y tal vez no proporcionada): la ley es inconstitucional. El interés de la «generalidad», para que se permita la expropiación, finalmente no tiene que requerir que el que hasta ahora fuera propietario pierda su derecho, sino que el «favorecido» lo adquiera. Las destrucciones de la propiedad por odio o envidia, incluso cuando supuestamente se fundamentan en un «propósito de utilidad común» (así por ejemplo, ¿destruir el poder económico de la hasta ahora alta nobleza?, ¿quitar de en medio las ruinas de un orden de vida desplomado?) son inconstitucionales: pues el Estado no las quiere adquirir para su necesidad y servirse así de la supresión del derecho como un instrumento, sino que su «empresa» se dirige a la mera supresión jurídica, y la adquisición es un reflejo bienvenido pero ajeno a una empresa.

En qué punto debe existir «el interés de la generalidad», para que una expropiación sea legítima constitucionalmente, se ha vuelto muy dudoso últimamente. En el año 1916 a la ciudad de Braunschweig le fue concedido un derecho de expropiación respecto de ciertas fincas en las que tenían que ser instalado un aeródromo militar y arrendado a la hacienda militar. Mientras estaba todavía pendiente el procedimiento de expropiación, finalizó la guerra y el plan para la instalación del aeródromo no se realizó. El Tribunal de Apelación de Braunschweig ha expuesto en un informe de 7 de febrero de 1921 que a pesar de todo seguiría existiendo el derecho de expropiación a favor de la ciudad y sólo podría anularse por la vía de una nueva (retro)-expropiación y bajo los presupuestos de ésta. Su razonamiento es éste: el derecho de la empresario antes del cumplimiento de la expropiación debe concebirse (con STOBBE-LEHMANN, GIERKE y el autor de este trabajo) o como un derecho privado

sobre determinadas fincas (una expectativa de derecho, derecho de adquisición [?] o derecho de adquisición real), o bien como un derecho público frente al Estado (entre otros, O. MAYER, FLEINER), por lo tanto, en todo caso un derecho legalmente adquirido. Dejando a un lado la no completamente correcta interpretación del relato de la teoría¹⁸, me parece que el informe deriva conclusiones impugnables desde el punto de vista de la «construcción» metódica y que deja pasar por alto el problema. La Constitución del *Reich* solamente permite expropiaciones (transferencias obligatorias de la propiedad) para el bien de la generalidad. Faltando este «bien», ya no es posible la transferencia obligatoria, aunque en el comienzo del procedimiento expropiatorio estuviese presente el interés público a la expropiación. La pretensión publicística sobre la transferencia existente antes de la expropiación y el derecho de adquisición real sobre la finca que deriva del proyecto están condicionados, incluso según la Constitución del *Reich*, así como según las constituciones anteriores, por el hecho que en el momento de la expropiación todavía habrá de existir un interés público o, mejor dicho, están condicionados por la cancelación del interés resolutorio. Mientras la condición resolutoria no se realice, tan sólo son derechos legalmente adquiridos. Sólo la eliminación del interés carece de sentido después de la expropiación consumada. Pero incluso entonces numerosas leyes territoriales todavía permiten, en desigual medida, una anulación de la expropiación¹⁹; el hecho de que el Derecho territorial de Braunschweig (de igual modo el Derecho prusiano) no conozca tal derecho de retro-adquisición después de la expropiación extinguida, viene siendo sostenido injustamente por el Tribunal de Apelación para apoyatura de su punto de vista.

3. La expropiación requiere una indemnización proporcionada, la cual puede dispensar, por regla general, una ley ordinaria del *Reich*. La palabra indemnización «proporcionada» es más flexible que otras expresiones corrientes en Constituciones alemanas y leyes de expropiación: indemnización completa, indemnización

total, indemnización según el valor completo, según el valor común, y similares. Ciertamente hay que advertir que en el extranjero, por regla general, también se habla de indemnización proporcional (justa)²⁰ y que con ello se significa la indemnización total o el valor común (*tous les dommages qui sont la suite de l'expropriation, valeur vénale, fair and full equivalent*, etc.). De hecho, una indemnización sólo es proporcionada, por regla general, cuando compensa el daño. Pero no existe ningún motivo para el *Reich* para menospreciar tales leyes territoriales que no dan indemnizaciones del daño, sino del valor, de modo que la expresión elástica «proporcionada» se coloca en la Constitución con todo el derecho del mundo. Sería falso presuponer que el legislador del *Reich* quiso dejar al legislador territorial la interpretación de lo que es proporcionado. Por el contrario, podría expropiar un *Land* regido por la izquierda radical *nummo uno*, y la garantía de la propiedad del art. 153, párrafo 1, RV, quedaría dinamitada. Lo que en el espíritu de la Constitución del *Reich* (no del respectivo legislador del *Reich*) propiamente es proporcionado, no se puede ofrecer a un precio más bajo según el Derecho territorial. Así, la Constitución del *Reich* conduce en alguna ocasión incluso a la autorización de una indemnización por debajo del valor. Al respecto algunos ejemplos: una ley territorial que no quisiese indemnizar la plusvalía no ganada en el caso de una expropiación de fincas a favor de una asociación de utilidad común, podría ser apelada, con razón, sobre la base del art. 155, párrafo 3, inciso 2, RV, que quisiese conducir la plusvalía obtenida sin la aplicación de trabajo o capital a la «comunidad»²¹; el hecho de que este programa sólo pueda hacerse realidad a través de leyes que graven la plusvalía, todavía no se ha dicho. El Derecho señorial de caza que existía en Mecklenburg-Schwerin para algunas ciudades y (relativa a la caza mayor) para 31 fincas de la nobleza caballeresca ha sido dejado a la adquisición gratuita por parte de los Municipios por la ley de 14 de noviembre de 1919²². Esto forma parte propiamente del espíritu de la Constitución del *Reich* en caso de que un derecho de este tipo, ya extinguido desde hace tiempo en el resto de

