

# teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE 8/2010

**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**

*Catedrática 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*

**Marta Lorente Sariñena**

*Catedrática de Historia del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid*

\* Por orden de edad

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho

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.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es). Sitio web: [www.tirant.com/teoriayderecho](http://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](mailto:tlb@tirant.com)

<http://www.tirant.com>

ISSN: 1888-3443

Depósito legal: V - 2840 - 2007

Diseño y maquetación: PMc Media

Imprime: Guada Impresores, S.L.

# SUMARIO

## DEBATE

### El derecho de defensa

Observaciones preliminares .....	7
<i>Tomás S. Vives Antón</i>	
Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales.....	17
<i>Victor Moreno Catena</i>	
La intervención de comunicaciones entre abogados defensores con sus clientes y la guerra contra el terrorismo en los Estados Unidos .....	41
<i>Luis Salas</i>	
¿Inferioridad de armas en el proceso penal? (Especial referencia al derecho a la prueba) .....	53
<i>Luis Rodríguez Ramos</i>	
La abogacía institucional y la tutela del derecho de defensa.....	69
<i>Manuel Camas Jimena</i>	
Deontología de las profesiones jurídicas. Una discusión académica .....	81
<i>Liborio L. Hierro</i>	

## ESTUDIOS

Eficacia normativa y existencia del derecho.....	103
<i>Josep Maria Vilajosana</i>	
Dogmática, derechos fundamentales y justicia penal: análisis de un conflicto .....	121
<i>María Luisa Cuerda Arnau</i>	
La <i>ideología constitucional</i> de los votos particulares al Auto del Tribunal Constitucional sobre la solicitud de suspensión de la LO 2/2010.....	141
<i>Miguel Revenga Sánchez</i>	
Silencio administrativo y revisión de oficio de las licencias urbanísticas: el regreso de Eurídice .....	151
<i>José Luis Martín Moreno</i>	
El derecho a ser oído y la justicia del proceso.....	173
<i>María José Añón</i>	

## TEMAS DE HOY

Sobre algunos aspectos de la contemplación penal de la sexualidad.....	207
<i>Fco. Javier Álvarez García</i>	
El caso del matrimonio celebrado por el rito gitano: la discriminación étnica y racial a debate .....	229
<i>Mario Ruíz Sanz</i>	
El transexualismo primario y su contemplación legal en el ordenamiento jurídico español .....	255
<i>Lucía Vázquez-Pastor Jiménez</i>	

## VARIA

El origen de la defensa o apología en el proceso griego. Su proyección doctrinal en el plano antropológico y en el jurídico .....	277
<i>Enrique Gómez Royo</i>	
Normas de la revista .....	309



# DEBATE

## El derecho de defensa

Observaciones preliminares

*Tomás S. Vives Antón*

Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales

*Victor Moreno Catena*

La intervención de comunicaciones entre abogados defensores con sus clientes y la guerra contra el terrorismo en los Estados Unidos

*Luis Salas*

¿Inferioridad de armas en el proceso penal? (Especial referencia al derecho a la prueba)

*Luis Rodríguez Ramos*

La abogacía institucional y la tutela del derecho de defensa

*Manuel Camas Jimena*

Deontología de las profesiones jurídicas. Una discusión académica

*Liborio L. Hierro*

## **RESUMEN**

En la jurisprudencia del TDH y del TC, el derecho a la asistencia letrada y el consiguiente derecho del abogado a defender forma parte del derecho de defensa del imputado y es inherente al proceso justo por la exigencia de igualdad de armas. El derecho de defensa, en cuanto compete al abogado, comporta tanto una libertad de actuación como una libertad de expresión especialmente reforzada.

## **PALABRAS CLAVE**

DERECHO DE ASISTENCIA LETRADA, PROCESO JUSTO, LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL ABOGADO, LIBERTAD DE ACTUACIÓN DEL ABOGADO

## **ABSTRACT**

In the jurisprudence of the Court of Human Rights and of the Constitutional Court the right to counsel, and the consequent right of counsel to defend, forms part of the accused's right of defence and is inherent in the due process of law as a result of the requirement of equality of arms. The right of defence, in as much as it is incumbent on the lawyer, involves freedom of action and an especially reinforced freedom of speech.

## **KEY WORDS**

RIGHT TO COUNSEL, DUE PROCESS OF LAW, LAWYER'S FREEDOM OF SPEECH, LAWYER'S FREEDOM OF ACTING

# OBSERVACIONES PRELIMINARES

Tomás S. Vives Antón

Catedrático emérito de Derecho Penal de la Universidad de Valencia  
Vicepresidente emérito del Tribunal Constitucional

**Sumario:** 1. Derecho de defensa y juicio justo. 2. Derecho de defensa y derecho del abogado a defender. 3. Sobre la libertad de defensa: A. Introducción. B. La libertad de defensa como libertad de expresión del abogado. C. De la libertad de actuación del abogado. D. Garantías de la libertad de defensa.

## 1. DERECHO DE DEFENSA Y JUICIO JUSTO

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TDH) declaró en su sentencia de 2 de Junio de 2005 [caso Goktepe c. Bélgica (*Tol 117828*)] que la contradicción es “el corazón del juicio justo”. Esa afirmación no es una simple ocurrencia retórica, sino que apunta a la esencia misma del juicio justo desde la perspectiva constitucional. El objeto del proceso ya no puede ser, dado ese trazo esencial de su configuración, una búsqueda ilimitada de la verdad a cargo de los órganos oficiales encargados de averiguarla, respecto a la que el imputado comparece como el objeto principal de la indagación; en adelante, por el contrario, el proceso ha de cursar como una controversia entre iguales, en la que los poderes de las instituciones públicas han de detenerse ante los derechos del imputado. Desde esa perspectiva, el derecho de defensa cobra una nueva y singular importancia en el proceso penal, como momento básico del juicio justo, al que es preciso otorgar una atención renovada, a cuya finalidad se dedica esta sección de la revista *Teoría & derecho*.

La mayor parte de las cuestiones más básicas de ese derecho son estudiadas monográficamente por otros autores. Sin embargo, me parece útil añadir, como mera presentación, algunas consideraciones previas que sirvan como

una suerte de estado de situación del derecho, básicamente en la jurisprudencia constitucional, mediante las que el lector pueda aproximarse tanto a su posición genérica como a sus límites.

## 2. DERECHO DE DEFENSA Y DERECHO DEL ABOGADO A DEFENDER

Para comenzar a delinear la situación del derecho de defensa en la jurisprudencia constitucional, creo necesario transcribir el fundamento jurídico número trece de la STS 91/2000 de 30 de marzo (*Tol 24513*).

“... Nuestra jurisprudencia (SSTC 37/1988, de 3 de marzo, 181/1994, 29/1995, de 6 de febrero y 162/1999, de 27 de septiembre), ha reconocido que el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del núcleo del derecho de defensa que ha de considerarse esencial desde la perspectiva del art. 24 CE y, por lo tanto, que constituye el punto de partida en la fijación del que hemos denominado “contenido absoluto” de los derechos fundamentales que, necesariamente, ha de proyectarse ad extra.

En el proceso penal, el derecho del acusado a estar presente en la vista oral no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que, referidas a su propia conducta, conforman la pretensión acusatoria. Sólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse

la conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del Letrado, y, en fin, puede ejercerse el derecho a la última palabra que, en nuestro Ordenamiento, hemos reconocido como una manifestación del derecho de autodefensa (STC 181/1994, de 20 de junio). La vista oral no es una simple secuencia del proceso penal, sino el momento decisivo en el que con publicidad y plena contradicción se debate acerca de la fundamentación de las pretensiones de condena y la fuerza de convicción de las pruebas aportadas por la acusación y la defensa.

El derecho del acusado a estar presente en el acto del juicio oral puede inferirse inmediatamente de los arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, según los cuales “*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial ... para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*” y “*a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*”; y del art. 14, núms. 1 y 3, del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966**, en la medida en que reconoce a toda persona el derecho a “*ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal ... en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella*”, y se establece como garantía mínima de toda persona acusada de un delito el derecho “*a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección ...*”, sin que sea necesario volver a destacar la importancia que, a tenor del art. 10.2 CE, revisten tales textos a la hora de determinar el contenido absoluto del derecho a un proceso justo (art. 24 CE).

Especialmente significativo resulta al respecto el tenor literal del art. 6.3 c) CEDH, en el que se reconoce el derecho “*a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor*”. Se pone así de manifiesto que el que ha de ejercer el derecho de defensa es el acusado: el Letrado se limita a “*asistirle*” técnicamente en el ejercicio de su derecho, habiéndose reiterado, tanto por nuestra jurisprudencia (vid. las SSTC antes mencionadas) como por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la opción por la asistencia jurídica gratuita o por la de un Letrado de elección, no puede entenderse como renuncia o impedimento para ejercer la defensa por sí mismo. Ambas son compatibles, de modo que la defensa técnica no es, en definitiva, sino un complemento de la autodefensa.

Merecen destacarse, en tal sentido, las SSTEDH de 16 de diciembre de 1999 (casos T y V contra Reino Unido). En dichas resoluciones el Tribunal Europeo re-

*afirma de modo inequívoco que el derecho del acusado a defenderse comporta el de poder dirigir realmente su defensa, dar instrucciones a sus abogados, interrogar a los testigos y ejercer las demás facultades que le son inherentes.*

*En ese contexto han de entenderse las numerosas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas a la importancia capital que ha de darse a la presencia del acusado en el marco de un juicio justo (SSTEDH de 12 de febrero de 1985 —caso Colozza c. Italia, núm. 27—; de 28 de agosto de 1991 —caso FCB c. Italia, núms. 28 a 36—; de 23 de noviembre de 1993 —caso Poitrimol c. Francia, núms. 31 y 35—; de 22 de septiembre de 1994 —casos Lala y Pelladoah c. Holanda, núms. 27 y 40, respectivamente).*”

Si algo se sigue de esas consideraciones del TEDH y del TC es que la titularidad del derecho de defensa penal corresponde al imputado y que la asistencia letrada es un complemento esencial de su derecho a ser oído, que posibilita tanto el ejercicio adecuado del derecho cuanto la igualdad de armas en el proceso. Pero, de esa premisa se siguen varias conclusiones que es preciso extraer para modificar nuestras prácticas haciéndolas acordes con las exigencias constitucionales. La primera de esas conclusiones es la de que la posición física de los abogados defensores en el proceso no es adecuada, como se sigue inmediatamente de las sentencias en los casos T y V contra el Reino Unido, dictadas por el Tribunal Europeo y citadas por el Tribunal Constitucional. En efecto, en ellas se estimó infringido el derecho de defensa porque la posición física de los abogados durante el juicio no permitía a los imputados dirigir efectivamente su defensa. La circunstancia de que fuesen menores no alteró esa conclusión. Pues bien: la configuración de nuestras salas de audiencia ha de modificarse conforme a esa exigencia del derecho del imputado a la defensa, según la cual ha de poderla dirigir realmente. Desde luego, las exigencias de cambio procedentes del contenido del derecho de defensa no terminan en la necesidad de esa modificación física, sino que van mucho más allá: precisan el reconocimiento jurídico de esa relación, cuya función en el proceso podría enervarse si no se le otorgase una tutela especial frente a las posibles ingerencias de los poderes públicos.

Pocos pronunciamientos judiciales hay en España al respecto. Por eso merece destacarse el recaído al enjuiciar la actuación del juez que instruyó el caso Gürtel. Aunque, se trata de una decisión inductoria, sin más valor que el de un pronunciamiento meramente provisional, vale la pena destacar cuanto se dice en el fundamento de derecho primero del auto de 19 de octubre de 2010 (*Tol 1972819*). Reza así:

“Sobre este particular, es importante resaltar que el Tribunal Europeo de Derechos humanos ha admitido la intervención de las comunicaciones entre el letrado y su cliente en los supuestos excepcionales en que se instrumentalice el ejercicio de la profesión de abogado para la comisión de conductas delictivas. Y así, en la sentencia de 30 de septiembre de 1985 (*Caso Can contra Austria*), a pesar de que se estimó infringido el art. 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales por haberse impedido a un imputado en situación de prisión provisional comunicarse libremente con su abogado durante un periodo de tres meses al inicio de la instrucción (se le impuso que las entrevistas con su letrado fueran a presencia de personal judicial ante el peligro de ocultación de pruebas), se matiza que no quedó constatado en el caso concreto el peligro de colusión entre el imputado y el letrado con incumplimiento de los deberes profesionales de éste. Con lo cual, se deja abierta la posibilidad de que la medida fuera legítima en el caso de que se acreditara una actuación delictiva del letrado en connivencia con el imputado.

En similares términos se pronunció el TEDH en la sentencia de 20 de junio de 1988 (*Caso Schönenberger y Dumaz contra Suiza*), al considerar que la intervención de una carta remitida por el letrado a un preso vulneraba el art. 8 del Convenio, toda vez que no se acreditó la connivencia o colusión entre el letrado y el imputado que pudiera justificar la medida. Por lo cual, cabe inferir que en caso contrario sí estaría justificada y permitida la intervención de la correspondencia imputado/letrado.

En la sentencia de 28 de noviembre de 1991 (*Caso S. contra Suiza*) se admite que pueda haber motivos excepcionales convincentes, aunque no los hubiera en el caso concreto, que justificaran el control y la escucha de las conversaciones del detenido con su letrado.

En la sentencia de 25 de marzo de 1992 (*Caso Campbell contra Reino Unido*), a pesar de que se consideró vulnerado el Convenio Europeo, no se excluye la posibilidad de autorizar en casos excepcionales la lectura de la correspondencia de un interno con su letrado cuando hubiera motivos justificados para entender que la carta contiene elementos de carácter delictivo.

La sentencia de 25 de marzo de 1998 (*caso Kopp contra Suiza*) contempla el supuesto de las escuchas te-

lefónicas de las conversaciones de un letrado con sus clientes con el fin de investigar la transmisión de una información oficial secreta a un bufete de abogado. El Tribunal Europeo no cuestionó la posibilidad de la intervención telefónica de las conversaciones del letrado con sus clientes, siempre que aquél estuviera imputado en la causa, pero estimó la demanda al considerar infringido el art. 8 del Convenio por las deficiencias y omisiones que presentaba la normativa suiza en la regulación de esta clase de conversaciones, para las que exige una ley con una precisión y claridad especiales, dados los derechos fundamentales en juego.

Y en el mismo sentido se pronuncia la reciente sentencia de 22 de abril de 2010 (*Caso Radkov contra Bulgaria*), en la que aunque se considera infringido el art. 8 del Convenio Europeo por haber sido abiertas cinco cartas dirigidas por los letrados al interno en un centro penitenciario, la resolución deja también abierta la posibilidad excepcional de la intervención y lectura en el caso de que concurrieran razones especiales.

Ahora bien, sentado lo anterior, sí debe quedar muy claro que los supuestos en que se autorice la intervención de las comunicaciones de un interno con su letrado han de ser *sumamente extraordinarios*, de modo que el nivel de exigencia indiciaria contra el abogado connivente ha de tener una enjundia y solidez sin duda notablemente superior a los supuestos de intervención habituales de las comunicaciones de un imputado con terceras personas ajenas a su letrado. Y es que los derechos fundamentales afectados son muy distintos en unos casos y en otros, tanto desde una visión cuantitativa como cualitativa de los mismos.

En efecto, en los supuestos en los que el imputado se halla preso y se intervienen las comunicaciones orales con su letrado, no sólo están en juego el derecho a la intimidad, y, en su caso, el derecho al secreto de las comunicaciones (entendido el término “comunicaciones” en sentido amplio), sino que se hallan también en liza de forma destacada y apremiante el derecho fundamental a la defensa, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y el derecho al secreto profesional de los letrados (concebido como un derecho-deber). El cercenamiento de estos derechos se agrava por la situación de privación de libertad en que se hallan los imputados, al estar sometidos a un régimen de sujeción especial que les impide tener comunicaciones con su abogado fuera del espacio del centro penitenciario dada su situación personal. Este estatus de sujeción especial ha llevado al Tribunal Constitucional a interpretar en un “sentido reductivo” la limitación de los derechos fundamentales de un imputado en tal situación (SSTC 74/1985, 170/1996, 2/1987, 175/1997 y 58/1998).

En lo que concierne al *derecho de defensa*, el Tribunal Constitucional ha resaltado en numerosas resoluciones “la especial responsabilidad que incumbe a los órganos judiciales de velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, porque en este ámbito

la protección de los bienes en conflicto adquiere la mayor intensidad que puede dispensar el Ordenamiento jurídico" (SSTC 1/2007 y 160/2009). Asimismo ha destacado la íntima conexión que existe entre el derecho de defensa y el de asistencia letrada, derecho que tiene como finalidad, al igual que todas las demás garantías que conforman el derecho en el que se integran, el de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de partes y de contradicción, y que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión, prohibido por el precitado art. 24. 1 CE (SSTC 47/1987, de 22 de abril; y 9/1997, de 14 de enero). Sin olvidar tampoco la especial relevancia que adquiere el derecho de defensa cuando el Estado ejerce el *ius puniendi* limitando la libertad del imputado, lo que implica una profunda injerencia en el núcleo más sagrado de sus derechos fundamentales (SSTC 68/2002 y 198/2003).

Dentro del ámbito específico del derecho de defensa, el TC ha enfatizado en diferentes resoluciones la *imprescindibilidad de las comunicaciones directas* entre el imputado y su letrado para la efectividad de ese derecho fundamental (SSTC 73/1983, 183/1994, 538/1997 y 7/1998). Y el TEDH, al aplicar el art. 6.3.c) del Convenio, advierte de forma reiterada que el derecho del acusado a comunicarse con su letrado fuera del alcance de un tercero figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática (sentencias de 16 de octubre de 2001, "Caso Brenan contra Reino Unido"; 5 de octubre de 2006, "Caso Marcello Viola contra Italia"; y 13 de marzo de 2007, "Caso Castravet contra Moldavia").

En lo que respecta al derecho al *secreto profesional*, el último párrafo del art. 24 de la Constitución establece que la ley regulará los casos en que por razón de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Y esta previsión del constituyente ha sido después desarrollada en los arts. 416.2 de la LECr. y 542.3 de la LOPJ. En el primero queda dispensado el abogado de declarar sobre los hechos que le hubiera confiado el imputado en su calidad de defensor. Y en el segundo precepto se obliga a los abogados a guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos. Estos preceptos quedan complementados con lo dispuesto en el art. 42.1 del Estatuto General de la Abogacía.

El concepto de secreto es interpretado tanto por el Tribunal Constitucional como por la jurisdicción ordinaria como un concepto formal e instrumental, de suerte que cuando la Constitución o el legislador ordinario protegen un secreto lo hacen como instrumento idóneo para anticipar la tutela de otros derechos sustantivos que se hallan amparados detrás del formalismo del deber

de secreto. Así sucede con el derecho al secreto de las comunicaciones, que es concebido por el Tribunal Constitucional como formal en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido (STC 114/1984); y así ocurre también con el secreto profesional, que ha de verse como una tutela anticipada de carácter formal del derecho de defensa y del derecho a la intimidad del imputado que mantiene una relación de carácter confidencial con el letrado con el fin de garantizar esos derechos fundamentales sustantivos. El propio Tribunal Constitucional ha previsto en alguna resolución la posibilidad de que el secreto profesional resulte afectado por las intervenciones de las comunicaciones de un imputado (STC 184/2003, fund. quinto).

El cúmulo de derechos afectados por la intervención de las comunicaciones imputado/letrado justifica, pues, de forma incontestable el grado de excepcionalidad que ha de tener la intervención judicial de esa clase de comunicaciones. Ello explica con holgura los reforzados niveles de exigencia con que se han de autorizar tales intervenciones, tanto en lo atinente a los requisitos sustantivos y procesales como en lo que concierne a la consistencia y explicitud de la motivación"

A todo lo cual hay que añadir que del hecho de que el derecho del abogado a defender sea un instrumento del derecho de defensa del imputado no se sigue, en absoluto, un relajamiento de su contenido: al contrario, al estar tan íntimamente unido al derecho fundamental, pasa a formar parte de él y su contenido, como se verá a lo largo de toda esta sección, resulta ampliado y reforzado. Por eso parece conveniente efectuar algunas acotaciones previas respecto de la libertad de defensa.