Alemania, del cual a penas se puede decir con seguridad si se trata de un Derecho privado o de una ventaja (patrimonial) público-jurídica de clase (RV, art. 109, párrafo 3), se valore «proporcionadamente» como igual a cero en caso de abolición. Esto no es diferente a como el § 3 de la Ley prusiana de abolición de 2 de marzo de 1850 suprimió sin previa indemnización los impuestos resultantes de relaciones, ya extinguidas desde hacía tiempo, derivadas de fundos y señoríos feudales (pagos de dote, bautizo, regalías de guardia, caza y viaje, y derechos a desplumar ocas, y otros similares); en esto se habrá visto difícilmente una contradicción con el § 75 de la introducción al ALR²³, no porque estos derechos ya no tuviesen ningún valor patrimonial²⁴, sino porque hubiese sido casi inmoral tener en cuenta el valor de derechos tan obsoletos con una suma aún más exigua²⁵. Sin embargo, en mi opinión la cuestión no está exenta de duda, y de ninguna manera es excusa pretender eliminar sin previa indemnización cada instituto jurídico «obsoleto» con la justificación de que es escandaloso atribuirle un «valor» jurídico. Esto resulta del art. 155 *in fine* que ordena el traspaso de las regalías privadas al Estado y, con ello, como nadie puede dudar y como se ha hecho de todas maneras en Prusia (Ley del 19 de octubre de 1920) para las regalías mineras de la alta nobleza, tiene en mente una adquisición onerosa de las regalías obsoletas.

La cuestión relativa al momento en que debe establecerse la proporcionalidad de la suma indemnizatoria es independiente de la cuestión sobre cuándo debería establecerse el interés público a la expropiación (cfr. más arriba IV 2, al final). Si el momento de la expropiación debe ser verdaderamente determinante para la decisión de expropiar, dicho momento es entonces poco práctico y no viene exigido por la justicia para la medición de la suma indemnizatoria, que, por regla general, se cuantifica y abona de antemano. Lo más apropiado podría ser el momento del pago real. Pero seguramente es compatible con el espíritu de la Constitución si se retrotrae el momento decisivo, en relación con muchos derechos vigentes hasta ahora, al

tiempo de la fijación de la indemnización o a la de la fijación del plan²⁶.

4. Es indispensable una habilitación por el conducto legal ordinario respecto de la cuantía de la indemnización, siempre que una ley del *Reich* no establezca otra cosa. ¡Esta frase, que fue incluso combatida con éxito en la Comisión Constituyente y pertinente a mi juicio, será fatal en relación con numerosas leyes territoriales en las cuales se han establecido supuestos especiales de expropiación (en particular, ciertas leyes sobre consolidación fundiaria y de campos)! La solución de los conflictos se encomienda en no pocas ocasiones (y del todo eficiente) a las cortes arbitrales, tribunales administrativos y otras administraciones. Incluso parece que para el caso de la preparación de la de la Ley bávara sobre consolidación fundiaria de 5 de agosto de 1922 (art. 62,9, párrafo 3, inciso 2) no se ha tenido en cuenta la norma constitucional.

5. EL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN

La cuestión sobre los requisitos de la expropiación se incardina con toda lógica en el concepto de expropiación; pero es deseable tratarla primeramente según el mismo. En la literatura sobre este punto hay mucha confusión. En primer lugar, se confunde frecuentemente la pregunta qué es la expropiación con la pregunta cuándo está permitida; así, cuando la privación forzosa de la propiedad sin el pago de previa de indemnización «no se realiza bajo el concepto de expropiación», al mismo tiempo debe justamente conocer el concepto de expropiación, ¡antes de que se pueda contestar la pregunta sobre cuál privación de la propiedad es sin indemnización y cuál a cambio de ella (porque ambas son privaciones)! En segundo lugar, se pasa por alto que la cuestión relativa a cuál es una expropiación en el sentido de la Constitución (es decir, ¿qué actos jurídicos se permiten solamente bajo los presupuestos constitucionales?), no coincide con la pregun-

ta sobre qué es expropiación en el sentido de una determinada ley de expropiación, como acontece en el caso de la Ley prusiana de expropiación de fincas de 11 de junio de 1874 (es decir, ¿a cuáles de estos actos jurídicos se aplican los preceptos de esta ley?).

Aquí y ahora trataremos solamente del concepto de expropiación en el sentido constitucional de acuerdo con el art. 153, párrafo 2 (y 155, párrafo 2). Lo que la teoría y la praxis del Derecho anterior han desarrollado sólo se puede asumir para el conocimiento del nuevo Derecho con mucha prudencia. Pues mientras que en las viejas Constituciones, como por ejemplo en la prusiana, los requisitos previstos para la expropiación, claro modelo de la Constitución del *Reich*, perseguían la protección del Privado contra al «despotismo administrativo», por el contrario, la Constitución del *Reich* (fuera de esta protección) quiere proteger igualmente frente a los legisladores territoriales ávidos de confiscación. En mi opinión los comentarios de la nueva Constitución del *Reich* no han reconocido suficientemente esta diferencia; operan demasiado mecánicamente con los obsoletos conceptos de expropiación del Derecho prusiano.

En el sentido de la Constitución del *Reich* la expropiación es:

1. No sólo, como ANSCHÜTZ enseña, la privación jurídica por un acto administrativo (esto puede apoyarse en un fundamento legal o ser contrario a la ley), sino también la privación por la ley misma. Una ley territorial, por ejemplo, que convierta la propiedad privada de un único anterior terrateniente, o la de todos los aristócratas, en propiedad estatal o, que pretenda transformar la totalidad de las viviendas de alquiler en propiedad municipal, estaría expropiando; y debería probarse si los requisitos de la expropiación relatados más arriba (IV) se han verificado. Así infringirían la Constitución del *Reich* aquellas leyes territoriales alemanas que para el caso de la extinción de fideicomisos, siguiendo el modelo de la Revolución Francesa, cancelasen de un plumazo los derechos de todos los agnaticios y legitimarios sin indemnizar y convirtiesen al fiduciario

en propietario pleno sin gravamen de todo el bien, o, como el Derecho bávaro, lo colocase en la posición de primer heredero.

1. Si la doctrina hasta ahora puso en relación con el concepto de expropiación varios requisitos especiales respecto de la persona del beneficiado por la expropiación pues según dicen la expropiación sólo es la privación jurídica a favor de una empresa pública, no obstante, como ya se ha expuesto más arriba en el punto IV 2, tampoco es de especial relevancia la persona que ha de beneficiarse para la pregunta cuáles son las expropiaciones permitidas.

3. Expropiación no es sólo la transmisión jurídica misma, sino también la fundamentación de deberes obligatorios para la cesión del derecho. Esto frecuentemente se pasa por alto. Cuando por ejemplo GIESE (Komm. 2 zu Art. 153 RV) resalta la expropiación, «cuyo concepto aquí se presupone», como que ésta no es ninguna «compra forzosa», sino que es un acto unilateral de soberanía del Estado, a través del cual la Administración transfiere la propiedad, entonces asume en relación con la Constitución del *Reich*, sin razón, «el concepto de expropiación» tal y como lo suministran nuestras leyes de expropiación. Ésta quiere también encontrar un acto jurídico que constituya un deber obligatorio para la transmisión del derecho (recientemente ha surgido al respecto la palabra «requerimiento»)²⁷. Si fuese diferente, entonces, un legislador territorial de tendencia comunista estaría en condición, dando un rodeo, de constreñir al propietario fundiario a la transferencia a través de un negocio jurídico a favor del Estado, mediante un «requerimiento» sin indemnización. Si el acto forzoso del Estado sustituye el negocio dispositivo privado (como es el caso de la expropiación en nuestras leyes), o si sustituye sólo el negocio obligatorio privado (lo que se corresponde con la antigua teoría de la compra forzosa), es indiferente para el concepto de expropiación de la RV. Este reconocimiento es importante frente al legislador territorial que ordene una obligación de entrega y deje la cuantía de la indemnización para que sea fijada, entre otros, por las cortes arbitrales y los tribunales admi-

nistrativos, pero no por los tribunales ordinarios. Aquí no hay que ocuparse de la diferencia muy debatida de los requerimientos (y otras expropiaciones) del acto impositivo, en el cual no se encuentra la cuestión de la transferencia de bienes especialmente definidos (o bienes de género limitado).

4. Expropiación es, como en el Derecho hasta ahora vigente, no sólo la injerencia en la propiedad corporal, o en otros derechos corporales, sino también la injerencia en derechos de otro tipo, entre otros, derechos sobre acciones, créditos y derechos de la propiedad intelectual. Lo que se ha dicho al respecto más arriba sobre la garantía de propiedad vale igualmente para el concepto de expropiación: la injerencia en cualesquiera derechos patrimoniales privados es expropiación: especialmente, también en los derechos existentes sobre establecimientos industriales; en este sentido el Art. 156, párrafo 1, inciso 1, como ya se ha reseñado anteriormente, conduce al aplicación de las normas jurídicas sobre la expropiación, ciertamente, no de manera directa, pero sí con sentido común. Se volverá a este punto en el epígrafe 6.

5. De acuerdo con los Derechos alemanes hasta ahora vigentes, por expropiación no sólo hay que entender la completa supresión, sino también el gravamen (carga) de los derechos existentes²⁸, así la imposición forzosa de derechos de superficie²⁹ o servidumbres de cualquier tipo. Aquí surge, sin embargo, en el Derecho actual una dificultad. Hasta ahora se contempló la imposición de servidumbre en virtud de acto administrativo como una expropiación, mientras que se habló de limitaciones jurídico-públicas de la propiedad en el caso de la imposición de un gravamen legal de la propiedad a través de «deberes de tolerancia en interés de la generalidad». Puesto que, como se ha señalado en el punto 1, en el sentido de la Constitución del *Reich* también hay expropiación por virtud de la ley, entonces surge una pregunta: ¿en qué supuestos contiene expropiaciones una ley (en particular un ley territorial) que carga la libertad de propiedad de modo que se conecta la validez de la ley a los requisitos de la expropiación del art. 153, párrafo 2 (en particular la

indemnización)? ¿En qué supuestos ésta contiene tan sólo las «limitaciones públicas de la propiedad» de modo que esté cubierto por el art. 153, párrafo 1, inciso 2, RV (regla legal del contenido de la propiedad) y el art. 111 EG. BGB? La respuesta derivará inmediatamente de las consideraciones del punto 6. Hay que señalar también: para otras limitaciones que no sean jurídico-públicas, este problema no aparece. Las leyes territoriales que limitan la propiedad fundiaria a favor de los vecinos (art. 124 EG. BGB) no son tratadas por el art. 153, párrafo 2 RV y podrían, por ello, dar o conceder las pretensiones indemnizatorias al afectado de acuerdo con su propia medida. Así pues, no se discute el gravamen de la propiedad (o como de hecho se decía anteriormente: una servidumbre legal). Sino que se trata siempre de regular el contenido de dos derechos que colisionan el uno con el otro en una distribución adecuada: del «derecho» de un vecino, a actuar sobre su cosa como le plazca, pueden surgir también molestias para el convecino, e igualmente del «derecho» del otro vecino a excluir ingerencias ajenas. El ordenamiento de las relaciones vecinales no pretende otra cosa que las arbitrariedades de ingerencia de uno y las arbitrariedades de exclusión del otro se limiten recíprocamente, y cuando en esta situación tiene lugar el deber de compensación pecuniaria, como es el caso de la servidumbre de paso o de la limitación de los lindes (§§ 917, 912 BGB), esto no es, como en caso de la expropiación, una indemnización por el gravamen obligatorio, sino un instrumento para conformar adecuadamente la división del contenido de la propiedad entre ambos vecinos.