### 3. SOBRE LA LIBERTAD DE DEFENSA

#### A. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de la libertad de defensa, se hace referencia, generalmente, a la libertad de expresión y actuación procesal del abogado. Ciertamente los titulares del derecho de defensa son las partes; pero el abogado, como consecuencia de los deberes de asistencia técnica que asume, ha de gozar de la correlativa libertad para ejercerlos. Esa libertad se halla, por tanto, en tan inmediata conexión con el

derecho constitucional de defensa de las partes que puede decirse que forma parte de él. El análisis de la libertad de defensa del abogado puede analizarse dividiéndolo en dos aspectos bien diferenciados, a saber: el de la libertad de expresión, a la que por antonomasia se llama en ocasiones libertad de defensa y el de la libertad de actuación que, según más adelante se dirá, sufre en nuestro país de un cierto subdesarrollo.

Desde luego, la división podrá aparecer artificial, porque todo acto expresa algo y toda palabra pronunciada constituye, a su vez, un acto; pero, a efectos prácticos, resulta suficientemente clara y, desde luego, es útil.

## B. LA LIBERTAD DE DEFENSA COMO LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL ABOGADO

En mi etapa de magistrado del tribunal constitucional tuve el honor de redactar la Sentencia del que, según creo, constituye un *leading case* en esta materia. Se trata de la STC 65/2004 de 19 de abril. En su fundamento jurídico 2 se afirma que la del abogado es “una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art.24.2 CE) y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamenta papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE). Por tales razones se trata de una manifestación *especialmente immune* a las restricciones que en otro contesto habrían de operar (STC 205/1994, de 11 de junio, FJ 5)”.

Quisiera destacar esa declaración de especial inmunidad que asiste al discurso del abogado en tanto esté cumpliendo con él su función de defensa: la libertad de expresión del abogado goza de un doble escudo constitucional, a saber: el que representa la libertad de expresar nuestras ideas, sentimientos, etc, de la que todos gozamos en virtud del art. 20 de la CE (y que, como sabemos es una libertad tan básica que goza de la que algunos autores norteamer-

icanos denominan *full protection*); y, además del que le proporciona el hecho de que representa una condición para el ejercicio del derecho de defensa de las partes (y una condición sin la cual el ejercicio de ese derecho quedaría sin su contenido propio).

Naturalmente, cuanto acaba de decirse no implica que la libertad de expresión del abogado sea ilimitada: si lo fuera, no sería una libertad, sino un poder arbitrario; pero sí exige examinar muy cuidadosamente cualquier limitación que se imponga a esa libertad, asegurándose, antes de darla por buena, que no vulnera ninguno de los 2 derechos fundamentales antes aludidos. Así, al corregir la infracción prevista en el art.449.1 LOPJ, (faltar al respeto debido al los Jueces y Tribunales, Fiscales, Secretarios, o cualesquiera otras personas que intervengan en el proceso, ha de atenderse tanto al sentido contextual de las frases o expresiones utilizadas cuanto para su funcionalidad para el ejercicio de la defensa.

De modo que, de un lado han de quedar excluidos los insultos y descalificaciones, aunque no pueden incluirse como tales los atributos negativos que se prediquen de una actuación que se impugna; y, menos todavía, si constituyen momentos efectivos de la defensa.

Veamos ahora cómo, en el fundamento jurídico 4 resuelve la sentencia precitada el caso que enjuiciaba, aplicando los criterios a los que se hecho referencia.

*En el presente caso fue en la vista oral de un recurso de apelación civil, al justificar la solicitud de nulidad de la Sentencia impugnada, donde el recurrente, en su condición de Letrado, manifestó que en ella había “falsedades y barbaridades”, expresiones éstas en las que se centra el reproche de los Acuerdos sancionadores. Al haber sido en la vista oral y haber retirado el Presidente de la Sección el uso de la palabra al Letrado, éste no pudo entonces explicar en qué basaba tales contundentes afirmaciones. Podríamos reconstruir sus explicaciones a través de las expresadas en sus recursos en la vía judicial previa y en las alegaciones presentadas en este proceso de amparo. No parece oportuno ni preciso, sin embargo, centrar nuestro análisis en la existencia o inexistencia de justificación fáctica o jurídica de tales expresiones, pues con las mismas, cualquiera que sea su acierto y la palmaria posibilidad de ser sustituidas por otras menos molestas, no se hacía otra cosa sino expresar el desacuerdo fáctico y*

jurídico con las conclusiones a las que, en la Sentencia impugnada, había llegado la juzgadora de instancia.

Resulta evidente que a las expresiones utilizadas pueden atribuírsele diversos significados. Dicho de otro modo, no presentan como único significado el que les han atribuido los órganos judiciales al justificar la corrección disciplinaria, ni tampoco únicamente el más benigno que el recurrente ofrece en su defensa. Las expresiones utilizadas se refieren, indudablemente, a la Sentencia impugnada, aunque trascienden a su autora intelectual, mas no apreciamos que no se trate de términos empleados para defender la petición de nulidad que se postulaba, pues ésta, según el art. 238 LOPJ entonces vigente, puede basarse, entre otras razones, en haber prescindido "total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley", supuesto que, de concurrir en este caso, supondría en lenguaje coloquial un error jurídico de tal magnitud que algunos podrían tachar de auténtica "barbaridad" o una "falsedad".

Por ello cabe concluir que las expresiones vertidas en la vista oral vienen amparadas en la libertad de expresión del Letrado que, precisamente por su carácter específico, le permite una mayor "beligerancia en los argumentos" (STC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 6) dada su conexión con el derecho de defensa de la parte. En definitiva, el abogado recurrente actuó en este caso en defensa de su cliente, intentando justificar la impugnación de la Sentencia de instancia en términos que, pese a su rotundidad, no pueden considerarse fuera del alcance de la protección que otorga la libertad de expresión en la defensa letrada. En consecuencia, los Acuerdos ahora recurridos, al sancionar al demandante de amparo exclusivamente por la utilización de tales términos aun después de haberle retirado el uso de la palabra, lo que materialmente supuso ya una importante limitación de su libertad de expresión, vulneraron esta manifestación cualificada del derecho fundamental alegado, y por ello debe otorgarse el amparo.

Creo que ese razonamiento deja bien claro cuál es el alcance la libertad de expresión del abogado, frente a la cual todo límite resulta sospechoso. Sin embargo, no siempre el Tribunal Constitucional parece haber actuado con el mismo rigor.

Para comprobarlo así, basta analizar el FJ 7 de la STC 197/2004 de 15 de noviembre, dictada, pues a los pocos meses. Dice así:

*En consecuencia, para comprobar si el indicado límite ha sido franqueado en el presente caso, habremos de atender al significado de las concretas expresiones utilizadas y al contexto procesal en que han sido empleadas por el recurrente. En tal sentido resulta pertinente recordar que la corrección disciplinaria impuesta al Letrado recurrente tiene su origen en la controver-*

*sia lingüística entablada con la Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Barcelona, con motivo de la decisión de ésta en emplear la lengua catalana como lengua del proceso, pese a alegar el recurrente, en su condición de abogado defensor, indefensión por desconocimiento de la lengua catalana, invocando al efecto lo dispuesto en el art. 231.2 LOPJ. Pues bien, sin perjuicio del derecho que asistía al recurrente para postular que la lengua utilizada en el proceso fuese el castellano, es lo cierto que referirse a la actuación judicial con frases tales como "S.Sª me merece todo el respeto ... pero de su ciencia jurídica preferimos no opinar", "Parece una auténtica tomadura de pelo", "Decir lo que ha dicho la Ilma. Sra. Jueza ... nos parece una aberración y un desafuero", o "Lo único que podría condensar es un presunto abuso de autoridad del Sr. Secretario y de S.Sª", entraña un evidente menosprecio de la función judicial que en nada se ordena a la defensa de los intereses del defendido por el demandante de amparo y que, por esto mismo, no puede encontrar cobertura o justificación en la libertad de expresión del Letrado en el ejercicio de sus funciones de defensa, como señala el Tribunal Superior de Justicia.*

*En efecto, las reseñadas son expresiones innecesarias a efectos del derecho de defensa y no constituyen una crítica a las resoluciones judiciales, a su contenido o los razonamientos expuestos en las mismas, sino que se dirigen directamente a la titular del órgano judicial, sin más ánimo que el de descalificarla y menospreciarla, siendo expresiones que si bien no encierran ningún insulto directo, sí que resultan sin duda objetivamente ofensivas y vejatorias para un Juez en el desempeño de la función judicial, y merecen una valoración semejante a la que en diversas ocasiones ha justificado ya la desestimación ya la inadmisión de otros recursos de amparo (ad exemplum, SSTC 46/1998, de 2 de marzo, y 226/2001, de 26 de noviembre, y AATC 76/1999, de 16 de marzo, y 10/2000, de 11 de enero). En consecuencia, los Acuerdos recurridos, al sancionar al demandante de amparo por la utilización de tales expresiones, no han vulnerado la libertad de expresión del abogado en el ejercicio del derecho de defensa.*

Tal y como se relata, la conducta del abogado que resultó sancionado no parece que quepa excluir una genuina actuación de defensa, pues no cabe imaginar mayor indefensión que la de actuar en un proceso que se sigue en una lengua que el abogado no entiende bien; y, por más que esa manifestación pudiera ponerse en duda, convirtiendo todo el incidente en algo ajeno a la libertad de defensa, lo cierto es que, en la fundamentación jurídica del TC no se aduce tal cosa. De modo que la afirmación posterior de que se trata de expresiones inne-

cesarias a efectos del derecho de defensa deviene injustificada. Otro tanto cabe decir del análisis de las expresiones, de las que se dice “que si bien no encierran ningún insulto directo, sí que resultan objetivamente ofensivas y vejatorias”. Aquí el Tribunal parece incurrir en una auténtica *contradictio in terminis*, negando primero lo que después afirma.

En resumen: que el Fallo del Tribunal en el caso podrá, quizás, ser correcto; pero la fundamentación mal podría compartirse; al contrario, tal y como discurre el relato, la conclusión hubiera debido ser el otorgamiento del amparo.

### C. DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN DEL ABOGADO

Los actos procesales del abogado están sometidos a los límites que resultan de la necesidad de cumplir los deberes procesales, del sometimiento a la policía de estrados y, por supuesto, a los límites infranqueables que derivan del respeto al Código penal. Así por ejemplo, no ha planteado ningún problema constitucional la sanción a un abogado por incomparecencia injustificada (STC 109/1991, de 14 de octubre) ni la sanción impuesta por alterar el orden público del juicio dando voces o sacándose la toga (STC 205/1994, de 11 de julio). Más problemático fue el caso examinado en la STC 79/2002, de 8 de abril. Expondré el problema transcribiendo un fragmento del voto particular formulado por la magistrada D<sup>a</sup> María Emilia Casas, al que se adhirió el ponente D. Fernando Garrido Falla. Dice así:

*Discrepo del razonamiento final de la Sentencia, según el cual: “En definitiva, en modo alguno se ha visto menoscabada en el caso que nos ocupa la libertad de expresión de la Abogada demandante de amparo en el ejercicio de defensa de su patrocinado, derecho fundamental que no puede amparar lo que no es otra cosa que una actuación procesalmente incorrecta de la propia Letrada, tanto más reprochable cuanto que los abogados, por la situación de protección que gozan en su actuación ante los Juzgados y Tribunales de Justicia (art. 437.1 LOPJ), vienen especialmente obligados al cumplimiento de las obligaciones que les impone la propia LO PJ y las correspondientes leyes procesales (art. 448 LOPJ), de suerte que los incumplimientos de tales obligaciones justifican precisamente la imposición*

*de las correspondientes correcciones disciplinarias por parte de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la “policía de estrados” conforme a los arts. 448 y ss. LOPJ” (FJ 7). En dicho razonamiento se interpreta el derecho fundamental en juego, la libertad de expresión, desde la legalidad infraconstitucional, cuando desde la perspectiva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico frente a sus límites y el carácter restrictivo de éstos, nuestro enjuiciamiento debe sostenerse en el proceso interpretativo cabalmente inverso; esto es, la legalidad infraconstitucional es la que debe interpretarse desde la Constitución y específicamente desde los derechos fundamentales.*

*Esta es la razón de que hayamos sostenido, en relación con la libertad de expresión y la aplicación de normas penales, que “cuando un órgano judicial aplica una norma penal ... que se refiere a conductas en las que se halla implicado el ejercicio de un derecho fundamental ..., ha de tener presente el contenido constitucional del derecho de que se trate, es decir, el haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga. De modo que, en este caso ... [no] puede incluir entre los supuestos sancionables aquéllos que son ejercicio ... [del derecho]” (SSTC 136/1999, de 29 de julio, FJ 20; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5).*

*Sobre la base del mismo razonamiento, tampoco las infracciones administrativas, sean o no disciplinarias, pueden incluir entre los supuestos sancionables aquéllos que constituyen legítimo ejercicio del derecho fundamental, pues, en definitiva, la protección del derecho fundamental impide que se anuden sanciones al ejercicio legítimo del mismo.*

Personalmente creo que las razones del voto particular son mejores razones que las de la sentencia. Dicho esto, que creo bastante para dar una idea aproximada de las dificultades con que tropieza en nuestro ordenamiento la libertad de defensa, concluiré con una reflexión muy genérica respecto a los tropiezos que pudieran sobrevenir, singularmente a las defensas penales, por su posible implicación en actividades delictivas.

Quiero tomar como núcleo de esta reflexión la sentencia del Tribunal Constitucional (BVG) alemán de 30 de marzo de 2004 ampliamente comentada por Mercedes Pérez Manzano, en el Libro Homenaje al profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo.

El caso objeto de la misma es la conformidad con la Constitución de una sentencia condenatoria confirmada por el Tribunal Supremo (BGH) sobre el hecho de la recepción

de honorarios por el abogado conociendo el origen delictivo del dinero. El Tribunal Constitucional confirma que el abogado que actúa con conocimiento seguro de la procedencia ilícita del dinero entregado en concepto de honorarios por la defensa penal traspasa los límites del ejercicio legítimo de su profesión. Pero, al hacerlo, realiza importantes precisiones que destaca Pérez Manzano.

El punto de partida de esas precisiones es que resulta constitucionalmente necesario llevar a cabo “una interpretación del delito que sea adecuada a la presunción de inocencia del cliente; o, dicho de otro modo, que el derecho a la presunción de inocencia del cliente impone límites a la interpretación del delito... al ser aplicado al abogado que le defiende”.

En consecuencia, cuando del abogado se trata, ha de tenerse en cuenta que este debe partir de la inocencia del cliente, cuya culpabilidad no se habrá probado normalmente en el momento de la recepción de la provisión de fondos; y, a falta de esa prueba, no bastan las sospechas, por fundadas que sean. En consecuencia, el abogado no puede ser condenado por el conocimiento posible o probable del origen ilícito del dinero; sino que es necesario que conozca ese origen con total seguridad. Con otras palabras, para condenar al abogado no basta ni la imprudencia, por temeraria que sea, ni el dolo eventual, sino que es preciso el dolo directo. De modo que, aunque el imputado tenga embargado todo su patrimonio, no cabe efectuar, contra el abogado, la inferencia de que el dinero con el que cobra es de origen ilícito, pues una medida cautelar no es todavía una sentencia firme y la presunción de inocencia impide tenerla por tal.

Creo que basta lo dicho para caer en la cuenta de la necesidad de una regulación que diga con exactitud a los Letrados cuándo actúan lícitamente en el ejercicio de su profesión y cuándo no. El hecho de que en España no se planteen problemas como el resuelto por el Tribunal Constitucional alemán no quiere decir que no los haya, sino que no se resuelven adecuadamente; y eso significa que a veces se otorga a los abogados una incorrecta “patente

de corso” y otras —y eso es aun más lamentable— se les condena indebidamente.

## D) GARANTÍAS DE LA LIBERTAD DE DEFENSA

Las anteriores reflexiones han concluido señalando un déficit de regulación legal, y destacando la ausencia de fronteras precisas entre el ejercicio legítimo de la profesión y las conductas delictivas. Un déficit semejante puede percibirse claramente en orden a la disciplina procesal, pues la falta de respeto es un concepto tan vago que solo una tradición aplicativa segura y constitucionalmente adecuada puede precisar, y esa tradición no existe.

Pese a ello, podría pensarse que el hecho de que las infracciones procesales sean resueltas mediante un procedimiento disciplinario; esto es, un procedimiento “interno”, constituye una garantía procesal para el abogado. La STC 38/1998 de 9 de marzo lo niega paladinamente; sin embargo la STC 92/1995 de 19 de junio, que anula la sanción impuesta al abogado en un juicio de faltas, acaba entendiendo que, efectivamente, el proceso disciplinario es una garantía.

Sin embargo se trata de una afirmación más que discutible, sobre todo en los casos en que el enjuiciamiento de una supuesta falta de respeto se lleve a cabo por el Juez o Tribunal que padeció dicha conducta, pues en tal caso cabe poner en duda su imparcialidad. Una queja en ese sentido fue resuelta negativamente por la STC 197/2004 ante citada. Dice esta sentencia en su FJ 4:

*La queja relativa al derecho al juez imparcial carece de relevancia constitucional, toda vez que, como ya señalamos en la citada STC 157/1996, la misma razón de ser y la lógica de la “policía en estrados” regulada en los arts. 448 y ss LOPJ—hoy en los arts. 552 y ss LOPJ—, que da origen a resoluciones jurisdiccionales dictadas en un proceso con todas las garantías, determina que en el caso de que el órgano judicial entienda que se ha producido una conducta de las previstas en dichos preceptos “la corrección se impondrá por el Juez o por la Sala ante la que se sigan las actuaciones” (antiguo art. 451.1 LOPJ), siendo una peculiaridad perfectamente admisible de estos procedimientos diseñados para reaccionar rápida y eficazmente contra las*

*conductas incorrectas en el proceso de los abogados y Procuradores.*

*Además, como señala esa misma doctrina, no concurren en las autoridades judiciales que imponen tales correcciones disciplinarias las condiciones de Juez y parte, puesto que el bien tutelado en el art. 449.1 LOPJ "no es el honor o la dignidad de la persona titular de un órgano judicial, sino el respeto debido al Poder Judicial en tanto que institución y, por tanto, al margen de las personas que eventualmente desempeñan la magistratura" (por todas, SSTC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 2; 79/2002, de 8 de abril, FJ 2; 117/2003, de 16 de junio, FJ 4; y 65/2004, de 19 de abril, FJ 4).*

Ese razonamiento no puede convencer, pues sea o no el Juez o Tribunal a quien se refiere la presunta falta de respeto titular del bien jurídico protegido, lo que no puede negarse es que resulta afectado por ella y, por lo tanto, que no es objetivamente imparcial. Aquí se pone de manifiesto un problema general del ordenamiento jurídico español, quizás aun más grave que los abundantes déficits de legalidad: un tratamiento inaceptable de la imparcialidad de los jueces.

Pero, ese problema no puede ser examinado aquí.