6. Hay una expropiación sólo cuando, al mismo tiempo, con la privación, de un lado, de los derechos privados, son ganados para el favorecido por ella, del otro lado, derechos privados de la misma especie. Esto se corresponde con la línea de pensamiento transmitida, que aparece en las formas más variadas: la expropiación «proporciona una adquisición jurídica originaria» (FLEINER); es una «transmisión de derechos reales privados, una suplantación del señorío privado por la Administración públi-

ca» (GIERKE); es una «privación de un determinado derecho con el fin de la transmisión a otro de un derecho subjetivo» (Tribunal Federal suizo); o, como formula ANSCHÜTZ con una agudísima intensidad: «expropiación es transferencia del dominio». No muy diferente a la doctrina francesa, donde se describe la *expropriation* como «transmisión», «translation» o (con inspiración en la expresión del *Code civil*, art. 545) «cession forcée», y expresiones similares. Esto es justamente la razón por la que no se suele tratar la expropiación en la disciplina de la pérdida de los derechos, sino en la de la adquisición de los derechos³⁰: el sentido de la propiedad está en la obtención de algún derecho del que se precisa para un propósito determinado³¹. La privación del derecho, por el contrario, es tan sólo el sacrificio indeseado que se debe exigir al afectado, sólo el medio para hacer realidad la adquisición, sólo la primera pieza del supuesto de hecho de la expropiación (a diferencia de las confiscaciones penales, privaciones y destrucción de bienes peligrosos).

Aunque de esto no depende en qué forma jurídica tiene lugar la «transmisión» desde el patrimonio del expropiado al del beneficiado. Una «transferencia» en sentido técnico jurídico no puede ser exigida (si la elegante fórmula de ANSCHÜTZ se entendiese técnicamente no sería correcta). No solamente es posible que el poder del Estado «transfiera»³² al beneficiado los derechos, tal como son, pertenecientes al expropiado, o que «desmiembre» nuevos derechos derivados de aquellos con ocasión de la imposición de gravámenes (en el primer caso se trata de una cesión del derecho traslativa, en el segundo constitutiva), sino también que, de un lado, se «destruya» un derecho y, del otro lado, surja un «nuevo» derecho (adquisición originaria), o que un gravamen existente sea expropiado a favor del propietario de un fundo en virtud de su «levantamiento», de manera que la propiedad crezca hasta su poderío pleno (entre otros, exoneración de gravámenes sobre fincas, levantamiento de derechos de caza sobre terrenos ajenos) o, finalmente, que se acorten los derechos existentes en su valor a través

de la creación de nuevos derechos de disfrute; piénsese, por ejemplo, en la creación legal de acciones con derecho a dividendos a favor del Estado. La propia Constitución del *Reich* utiliza muy afortunadamente, por lo que aquí se entiende, la palabra 'transmisión' (art. 155, párrafo 4, inciso 2, art. 156, párrafo 1, inciso 1), porque la palabra jurídicamente es incolora, pero reproduce bien el proceso económico del desplazamiento del patrimonio. Donde falla tal transmisión de derechos subjetivos privados³³ (o donde esto no ocurre, para que adquiera el beneficiado, sino para que pierda el otro [confiscación, privación y otros semejantes]), no hay expropiación alguna. En esta frase existe según mi opinión una diferencia entre la imposición expropiativa de gravámenes sobre el fundo por la ley territorial (que sólo está permitida a cambio de indemnización) y la limitación jurídico-pública de la propiedad configurada sin barreras.

El Tribunal bávaro para la decisión de conflictos de competencias parece pretender poner en duda la justicia de esta opinión en la sentencia mencionada anteriormente de 18 de mayo de 1921³⁴. El Tribunal se dirige contra al alto representante de la doctrina dominante, ASCHÜTZ, combatiendo la frase según la cual la expropiación sería sólo «la transmisión de la propiedad a un tercero» si bien ANSCHÜTZ no ha formulado esta frase de manera tan estricta. La sentencia sigue: «La expropiación contiene más bien todas las actuaciones del poder estatal realizadas en nombre del bien común, a través de las cuales el propietario no es afectado en el uso de la cosa y en su disposición de manera totalmente momentánea, en particular también la imposición de derechos reales de uso» (¡esto nunca se ha dudado!) «e incautaciones, es decir, privaciones de uso y del poder de disposición. No se puede acoger que la Constitución del *Reich* sólo prevea los preceptos de protección para un campo determinado, más bien estrictamente definido, de la injerencia de intervención jurídico-pública, sin embargo, habría querido consentir otras medidas igualmente decisivas aunque sin limitación... Contra esto se manifiesta por la estrecha conexión

en la que se ha colocado la expropiación con la garantía de la propiedad; ésta no quedaría garantizada si pudiera ser intervenida en cada momento sin límites legales de otra manera que no fuese una transmisión formal del dominio». La polémica contra ANSCHÜTZ va desencaminada, como se ha reseñado, porque concibe una locución fuertemente agudizada desde un punto de vista literal-jurídico. El supuesto, que había que considerar, lo caracterizaría también ANSCHÜTZ como expropiación: se trataba de incautaciones previstas por leyes territoriales de viviendas a favor de necesitados de alojamiento. El hecho de que no «se traspase formalmente (!)» la vivienda a los arrendatarios forzosos es correcto. Pero basta que le sean procurados derechos de uso para que pudiese hablarse de expropiación. Por el contrario, la fundamentación de la sentencia por su parte va demasiado lejos, cuando ya asume una expropiación, donde el propietario es perjudicado en el uso y disposición, y cuando no menciona la adquisición legal del beneficiado como exigencia conceptual. Pero tal vez este desliz (como el de la expresión de ANSCHÜTZ) es tal solamente en su expresión y no en la sustancia, puesto que el caso concreto no pudo dar al Tribunal ninguna apoyatura para acentuar la exigencia de la adquisición legal.

La opinión hasta aquí mantenida puede alegarse de tres maneras:

Primero, en relación con la esencia de la indemnización expropiatoria. Como es conocido, de acuerdo con todos los ordenamientos, la indemnización no la paga el expropiador (el Estado), sino el beneficiado por la expropiación (por ejemplo, el empresario). La indemnización se paga no para que alguien, como consecuencia del acto del Estado, pierda derechos, sino para que (a su costa) otra persona ingrese derechos en su patrimonio. Si se gravan todos los derechos de una clase concreta uniformemente en interés público a través de una norma jurídica formulada de manera general, y existen favorecidos desde el punto de vista patrimonial, a estos correspondería el deber de indemnizar. Si falta, sin embargo, una atribución legal del derecho a un «favorecido»,

entonces el propio Estado expropiante debería indemnizar, si no obstante tuvo que existir una obligación de indemnizar, lo que no está de acuerdo con la idea del Derecho de la expropiación.

¡Esto también contradiría, en segundo lugar, los requisitos del desarrollo del Derecho! Cada limitación en virtud de leyes territoriales sobre la propiedad de derecho público infringiría al territorio cargas indemnizatorias tan enormes que el territorio non podría solucionar sus mandatos de asistencia: serían imposibles, entre otras, leyes edilicias territoriales, leyes de líneas aéreas, leyes de tala de montes, de protección de bosques, preceptos para la protección de monumentos nacionales o de protección de la belleza natural, leyes de excavaciones, ordenanzas de viviendas. No se puede admitir, sin duda, que la Constitución del *Reich* quiso impedir completamente en este punto la actividad legislativa territorial.

En tercer lugar se puede extraer de la misma Constitución del *Reich* un sostén para la corrección de la diferencia aquí defendida. Si bien el art. 156, párrafo 1 no define, como ya se ha mencionado más arriba, la conversión de empresas en propiedad pública como «expropiación», sin embargo, se trata como expropiación («lógica aplicación de las consideraciones vigentes sobre la expropiación») y se refiere muy en particular al deber de indemnizar (inciso 1). Por el contrario, el segundo inciso del Art. 156 prescinde de aquella «lógica aplicación» de los preceptos sobre la expropiación (tampoco requiere en particular ninguna indemnización), cuando no se trata de asegurar al Estado o a los Municipios una «influencia determinante sobre la administración de empresas». La contradicción de los incisos 1 y 2 coincide con la contradicción aquí discutida. Allí «conversión en propiedad pública», a la cual pertenece también la conversión parcial, como por ejemplo el gravamen a favor del Estado. Aquí: influencia solamente sobre la administración, para lo que se cita como ejemplo la «participación en la administración»³⁵. Solamente allí: crecimiento patrimonial para el Estado, los Municipios, etc. Por eso sólo allí:

expropiación. Si una ley del *Reich* atribuyese a los *Länder* o a los Municipios en las asambleas generales de concretas sociedades anónimas un derecho de veto decisivo o un derecho de voto completamente general sin indemnización, esto no sería inconstitucional. Pero si se atribuyesen derechos sobre los dividendos, existiría ahí una conversión parcial de la empresa en propiedad pública, y la ley sería en este caso inconstitucional.

Sobre esta base, decidir la cuestión sobre si una limitación territorial de determinados derechos representa una expropiación o una limitación pública es más fácil. Si, por ejemplo, una ley territorial incorpora los montes privados al patrimonio forestal del Estado y de este modo también expropia al propietario del suelo la dirección empresarial en gran parte o totalmente, pero dejándole los derechos de extracción de frutos, en particular los aprovechamientos de leña, tal asunción de responsabilidad administrativa no es expropiación; el «señorío privado comprimido» es sustituido, según la expresión de GIERKE, «por el poder público»: lo que asume el Estado es, en primera línea, un deber (deber administrativo). Los derechos que en tales supuestos co-asume son los necesarios para cumplir ese deber (derecho de paso, derecho de tala y semejantes). Igualmente cuando las utilidades que corresponden al propietario

disminuyen en virtud de la administración estatal, dicho acto no se convertirá en una expropiación. Una limitación jurídica impuesta por el interés público (entre otros, prohibición de publicidad luminosa, prohibición de construir, el cierre de los comercios a las 6 horas, hora de cierre de los locales nocturnos) queda autorizada, aun cuando inflija al propietario un daño demostrable pecuniariamente. Recuérdese que tampoco se trata de la «garantía de influencia» del Art. 156, párrafo 1, inciso 2 RV, como expropiación, cuando la empresa sufre como consecuencia de la influencia estatal, especialmente cuando tiene escasas ganancias; no se habla aquí de una indemnización a cargo de la asociación económica común. Igualmente la habría cuando una ley quisiese poner la administración de todas las casas de alquiler municipal de cierto tamaño en manos de una asociación en la que los órganos comunes tienen la última palabra. No habría expropiación en la medida en que el propietario conserve el derecho al uso. Un último ejemplo: una ley que imponga prohibiciones de construcción al propietario de fincas de una determinada clase, no es ninguna ley de expropiación; si por el contrario (con un contenido por lo demás igual), concede a los Municipios o al Estado facultades de prohibición jurídico-privadas (exigencias, servidumbres), entonces, contiene una expropiación.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. En origen se hablaba de «propiedad» también en el artículo que atañía a las sociedades religiosas; *Protocolo de la Comisión Constitucional*, p. 208. Las reflexiones jurídicas de los juristas Dr. BEBERLE y Dr. DÜRINGER que se refieren evidentemente a la terminología jurídica (con referencia a los particulares derechos eclesiásticos de usufructo, derechos de cosas, y derechos de autor y de edición de las sociedades religiosas) condujeron a la introducción de los «otros derechos».
2. Derecho a la «fundación de una empresa» (cfr. RG.Ziv. S. 58, pgs. 28 y ss.) en oposición a la «posibilidad jurídica» de ejercer «cualquier actividad», o bien (con palabras de la Constitución del *Reich*, art. 111) de procurar «sustento» al Derecho (?).
3. El autor emplea literalmente el sustantivo *Diktatur*, por lo que hemos preferido respetar el original. Se refiere con ello al denominado en nuestra cultura constitucional «estado de excepción». El art. 48, párrafo 2, RV, confiere al Presidente del *Reich* unos amplios poderes para adoptar las medidas necesarias para el reestablecimiento del orden y de la seguridad pública, frente a perturbaciones o amenazas relevantes, pudiendo acudir incluso a la intervención armada; para tal fin, además, el Presidente podrá suspender en todo o en parte la eficacia de ciertos derechos fundamentales [N.d.T.].