## RESUMEN

El reconocimiento constitucional del derecho de defensa dentro de los derechos fundamentales garantiza a todos los que quieran acudir a los juzgados y tribunales, o sean citados para comparecer ante ellos, que van a disponer de los medios jurídicos necesarios para sostener su posición procesal; de ese modo, ha de asegurarse la contradicción, que es el medio idóneo para hacer efectiva la defensa. El derecho de defensa es de contenido proteico, y en todo caso reconoce algunas actuaciones antecedentes y se manifiesta en su ejercicio de múltiples formas, dando lugar a un haz de derechos que conforman el fundamental derecho a la defensa. Aun cuando el derecho de defensa ha de protegerse en cualquier tipo de proceso, es en el proceso penal donde se manifiesta con una mayor intensidad y debe ser más cuidadosamente diseñado, puesto que en él se ponen en cuestión los bienes jurídicos más preciados del individuo, y porque, a diferencia de lo que sucede en el resto de los órdenes jurisdiccionales, aquí se ejerce la defensa frente a la acusación que sustenta normalmente un órgano público, el Ministerio Fiscal, y a partir de la cual se está solicitando la imposición de un castigo, y eso marca una gran diferencia con el derecho a la defensa en los procesos que se siguen ante otros tribunales. Por otro lado, debe aplicarse un criterio de indefensión que vaya más allá de la real y efectiva vulneración del derecho a la defensa, abogando por considerar que se ha vulnerado el derecho fundamental cuando de las actuaciones procesales se hubiera podido producir indefensión, sin entrar a examinar los resultados de la infracción, porque ese análisis a posteriori, y la remisión a los resultados, desvirtúa el sentido del derecho fundamental y autoriza todas las infracciones del derecho de defensa, sin posibilidad alguna de lograr su depuración, que no hayan conseguido finalmente dañar directa e inmediatamente la posición jurídica del sujeto.

## PALABRAS CLAVE

DERECHO DE DEFENSA, AUTODEFENSA, CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES CON ABOGADO, DEFENSA PENAL, DERECHO A LA ASISTENCIA DE ABOGADO, DERECHO A LA INFORMACIÓN SOBRE LA ACUSACIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES, EXCEPCIONES AL DERECHO A LA DEFENSA, INDEFENSIÓN

## ABSTRACT

The constitutional recognition of the right to counsel, within the fundamental rights guarants the universal access to justice. They have all the legal means to support their procedural position. Thus, the contradiction is ensured, and this is an appropriate mean for an effective defence. This rights is compounded by a "proteic" content, and it recognizes some background action and is manifested through its exercise in multiple ways, giving rise to a bundle of rights which constitute the fundamental right to defence. The right of defence in the criminal process has special significance, not least because unlike in other branches of law here it is exercised in the face of charges normally made by a public body, the Public Prosecutor's Office, which asks for the imposition of a punishment. This marks an important difference with respect to the defence of rights or interests in the processes of other courts. The application of a criterion of defencelessness that goes beyond the real and effective violation of the right to defence is upheld, arguing the grounds that the fundamental right has been infringed when there could have been defencelessness, without going into the effects of the infringement. Such an a posteriori analysis, and referred to results, distorts the sense of this fundamental right. Moreover, this authorizes all the infringements of the right of defence, without no chance of achieving its purification, which have not finally damaged immediately the legal status of the subject.

## KEY WORDS

RIGHT TO COUNSEL, SELF-DEFENCE, CONFIDENTIALITY OF COMMUNICATIONS WITH COUNSEL, CRIMINAL DEFENCE, RIGHT TO LEGAL ASSISTANCE, RIGHT TO INFORMATION ABOUT THE CHARGE, FUNDAMENTAL RIGHTS, EXCEPTIONS TO THE RIGHT OF DEFENCE, DEFENCELESSNESS

# SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA: CUESTIONES GENERALES\*

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad Carlos III de Madrid

**Sumario:** 1. El derecho de defensa. 2. La defensa penal y los derechos fundamentales “a la defensa y a la asistencia de abogado”. La indefensión material. 3. El derecho de defensa y la información sobre la acusación. 4. El momento inicial para el ejercicio del derecho de defensa. 5. El derecho del imputado a defenderse por sí mismo. 6. El derecho a la asistencia de Abogado. 7. Las relaciones del imputado con su abogado defensor y la confidencialidad. 8. Las excepciones en el derecho de defensa. A. En la detención policial incomunicada. B. En la detención judicial incomunicada. C. En la prisión provisional incomunicada. D. El argumento de la proporcionalidad de la medida. Nota bibliográfica

## 1. EL DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa es uno de los derechos fundamentales que se hallan reconocidos en todas las Constituciones y en todos los textos sobre derechos humanos. Aun cuando normalmente se pone el acento en el derecho de defensa que asiste a la parte pasiva en un proceso penal, eso no quita para que el derecho deba salvaguardarse en cualquier orden jurisdiccional.

Como el proceso es una relación que se entabla entre el juez, a quien se pide la resolución de un conflicto, y los litigantes, que ocupan las posiciones activa y pasiva, del sujeto que pide y contra quien se pide, el derecho fundamental a un proceso justo ampara a todo el que acuda o sea llamado ante un tribunal de justicia. El derecho a un proceso justo, aunque conectado

en su finalidad con el derecho a la defensa y no sufrir indefensión, se erige en derecho fundamental autónomo, estructural e instrumental al principio de igualdad de las partes (STC 233/1998, de 1 diciembre, F. 3).

Ahora bien, entre este haz de garantías que integran este derecho se incluyen tanto la norma del artículo 24.1 —que proscribiera la indefensión— como la del artículo 24.2 de la Constitución —que reconoce el derecho a la defensa— que protegen estos derechos con independencia del tipo de proceso en donde se actúe, con la finalidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción; eso lleva aparejado el deber judicial de evitar desequilibrios e impedir limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión (SSTC 152/2000, de 12 de junio, F. 3,

\* Este artículo es fruto del trabajo correspondiente al Proyecto de Investigación del Programa Nacional, dirigido por el autor como IP, financiado por el Ministerio de Cultura e Innovación, DER2008-06178 “Las privaciones de libertad en los procesos por terrorismo”.

211/2003, de 1 de diciembre, F. 6, 18/2006, de 30 de enero, F. 2).

Así lo han considerado también los tribunales del resto de los órdenes jurisdiccionales, garantizando naturalmente estos derechos fundamentales en los procesos que se siguen ante ellos, y aplicándolos en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba (v.gr., SSTS Civil 530/2009, de 9 julio —RJ 2009\4462—, o de 8 julio 1998 —RJ 1988\10371—, o la STEDH de 15 octubre 2002 —caso Cañete de Goñi contra España— en relación con un proceso contencioso-administrativo).

El derecho de defensa reconoce así una doble vertiente. De un lado, la del sujeto activo en el proceso, el demandante —en los procesos civiles o mercantiles, contencioso-administrativos o sociales— o el acusador en los procesos penales, que se concreta en el derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que el ordenamiento jurídico le proporcione un cauce adecuado para sostener su pretensión ante los tribunales de justicia cuando considere que su derecho ha sido desconocido, discutido o vulnerado, o que encuentre respuesta procesal siempre que esté legitimado para ejercer una acusación contra la persona que considere responsable de una infracción penal. A esta protección parece responder la consagración constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1, si bien, como luego se dirá, presenta una lectura general que permite amparar en aplicación de esta norma la protección frente a toda clase de indefensión.

De otro lado, la del sujeto pasivo, de la parte del demandado o del acusado, que debe tener medios para reaccionar frente a la agresión que representa el inicio de un proceso contra él. A esta última parece referirse la Constitución cuando reconoce el derecho a la defensa en el artículo 24.2.

En ambos casos, debe entenderse proscrita la indefensión, de modo que las partes no se vean constreñidas en su actuación ante los tribunales ni se les impida, de manera directa o indirecta, sostener sus pretensiones para lograr la tutela efectiva de sus derechos o, desde el punto de vista del sujeto pasivo, que no se les

impida utilizar todos los medios jurídicos para resistir la posición actora, así como contrarrestar o neutralizar las posiciones planteadas por el demandante o el acusador.

El derecho fundamental de defensa, así entendido, incorpora un doble mandato: un mandato al legislador, que debe remover todos los obstáculos que pudieran impedir o disminuir la eficacia de la actuación procesal de las partes para lograr los legítimos fines que cada una de ellas sostenga, resultando entonces inconstitucionales las trabas que la ley pudiera llegar a establecer a estos efectos, siempre que no respondan a las exigencias del propio desarrollo del proceso o del respeto a otros derechos fundamentales. Pero también incorpora un mandato a los intérpretes de la ley, a los jueces y magistrados ordinarios, que han de entender y aplicar las normas legales en el sentido más favorable a los fines de la defensa de los derechos de los ciudadanos en el proceso.

Con todo, siendo esencial la salvaguarda de los derechos de la parte actora en el proceso, la defensa se ha entendido tradicionalmente desde la perspectiva del sujeto pasivo, como reacción a la agresión que supone el ejercicio de la acción ante los tribunales.

Sin embargo, tradicionalmente no se ha prestado excesiva atención al derecho de defensa en los procesos civiles y mercantiles, seguramente porque en ellos se ventilan derechos disponibles, sobre todo de contenido patrimonial, en los que siempre se respetó el principio de contradicción. Lo propio sucedía en los procesos sobre derechos de las personas (tanto en los que afectaban a la capacidad como en los referidos a cuestiones matrimoniales, entre otros), en los que se hizo intervenir a un órgano público en la posición de defensa de la ley, pero también en defensa de la parte demandada, que comúnmente venía a ser la parte más débil. Por todo ello, en los procesos sobre derecho privado puede decirse que junto al principio de contradicción se ha venido respetando también el principio de igualdad y, por eso mismo, no se ha puesto en cuestión la garantía del derecho de defensa o, dicho en otros términos, no se ha considerado

el derecho de defensa como un problema vivo en los procesos seguidos ante los tribunales de este orden jurisdiccional.

Comoquiera que los principios y el esquema del proceso civil se trasladó luego a los procesos seguidos ante los tribunales de los órdenes contencioso-administrativos o social, creados en el siglo XX, tampoco se han generado grandes discusiones sobre el derecho de defensa ni en la teoría ni en la práctica, pues la parte más débil precisamente suele aparecer en la posición de parte actora (sea como administrado, sea como trabajador) de modo que los problemas se vuelcan más hacia esa posición procesal; las cuestiones que crean mayores dificultades son las relativas al acceso a los tribunales y a la falta de cumplimiento de las sentencias condenatorias debido a la pasividad o a las trabas de la Administración Pública.

Sin embargo, el derecho de defensa en el proceso penal ha sido desde el Iluminismo y la Revolución Francesa un problema de enorme relevancia tanto desde el punto de vista doctrinal como en su salvaguarda práctica. Porque el proceso penal es el único instrumento para actuar el Derecho penal, el poder de coacción estatal para sancionar ciertas conductas tipificadas como delitos, y a este instrumento han de someterse tanto el Estado, que no puede imponer un castigo si no es a través de un proceso judicial y de una sentencia, como el ciudadano, quien no puede renunciar a las garantías jurisdiccionales para autoimponerse una pena sin pasar por el proceso. Sin embargo en épocas históricas anteriores el proceso penal inquisitivo —en el que no cabía reconocer siquiera la forma de un proceso al no existir verdaderas partes procesales que sustentaran posiciones contrapuestas— desconocía enteramente el derecho de defensa, pues el investigado era el mero objeto del procedimiento.

Fue con el nuevo marco normativo español, representado por la Ley de enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882, cuando se incorporaron a nuestro país las grandes líneas del modelo procesal penal que desde 1808 había estado rigiendo en Francia, con la aprobación del Code d'instruction criminelle,

y desde donde se había exportado al resto de los países del continente.

Con este texto legal —y desde su antecedente, la Ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872— se asumieron los principios básicos del moderno proceso penal, introduciendo las normas reguladoras de un modelo de justicia escrupulosamente respetuoso con los postulados del liberalismo más exquisito y, por tanto, con el respeto a las garantías de la persona sometida a enjuiciamiento así como la misma idea de proceso, pues desde entonces puede efectivamente hablarse de la existencia de un juez y de unas partes.

En este marco normativo el imputado, que tradicionalmente había sido considerado como un mero objeto del proceso, pasó a ser su protagonista, y podía intervenir en las actuaciones desde el momento en que el instructor formulara una imputación, teniendo como guía prioritaria el reconocimiento y la salvaguarda del derecho a la libertad de los individuos y el respeto por la dignidad de la persona.

Al propio tiempo, se distinguieron de un modo nítido la función de acusar, que se atribuyó al Ministerio Fiscal, y las funciones de investigación y de enjuiciamiento, que se encomendaron a órganos del Poder Judicial.

Finalmente, como consecuencia de haberse importado a la Europa continental el enjuiciamiento por jurado, se hubo de establecer un proceso oral y público, de instancia única, en donde iba a regir el principio de libre valoración de las pruebas, pues no era exigible que los jurados se sujetasen a las complejas normas legales de valoración probatoria entonces vigentes.

Estos elementos lograron romper con la anterior etapa oscurantista de la justicia penal hecha a espaldas del acusado, donde el hecho presuntamente delictivo al que se comenzaba refiriendo el procedimiento penal se convertía en un mero pretexto para someter a investigación y enjuiciamiento toda la vida de una persona.

## 2. LA DEFENSA PENAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES "A LA DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE ABOGADO". LA INDEFENSIÓN MATERIAL

En el nuevo modelo de enjuiciamiento penal, la persona sometida al procedimiento se coloca en el centro del proceso en vez de seguir representando el papel de un mero objeto de la investigación. El tratamiento del imputado presenta un cambio radical, al trasladar a las leyes procesales los principios básicos de respeto y salvaguarda de los derechos de la persona en el tratamiento que los órganos oficiales le han de dispensar. Y junto con todo ello, se consagran algunos derechos fundamentales de contenido procesal que, como la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismo o el derecho a la defensa, dan un vuelco definitivo al enjuiciamiento de los delitos.

El gran principio de la libertad individual impregna también las actuaciones procesales y, de acuerdo con él, se establecen los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares, poniéndose coto a las ilimitadas facultades de privación de la libertad durante el procedimiento. Y en este orden de cosas, frente a la actuación procesal de la acusación, al ejercicio de la acción penal por las partes acusadoras, la ley procesal inevitablemente ha de reconocer un derecho de signo contrario: el derecho del sujeto pasivo del proceso, del acusado, a intervenir por medio de una adecuada defensa.

Al menos desde que aparece en el procedimiento su consideración como una parte procesal, es decir, desde que el instructor le confiere el estatus de procesado, el imputado tiene derecho a su defensa, lo que se traduce en un haz de derechos instrumentales que van desde el derecho a conocer que se está siguiendo un proceso contra él, al derecho a intervenir activamente en el procedimiento proponiendo las diligencias exculpatorias de investigación que crea convenirle u oponerse a las solicitadas u ordenadas, o al derecho a recurrir cualquier

resolución que le sea desfavorable, así como intervenir en el juicio oral.

Frente al derecho a la acusación se reconoce un derecho de signo contrario: el derecho del acusado a articular una adecuada defensa, a repeler esta agresión que pone en cuestión sus bienes jurídicos más importantes, entre ellos, su libertad.

Con esta perspectiva la Ley establece determinadas garantías para la adecuada tramitación del proceso (como la asistencia de abogado), que se convierten también en garantías de una recta Administración de Justicia para la sociedad y para el imputado; porque, trascendiendo de la simple esfera individual, atañe al interés general que el proceso sea decidido rectamente.

El Estado de Derecho es capaz de someter el uso de la represión a unas garantías que pasan por restringir su propia fuerza coactiva, estableciendo un previo equilibrio de las posiciones procesales de la acusación —aunque se trate de la acusación pública— y de la defensa. Ello supone que el Estado renuncia a colocarse en una posición de "ventaja" dentro del proceso frente al imputado para contrarrestar los cuidados que haya podido procurarse su autor en la preparación de los hechos delictivos, no sólo en el momento del juicio, sino en la fase del procedimiento más cercana a los hechos.

Por lo tanto, puede decirse que la defensa, el derecho de defensa, opera como el factor esencial en donde se sustenta la legitimidad de la acusación y de la sanción penal en el Estado constitucional de Derecho. En efecto, si no se respeta la posición procesal de la defensa, si no se ponen a disposición del imputado los medios jurídicos para oponerse a la parte actora del proceso, de ningún modo cabe sostener que estemos ante un proceso justo; en ese caso la fuerza estatal actuaría sin control, sin contrapeso, imponiéndose unilateralmente como sucediera en la etapa del procedimiento inquisitivo, y todo ello con independencia de que el resultado final pudiera resultar más o menos correcto o acertado.

Las reglas del procedimiento establecidas por el Estado, también el derecho de defensa,

exigen la plena sumisión a dichas reglas por parte de todos los que intervienen en el proceso penal, y ni siquiera para sancionar las agresiones más graves a los bienes jurídicos más relevantes pueden desconocerse estas reglas, de modo que el precio que el Estado de Derecho debe pagar es el acatamiento leal a las garantías procesales.

Con todo, junto al carácter estructural en el marco del debido proceso, la defensa se establece como un verdadero derecho subjetivo, reconocido en favor de la persona imputada en un procedimiento penal, que tiene además rango de derecho fundamental.

En efecto, el artículo 24.1 de la CE termina prohibiendo la indefensión en todo caso, con lo que parece que estaría contemplando la garantía de la defensa dentro del conjunto de garantías que integrarían el contenido esencial del derecho a la jurisdicción, del derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta consideración de la defensa —o de la indefensión— como una garantía general, que alcanza y ampara a todas las partes del proceso, intentando evitar que de derecho o de hecho se encuentren impedimentos o dificultades para sostener sus respectivas posiciones, sus argumentos o sus pretensiones, debe compatibilizarse con lo dispuesto en el artículo 24.2 de la CE, que tras el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, comienza disponiendo que “todos tienen derecho a la defensa”, con el fin de establecer el ámbito de actuación de cada uno de esos derechos fundamentales, que se reconocen separadamente, y atribuirles un contenido propio.

Así pues, parece que el artículo 24.1 de la CE está considerando la posición de quien acude a los tribunales de justicia reclamando su actuación, solicitando la tutela de sus derechos o intereses legítimos, pretendiendo evitar con esta cláusula de cierre que las normas procesales o la actividad jurisdiccional le impidan reaccionar y hacer valer sus derechos en el curso del proceso frente a las iniciativas de la contraria o a la intervención del propio juez. Como sostenía la STC 94/2005, de 18 de abril (F. 2), el “derecho a la tutela judicial efectiva

reconocido en el art. 24.1 CE implica, entre sus múltiples manifestaciones, no sólo el derecho de acceso al proceso y a los recursos legalmente previstos, sino también un ajustado sistema de garantías para las partes, entre las que se encuentra el adecuado ejercicio del derecho de defensa, para que puedan hacer valer en el proceso sus derechos e intereses legítimos”.

Por su parte, el artículo 24.2 de la CE reconoce un conjunto de derechos fundamentales de contenido procesal que en la mayoría de los casos son de aplicación exclusiva en el proceso penal, y tratan de establecer las garantías esenciales del imputado que han de respetar los tribunales de este orden jurisdiccional, como baluarte de su libertad. Así sucede con los derechos “a ser informados de la acusación formulada contra ellos”, “a no declarar contra sí mismos”, “a no confesarse culpable” y “a la presunción de inocencia”.

Sin embargo, otro conjunto de derechos fundamentales contemplados en ese artículo 24.2 no son aplicables solamente en el proceso penal, sino que deben respetarse en cualquier orden jurisdiccional, como el “derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley”, “a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías”, “a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”, así como el derecho “a la defensa y a la asistencia de letrado”.

Claro es que el derecho de defensa cuando se aplica al proceso penal cobra un especial significado, sobre todo porque, a diferencia de lo que sucede en el resto de los órdenes jurisdiccionales, aquí el derecho de defensa se ejerce frente a la acusación, es decir, frente a una imputación de responsabilidad penal que sustenta normalmente un órgano público, el Ministerio Fiscal, y a partir de la cual se está solicitando la imposición del castigo más grave que puede infligir el Estado: una sanción penal.