4. La cuestión tiene particular significado en referencia al art. 156, si se acepta, de acuerdo con R. GRAU, *Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten (Oeffentl. Rechtl. Abh. von Triepel-Kaufmann-Smend, 5. Heft 1922)*, p. 85, que el presidente del *Reich* puede predisponer una detracción de la propiedad sin indemnización, como por ejemplo porque la exaltación justificada del pueblo contra el poder del conspirador rico sólo puede hacer satisfecha mediante el retiro para siempre de sus bienes. Si esto fuese justo (?), de todos modos no valdría para la cesión de empresas económicas en propiedad común.

5. No es el caso de profundizar en el muy investigado concepto de derecho legalmente adquirido. Esencialmente estoy de acuerdo con TRIEPEL, Archöff. R. 40, 353 y ss. (1921). Se presenta el caso frecuente de que el ordenamiento jurídico pueda relacionar al hecho unas consecuencias jurídicas sin que de tal hecho se derive nada diferente de lo que merecen esas consecuencias jurídicas. (Los derechos legalmente adquiridos son garantizados; legalmente adquiridos son los derechos que merecen ser garantizados. Semejantemente: «enfermo mental» es un enfermo que se trata como al niño que tiene menos de 7 años; «débil mental» es el enfermo que requiere una actitud de un menor de más de 7 años). El punto de vista general ha sido desarrollado con más detalles por ERICH KAUFMANN, *Deutsche Hypothekenforderungen in Polen*, 1922, p. 40 y ss.

6. Tampoco cuando la Constitución del *Reich* excluye una norma jurídica de Derecho privado lo entiende técnicamente. Si el art. 152, párrafo 2, inciso 2, acepta la frase del BGB § 188, párrafo 1, según la cual son «nulos los negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres», la norma del § 138 BGB no se convierte en contenido de la Constitución. Si una ley del *Reich* vulnerase el § 138, párrafo 1, y afirmase en contrario, por ejemplo, que el negocio contrario a las buenas costumbres fuese válido en los límites de su admisibilidad, o pudiese ser derogada con estos límites en virtud de un pronunciamiento judicial, o pudiese ser declarado nulo sólo con un juicio (constitutivo) (cfr. § 747 HGB en la versión de la Ley de 7 de enero de 1913), o bien que la parte que actúa contra las buenas costumbres pudiese realizar ciertos derechos fuera del negocio objetivamente contrario a las buenas costumbres, etc., todo esto no contradiría el art. 152 de la Constitución.

7. Diversamente ANSCHÜTZ, *Komm. zu Art. 153*; GIESE 1 zu Art. 153. El Tribunal Federal suizo ha remarcado repetidamente que la garantía de la propiedad conforme a la Constitución constituye también una «restricción para el legislador». Cfr. Entsch. Bd. 26 I, 77.

8. También puede traducirse por «leyes del *Land*», empleando la expresión literal utilizada por el autor. Sin embargo, dado que el concepto de «Estado» o «territorio» alemán ha mudado sensiblemente a lo largo del tiempo desde el período de los antiguos reinos prusianos y austriaco hasta el actual concepto de «Estado federado» (*Land*), hemos preferido utilizar, según el caso, el sustantivo «territorio» y el adjetivo «territorial». A mero título informativo téngase en cuenta que el Imperio alemán fue fundado el 18 de enero de 1871 tras la victoria de Prusia en la Guerra franco-prusiana y supuso la unificación de los diferentes Estados alemanes en torno a Prusia, excluyendo a Austria. Prusia se convirtió en Alemania, bajo el liderazgo del canciller Otto von Bismarck. La revolución de noviembre de 1918 llevó, hacia el final de la Primera Guerra Mundial, al cambio desde la monarquía del Imperio a una República pluralista, parlamentaria y democrática, en la que los Estados o territorios empiezan a asumir un mayor número de competencias hasta desembarcar, con la Ley Fundamental de Bonn (1949), tras la Segunda Guerra Mundial, en el concepto de «*Land*» como hoy en día lo conocemos [N.d.T.].

9. Se refiere el autor a la *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, de 18 de agosto de 1896, que entró en vigor junto con el BGB el 1 de enero de 1900, en la que se contienen esencialmente las normas jurídicas relativas a la entrada en vigor del BGB, el Derecho internacional privado y el Derecho transitorio. La ley ha sufrido ulteriores modificaciones. Su actual versión data de 21 de septiembre de 1994, y ha sufrido una importante actualización como consecuencia de la «Ley de Modernización del Derecho de obligaciones» (*Modernisierungsschulrechtsgesetz*) de 2001 [N.d.T.].

10. Dejando a un lado algunos casos particulares (arts. 122, 123 EG.BGB).

11. En la medida en que también aquí se crean, o ya existan, prescripciones del Derecho federal (propiedad de obras mineras).

12. El autor transcribe la frase directamente en francés, cuyo tenor es el siguiente: [*L*]a *législation peut restreindre le contenu du droit de propriété, sans porter atteinte au principe constitutionnel de l'inviolabilité, à la seule condition qu'elle le fasse d'une manière générale, égale pour tous* [N.d.T.].

13. La frase puede también volverse importante especialmente respecto de la aplicación de los §§ 679 y 688, párrafo 2, del BGB; estos parágrafos suponen una obligación jurídica «para cumplir con el interés público» (y no solamente una obligación de carácter meramente moral).

14. Merecen ser subrayados los escritos del teólogo católico OTTO SCHILLING *Reichtum und Eigentum in der altkirchlichen Literatur*, 1908; *Staats- und Soziallehre des hl. Augustins*, 1910, p. 244; *Der kirchliche Eigentumsbegriff* (1920), p. 52 y ss. En la frase «los bienes obligan» permanece viva al mismo tiempo una parte del postulado revolucionario de «fraternidad»; cfr. MAX ERNST MAYER, *Rechtsphilosophie*, 1922, 86.

15. SchweizBGEntscheid. 37 I, 521; aquí también, véase, a propósito de las antiguas Constituciones Cantonales, que definen la expropiación como «excepción», «derogación» del principio de inviolabilidad. Cfr. ulterior material de LAYER, *Principien des Enteignungsrechts*, pgs. 142 y ss.

16. TRIEPEL en Roten Tag, 1920 Nr. 149 (9 de julio), que acentúa con razón que la Constitución promueve la atención al bien general y a una base jurídica.

17. Cfr. RG., ZivS. 102, 162 y ss., donde se expresa con razón que el alojamiento forzoso de personas necesitadas de vivienda es expropiación y se pone la cuestión (y se niega) si los alquileres pagados por el beneficiario constituyen una expropiación adecuada en el sentido de la RV. Semejantemente, el Tribunal de Baviera para conflictos de competencias, Resolución del 18 de mayo de 1921, LeipzigZ. 1921, pg. 422. Al respecto, más abajo V 6.

18. ¡Aquí no se trata de elegir entre dos concepciones jurídicas! El empresario recibe (estableciendo el plan) un derecho privado sobre el fundo frente a la pretensión de Derecho público que tiene contra el Estado.

19. El caso particular del art. 153, párrafo 2, inciso 4 (expropiación para el *Reich* frente a los *Länder*, Municipios y Asociaciones de utilidad pública) queda aquí fuera de consideración. Me parece dudoso si está permitida una ley que libre de la obligación de expropiar en el caso del art. 156, párrafo 1, inciso 1, es decir, en caso de conversión de la empresa en propiedad pública. En mi opinión, debe negarse la cuestión, puesto que el Art. 156, aunque haga valer «de acuerdo con» las normas de expropiación, permite «preservar la indemnización», lo que significa que «la» (es decir, razonable) indemnización no puede faltar sin un cambio de la Constitución. Sobre esto el art. 188, párrafo 2, véase más arriba I.

20. Según el modelo de la «*juste ... indemnité*» en la *Declaration des droits de l'homme*, v. 1789 art. 17: Francia, Bélgica, Italia etc.; también las leyes nortamericanas: *just and full compensation*.

21. El texto habla, sin embargo, sólo de «hacer útil», no pensando en las utilidades de la plusvalía no ganada, sino en ella simplemente.

22. Los Municipios no lo adquieren *ipso iure*, aunque tengan el derecho de adquisición mediante solicitud a las autoridades administrativas.

23. Introducción a la *Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten* (Ley territorial de los Estados Prusianos, promulgada en 1794). Fue la primera, y todavía sigue siendo la única, codificación general de todo el Derecho de un país [N.d.T.].

24. La supresión sin previa indemnización de derechos sin valor patrimonial es naturalmente admisible según la RV. Así, cuando la Ley bávara de concentración parcelaria de 5 de agosto de 1922 (GS, pg. 488), en su art. 16, suprimió tales servidumbres sin indemnización, al hacerse superfluas «en virtud de la empresa de concentración»; tal vez también el art. 17, párrafo V: traslado sin indemnización de los caminos de arrastre. De modo semejante, derechos que estén bajo una condición que probablemente nunca se realizará y que entonces no tienen valor desde el punto de vista económico, pueden ser eliminados sin indemnización. La supresión de los fideicomisos (art. 155, párrafo 2, inciso 2) puede llevar a una expropiación sin indemnización de los derechos de los agnados más lejanos.

25. De manera similar hay que valorar la Ley de Meckl.-Strelitzsche de 3 diciembre de 1920 que la eliminado sin el pago de indemnización el dominio directo sobre los bienes enfitéuticos pertenecientes a los caballeros. Es válida.

26. La cuestión de cómo contemplar la desvaloración producida entre ese momento temporal y el del pago ya no tiene nada que ver con la cuestión sobre qué sea una indemnización razonable en el sentido de la Constitución del *Reich*.

27. No existe una obligación de «vender», sino una obligación de transmitir a cambio del pago de un precio. No es un *pactum de non petendo*, sino que la misma *venditio* se sustituye por el acto del Estado (o el acto del Estado y el «requerimiento» unilateral del beneficiario). En los escritos doctrinales de NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang* (1920), pgs. 25 (2), 69-72, 144, esta cuestión no se trata satisfactoriamente (cfr. especialmente, pg. 71 (2): ¿con una declaración [unilateral!] existiría un contrato de compraventa?).