Esta doble característica, que el titular del derecho de defensa tiene enfrente a la acusación ejercida por una autoridad pública, y que la acusación persigue como resultado del proceso y de la sentencia la imposición de una

pena, marca la gran diferencia entre el derecho a la defensa en el proceso penal y la defensa de los propios derechos o intereses, sea como parte actora o como parte pasiva, en los procesos que se siguen ante otros tribunales.

Conforme sostenía la STC 18/1999, de 22 febrero (F. 3), “el derecho fundamental a la defensa alcanza su máxima intensidad en el ámbito penal por la trascendencia de los intereses en presencia y los principios constitucionales que entran en juego en dicho ámbito, pues no en vano al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema (la imposición de penas criminales) y esta actuación puede implicar una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más “sagrado” de sus derechos fundamentales (recientemente las SSTC 135/1997 y 102/1998)”.

En todo caso, el derecho de defensa se conforma con el respeto de las normas y garantías procesales, siempre que éstas, a su vez, respondan a la finalidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción (STC 160/2009, de 29 junio, F. 4).

No obstante, la jurisprudencia constitucional considera que para apreciar la vulneración del derecho fundamental a la defensa no es suficiente el quebrantamiento de las garantías previstas en la ley, sino que se requiere que se produzca una verdadera indefensión material, es decir, que objetivamente se haya dejado al imputado sin la posibilidad de utilizar los medios de defensa legalmente previstos de forma materialmente relevante, provocándole una situación de indefensión, una lesión material del derecho de defensa, precisamente por no observar las garantías previstas en la ley.

Como se sostiene, por todas, en las SSTC 233/2005, de 26 septiembre (F. 10) o 130/2002, de 3 junio (F. 4), para que “una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento alcance relevancia constitucional debe producir un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien las denuncie”, línea seguida en algunos casos por

la Sala Penal del Tribunal Supremo, como en la STS 37/2007, de 1 febrero.

Desde la STC 48/1984, de 4 abril (F. 1), el TC destacó, por un lado, que “la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del art. 24” y, por otro, que “el concepto jurídico-constitucional de indefensión que el art. 24 de la Constitución permite y obliga a construir, no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión... La conclusión que hay que sacar de ello es doble: por una parte, que no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por el art. 24 de la Constitución; y, por otra parte, que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento”.

Y la STC 48/1986, de 23 abril (F. 1), señaló que “una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella”.

Esta restrictiva interpretación del TC, exigiendo que la indefensión sea siempre materialmente relevante para estimar quebrantado el derecho fundamental, no sólo se aplica respecto de las vulneraciones del artículo 24.1 de la CE, como la omisión del trámite de audiencia (STC 156/2007, de 2 julio, F. 4) o los emplazamientos defectuosos (STC 199/2006, de 3 julio, F. 5), sino, según sostiene la STC 258/2007, de 18 diciembre (F. 3) “específicamente, respecto de derechos expresamente reconocidos en el art. 24.2 CE, como los derechos al juez ordinario predeterminado por la Ley y a la imparcialidad judicial, en relación con las incidencias en las composiciones de los órganos judiciales (por todas, STC 215/2005, de 12 de septiembre, F. 2), o determinadas garantías contenidas en el derecho a un proceso con todas las garantías, como pueden ser la de contradicción en la práctica de diligencias de entrada y registro domiciliario, respecto de su valor probatorio (por todas, STC 219/2006, de 3 de julio, F. 7), o la de inmediatez, respecto

de dar por reproducido en juicio las pruebas documentales sin proceder a su lectura (por todas, STC 233/2005, de 26 de septiembre, F. 10)”.

En este mismo orden de consideraciones coloca la jurisprudencia constitucional el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa reconocido en el artículo 24.2 de la CE, diciendo que “es especialmente significativo y paradigmático en cuanto a la exigencia de indefensión material”, y requiere también la concurrencia de indefensión material para considerar vulnerado el propio derecho a la defensa (art. 24.2) tanto en los supuestos de denegación del derecho a la asistencia letrada de oficio en los procedimientos penales en que no sea un requisito estructural, como incluso cuando se deniegue el derecho a la “última palabra” al acusado (STC 258/2007, de 18 diciembre, F. 3).

Sin perjuicio de analizar con posterioridad estas manifestaciones del derecho a la defensa, lo cierto es que la exigencia del Tribunal Constitucional de que se haya producido una indefensión material para apreciar la vulneración del derecho fundamental a la defensa es claramente discutible, pues en los tres supuestos se exige la valoración del resultado de indefensión después de que se haya producido indudablemente la real y efectiva vulneración del derecho —por haberse impedido la prueba, por haberse negado la asistencia de abogado de oficio o por no haberse concedido la “última palabra”—.

Por consiguiente, estamos ante una genuina infracción del derecho fundamental, y aunque podría justificarse que la jurisdicción constitucional, por su naturaleza e intervención en el amparo, o por su carga de trabajo, rechazara a limine la demanda de amparo si no se hubiera producido una verdadera indefensión material, de ningún modo cabe sostener que la vulneración no tuvo lugar, aunque de ella no haya derivado directamente el vencimiento en el proceso y la indefensión, porque el titular del derecho de defensa cuando invoca la vulneración del derecho es cuando ha sido condenado.

Sea como fuere, la doctrina constitucional que constriñe el contenido esencial del derecho fundamental a la defensa y su ámbito de protección a las infracciones procesales sólo cuando se haya producido al propio tiempo una indefensión material, está trasladando a la actividad de la jurisdicción ordinaria un principio de actuación que se refleja a diario en la práctica forense: con mucha frecuencia se considera que las normas procesales ordinarias son enteramente irrelevantes, y su infracción no puede ser sancionada, salvo que provoque efectiva indefensión.

Este modo de proceder de los tribunales ordinarios, que se desentiende de los derechos y garantías procesales, produzcan o no indefensión material, tampoco se ataja por la vía de aplicar el derecho a un proceso con todas las garantías, porque, al igual que sucede con el derecho a la defensa, si el olvido o la inaplicación de esas garantías no han dañado materialmente a la parte procesal, tampoco va a considerarse constitucionalmente relevante por el Tribunal Constitucional.

En esta misma línea se ha producido la reforma en materia de nulidades procesales en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 225.3º), y en la LOPJ (art. 238.3º LOPJ, redactado por la LO 19/2003). Según lo dispuesto en ambas leyes los actos procesales serán nulos de pleno derecho cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, “haya podido producirse indefensión”; sin embargo en la primitiva redacción del art. 238.3º LOPJ se ordenaba la nulidad “...siempre que efectivamente se haya producido indefensión”. Este cambio de redacción supone, a mi entender, un cambio en la formulación del “juicio de incidencia”, que no se corresponde con la doctrina del Tribunal Constitucional cuando exige que la limitación del derecho de defensa cause un perjuicio real y efectivo. El juicio de indefensión es un juicio hipotético y “a posteriori”, y dentro de sus posibles formulaciones es conveniente optar por la aplicación de un “juicio de probabilidad de la incidencia”, lo que es acorde con las funciones judiciales de instrucción, enjuiciamiento y decisión

del proceso, actividades que permiten valorar el mayor o menor fundamento de la defensa esgrimida y su posible incidencia en el fallo, por mucho que el Tribunal Constitucional siga aplicando un “juicio de certeza de la no incidencia” o, lo que es lo mismo, que no hay indefensión si se tiene la certeza de que el resultado habría sido el mismo, apartándose de otra línea jurisprudencial donde se estima la indefensión cuando “haya podido causar razonablemente un perjuicio al recurrente” (STC 162/1993, de 18 de mayo).

Habría que reclamar, por tanto, más allá del encaje en el ámbito de protección de los derechos fundamentales, pero sobre todo más allá de la decisión de la jurisdicción constitucional de entrar en el examen de todas esas vulneraciones “menores” que la terminarían por colapsar más de lo que ya lo está, el valor para la defensa del respeto de todas las garantías que la ley procesal incorpora.

Es verdad que para eso habría que despojar a la ley de los trámites o actuaciones que sean irrelevantes desde el punto de vista de las garantías para un mejor desarrollo del proceso, y en alguna medida eso se está haciendo en las disposiciones aprobadas en las dos últimas décadas. Pero al mismo tiempo hay que exigir un escrupuloso cumplimiento de las normas procesales, de modo que su infracción lleve aparejada una radical nulidad, y esta medida de expulsar del proceso y de la decisión judicial resulta especialmente oportuna cuando se quiere, con toda razón, modificar en España el modelo de procedimiento penal, atribuyendo la responsabilidad de la investigación de los delitos y de la acusación al Ministerio Fiscal, como luego se razona.

### 3. EL DERECHO DE DEFENSA Y LA INFORMACIÓN SOBRE LA ACUSACIÓN

El derecho de defensa, que está reconocido como derecho fundamental por la Constitución (art. 24.1: prohibición de indefensión;

art. 24.2: derecho a la defensa), se traduce en una serie de garantías o derechos instrumentales, también de rango constitucional, que configuran, por tanto, un derecho de contenido múltiple: derecho a la asistencia de abogado; a la utilización de los medios de prueba pertinentes; a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, derechos estos dos últimos, como dice la STC 142/2009, de 15 junio, que prestan cobertura al derecho de defensa en su manifestación pasiva, la que se ejerce con la inactividad del imputado.

El titular del derecho de defensa, derecho fundamental inalienable, es el propio imputado, aunque su ejercicio puede llevarse a cabo tanto por él mismo como por su defensor técnico, y a tal fin se reconoce el derecho a hacerse asistir de un abogado. Por consiguiente, el ejercicio de este derecho fundamental se concreta en las actuaciones de la persona que se ve privada de su libertad o la tiene bajo amenaza, precisamente desde el momento en que nace su imputación en relación con unos hechos aparentemente delictivos de la actuación de un órgano público (policía, fiscal o juez instructor). Pero para poder actuar en cualquier forma es requisito imprescindible que el titular del derecho a la defensa pueda conocer la acusación formulada contra él, los hechos que se le imputan.

De lo dicho puede extraerse ya una primera conclusión: el derecho de defensa ha de reconocerse no sólo después de que el instructor haya formado su convicción sobre la responsabilidad del imputado, ni una vez que se haya abierto el juicio y se haya formulado la acusación formal, sino desde el instante en que exista una imputación contra persona determinada.

Porque un elemento capital del moderno proceso penal es el derecho a ser informado de la acusación en todo momento; de este modo se evitan las inquisiciones generales y se impide la actuación secreta e ignorada del aparato estatal, superando el proceso penal inquisitivo, que en su forma más aguda y radical representa la situación de una persona que se sabe sometida a un proceso pero ignora de qué se le acusa.

De la imputación se debe informar inmediatamente, sin que sea legítimo ningún género de demora, ni siquiera para practicar alguna diligencia de investigación que pretendiera corroborar a limine los hechos. Esta comunicación de la imputación consistirá en dar a conocer al imputado, de modo que le sea comprensible (lo que impide tanto las comunicaciones formularias como las que no permitan un cabal entendimiento de aquélla), todos y cada uno de los hechos delictivos que se le atribuyen y están siendo investigados, el sentido de las investigaciones y las posibles consecuencias del proceso penal, ilustrándole de forma suficiente para poder defenderse con eficacia, lo que comprende al propio tiempo la información acerca de todos los derechos que integran la defensa (STC 186/1990).

El derecho a conocer la imputación forma parte del derecho de defensa del imputado para articular una adecuada reacción frente a la imputación, a oponerse a ella y al ataque que representa; porque el derecho de defensa, que es un derecho fundamental inalienable cuyo titular es el imputado, se traduce en una serie de derechos instrumentales, también de rango constitucional: derecho a la asistencia de abogado, a la utilización de los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpable (art. 24.2).

En España tanto el derecho a la información sobre la imputación, como el derecho a la designación de abogado se han adelantado hasta el momento de la apertura del procedimiento penal, tras la reforma que se aprobó, en paralelo con la elaboración de la Constitución, por la Ley 56/1978, de 5 de diciembre, modificando el artículo 118 de la LECRIM.

#### 4. EL MOMENTO INICIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA

La mera imputación confiere al imputado una serie de derechos de defensa que deben ser escrupulosamente respetados: el derecho a co-

nocer que se está siguiendo una investigación que le apunta como presunto responsable y el derecho a la asistencia de abogado (art. 17.3 CE), derechos que se le deben garantizar también en las investigaciones policiales o en las que desarrolle el Ministerio Fiscal, permitiéndole intervenir en ellas, con independencia de su resultado final.

Desde la reforma del procedimiento abreviado por la Ley 38/2002, el derecho a la información se reconoce no sólo desde el momento de la incoación del procedimiento o desde que el imputado ha sido detenido, sino desde las primeras diligencias realizadas por la policía judicial, con o sin detención (arts. 767 y 771.2ª), por lo que puede decirse que el derecho de defensa se protege y garantiza en nuestro ordenamiento desde el mismo instante en que un órgano público inicia actuaciones de persecución penal contra persona determinada, y debe salvaguardarse a lo largo de todo él. Por eso, el artículo 118 de la LECRIM dispone con acierto que “toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho”.

No faltan, sin embargo, quienes consideran que la presencia de un abogado y, más aún, que se le faculte a éste para intervenir en las diligencias de investigación, representa una grave dificultad, de modo que reclaman que se aparte de la investigación al imputado y a su defensor, sobre todo pensando en un nuevo modelo de procedimiento en el que estuviera encomendada al Ministerio Fiscal esta primera fase.

Se plantea la conveniencia de que el fiscal, al menos en los primeros momentos, pueda dirigir la investigación sin interferencias del imputado o de su defensor, concediendo una especie de prerrogativa a la acusación con la idea de reequilibrar su situación inicial para el descubrimiento del hecho delictivo y la obtención de las fuentes de prueba, ya que los ór-

ganos públicos encargados de la investigación criminal se encontrarían en una clara desventaja respecto del autor del delito, quien se pudo procurar los medios necesarios para impedir u ocultar los elementos probatorios que acreditaran la comisión del hecho o su participación en él.

Como podrá comprenderse, no se compare en absoluto esta solución, que facilitaría evidentemente la labor de investigación, pero lo haría a costa de mermar los derechos que la defensa tiene actualmente reconocidos. Además, introduciría un campo enorme de discrecionalidad en la labor de la policía y del Ministerio Fiscal, de muy difícil control; porque volcados en la eficacia del descubrimiento de los delitos y en el éxito de la acusación penal, faltaría la presencia activa de un órgano que velara por la protección de los derechos fundamentales, sobre todo de los sometidos a investigación, ya que en ese caso la función constitucional del Ministerio Fiscal de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos (art. 124.1 CE) estaría muy lejos en este modelo de procedimiento penal que algunos pretenden implantar. Finalmente, esta opción legislativa revelaría una gran debilidad del propio Estado, impotente para descubrir todas las circunstancias de un delito si no es a costa de expulsar del procedimiento al imputado, permitiendo actuar a los investigadores oficiales en secreto, acumulando elementos probatorios de espaldas a la defensa, simplemente porque puede resultar un molesto compañero que fiscalice la actividad de estos órganos públicos en beneficio del imputado.

Claro es que en el derecho comparado se reconocen distintos modelos de investigación penal y en algunos de ellos —señaladamente en el sistema norteamericano— esta labor se realiza sin conocimiento del imputado, pero al propio tiempo esos mismos ordenamientos jurídicos incorporan una serie de mecanismos que sirven de contrapeso al poder inicial de los órganos públicos de investigación, ya que establecen unas reglas estrictas de nulidad, expulsando de las actuaciones los elementos probatorios obtenidos y aportados por la acusación

si no se han respetado escrupulosamente —al milímetro— las garantías del procedimiento. Por otra parte, exigen que toda investigación oficial salga a la luz, y debe hacerlo por completo, con todos los elementos que se hayan manejado de modo que pueda ser controlada y discutida por la defensa, que no se somete pasivamente al trabajo de la policía y del Ministerio Fiscal sino que puede intervenir y cuestionar esa labor. Pero, al propio tiempo, provoca una suerte de privatización del proceso penal, en la medida en que el imputado ha de buscarse por sus propios medios particulares los elementos de descargo y la contradicción de los elementos de cargo presentados por la acusación; esta circunstancia introduce gravísimos desequilibrios en razón de la capacidad económica del imputado, de modo que mientras que las personas con escasos recursos —que son la mayoría de los “clientes” de la justicia penal— han de conformarse con abogados de oficio y con unos limitados medios para poder investigar, unos pocos privilegiados pueden enfrentarse al aparato estatal con un arsenal defensivo suficiente para lograr una absolución, aun en los casos más difíciles. Este desequilibrio intolerable, que sitúa al acusado a las puertas de una segura condena, se mueve con dos vías de escape: de un lado, el sometimiento de todo el material probatorio de cargo a un examen minucioso por parte de la defensa; de otro lado, la negociación con la acusación para lograr el mínimo de condena y evitar el juicio.

## 5. EL DERECHO DEL IMPUTADO A DEFENDERSE POR SÍ MISMO

El derecho a la defensa debe reconocer como su primera manifestación el derecho a defenderse por sí mismo. Como antes se apuntó, en el proceso penal el titular del derecho fundamental es el imputado, de modo que no puede verse privado de la capacidad de articular la estrategia defensiva que estime conveniente, lo que debe incluir la posibilidad de

actuar en el proceso. Es lo que se llama autodefensa que, si bien no resulta expresamente reconocida como derecho fundamental en la Constitución, rige sin duda en nuestro ordenamiento en la medida en que, con esa naturaleza, se reconoce en el Convenio Europeo de Derechos Humanos a todo acusado el derecho “a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección” (art. 6.3.c), como se reconoce también en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos a toda persona acusada de un delito el derecho “a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección (art. 14.3.d).

El derecho a defenderse por sí mismo, la autodefensa, consiste en la intervención directa y personal del imputado en el proceso, realizando él mismo actuaciones procesales encaminadas a preservar su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible.

Sin embargo, a pesar del reconocimiento en los textos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, nuestra Ley procesal penal es extremadamente cicatera en permitir la intervención del imputado a lo largo del procedimiento, puesto que se potencia extraordinariamente el protagonismo y la intervención del abogado en detrimento de la autodefensa, y no se ponen al alcance del imputado los medios necesarios para llevarla a efecto.

Entre las actuaciones procesales que la ley permite realizar al imputado aparecen: la de proponer verbalmente la recusación cuando se encontrara incomunicado; asistir a las diligencias de investigación; nombrar peritos; solicitar ser reconocido a presencia judicial por quienes dirijan cargo contra él; proponer diligencias; proponer prueba anticipada; prestar declaración en el sumario cuantas veces quiera; pedir de palabra la reposición del auto elevando la detención a prisión; prestar conformidad con la calificación más grave, o decir la última palabra en el juicio oral (arts. 58, 333, 336, 350, 356, 368, 396, 400, 471, 501, 655, 689, y 739 LECRIM).

En nuestro sistema procesal penal se viene produciendo un notable desapoderamiento del

derecho a la autodefensa, basculando tanto la ley pero sobre todo la práctica forense a conceder todo el protagonismo del ejercicio de la defensa al abogado, de modo que el proceso se ha convertido en unas actuaciones eminentemente técnicas, cuyo desarrollo el imputado desconoce realmente en un buen número de casos.

Es totalmente inusual que el imputado proponga diligencia alguna en la instrucción, que sería una genuina manifestación de la autodefensa, designe perito o plantee una prueba anticipada, de modo que la única intervención directa del imputado es la prestación de conformidad, como acto de carácter personalísimo, y la última palabra.

No obstante, aun cuando el derecho proclamado con énfasis a defenderse por sí mismo con frecuencia resulta negado a efectos prácticos, ya que para estimar su vulneración la jurisprudencia exige que se haya producido materialmente la indefensión del acusado, lo cierto es que en determinadas circunstancias la jurisprudencia ha sido sensible a su necesaria protección, como cuando el acusado por incapacidad mental no se encontraba en condiciones de ejercitar con eficacia el derecho a la autodefensa, siguiendo con la debida atención las vicisitudes del proceso y haciendo a su abogado y al tribunal las observaciones pertinentes sobre el desarrollo de las pruebas o sobre cualquier otra incidencia o circunstancia que pudiera surgir a lo largo del juicio (STS 669/2006, de 14 junio).

Respecto del derecho a la última palabra, momento procesal en que el acusado, tras las intervenciones de la acusación y de su defensor, podrá manifestar lo que considere oportuno en torno a los hechos por los que se le acusa y en torno a la prueba que se ha practicado en el acto del juicio, haciendo las valoraciones que él mismo, de forma directa y personal, tenga por convenientes para su defensa, completando la intervención de su abogado, o incluso discrepando de él; así lo señala la jurisprudencia constitucional (entre otras muchas, SSTC 181/1994, de 20 junio, 29/1995, de 6 febrero o 143/2001, de 18 junio).

La STC 93/2005, de 20 abril (F. 4), otorgó el amparo solicitado porque el recurrente, que había tenido desde el primer momento en un juicio de faltas la condición de denunciante y denunciado, y expresó su voluntad de defenderse por sí mismo no pudo actuar con este carácter en el acto del juicio, pues “no tuvo ocasión de interrogar a las denunciadas, ni se le dio ocasión de resumir la prueba practicada o formular conclusiones sobre la misma, es decir, no pudo ejercer su autodefensa y participar contradictoriamente en el juicio de faltas como sujeto activo, en su condición de parte. Tampoco pudo ejercer el derecho a la última palabra, que no le fue ofrecido”.

Lo más importante, si cabe, de esta sentencia es que otorga el amparo “aunque la Audiencia Provincial argumenta que no consta que el demandante estuviera indefenso”; es decir, el TC deja de lado el criterio de la “indefensión material” como presupuesto para analizar si se ha producido la vulneración del derecho fundamental a la defensa. Sin embargo, cuando la jurisprudencia constitucional afirma que el derecho “a la última palabra” —o, en general, a defenderse por sí mismo— no tiene un contenido sólo formal o formulario, y exige que se haya producido una efectiva indefensión material para otorgar el amparo —por lo tanto, en la definición del contenido esencial del derecho se estaría comprendiendo como componente previo esa indefensión— (como hace la STC 258/2007, de 18 diciembre, F. 3), el derecho a la autodefensa y su manifestación en el derecho a la última palabra pierden toda razón de ser, pues se ha de argumentar a posteriori, en la demanda de amparo, es decir, mucho tiempo después, tras haber pasado por la apelación o la casación, cuál hubiera sido el contenido de una intervención del acusado al final del juicio que en realidad nunca se produjo, o el contenido del interrogatorio a testigos o a coacusados, o las cuestiones a plantear a un perito en el acto del juicio que nunca tuvieron lugar.

Por su parte, con buen criterio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado en la sentencia 669/2006, de 14 junio (RJ 2006\4759) que, de acuerdo con su

doctrina de las SSTs de 9 diciembre de 1997 (RJ 1997\8938) y de 5 abril de 2000 (RJ 2000\1445), no se puede suprimir este trámite del plenario sin lesionar gravemente el derecho fundamental a la defensa, de modo que el privarle de la posibilidad de decir la última palabra es motivo suficiente para casar la sentencia.

Por consiguiente, cabe reclamar una efectiva protección del derecho a la autodefensa en el proceso penal, especialmente en los casos en que no viene legalmente exigida la asistencia de abogado, considerando que la posibilidad de ejercitarlo integra el contenido esencial del derecho, de modo que cuando se le priva al imputado del ejercicio de su derecho a la defensa por sí mismo se produce una vulneración del derecho, con independencia o del éxito que pudiera alcanzar su intervención personal. Vincular la existencia de violación con la influencia hipotética que la autodefensa pudiera tener en el resultado del proceso, y con una posible indefensión material, es rebajar el contenido del derecho, permitiendo pasar por encima de la previsión constitucional, pues de esa manera se podría prescindir también de la asistencia de abogado si es que en verdad la indefensión no se hubiera producido, a pesar de haber recaído una sentencia condenatoria.

De la misma manera que el Tribunal Constitucional ha sostenido que “el concepto de secreto tiene un carácter formal, porque se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado” (STC 114/1984, de 29 noviembre, F. 7), ese mismo criterio debe operar cuando se trata de garantizar los derechos de la defensa en el proceso penal.

El respeto por las garantías procesales, máxime cuando se hallan constitucionalizadas, reconocidas como derechos fundamentales, debe analizarse con sumo cuidado y atención en todo caso, pero habrán de respetarse con total escrupulosidad cuando se trata de sentencias penales de condena, sin admitir atajos o exigir requisitos que no derivan ni se exigen en la norma constitucional.

## 6. EL DERECHO A LA ASISTENCIA DE ABOGADO

Como uno de los derechos instrumentales del más amplio derecho de defensa, se reconoce constitucionalmente el derecho a la asistencia de abogado que se garantiza tanto en las diligencias policiales como en las judiciales (arts. 17.3 y 24.2 CE). Se trata en todo caso de un derecho del defendido, que es su titular, y no del propio abogado, que debe asistirle, que le ha de proporcionar su consejo y sus conocimientos para mejor ejercer el derecho de defensa.

Justamente por su formulación normativa, asistencia, la actuación del defensor no puede entrar en colisión con la voluntad del defendido, ya que el abogado que asume la defensa es un alter ego procesal, algo así como el oído y la boca jurídicas del imputado.

El abogado defensor es llamado a colaborar con el imputado en el ejercicio del unitario derecho de defensa, y con ello se explica que el defensor deba gozar de total autonomía frente al juez y de una autonomía sólo relativa o limitada frente al defendido, porque éste no puede ser despojado o expropiado de su derecho de defensa, ni siquiera en favor de un abogado.

Así pues, el derecho a la asistencia de abogado ha de consistir, primariamente, en la facultad de elección de un abogado de confianza, de hacerse acompañar por el profesional de derecho que el imputado considere más adecuado para ello.

Como sostiene la STC 18/1995, “el derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del art. 10.2 de la CE de acuerdo con el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas y con el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es, en principio y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable (STC 216/1988, F. 2), lo que comporta de forma esencial que éste pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y con-

sidere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa (SSTC 30/1981, F. 3; 7/1986, F. 2; 12/1993, F. 2)”.

Ahora bien, existen situaciones en que no resulta posible la designación de un abogado de confianza, bien por desconocimiento, bien por imposibilidad momentánea para que el abogado de confianza intervenga, bien por falta de recursos económicos para satisfacer sus honorarios, bien por el rechazo de todo abogado. En tales casos, nuestro sistema procesal prevé la designación de un abogado de oficio, como sustitutivo del mecanismo prioritario, y consiste en la llamada de un abogado a través de un turno establecido por cada Colegio para que se haga cargo de la defensa de un imputado.

Con algunas críticas iniciales, el sistema de asistencia penal se ha ido asentando en nuestro país, y funciona bajo dos premisas introducidas en tiempos relativamente recientes: frente a la antigua intervención en el turno de oficio ad honorem, ahora se retribuye el trabajo de los abogados, por medio de una subvención pública que se entrega a los Colegios de Abogados para su distribución entre los colegiados que intervienen en los distintos “turnos de oficio”; en segundo término, frente a la intervención obligatoria en el turno de oficio para todos los abogados sin excepción, ahora se funciona a base de una incorporación voluntaria, para lo que se exige el cumplimiento de ciertos requisitos de preparación o de aptitud, que pueda incrementar la confianza y la calidad del servicio que se presta.

Se trate de un abogado que goce inicialmente de la confianza del imputado, o de quien viniendo de la designación colegial se haya ganado su papel de defensor o en todo caso deba desempeñar su cometido profesional como tal, es obvio que el abogado viene al procedimiento penal para sostener la posición de inocencia de su defendido u obtener, de acuerdo con la ley, la condena a la pena menos gravosa de las posibles.

La garantía de la defensa por medio de abogado, de la asistencia letrada, debe ser efecti-

va porque, como se sostiene por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “el objetivo primordial del Convenio consiste en proteger derechos no teóricos ni ilusorios, sino concretos y efectivos” (STEDH de 9 octubre 1979, caso Airey), por lo que hay que evitar las renunciaciones o excusas del abogado de oficio que pudiera provocar la falta de asistencia efectiva del defensor al acusado (STEDH de 13 mayo 1980, caso Artico), ya que no se trata de un mero nombramiento de abogado, sino que el Convenio exige la “asistencia” (STEDH de 25 abril 1983, caso Pakelli).

Como señalaba la STEDH de 21 de abril de 1998 (caso Daud c. Portugal), “el nombramiento de un abogado no asegura, por sí mismo, la efectividad de la asistencia que puede proporcionar el acusado” (Sentencia Imbroschia contra Suiza del 24 noviembre 1993, Serie A número 275, p. 13, ap. 38). “No se podría, por lo tanto, imputar a un Estado la responsabilidad de todo incumplimiento de un abogado de oficio (...). De la independencia del Colegio de Abogados con relación al Estado, se desprende que la conducción de la defensa pertenece esencialmente al acusado y a su abogado, nombrado a título de ayuda judicial o retribuido por su cliente. El artículo 6.3, c) sólo obliga a las autoridades nacionales competentes a intervenir si la carencia del abogado de oficio aparece manifiesta o si se les informa de ello suficientemente de alguna otra manera”. (Sentencia Kamasisnki contra Austria de 19 diciembre 1989, serie A número 168, p. 33, ap. 65)”.

Pero en nuestra Ley procesal, además del reconocimiento del derecho del imputado de hacerse asistir de un defensor, se configura la defensa técnica como obligatoria en el proceso por delitos (no en el juicio por faltas) desde el momento de la detención o prisión, salvo cuando se persigan hechos delictivos contra la seguridad del tráfico (arts. 520.2.c), 520.5 LECRIM); y también cuando el imputado necesite el consejo del abogado o pretenda interponer algún recurso (art. 118.IV LECRIM). A ello hay que añadir, conforme al art. 767 LECRIM, en sede de procedimiento abrevia-

do, que desde la detención, o desde que de las actuaciones resulte la imputación de un delito contra persona determinada es necesaria la asistencia letrada y debe procederse a la designación de abogado de confianza o de oficio. Eso no quita para que el derecho a la asistencia de abogado, aun no siendo preceptiva, deba garantizarse en todo proceso penal siempre que el imputado lo solicite (STC 212/1998).

Este régimen de asistencia obligatoria de abogado ha de considerarse irreprochable desde el punto de vista constitucional, porque no supone en su formulación (cosa distinta es lo que pueda pasar en la realidad) quebranto alguno del derecho fundamental, aunque tampoco viene exigido por él. La regulación representa una opción legislativa válida, que tiende a salvaguardar mejor el derecho de defensa del imputado; sin embargo, cuando el imputado no quiera defenderse y adopte conscientemente una actitud pasiva y de rechazo de todo abogado (que podría ser en definitiva un medio de defensa), y aún así la ley le impusiera la presencia de un defensor, éste vendría al proceso actuando un legítimo mecanismo de autoprotección del sistema, para que se vean cumplidamente satisfechas las “reglas del juego” de la dialéctica procesal y de la igualdad de las partes, paliando la inferioridad en que pueda encontrarse el imputado por falta de conocimientos técnicos, de experiencia forense, de serenidad, o por imposibilidad física de actuar, funcionando al mismo tiempo como controlador del regular desenvolvimiento del proceso en interés del imputado.

Para determinar el momento a partir del cual resulta obligatoria la intervención del abogado en el proceso, debe distinguirse el supuesto en que el imputado ha sido detenido de aquel otro en que no se ha dispuesto contra él dicha medida cautelar. En el primer caso el abogado de oficio comenzará sus servicios en las diligencias policiales de prevención, puesto que, de conformidad con lo establecido en los arts. 17.3 de la CE y 520 de la LECRIM, la intervención del abogado de oficio es preceptiva en las “diligencias policiales y judiciales”. Si el imputado no estuviere detenido la interven-

ción obligatoria del abogado defensor habrá de producirse a partir del primer interrogatorio judicial, como se desprende de la lectura del art. 775 de la LECRIM y de que, sea cual fuere la actitud del imputado en el primer interrogatorio judicial y la naturaleza de esta diligencia, en la práctica forense ese interrogatorio constituye un “acto de prueba”, y en esa clave es ya imprescindible la plena instauración del contradictorio, por lo que el imputado habrá de necesitar el consejo de su abogado antes de dicho interrogatorio (La STC 186/1990 afirma con rotundidad, y con razón, que el imputado goza del derecho a la asistencia letrada en el interrogatorio judicial que necesariamente ha de tener lugar en la fase de “diligencias previas”). La asistencia de abogado también ha de garantizarse en el interrogatorio que pueda practicar el MF al amparo de lo establecido en el art. 773.2.II de la LECRIM, toda vez que en el mismo “se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal”.

Del mismo modo, debiera reclamarse la intervención necesaria del abogado en el supuesto de práctica de prueba anticipada (art. 777.2 LECRIM) y, en todo caso, una vez abierto el juicio oral, tanto si el acusado comparece al juicio, como en el excepcional supuesto de que pueda celebrarse en su ausencia (art. 784 LECRIM).

## 7. LAS RELACIONES DEL IMPUTADO CON SU ABOGADO DEFENSOR Y LA CONFIDENCIALIDAD

En todo caso, para hacer efectiva la defensa lo primero que ha de hacer el abogado es conocer en toda su extensión los hechos tal y como los conoce y los vivió su defendido, por lo que las comunicaciones y las entrevistas con el abogado representa un elemento nuclear de su función, y resulta asimismo esencial para preparar con su defendido la estrategia defensiva que vayan a seguir en el procedimiento.

De acuerdo con lo que se acaba de manifestar, el secreto de las comunicaciones entre el abogado y el cliente es la piedra angular del derecho de defensa, que se vería traicionado si se intervienen o se descubre el contenido de las confidencias expresadas en esa especial relación, en la que, a diferencia del resto de las comunicaciones que pueda mantener del imputado, representa la confidencia el elemento esencial para el ejercicio de un derecho fundamental, porque es el factor que permite en puridad defenderse por medio de la asistencia de un abogado.

La confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su defendido, con independencia de su contenido, y aunque pudiera servir a finalidades diferentes de las puramente defensivas, debe respetarse por encima de todo, incluso frente a la eventualidad del abuso (STEDH de 25 marzo 1992, caso Campbell c. Reino Unido, ap. 52), lo que impide todo control sobre las mismas, pues el mero hecho de la intervención afecta al secreto de estas comunicaciones, que se vincula directamente con el derecho de defensa.

Unos meses antes, la STEDH de 2 noviembre 1991, caso S. C. Suiza, ap. 48 había sostenido que “el derecho, para el acusado, de comunicarse con su abogado fuera del alcance del oído de un tercero, figura entre las exigencias elementales de un proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. Si un abogado no pudiera entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y no pudiera recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad, cuando el fin del Convenio consiste en proteger derechos concretos y efectivos (véase Sentencia Artico de 13 de mayo de 1980, serie A núm. 37, p. 16, ap. 33)”.

Aun cuando reconoce el TEDH que en el ámbito del Convenio Europeo el derecho del acusado a comunicarse sin trabas con su defensor no se consagra en términos concretos, como sucede en algunos Estados miembros y en el Convenio Interamericano de Derechos Humanos (Pacto de San José), se refiere en esta sentencia, por un lado, al enunciado del artí-

culo 93 de las Reglas Mínimas para el trato de los detenidos, anexas a la resolución (73) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que reconoce respecto de la comunicación con el abogado que el inculpado “debe poder preparar y suministrar a éste instrucciones confidenciales, y poder recibirlas de él. Si lo solicita, deben concedérsele todas las facilidades para este fin... Las entrevistas entre el inculpado y su abogado pueden hacerse al alcance de la vista pero no del oído, de manera directa o indirecta, de un funcionario de la policía o del establecimiento”. Por otro lado, reconoce el artículo 3.2.c) del Acuerdo Europeo relativo a las personas que participan en los procedimientos ante la Comisión y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos que los detenidos “tienen el derecho, con respecto a una demanda a la Comisión y a todo procedimiento que resulte de ello, a comunicarse con un abogado admitido para litigar ante los tribunales del país en el que están detenidas y entrevistarse con él sin poder ser escuchados por otras personas”.

No cabe duda, finalmente, de que el derecho de defensa guarda una estrecha relación con los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (que son instrumentales de aquél, STC 142/2009, de 15 junio), y desde esta perspectiva la confidencialidad de las comunicaciones entre los Abogados y sus clientes es básica para garantizar la efectividad real del derecho a no reconocer voluntariamente la culpabilidad, porque se estaría vulnerando el derecho de defensa así como el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable si se pudieran intervenir esas comunicaciones logrando a través de ellas datos, informaciones o noticias perjudiciales para el imputado y en contra de su voluntad, aprovechando la aparente relación de confianza con su abogado.

Por eso no está regulada la intervención de las comunicaciones orales directas habidas entre el defensor y el defendido, como no lo están, además, con carácter general. Tal medida abriría una brecha de vigilancia pública indiscriminada insoportable para la ciudadanía, que sin duda se rebelaría contra ese control que se

cuela en el núcleo más estricto de la intimidad personal. El TEDH de 12 mayo 2000 (caso Khan c. Reino Unido, ap. 26) declara que para no infringir el artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada) la grabación de comunicaciones por medio de aparatos de escucha instalados en un domicilio precisa no sólo de una norma con rango de ley, sino que ésta “debe ser lo suficientemente clara en sus términos como para indicar de forma adecuada las circunstancias y condiciones en las que las autoridades públicas están autorizadas a recurrir a dichas medidas encubiertas”.

Ahora bien, una especial atención merecen las relaciones entre el abogado y el imputado cuando éste se encuentra privado de libertad. Por esa razón, una de las más claras manifestaciones del contenido esencial del derecho a la asistencia de abogado es la entrevista reservada con él, como derecho expresamente reconocido al detenido en el artículo 520.6.c) de la LECRIM para el caso de que el imputado se hallara detenido. La principal crítica que merece esta medida es precisamente que sólo pueda realizarse una vez que haya finalizado la diligencia en que el abogado hubiera intervenido. Por lo tanto, es imprescindible reconocer el derecho a la entrevista con anterioridad a la declaración que la policía pretende que el detenido preste, si no se quiere que padezca la asistencia efectiva del abogado y la credibilidad del sistema penal.

Junto con la situación de privación de libertad de corta duración, el problema se agrava cuando se trate de imputados sometidos a prisión provisional, que deben comunicarse con su letrado en los lugares habilitados para ello por la Administración Penitenciaria (ver el Auto del TSJ Madrid de 25 marzo 2010, que anuló las intervenciones de las comunicaciones habidas entre presos preventivos y sus abogados en el llamado caso Gürtel). La Ley orgánica General Penitenciaria permite que se intervengan las comunicaciones de lo reclusos con sus abogados, pero sólo cuando concurren dos presupuestos acumulativos, como ya había sostenido de modo terminante el Tribunal Constitucional desde la sentencia 183/1994,

de 20 junio: que se trate de delitos de terrorismo y que medie una autorización judicial (art. 51.2 LOGP), compendiando la STS 737/2009, de 6 julio, los requisitos que debe cumplir la resolución judicial.