28. Es diferente la ciencia francesa que en estos casos no habla de «*expropriation*».

29. Cfr. la Ley de Baviera de 9 de mayo de 1918, que permite claramente la expropiación con ocasión de los Derechos de construcción con la finalidad de urbanización de zonas edificables; igualmente el Reglamento del *Reich* para la eliminación de las necesidades de vivienda más urgentes de 9 de diciembre de 1919, § 5. Sin embargo, incluso puede bastar con la imposición obligatoria de un derecho edilicio en virtud de leyes generales territoriales relativas a la propiedad, en vez de expropiar la propiedad, así, por ejemplo, para la incentivación de empresas.

30. La opinión divergente de E. HUBERS, *System d. Schweiz. PrivRs* III (1889), pg. 215, y *Anm.* 1, del mismo, es que tampoco ha penetrado en Suiza como demuestra la versión jurídico-federal.

31. El hecho de que esta finalidad deba tener un interés público no pertenece al concepto de expropiación, sino al presupuesto de su admisibilidad.

32. Muchos niegan que éste puede ser el contenido de la expropiación, también OTTO MAYER, II, 43 y s. Pero la cuestión sobre si la propiedad existente se transmite no se cumple con la cuestión sobre si se transmite por eso mismo (y sólo por eso), porque (y en el momento en que) el expropiado era propietario (consecuencia jurídica), o si bien es independiente de quién era el propietario. La oposición se hace importante en el caso de la expropiación de créditos, acciones y semejantes.

33. Un derecho privado subjetivo tiene que ser adquirido. La adquisición de meras facultades («autorizaciones» de uso común y similares) o derechos públicos (potestades estatales de prohibición de construir) no son suficientes.

34. La legislación del *Reich* todavía no ha tomado posición en relación a la cuestión que aquí se está tratando.

35. La Constitución del *Reich* no habla de la posibilidad de proporcionar al Estado no solamente «participación» en la administración, sino una total (en solitario) administración. También en ese caso no existiría ninguna cesión a la propiedad común sin embargo, cuando no se presenta el hecho: tiene lugar entonces siempre, al mismo tiempo, una participación en los beneficios.

Fecha de recepción de originales: 3 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 29 de mayo de 2007.

NORMAS DE LA REVISTA

I. EXTENSIÓN Y SOPORTE MATERIAL

Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales, debiendo especificar en los mismos su originalidad.

Los originales de los artículos de las dos primeras secciones (Debate y Estudios) tendrán una extensión entre 22.000 caracteres (mínimo) y 60.000 como extensión máxima a espacio y medio y punto 12.

Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen o *abstract* de 10 líneas en castellano y en inglés, así como de cinco o seis palabras clave o *keywords* en castellano y en inglés.

Los originales han de enviarse por correo electrónico a la dirección de la coordinadora de la revista (teoria@tirant.es).

También deberá enviarse junto al nombre del autor, la universidad o institución a la que pertenece y, en su caso, la dirección de correo electrónico y de correo postal de contacto.

En el caso de que el texto haya sido publicado anteriormente en otro medio impreso o se haya presentado como ponencia o comunicación, se incluirán los datos en el documento.

En el caso de los artículos publicados en la Sección Temas de Hoy se podrán obviar parte de los requisitos formales de la Revista (*abstract*, doble Referring, Extensión, originalidad) pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso así lo hará constar la Revista.

En el caso de las traducciones de textos publicados en “Varia” obviamente no se pueden cumplir estos requisitos.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES

Los trabajos enviados a la Redacción de la Revista Teoría y Derecho serán evaluados mediante el sistema de *referee por pares*. Para ser publicados los trabajos, deberán obtener dos *referees* positivos. En el caso de que uno de los informes sea negativo, se estará a lo que decida el Consejo Editorial, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo, cuya decisión será vinculante. Cualquiera de los evaluadores internos o externos puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado, que serán comunicadas a los mismos, y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las correcciones oportunas. En este caso, la publicación definitiva del trabajo será sometida, de nuevo, al Comité Científico y, en su caso, al Consejo Editorial de la revista.

III. ENVÍO DE ORIGINALES

Los originales pueden remitirse por correo electrónico a la dirección teoria@tirant.es o por correo tradicional (enviando copia impresa y soporte digital) a:

Revista Teoría y Derecho
Tirant lo Blanch
C/Artes Gráficas, 14, entlo.
46010 Valencia

IV. SISTEMA DE CITAS

Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editor considera que la forma óptima de presentar las referencias

bibliográficas será al final del texto, a través de una nota bibliográfica que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de la posición del autor.

Excepcionalmente podrá utilizarse el sistema abreviado de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (GONZÁLEZ VICÉN: 1990:95)

Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica en el apartado III. Si se citan varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. Tanto en el elenco bibliográfico como en la referencia bibliográfica. Si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula. Por ejemplo: GONZÁLEZ VICÉN 1979a correspondería a “La obediencia al Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV, 1979, pp. 4-32 y González Vicén 1979b correspondería a “La Escuela Histórica del Derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, XIX, 1979, pp.1-48.

En todo caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

APELLIDO/S, inicial del nombre, Título, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, artículo incluido en libro, etc. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2.- Artículo de revista:

GONZÁLEZ VICÉN, F., “La Filosofía del Derecho como concepto histórico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65

3.- Trabajo o artículo incluido en libro:

GONZÁLEZ VICÉN, F., “Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia” de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33

V. MIEMBROS DEL CONSEJO Y DEL COMITÉ:

Para ser miembro del Consejo Editorial y/o del Comité Científico se requiere:

- Ser Catedrático de Universidad en activo, en la propia Universidad y/o en centros de investigación.
- Ser mayor de 50 años.
- Tener un prestigio reconocido en el mundo académico.

Todas las condiciones han de cumplirse en el momento de ingresar en la Revista.

Como excepción y dada la naturaleza de sus funciones en el caso de la coordinación únicamente será necesario cumplir el tercer requisito