La STC 58/1998, de 16 marzo (F. 5) razona precisamente en este orden de ideas que

El hondo detrimento que sufre el derecho de defensa a raíz de este tipo de intervenciones, se basa en la peculiar trascendencia instrumental que tiene el ejercicio de este derecho para quien se encuentra privado de libertad y pretende combatir jurídicamente dicha situación o las condiciones en las que se desarrolla. Que dicho detrimento se produce por la intervención de las comunicaciones del preso con su Abogado y por el hecho de que dicha intervención sea administrativa, es algo tan ostensible que no requiere especiales esfuerzos argumentativos, a la vista tanto de la importancia que el secreto de tales comunicaciones tiene para el adecuado diseño de la estrategia defensiva (como subraya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 28 de junio de 1984 —como Campbell y Fell contra el Reino Unido—, párrafos 111 y ss.; y de 25 de marzo de 1992 —caso Campbell contra el Reino Unido—, párrafos 46 y s.), lo que demanda las máximas garantías para su limitación, como del hecho de que su objeto puede ser la propia atribución de infracciones penales o administrativas a la Administración penitenciaria. No en vano, “la Ley ha conferido a la intervención de las comunicaciones un carácter excepcional” (STC 179/1996, fundamento jurídico 5º). No en vano, también, es la trascendente incidencia del derecho fundamental a la defensa la que hace que el legislador penitenciario constriña toda intervención de las comunicaciones de los internos con sus Abogados o Procuradores a “los supuestos de terrorismo” y que exija además la garantía judicial (art. 51.2 L.O.G.P.) (STC 183/1994).

Por lo demás, debemos advertir, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 25 de marzo de 1992 —caso Campbell contra el Reino Unido—, párrafo 50) y frente a lo que alega el Fiscal, que el peculiar detrimento del derecho de defensa que se deriva de la intervención administrativa de la correspondencia no queda suficientemente paliado por el hecho de que el interno y su Abogado puedan siempre someter sus comunicaciones al régimen de mayores garantías de la comunicación oral presencial, pues será frecuente que dicho tipo de comunicaciones sea de imposible o costosa realización por la distancia que pueda separar el establecimiento penitenciario del lugar en el que el Abogado tiene su despacho profesional.

Claro es que la confidencialidad de las comunicaciones con el Abogado vienen ampa-

radas por el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) tanto orales como por escrito; ello exige, en el caso de tratarse de las que mantenga este profesional con su cliente imputado en un proceso penal, que se hallen especialmente protegidas. En la STEDH de 21 enero 2010 (caso Da Silveira c. Francia), en relación con los registros en los despachos de abogados se señala que si bien se puede prever la posibilidad de registros domiciliarios en ellos, “deben imperativamente estar rodeados de ‘garantías especiales de procedimiento’ (ver, especialmente, Niemietz § 37, Roemen y Schmidt § 69 y André § 42)”.

## 8. LAS EXCEPCIONES EN EL DERECHO DE DEFENSA

España reconoce constitucionalmente ciertas excepciones en el proceso penal (art. 55.2 CE) cuando se trata del enjuiciamiento de delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas. Dispone este precepto que “una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”.

En realidad la incorporación de mecanismos singulares para obtener una mejor respuesta en Derecho, una solución más eficaz, contra esa delincuencia, no está exenta de dificultades, pues las normas especiales en el proceso introducen en realidad discriminaciones en el tratamiento de los sujetos que difícilmente pueden sostenerse.

En efecto, debe exigirse del Estado la suficiente solidez como para tratar de la misma manera a todos los que somete al proceso penal. Además, habrá de arbitrar los recursos necesarios para igualar las oportunidades procesales de la acusación con los medios de que dispon-

ga el imputado; supliendo las situaciones de desigualdad que, en algunos casos, poderosas organizaciones criminales puedan introducir en el proceso con recursos propios. Pero todo ello, sin acudir a disposiciones especiales que en ocasiones se justifican solamente por la falta de medios del aparato estatal. Es verdad que la justicia penal moderna es más cara que la expeditiva justicia del *cadí*, y desde luego más costosa que la justicia inquisitiva (en donde se ahorran puestos de trabajo ya que una sola persona asumía todos los papeles procesales). Respetar los derechos fundamentales y no utilizar la tortura para obtener declaraciones de culpabilidad; mantener la presunción de inocencia; obligar a la acusación a probar cada uno de los hechos que fundamentan la responsabilidad penal y consiguientemente el castigo, supone mucho más esfuerzo; pero ese es el precio del sistema democrático, que antepone a la seguridad pública la protección de los derechos individuales y la dignidad de la persona.

La realización del Estado democrático de Derecho exige que los poderes públicos, que ostentan el uso legítimo de la fuerza, se mantengan dentro de los límites de la ley; de modo que cuando su actuación entra en conflicto con el ciudadano, haya un mecanismo de protección de sus derechos frente a los posibles excesos del poder. Por eso, el Poder Judicial está llamado, por encima de otras consideraciones, a garantizar la libertad de los ciudadanos y el libre ejercicio de los derechos.

En nuestro ordenamiento, el tratamiento del fenómeno del terrorismo ha impregnado también el proceso penal, en el que se insertan medidas que excepcionan el normal desenvolvimiento del procedimiento cuando se trata del enjuiciamiento de estos delitos. Sin embargo la excepción constitucional es bien clara: pueden ser suspendidos solamente tres derechos fundamentales: el derecho a que la detención no dure más que el tiempo indispensable para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y el plazo máximo de setenta y dos horas para poner al detenido en libertad o a disposición

de la autoridad judicial; el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho al secreto de las comunicaciones.

Pues bien, eso quiere decir sin ninguna duda que no se pueden establecer excepciones a la protección de cualquier otro derecho fundamental, ni siquiera para el esclarecimiento y enjuiciamiento de delitos de terrorismo. Así pues, no existe habilitación constitucional alguna para restringir el derecho fundamental a la defensa del artículo 24.2 de la CE, y el derecho a la asistencia de abogado (arts. 17.3 y 24.2) puesto que no resultan excepcionados para los casos de terrorismo por el artículo 55.2 de la CE. No obstante, la legislación procesal efectivamente los limita.

Aun cuando el derecho a la asistencia de abogado ha de consistir, primariamente, en la facultad de elección de un abogado de confianza, del profesional del derecho que el imputado considere más adecuado (STC 18/1995), esta facultad viene excepcionada en nuestra LECRIM para todos aquellos casos en que se hubiera decretado la incomunicación del detenido o preso (art. 527.a).

La exigencia de la designación de oficio del abogado en estos casos responde al hecho de que en ocasiones se ha utilizado al defensor como un elemento de control o de difusión de órdenes o de informaciones a los elementos de la organización o de la banda en que estuviera integrada la persona privada de libertad. Esta es una solución que se aprobó inicialmente en Alemania con motivo de la persecución de los miembros de la banda Baader-Meinhof y se ha extendido por otros países, entre ellos, España.

Aunque esas circunstancias se hayan producido, y la proximidad del abogado con la organización criminal sea evidente, debe analizarse con sumo cuidado esta medida a la luz de los derechos fundamentales a la asistencia de abogado y a la defensa. En este mismo sentido se pronuncian tanto Amnistía Internacional, como la organización Human Rights Watch, mostrando su preocupación por la limitación del derecho a la libre elección de abogado durante la incomunicación.

Inicialmente resulta difícil aceptar la distinción que plantea el TC entre el derecho a la asistencia de abogado durante la detención en las diligencias tanto policiales como judiciales (art. 17.3 CE), que operaría como una de las garantías del derecho a la libertad, y el derecho a la asistencia de abogado del art. 24.2, que se enmarcaría dentro del derecho a la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido (SSTC 197/1987 y 7/2004), especialmente del penal (SSTC 21/1981 y 48/1982), y, por tanto, en relación con el “acusado” o “imputado”.

Porque lo cierto es que la formulación constitucional no difiere en ambos casos (asistencia de abogado al detenido, asistencia de letrado), y la esencia del derecho fundamental deriva de la defensa jurídica de la persona contra quien se ha formulado una imputación y frente a quien la ha formulado, sea la policía durante la detención policial, sea un juez si se trata de detención judicial o de prisión provisional.

#### **A. EN LA DETENCIÓN POLICIAL INCOMUNICADA**

Conforme se ha apuntado, el TC hace derivar como exigencia constitucional para la situación de detención la mera presencia de abogado, como garante de la libertad del detenido, aunque de ese modo fuerza sin duda la norma constitucional, que no se refiere estrictamente a la presencia sino a la asistencia de abogado, de forma que el TC da validez a la prohibición legal de la designación de un abogado de confianza en los casos en que se acuerde la detención incomunicada, como se previene en el art. 527 de la LECRIM.

Resulta de todo punto inconsistente justificar que en la detención policial la intervención del abogado quede limitada a garantizar el derecho a la libertad del detenido, de modo que el contenido esencial del derecho fundamental del art. 17.3 de la CE se satisfaga con tal que el abogado vele por el cumplimiento de las condiciones y el respeto de los derechos y garantías de la privación de libertad.

El TC sostiene (STC 7/2004, F. 6) que la confianza del detenido en el Abogado que le asiste en su detención (que integra lo que hemos denominado contenido normal del derecho), no se puede afirmar que forme parte del contenido esencial del derecho fundamental, pues “la esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarla, no en la modalidad de la designación del abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al letrado de libre designación” (STC 196/1987, F. 5).

Así concebido, es indudable que el papel del abogado tendría, con todo, una gran relevancia, pero se estaría lejos de la propia formulación constitucional, porque el abogado no puede convertirse durante la detención en una suerte de convidado de piedra, que dé fe en interés del detenido de las condiciones en que se ha practicado la privación de libertad, aplicando sus conocimientos jurídicos, es decir, una especie de testigo silencioso, con escasa capacidad y posibilidad de intervenir o de recurrir efectivamente contra las razones de la detención.

El derecho fundamental está expresado como derecho a la asistencia del abogado, esto es, derecho a la intervención proactiva de éste en defensa de su patrocinado; porque también durante las diligencias policiales de detención el sometido a esta medida debe tener la garantía de poder articular una estrategia que conduzca no sólo a su más inmediata recuperación de la libertad, sino también a preparar, ante la propia policía y para una eventual puesta a disposición de la autoridad judicial, su defensa no sólo frente a la agresión que supone la detención, sino en el marco del proceso penal al que la detención viene preordenada.

Desde luego que un abogado de oficio, en quien el detenido deposite su confianza, o se resigne a su intervención por falta de medios

económicos o de conocimiento de otro profesional, satisface el derecho fundamental. Sin embargo, no puede seriamente sostenerse que también el derecho se satisface cuando la designación del abogado de oficio se produce porque la ley le impide al detenido que se haga asistir de un abogado de su confianza, y que sea equivalente la asistencia que al detenido le proporciona tanto uno como otro.

## B. EN LA DETENCIÓN JUDICIAL INCOMUNICADA

Partiendo de las anteriores consideraciones, mucho menos se puede encontrar justificación a la limitación del contenido esencial del derecho fundamental a la asistencia de abogado, ceñido a la garantía de la libertad, cuando se trata de una detención judicial, es decir, ordenada por el instructor en el curso de un proceso penal abierto.

En efecto, la detención judicial se extiende no sólo a la que sigue inmediatamente a la puesta a disposición judicial del detenido, que en tal caso encontraría una similar justificación que en los supuestos de detención policial, sino que comprendería también a la que derive de las diligencias practicadas por el propio instructor.

Pues bien, cuando el juez ordena la detención de una persona como consecuencia de sus propias actuaciones procesales, es evidente que se debe salvaguardar estrictamente el derecho a la defensa —si se quiere, el derecho a la tutela judicial efectiva en el marco del derecho al debido proceso—, a pesar de que la medida de detención se pretenda encajar en el ámbito del derecho fundamental a la libertad (art. 17.3 CE), porque la medida se adopta por el juez y dentro de un proceso penal, donde en todo caso debe garantizarse sin restricciones el derecho a la defensa frente a las actuaciones judiciales.

## C. EN LA PRISIÓN PROVISIONAL INCOMUNICADA

El problema se complica mucho más porque la medida limitativa de la designación de

abogado de confianza, y la exigencia legal de que el abogado sea designado de oficio, viene prevista en el art. 527.a) de la LECRIM en todos los casos en que se decreta la privación de libertad incomunicada; es decir, no sólo cuando se acuerde la detención incomunicada sino también cuando la medida adoptada sea de prisión provisional incomunicada.

Pues bien, precisamente en los supuestos de prisión incomunicada no puede resultar de aplicación la aludida doctrina del TC, y por eso es preciso poner en duda la constitucionalidad de la mencionada medida, al menos respecto de la exigencia legal de que el abogado que debe prestar la asistencia al imputado sea en todo caso designado de oficio.

En efecto, si resulta más que discutible lo que el TC sostiene como contenido del derecho a la asistencia de abogado en la detención, cuando se analiza desde la situación de la prisión provisional no cabe duda alguna de su inconsistencia, máxime si la prisión incomunicada no sigue inmediatamente a una anterior situación de incomunicación y ya que se trata de una medida genuinamente judicial. Porque es evidente que la intervención del abogado cuando su patrocinado se encuentra en esta modalidad de cumplimiento de la prisión provisional, que debe ser ordenada por la autoridad judicial en el curso de un proceso penal abierto por delito grave, no se produce como garantía de su libertad, en el marco del art. 17 de la CE, no interviene para prestarle al preso preventivo su apoyo moral y ni tampoco constituye una ayuda profesional en el momento de su detención (como se dice en la ya referida STC 196/1987).

La asistencia letrada en caso de prisión incomunicada ha de ser esencialmente actividad defensiva, una intervención exigida por el derecho a la defensa en un proceso penal en curso, en los términos del art. 24.2 de la CE, derecho fundamental que no admite limitación alguna por aplicación del art. 55.2 de la CE. Así pues, carece de sentido que el imputado haya podido designar un abogado de confianza con anterioridad a su situación de incomunicación, que le haya prestado asisten-

cia durante ciertas diligencias y haya intervenido en el procedimiento, para ser sustituido por un abogado de oficio, desconocedor de todas las actuaciones, que deba hacerse cargo de la defensa (en el marco de la tutela judicial efectiva y el debido proceso) por el corto periodo de tiempo que dure la incomunicación; es indudable que la referencia entonces a una asistencia letrada efectiva al imputado, es decir, la garantía del derecho fundamental, no es más que un *flatus vocis*.

#### D. EL ARGUMENTO DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA

A pesar de los argumentos con los que el TC ha sostenido, desde la perspectiva del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, la constitucionalidad de la prohibición legal de que el incomunicado designe abogado de confianza, debió reconocer que la privación de la posibilidad de libre elección del abogado “constituye una indudable restricción del derecho, que el legislador no puede imponer a su libre arbitrio, pues las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no sólo que respeten su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen” (STC 196/1987). Partiendo de esta consideración, entiende el TC en esa misma sentencia que la medida de incomunicación del detenido adoptada bajo las condiciones previstas en la ley y la limitación temporal del ejercicio del derecho a la libre designación de abogado, que no le impide proceder a ella una vez cesada la incomunicación, “no puede calificarse de medida restrictiva irrazonable o desproporcionada”.

Aun aceptando a efectos dialécticos que la prohibición legal de la libre designación de abogado por el incomunicado no afecte al contenido esencial del derecho a la asistencia

de abogado en los supuestos de detención policial, en modo alguno cabe extender esta justificación a los casos de detención ordenada por un juez y, mucho menos, a los casos de prisión provisional, según se ha dicho. Pero aunque así fuera, tampoco razonando en clave de proporcionalidad puede aceptarse la constitucionalidad de la medida, al menos en los casos de prisión provisional en que el imputado haya sido asistido con anterioridad por un defensor de su elección; todo lo más, se podría impedir la comunicación del abogado libremente designado con su defendido, pero no se justificaría su salida del proceso. En efecto, el art. 527.a) de la LECRIM no sólo impide la comunicación, sino que supone el apartamiento del procedimiento del abogado de confianza por el tiempo de la incomunicación y su sustitución por uno designado de oficio, impidiendo al letrado que ha venido sosteniendo la defensa intervenir en las diligencias que se practiquen mientras su defendido se encuentre incomunicado; esta posibilidad separa a la medida prevista en la ley de los parámetros tanto de razonabilidad como de proporcionalidad a que se refiere el TC, pues la limitación del derecho a la libre elección del abogado y la salida del letrado de confianza del proceso, sustituyéndolo por uno de oficio, no afecta a la finalidad que se persigue con la incomunicación, máxime cuando ésta no viene seguida necesariamente del secreto de las actuaciones. En conclusión, no parece aceptable la limitación del derecho a la asistencia de abogado tal y como viene regulada en la LECRIM, ni desde el punto de vista del contenido esencial del derecho fundamental de los arts. 17.3 y 24.2 de la CE, ni tampoco desde el punto de vista de la proporcionalidad. Por todo ello, debieran seguirse las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que viene pidiendo a España ya desde 1996 que se abstenga de utilizar la detención en régimen de incomunicación.

#### NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. Sobre los aspectos históricos del proceso penal puede verse, TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, 2ª ed., Madrid, 1992, especialmente las páginas relativas al proceso penal,

pp. 153 a 200; una aproximación más exacta, puede verse en ALONSO ROMERO, M. P., Historia del proceso penal ordinario en Castilla (siglos XIII-XVIII), Salamanca, 1979, y DE LAS HERAS SANTOS, J. L., *La Justicia Penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca, 1994. Para un examen del proceso “inquisitivo” y “acusatorio”, por todos, MONTERO AROCA, “El Derecho Procesal Penal en el Siglo XX”, publicado en los *Estudios en Honor de Gelsi Bidart*, en 2000 y consultado en [www.derechoprocesal.es](http://www.derechoprocesal.es). Sobre el “fair trial” y el “due process”, GÓMEZ COLOMER, J. L., *El Sistema de enjuiciamiento Criminal propio de un Estado de Derecho*, México D.F., 2008, pp. 37 y ss. Una reflexión moderna sobre las “inquisiciones generales” puede verse en AGUILERA MORALES, M., *Proceso penal y causa general. La inquisitio generalis en el Derecho*, Madrid, 2008.

2. Sobre el derecho de defensa en general, y fundamentalmente en el proceso penal: ASECIO MELLADO, J. M., *Principio Acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, 1991; CAROCCA PÉREZ, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, 1998; CHIAVARIO, M., *Processo e garanzie della persona*, Milán, 1976; GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “El Derecho de defensa y el perjudicado”, en *La Reforma del proceso penal*, 1989, pp. 419 a 427; LÓPEZ YAGUES, V., *El derecho a la asistencia y defensa letrada: su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, Alicante, 2002; MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El derecho de defensa”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, nº 5 (2000), pp. 175 a 226.

3. En relación con el concepto de indefensión: BORRAJO INIESTA, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y FERNÁNDEZ FARRERES, *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1995; SERRANO HOYO, *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Granada, 1997.

4. En cuanto las distintas manifestaciones del Derecho de defensa en el proceso penal: ARANGÜENA FANEGO, C., “Exigencias en relación con el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la asistencia jurídica gratuita (art. 6.3c) CEDH)”, en *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Coord. Santolaya y García Roca), Madrid, 2005, pp. 389 a 406; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., “El derecho a la defensa y asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes”, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 10 (2000), pp. 113 a 132; BEJARANO GUERRA, F., “Derecho de defensa, detención preprocesal y “Habeas Corpus””, en *Detención Policial y habeas corpus, Estudios de Derecho Judicial*, nº 48 (2008), pp. 225 a 250; DAMIÁN MORENO, J., “Sobre el derecho de defensa y prueba prohibida”, en *Poder Judicial*, nº 16 (1989), pp. 151 a 158; DE URBANO CASTRILLO, E., “La prueba ilícita penal y el derecho de defensa”, en *La Ley*, nº 3 (1998), pp. 1589 a 1590; GÓMEZ COLOMER, J. L., *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Barcelona, 1988; GUTIÉRREZ-ALVÍZ Y CONRADI, F., “El derecho a la defensa y a la asistencia de letrado”, en *Derechos procesales fundamentales, Estudios de Derecho Judicial*, nº 22 (2004), pp. 277 a 318; JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Libertad de Expresión de los Abogados, derecho de defensa e imparcialidad judicial”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 540 (2002), pp. 1 a 5; JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “El derecho fundamental a ser asistido por abogado e intérprete”, en *La Orden de detención y entrega europea* (Dir. Arroyo y Nieto), UCLM, 2006, pp. 325 a 354; MIRA ROS, C., “El derecho del acusado a defenderse por sí mismo a la luz de la Constitución Española y de los Instrumentos Internacionales ratificados por España”, en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 15 (2008); NISTRAL MARTÍNEZ, J., “La Libertad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho a la defensa”, en *La Ley*, nº 7383 (2010); ORTÍZ PRADILLO, J. C., “Juicio oral y videoconferencia: incidencia en el derecho de defensa del acusado”, en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Coords. De la Oliva, Aguilera y Cubillo), 2008, pp. 117 a 130; PELAYO JIMÉNEZ, RAMÓN, “Intervención de las Comunicaciones entre abogado y cliente: intromisión legítima en el derecho a la defensa”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 795 (2010), pp. 1 a 6.

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2010

Fecha de aceptación: 11 de octubre de 2010



## RESUMEN

El derecho a una defensa legal efectiva en los procesos penales es garantizado por la Constitución e incluye como piedra angular el derecho a la confidencialidad de comunicaciones entre abogados defensores y sus clientes. Después de los ataques terroristas del 11 de septiembre, el Gobierno norteamericano decretó una serie de medidas que extienden el poder del Ejecutivo para investigar el terrorismo y afectan a derechos fundamentales, entre ellos el derecho al secreto profesional que garantiza la confidencialidad de comunicaciones entre abogados y sus clientes. Entre éstas las más cuestionadas fueron reformas de las reglas administrativas penitenciarias que permiten la intervención de comunicaciones entre abogados y clientes sin orden judicial así como reglas que limitan el acceso a información secreta, necesaria para la preparación de la defensa legal, a abogados defensores que no están acreditados para revisar esta información. Tomando en consideración que la seguridad nacional es un bien fundamental del Estado, los Tribunales han restringido la amplitud de las medidas antiterroristas y han establecido reglas que protegen este bien sin que resulten afectadas garantías constitucionales fundamentales como el secreto profesional y el derecho a una defensa legal efectiva.

## PALABRAS CLAVE

DERECHO CONSTITUCIONAL A UNA DEFENSA LEGAL, INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES ENTRE ABOGADOS Y SUS CLIENTES, SECRETO PROFESIONAL, NORMAS PENITENCIARIAS

## ABSTRACT

The right to an effective legal defense in criminal cases is guaranteed by the United States Constitution and includes the attorney-client privilege as a fundamental component. Following the terrorist attacks of September 11, the Government adopted a series of measures that expanded the Executive's power to investigate terrorism and affected fundamental rights, among them the privilege that guarantees the confidentiality of communications between lawyers and their clients. One of the most criticized measures were reforms to administrative penitentiary rules that permit the interception of communications between lawyers and clients without a judicial order as well as rules that limit defense lawyers access to secret information without accreditation and clearance. History shows that critical challenges to fundamental rights often take place during periods of war or major national crisis. It is at this time, however, when courts must intervene to prevent government abuse in the name of national security. Considering that national security is a fundamental duty of the State, courts have adopted rules that guarantee this public right without diminishing constitutional traditions like the right to maintain confidential communications between defense layers and their clients and the right to counsel.

## KEY WORDS

CONSTITUTIONAL RIGHT TO COUNSEL, INTERCEPTION OF COMMUNICATIONS BETWEEN LAWYERS AND CLIENTS, ATTORNEY CLIENT PRIVILEGE, CORRECTIONAL RULES

# LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES ENTRE ABOGADOS DEFENSORES Y SUS CLIENTES Y LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO EN LOS ESTADOS UNIDOS

Luis Salas

Florida International University

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El secreto profesional y las reglas de prueba. 3. El secreto profesional y el derecho a la defensa legal garantizado por la Sexta Enmienda a la Constitución. 4. La intervención de comunicaciones electrónicas. 5. El Secreto profesional y los detenidos en Guantánamo. 6. La responsabilidad ética del abogado. 7. Conclusión. Nota bibliográfica

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las principales consecuencias del ataque a las torres de Nueva York del 11 de septiembre de 2001, ha sido la profunda modificación que ha sufrido el sistema penal norteamericano. El fin de las reformas es la obtención de información para prevenir actos terroristas o identificar a los culpables; para ello se reducen las barreras procesales destinadas a prevenir abusos gubernamentales e, incluso, llegan a adoptarse medidas que pueden ser susceptibles de vulnerar derechos fundamentales.

Un ejemplo claro en el que se aprecia la rebaja de las exigencias garantistas establecidas por la Constitución es el derecho a una defensa legal efectiva en casos penales que, evidentemente, no se puede lograr sin garantizar la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. En este sentido, conviene tener presente que varias de las reformas introducidas por la Ley Patriótica promulgada poco tiempo después del 11 de septiembre, están orientadas a facilitar la intervención de las comunicaciones y los registros por orden judicial —e, incluso, sin orden judicial— en ciertos casos de

espionaje y terrorismo. Además, el Gobierno norteamericano emitió decretos que permiten la intervención de comunicaciones entre los detenidos y sus abogados; lo que, como era de esperar, provocó importantes críticas por parte de colegios de abogados.

Este trabajo tiene por objeto analizar el secreto profesional, como parte fundamental del derecho constitucional a la defensa; más concretamente, se trata de ver si el secreto de las comunicaciones entre abogados y clientes —ya hayan sido procesados o estén en prisión preventiva— puede verse menoscabado en atención a otras necesidades como la de prevenir el terrorismo y salvaguardar la seguridad nacional.

## 2. EL SECRETO PROFESIONAL Y LAS REGLAS DE PRUEBA

El principio del secreto profesional, que garantiza la confidencialidad de comunicaciones entre abogados y sus clientes, es uno de los derechos consagrados del Derecho norteamericano más antiguo. Tiene su origen como regla de prueba en el Derecho común, durante el siglo XVI, con el desarrollo del proceso oral y las órdenes de comparecencia de testigos. Aunque originariamente surge como una necesidad de salvaguardar el honor de defensores legales como caballeros y abogados, a finales del siglo XVIII, se justifica ya en la exigencia de entablar una comunicación franca y abierta entre cliente y abogado a fin de garantizar una representación legal efectiva. A comienzos del siglo diecinueve, la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció el derecho al secreto profesional como una herencia básica del Derecho común. En el caso de *Upjohn v. United States* la Corte Suprema estableció que el “propósito de la regla es que se produzcan comunicaciones francas y comprensivas entre los abogados y sus clientes y, por lo tanto, promover intereses públicos más amplios tales como el cumplimiento con la ley y la administración de justicia. El secreto profesional está basado en un reconocimiento de que los consejos le-

gales atinados, o la defensa legal, promueven intereses públicos y que la efectividad de estos consejos depende de que el abogado esté totalmente informado por su cliente”.

## 3. EL SECRETO PROFESIONAL Y EL DERECHO A LA DEFENSA LEGAL GARANTIZADO POR LA SEXTA ENMIENDA A LA CONSTITUCIÓN

El secreto profesional también tiene un fundamento constitucional en casos penales, pues el acusado tiene el derecho a una defensa legal efectiva y proactiva. El derecho a la defensa legal incluye el derecho a una comunicación fluida y franca entre el abogado y su cliente, sin la intervención de las otras partes del proceso. Así en 1977, la Corte Suprema, en el caso de *Weatherford v. Bursey*, determinó que: “el derecho a una defensa legal consagrado en la Sexta Enmienda, solamente puede ejercerse de una manera efectiva, si el imputado está seguro de que las comunicaciones con su abogado son privadas y de que la preparación de su defensa no será objeto de intromisión por parte de la acusación (el gobierno), su adversario, en el proceso penal”.

Sin embargo, el derecho al secreto profesional no es absoluto. Antes del 11 de septiembre solo podía ser anulado por medio de una orden judicial para prevenir la comisión de un delito. Así, por ejemplo, un juez puede ordenar la intervención de comunicaciones si existen suficientes indicios para creer que la comunicación tiene un fin delictivo. Lo mismo ocurre con autos judiciales que autorizan el registro de las oficinas de un abogado o el correo de un detenido.

Uno de los primeros casos en los que la Corte Suprema analizó la validez de intervenciones de comunicaciones entre abogados y clientes fue en *Black v. United States* en 1967. En este caso, agentes del FBI instalaron dispositivos electrónicos que le permitían grabar conversaciones entre Black y su abogado en la

habitación de un hotel. La Corte ordenó un nuevo juicio para determinar si la información contenida en las grabaciones fue utilizada por los fiscales en la preparación del proceso penal en curso. Igualmente, en *O'Brien v United States*, en 1966, la Corte revocó la sentencia de O'Brien por robo, ya que el gobierno ocultó micrófonos en una oficina y grabó conversaciones entre el acusado y otras personas. La Corte, en su fallo, determinó que el derecho constitucional a una defensa legal requiere que el interrogatorio de un imputado, después de que ha sido formalmente acusado, solamente puede tener lugar con la presencia de su abogado. En el mismo año, la Corte Suprema decidió, el caso de *Hoffa v. United States*. En esta ocasión, un empleado de los abogados de Hoffa informó a los fiscales de que él había estado presente cuando Hoffa y los abogados discutieron la posibilidad de sobornar a miembros del jurado. En este caso, los fiscales obtuvieron una orden judicial para grabar las conversaciones entre Hoffa y los abogados y éstas fueron utilizadas como prueba en un juicio penal contra Hoffa. La Corte Suprema ratificó la sentencia de Hoffa y aprobó el uso de las grabaciones en su contra.

El principal argumento esgrimido por los Fiscales es que el propósito de la intervención de las comunicaciones entre un abogado y su defensor sirve para determinar si éstas facilitan la comisión de un delito. En *Caldwell v United States*, por ejemplo, el gobierno en 1953 contrató un agente encubierto para identificar a otras personas que intervinieron en la comisión del delito por el cual Caldwell estaba siendo procesado. El agente participó en las discusiones entre Caldwell y su abogado defensor, e informó a los fiscales de que el imputado y su abogado le habían ofrecido una suma determinada para robar los archivos del caso de las oficinas de la Fiscalía. El gobierno autorizó la participación del agente como parte del equipo de la defensa de Caldwell. Aunque el tribunal de apelaciones reconoció el derecho de la Fiscalía de tomar medidas para prevenir el robo de sus archivos, este dato, por sí sólo, no constituye una justificación suficiente para

autorizar la intromisión activa del Gobierno en la relación entre un abogado y su cliente. En efecto, las prohibiciones constitucionales contra registros indebidos, las garantías de un debido proceso y el derecho a una defensa legal no servirían de nada si el Gobierno pudiese, impunemente, registrar los documentos confidenciales de un abogado y su cliente, escuchar sus conversaciones, o participar en las discusiones de la estrategia de la defensa a través de un agente encubierto. Igualmente, en *Coplon v. United States*, un tribunal de apelaciones, en 1951, analizó la conducta del Gobierno al intervenir las conversaciones telefónicas entre una persona acusada de ser un espía soviético y su abogado. El tribunal reiteró que el derecho constitucional a la defensa legal de un imputado resulta vulnerado si se le niega el derecho a consultar con su abogado en privado aun en casos de espionaje.

En un voto particular en *Weatherford v. Bursey*, en 1977, el Magistrado de la Corte Suprema, Thurgood Marshall, enfatizó que “hay dos valores constitucionales independientes que se ponen en peligro cuando el Gobierno se entromete en las comunicaciones privadas entre imputados y sus abogados. Primero, la integridad del sistema contradictorio y la equidad de los juicios resultan afectados cuando los fiscales, clandestinamente, obtienen información sobre la estrategia de la defensa legal o las pruebas (o la ausencia de éstas). En segundo lugar, e igualmente preocupante, existe el peligro de que la intromisión del Gobierno en las comunicaciones confidenciales entre el abogado y su cliente vulnere el derecho a una defensa legal efectiva. Es evidente que el derecho a la defensa incluye el derecho a consultar con su abogado pero, en la práctica, si el cliente sabe que la información que puede comprometerle puede ser obtenida mediante la interceptación de las comunicaciones con su abogado, se merman considerablemente las posibilidades de establecer la relación de confianza necesaria para obtener el asesoramiento debidamente informado. Por esta razón, hace mucho tiempo que se reconoce que el secreto profesional es esencial para el derecho a la de-

fensa y que aparece garantizado por la Sexta Enmienda a la Constitución”.

#### 4. LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

La normativa norteamericana permite la intervención de comunicaciones electrónicas a través de tres mecanismos distintos. En primer lugar, el Código Penal autoriza la intervención de este tipo de comunicaciones por auto judicial motivado a petición del Fiscal General o de otra alta autoridad de la Fiscalía. El juez debe determinar si existe causa probable de que el sujeto de la intervención vaya a cometer o haya cometido uno de los delitos especificados en la ley, especialmente terrorismo y, además, debe justificar que por medio de la intervención se obtendrán indicios del delito. Adicionalmente, el Gobierno debe establecer que los métodos tradicionales de investigación han fracasado o son demasiado peligrosos. La norma prohíbe el uso de información obtenida como resultado de las comunicaciones entre abogados y sus clientes como pruebas en procesos penales, a menos que la comunicación forme parte de la comisión de un delito.

En 1968, el Congreso norteamericano promulgó la primera legislación procesal antiterrorista conocida por su acrónimo como FISA (*Foreign Intelligence Surveillance Act*). Esta norma regula el procedimiento para autorizar intervenciones electrónicas en casos de espionaje. A diferencia de la normativa del Código Penal, ésta no siempre tiene un fin penal, sino que también tiene como finalidad la obtención de información para inteligencia. Para garantizar la naturaleza secreta de investigaciones de espionaje, la ley creó un tribunal especial compuesto por un número reducido de jueces federales que pueden tener conocimiento de las investigaciones y competencia para autorizarlas.

La ley faculta al director del FBI, o a su delegado, para que presente una solicitud ante

un juez (que ha de ser uno de los jueces especiales) con el fin de que ordene la entrega de cualquier objeto que sirva para la investigación de actos relacionados con el terrorismo o con el espionaje. Para ello se exige que dicha investigación no esté basada solamente en actividades protegidas por el derecho de expresión o de religión garantizados constitucionalmente. La solicitud especificará que el material solicitado se necesita para la investigación de terrorismo o espionaje. El juez emitirá una orden ex parte aprobando la entrega de pruebas sin especificar las razones (terrorismo o espionaje). Ninguna persona que haya sido informada de la orden podrá hacer pública dicha información y ninguna persona o empresa que entregue bienes u objetos de acuerdo con dicha orden incurrirá en responsabilidad legal alguna por su acción.

Además, la ley FISA también permite que se realicen registros sin informar al interesado acerca del mismo. Esta excepción, sin embargo, está limitada por la jurisprudencia de los tribunales de apelaciones. Para obtener una orden de esta naturaleza, el Gobierno tiene que establecer lo siguiente: 1) que tiene “causa razonable” para creer que la notificación inmediata afectaría el éxito de la investigación; 2) que el Gobierno solamente puede incautar aquellos objetos que motive que son necesarios para la investigación; 3) que se tiene que notificar a las partes sujetas a la investigación dentro de un período razonable.

En cualquier caso, la norma que ha causado una mayor polémica es la norma penitenciaria que autoriza la intervención de comunicaciones de reclusos en los establecimientos penitenciarios. En 1996, se promulgaron reglas administrativas penitenciarias que permiten la aplicación de medidas alternativas especiales, conocidas como SAMs, a reclusos en establecimientos penitenciarios federales para el control de su conducta. En general, la regla faculta al director de una prisión para que, después de notificar por escrito al Buró de Prisiones y al Fiscal General, aplique medidas “especiales” a reclusos cuando éste determine que “las comunicaciones, o contactos con personas, de un interno pueden causar la muerte o lesio-

nes graves a personas, o daños considerables a la propiedad que pueden causar la muerte o lesiones graves a personas”. El tipo de medida que se puede aplicar incluye aislamiento del interno, restricciones en las personas que lo pueden visitar, las comunicaciones que puede recibir o el uso del teléfono. Esta norma, sin embargo, originalmente no era aplicable a las comunicaciones entre los internos y los abogados que los representan legalmente. Solamente si el gobierno motivaba debidamente, ante una autoridad judicial, que existía una “sospecha razonable” de que estas comunicaciones estaban siendo usadas para promover actividades delictivas, era posible la intervención de estas comunicaciones, y siempre y cuando fuera resultado de un auto motivado por una autoridad judicial competente.

Poco después de la promulgación de la Ley Patriótica, el Fiscal General enmendó las reglas que autorizan la aplicación de Medidas Administrativas Especiales. Mediante la reforma, se permite la intervención de comunicaciones entre personas detenidas y sus abogados siempre que el Fiscal General, basándose en la información que posee, considere que existen “sospechas razonables” de que estas comunicaciones están siendo usadas para promover actos de violencia o terrorismo y que la aplicación de estas medidas es “necesaria para prevenir actos futuros de violencia o terrorismo”.

A tal efecto, se precisa que el Fiscal General de los Estados Unidos, o el director de una de las agencias policiales federales, emitan una decisión motivada en la que se contengan los antecedentes que justifican la aplicación de tal medida. Además, debe identificarse al interno afectado y ha describirse el tipo de medida a aplicar. Por otro lado, se requiere que se notifique, tanto al interno como a su abogado, que las conversaciones entre ambos pueden ser intervenidas. Ahora bien, esta exigencia no tendrá efecto si el Fiscal General solicita una orden judicial para que dicha medida se mantenga en secreto y, en consecuencia, abogado y cliente pueden no ser informados de que sus comunicaciones están siendo intervenidas.

En cuanto al plazo, la aplicación de esta medida extraordinaria tiene una duración máxima de 120 días; sin embargo, dicho plazo puede ir ampliándose por períodos sucesivos de igual duración para cuya concesión se requiere el mismo proceso de petición, revisión y autorización que se exige en relación con la autorización inicial. El interno puede presentar un recurso ante autoridades administrativas superiores y eventualmente ante una autoridad judicial.

Para minimizar la posibilidad de intromisión en comunicaciones cubiertas por el secreto profesional, el Buró de Prisiones ha designado un equipo (“*privilege team*”) de personas que no están relacionadas con la investigación en curso para que monitoreen las conversaciones. Esta es una práctica que se había utilizado bajo la cobertura de una norma penal aplicable a casos de espionaje, en los cuales había una intervención de las comunicaciones del presunto espía amparada en una orden judicial. Tanto en estos casos, como en otros casos de interceptación de la comunicaciones autorizadas judicialmente, los tribunales han enfatizado la distinción entre la información que llega a manos de los fiscales de juicio y, aquella otra que es recibida por los funcionarios encargados de registrar las conversaciones. Por ejemplo, en un caso en el que se autorizó el registro de la oficina de un abogado, el juez adoptó medidas para minimizar la posible violación del secreto profesional. A tal efecto requirió que abogados del Gobierno acompañaran a los agentes policiales durante el registro y separasen documentos y correos electrónicos entre abogados y sus clientes del resto de los documentos incautados. Posteriormente, dos fiscales de alto nivel que no tenían relación con el proceso penal respecto del que se efectuó el registro, examinaron los documentos que se habían separado y concluyeron que si de ellos podrían extraerse indicios de la comisión de un delito, no estaban protegidos por el secreto profesional.

La jurisprudencia también requiere que la intervención de comunicaciones entre clientes y sus abogados se realice con la menor intromisión posible. Excepto en aquellos casos en

los que el equipo de monitoreo determine que existe una posibilidad inminente de que tenga lugar un acto de violencia o de terrorismo, todas las comunicaciones se mantendrán secretas hasta que su divulgación sea autorizada por un tribunal. Asimismo, y con anterioridad a que se proceda a la interceptación, debe comunicarse por escrito al “interno” y a su abogado que sus reuniones pueden ser observadas y que sus comunicaciones pueden ser intervenidas. Sin embargo, como se dijo con anterioridad, el fiscal puede solicitar una orden judicial para evitar que tal medida llegue a conocimiento de ambos.

Como era de esperar, los colegios de abogados y los grupos defensores de derechos humanos se han opuesto a esta reforma. La principal crítica obedece al hecho de que sea posible la aprobación de intervenciones sin la participación de una autoridad judicial neutral. Asimismo se ha denunciado que la aplicación de esta regla limitará la efectividad de la defensa legal al quedar afectada la libertad y la confianza que deben presidir las relaciones entre cliente y abogado.

A pesar de estas objeciones, los tribunales que se han pronunciado al respecto han considerado que la medida no viola las exigencias constitucionales. Así, en el caso de *United States v. Felipe*, en 1996, un recluso que cumplía condena en una prisión federal fue sentenciado a cadena perpetua por haber ordenado varios asesinatos desde la prisión. Las autoridades permitieron la grabación de sus comunicaciones con la sola excepción de las que mantenía con su abogado. El tribunal falló en contra de Felipe y determinó que tanto el Buró de Prisiones, como un tribunal, pueden restringir el derecho del interno a comunicarse con otros, siempre y cuando la restricción cumpla un fin penitenciario legítimo y no sea posible cumplir este fin de otra manera menos lesiva para los derechos fundamentales.

En uno de los primeros casos, *United States v. Stewart*, en 2009, en los cuales un tribunal consideró la aplicación de estas medidas para intervenir comunicaciones, uno de los abogados fue acusado de encubrir las actividades

del Sheik Abdel Rahman, al permitir que el traductor recibiera y transmitiera mensajes, en árabe, a sus seguidores en Egipto; en estos mensajes se pedía que rechazaran una tregua y reanudaran actos de violencia. Rahman estaba detenido bajo Medidas Administrativas Especiales que prohibían cualquier comunicación, excepto con su abogados. Estas medidas limitaron el uso del correo, el teléfono y las visitas en la prisión. Las llamadas telefónicas estaban limitadas a su esposa y sus abogados. Para garantizar que los contenidos de las comunicaciones entre Rahman y sus defensores no fueran divulgados a otras personas, el director de la prisión requirió que los abogados firmaran un acuerdo comprometiéndose a cumplir con las restricciones de las Medidas Administrativas Especiales. Asimismo, el acuerdo precisaba que los abogados no debían discutir con miembros de la prensa nada que afectara a la representación de Rahman ni al contenido de sus comunicaciones. Stewart, una de los abogados de Rahman, firmó estos acuerdos, bajo pena de perjurio, aceptando que entendía los requisitos impuestos y los cumpliría.

Durante varias conversaciones con Rahman y el traductor contratado por Stewart, la abogada facilitó la recepción y posterior comunicación del recluso con sus seguidores en Egipto. Posteriormente, la abogada sostuvo una entrevista con un periodista en Egipto en la cual le informó de la recomendación de Rahman a sus seguidores. Después de otra entrevista con Rahman, Stewart, de nuevo, contactó con el periodista egipcio y le reiteró la declaración de su cliente abogando por una reanudación de la violencia contra el Gobierno de Egipto. En visitas posteriores, Stewart le pasó mensajes y notas de sus seguidores al prisionero.

Con base en un auto judicial que autorizó la intervención del teléfono de uno de los cómplices de Rahman, el Gobierno escuchó conversaciones entre la abogada y el seguidor de su cliente en las cuales ella le pasó información que estaba prohibida según el acuerdo firmado con el Gobierno. Tales hechos motivaron que un juez autorizara la grabación de las conversaciones entre la abogada y su cliente durante

una de las visitas que ésta le hizo en la prisión. Posteriormente, el Gobierno procesó a la abogada por apoyo material al terrorismo, perjurio por las afirmaciones que había realizado y que eran contrarias a los acuerdos adoptados con el Gobierno y, finalmente, participación en una conspiración terrorista. Stewart fue enjuiciada y sentenciada a prisión. El tribunal de apelaciones rechazó el argumento de Stewart, según el cual sus actuaciones eran parte del deber de proporcionar una defensa proactiva a su cliente. El Tribunal entendió, en cambio, que su responsabilidad como defensa letrada no le autoriza a violar la ley.

Los Tribunales que han revisado la aplicación de Medidas Administrativas Especiales han tomado en consideración cuatro requisitos establecidos por la Corte Suprema, en 1987, en el caso de *Turner v. Safley*. Tales exigencias deben ser analizadas, con el fin de determinar la validez de reglas penitenciarias que puedan suponer la limitación de derechos fundamentales. En primer lugar, el Tribunal debe determinar si se aprecia una “conexión válida racional” (*valid, rational connection*) entre la regla y el interés gubernamental que la justifica. Debe examinar, además, si existen medios alternativos para que el recluso pueda ejercer el derecho restringido. En tercer lugar, debe valorar el impacto que el medio alternativo tiene sobre la prisión, los reclusos y los guardias. Y, por último, debe constatar la ausencia de “medidas alternativas al alcance” de las autoridades.

En el caso *United States v. El Hage*, un imputado acusado de ser miembro de *Al Qaeda* cuestionó ante un Tribunal de apelaciones, en 2000, la validez de las Medidas Administrativas Especiales aplicadas a un detenido en espera de juicio. El tribunal reconoció que los fines de las medidas que limitan la libertad de personas en prisión preventiva son distintos a los de las personas que ya han sido sentenciadas; la diferencia radica en que, en ese caso, ya no existen ni los fines de la rehabilitación ni el castigo. En contra de esa opinión, el Gobierno consideró que en el caso de El-Hage, el interés gubernamental es la protección de la seguridad nacional y que la prohibición de comunicacio-

nes con otras personas es razonable, aún cuando esto implique la separación del detenido de la población penitenciaria.

Otro tribunal, en *Al-Owhali v. Ashcroft*, en 2003, analizó la legalidad de la intervención de las comunicaciones entre el imputado, acusado de ser miembro activo de *Al Qaeda*, y su abogado, sin haberles notificado que estaban siendo grabados. El tribunal reconoció la importancia del interés del Gobierno en proteger la seguridad nacional y determinó que, sin prueba de que la intervención afectó la defensa legal del imputado, la intervención mediante una orden administrativa con base en la regla del SAM es válida.

En el caso de *United States v. Reid*, el acusado intentó causar una explosión al prenderle fuego a su zapato en un avión. Mientras estaba en prisión a la espera de juicio, el Tribunal le impuso restricciones severas, incluyendo la prohibición de que sus abogados hicieran público el contenido de las comunicaciones que tuvieran con su cliente. Los abogados de Reid rehusaron aceptar esta restricción y el Gobierno les prohibió que tuvieran acceso a su cliente. El Tribunal que les enjuició revocó la prohibición administrativa y prohibió la imposición de medidas administrativas que vulneran el derecho a la defensa sin una orden judicial. Posteriormente, numerosos defensores han rehusado aceptar medidas que restringen sus actuaciones por las autoridades penitenciarias o la Fiscalía.

## 5. EL SECRETO PROFESIONAL Y LOS DETENIDOS EN GUANTÁNAMO

Muy pocos tribunales han considerado la legalidad de las restricciones impuestas sobre las comunicaciones entre abogados y clientes basados en la política establecida por las nuevas normas del Buró de Prisiones. En el caso de *Al Oda v. United States*, en 2004, los abogados de un detenido por terrorismo en Guantánamo presentaron un recurso ante un juez fede-

ral cuestionando la validez de la grabación de las comunicaciones entre ellos y su cliente que incluían, no sólo la grabación de todas sus conversaciones, sino también las notas tomadas por los abogados durante las entrevistas con sus clientes. Esta medida solamente fue aplicada a tres detenidos, después de que un general del ejército las había aprobado atendiendo a la peligrosidad y la importancia de estos tres internos. El Gobierno citó la normativa administrativa del Buró de Prisiones que autoriza la imposición de medidas administrativas especiales. El Tribunal reconoció la importancia de proteger la seguridad nacional pero requirió que se establecieran medidas que salvaguardaran dicho bien sin lesionar los derechos del detenido al acceso a los tribunales y a su abogado defensor. Por lo tanto, ordenó la aplicación de un protocolo conforme al cual se prohíbe la intervención de comunicaciones entre el detenido y su abogado pero que a su vez prohíbe a los abogados defensores la divulgación de los resultados de esas comunicaciones y entrevistas sin autorización judicial. Además, se requiere que los abogados defensores se sometan a una investigación de sus antecedentes para permitirles el acceso a información secreta y se exige que éstos notifiquen a las autoridades la posibilidad de comisión de delitos futuros de los que tengan conocimiento. Las violaciones de estas reglas por parte de los abogados pueden conducir a un proceso penal en su contra por revelar secretos de Estado.

En el año 2008, un Tribunal federal estableció un procedimiento detallado que garantiza la salvaguarda de la información clasificada como secreta y, al mismo tiempo, permite el acceso del detenido a su abogado; eso sí, con las limitaciones que normalmente se aplican en relación con el uso de información secreta, y que incluyen: 1) que los abogados defensores se sometan a una investigación de sus antecedentes para permitirles acceso a información clasificada como secreta; 2) la aceptación por parte de los defensores de las condiciones de acceso establecidas por el Tribunal; 3) limitaciones a la divulgación de información obtenida de su cliente; 4) la aplicación de posi-

bles sanciones penales a los defensores por la revelación de secretos de Estado, así como la revocación de la autorización de acceso a su cliente; 5) la designación de un equipo neutral de seguimiento y control para la revisión autorizada de información como por ejemplo, la recepción y revisión de correo entre abogados y clientes. Sin embargo, la revisión de la correspondencia se limitará a la determinación de que ésta no contiene géneros de contrabando; 6) las llamadas telefónicas entre abogados y sus clientes no están sujetas a grabación; 7) las notas de los abogados tomadas durante entrevistas en Guantánamo serán selladas por el equipo de monitoreo y enviadas a una oficina en Washington donde los abogados defensores las pueden consultar pero no las pueden retirar de la sala de revisión. Finalmente, el Gobierno puede solicitar intervenciones de las comunicaciones al margen de estas reglas siempre y cuando éstas sean autorizadas por una autoridad judicial competente.

Uno de los requisitos impuestos a los abogados defensores que ha recibido más críticas, es el de tener que obtener una autorización para acceder a información clasificada como secreta después de una extensa investigación de los antecedentes profesionales y personales de los abogados. Este requisito sigue los procedimientos establecidos por la Ley de Procedimientos para Información Clasificada (*Classified Information Procedures Act - CIPA*). La ley establece diferentes niveles de acceso a información clasificada. De manera que esta exigencia limita el acceso a la información a aquellas personas que han sido autorizadas, dependiendo del nivel de autorización de seguridad (*security clearance*) que el Gobierno les ha otorgado. Este ha sido uno de los mayores impedimentos para proporcionar servicios legales a detenidos por terrorismo especialmente debido a la duración de la investigación.

En el caso de *United States v. Bin Laden*, el Tribunal de juicio, en 1999, requirió que todos los abogados defensores de las 15 personas acusadas de ser cómplices en los ataques a las embajadas norteamericanas en Kenya y Tanzania se sometieran a una investigación para

obtener la acreditación que les permitiera tener acceso a información secreta. El Tribunal sostuvo su decisión y determinó que este requisito no viola los derechos constitucionales a una defensa legal, ya que éste no es un derecho absoluto. Por ejemplo, el imputado no tiene un derecho absoluto a nombrar un abogado de su elección, ya que el derecho a la defensa legal algunas veces está limitado por el deber judicial de garantizar un proceso justo y equitativo.

## 6. LA RESPONSABILIDAD ÉTICA DEL ABOGADO

La conducta de los abogados defensores, al igual que la de los fiscales, es regulada por normas deontológicas del colegio de abogados. Las Reglas Modelos de Ética Profesional enfatizan la importancia del secreto profesional como una de las principales garantías para el cumplimiento del derecho a la defensa establecido constitucionalmente. El Colegio de Abogados fue uno de los críticos más severos de las reglas de SAM adoptadas por el Buró de Prisiones ya que, además de vulnerar derechos fundamentales, pudieran obligar al abogado defensor a escoger entre el cumplimiento de su obligación profesional y el deber de observar las nuevas medidas antiterroristas.

La mayoría de las normas de ética que regulan las comunicaciones entre abogados y clientes se refieren a la revelación de información por parte del abogado sin el consentimiento de su cliente. Una de las reglas, sin embargo, requiere que “el abogado tome las precauciones necesarias para prevenir que las comunicaciones que tratan sobre la representación legal de un cliente no caigan en manos ajenas. Cuando una orden judicial o administrativa ordena que el abogado revele información confidencial, éste debe tomar todas las medidas legales disponibles para prevenir que la información llegue a manos ajenas. En el caso de intervenciones telefónicas, esto crea un dilema para el abogado defensor, ya que puede incurrir en un

delito si utiliza mecanismos alternativos de comunicaciones para evitar la intervención por parte del Gobierno. Otra norma de ética permite que el abogado “revele información relacionada con la representación de su cliente si el abogado considera que es necesario... para prevenir la muerte o lesiones graves...o para prevenir que el cliente cometa un delito o fraude...usando o beneficiándose de los servicios legales del abogado”.

Existe un debate acerca de los límites del deber de defensa. Un sector se muestra partidario de una representación profesional proactiva que preste poca atención a las restricciones establecidos por las reglas de ética o la ley. El principal argumento que utilizan fue expuesto por el abogado inglés de la Reina Carolina en el juicio que tuvo lugar en 1820. En su opinión, la responsabilidad del abogado defensor consiste en “salvar al cliente por todos los medios disponibles y todo sin tener en cuenta los peligros y costos que esto puede significar para otras personas... sin tomar en consideración la destrucción que esto le puede causar a otros”. La mayoría, sin embargo, siguen los principios expuestos por la magistrada de la Corte Suprema, Sandra Day O’Connor cuando afirmó en un discurso ante abogados que “lo más difícil que un abogado moral y ético debe aceptar es que no tiene la responsabilidad de ganar a todo costo. Ustedes tienen una especial posición ante los tribunales que nunca deben olvidar y que consiste en obedecer la ley”.

Los abogados defensores en los casos de terrorismo han tomado una serie de medidas poco usuales para la representación de sus clientes. Así, por ejemplo, el defensor militar de un australiano sentenciado por una comisión militar en Guantánamo dio discursos públicos, inclusive vistiendo su uniforme, a favor de su cliente. Como se ha visto anteriormente, Lynne Stewart interpretó su obligación como defensora legal de un acusado de terrorismo a tal extremo que fue sentenciada por perjurio y apoyo material al terrorismo. Igualmente, un defensor militar envió a los abogados de un grupo de derechos humanos una lista secreta de todos los detenidos en Guantánamo. Los

abogados del grupo remitieron la lista al juez que estaba juzgando su causa y eventualmente el defensor militar fue sentenciado por revelar secretos de Estado.

## 7. CONCLUSIÓN

El ataque terrorista de 11 de septiembre del 2001 (del que se responsabilizó a Al Qaeda) y la posterior “guerra contra el terrorismo” emprendida por el Gobierno norteamericano supone uno de los retos más grandes a las libertades fundamentales en Estados Unidos. En la actualidad, muchas de las medidas antiterroristas adoptadas por el Gobierno están siendo cuestionadas tanto judicial como políticamente. Entre estas, unas de las más controvertidas son aquellas que limitan las actuaciones y declaraciones de abogados defensores o permiten la intervención de comunicaciones entre abogados defensores y sus clientes por razones de seguridad nacional. En casos penales, el derecho a una defensa efectiva es garantizado constitucionalmente e incluye el derecho al secreto profesional y la confidencialidad de comunicaciones entre abogados y sus clientes. Aunque algunos tribunales habían permitido la intervención de este tipo de comunicaciones antes del 11 de septiembre, esta posibilidad quedaba reducida a los casos en los que existía una orden judicial y el Gobierno podía demostrar que las comunicaciones tenían un fin delictivo. Sin embargo, después del ataque terrorista a las torres de Nueva York, el Gobierno decretó medidas administrativas penitenciarias

que permiten la interceptación de comunicaciones entre abogados y clientes sin orden judicial. Asimismo, la Ley Patriótica extendió considerablemente el poder del Ejecutivo en investigaciones penales y administrativas.

Como era de esperar los colegios de abogados y las organizaciones defensoras de derechos humanos han criticado severamente estas medidas. Poco a poco los tribunales han recortado la aplicación de estas medidas, especialmente aquellas que limitan la intervención judicial como garante del proceso penal. Así es que algunos Tribunales han restringido la autoridad del Gobierno a interceptar comunicaciones entre abogados defensores y sus clientes sin orden judicial. Sin embargo, siendo conscientes de la importancia de garantizar la seguridad nacional, han permitido que se analicen los antecedentes de los abogados antes de autorizarles el acceso a información secreta relacionada con los casos en que actúan y limitado, asimismo, la divulgación de información que los abogados han obtenido como resultado de su actuación profesional.

Ante este reto al secreto profesional, los abogados defensores en casos de terrorismo han sido proactivos en la defensa de sus clientes. En algunos casos, sin embargo, los Tribunales han determinado que los abogados se han excedido y violado las limitaciones impuestas judicialmente o, inclusive, se han convertido en cómplices de su cliente. El caso de Lynne Stewart es el más notorio y organizaciones de abogados han cuestionado la validez de la sentencia penal impuesta por apoyo material al terrorismo.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

### NORMATIVA

*Classified Information Procedures Act* - CIPA, 18 United States Code § App. 3.

National Security; Prevention of Acts of Violence and Terrorism; Final Rule, 28 CFR Partes 500 and 501, 31 de octubre del 2001.

Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978, 50 *United States Code* §§ 1801-29 (2002).

The Wire and Electronic Communications Interception and Interception of Oral Communications Act  
28 *Code of Federal Regulations* § 501.3.

**FALLOS JUDICIALES**

- Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545 (1977)  
*Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987)  
*United States v. DiDomenico*, 78 F3rd 294 (7 Cir. 1996)  
*United States v. El-Hage*, 213 F.3d 74 (2<sup>nd</sup> Cir. 2000)  
*United States v. Stewart, et al.*, 590 F3rd 93 (2<sup>nd</sup> Cir. 2009)  
*United States v. Bin Laden*, 58 F. Supp. 2d 113 (S.D. N.Y. 1999)  
*Caldwell v. United States*, 205 F.2d 879 (DC Cir. 1953)  
*Coplon v. United States*, 191 F.2d 749 (DC Cir. 1951)  
*Al Odab v. United States*, 346 F. Supp. 2d 1 (DC 2004)  
*In re Guantanamo Bay Detainee Litigation*, 577 F. Supp. 2d 143 (DC 2008)

**ARTÍCULOS EN REVISTAS**

- BIRKHEAD, Tamar (2006): "The Conviction of Lynne Stewart and the Uncertain Future of the Right to Defend", en *American Criminal Law Review*, vol. 43, página 1.
- BUNGARDNER, Heath (2009): "A Bureaucratic Challenge to Representation: Security Clearance Requirements and the Right to Counsel", en *George Mason University Civil Rights Law Journal*, vol. 19, página 625.
- CASSIDY, Charlie y PORSCH, Cassandra (2004): "Government Monitoring of Attorney-Client Communications in Terrorism-Related Cases: Ethical Implications for defense Attorneys", en *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 17, página 681.
- CLARE, Akiissa (2005): "We Should Have Gone to Med School: In the Wake of Lynne Stewart, Lawyers Face a Hard Time for Defending Terrorists", en *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 18, página 651.
- COHN, Marjorie (2003): "The Legal Profession: Looking Backward: The Evisceration of the Attorney-Client Privilege in the wake of September 11, 2001", en *Fordham Law Review*, vol. 7, página 1233.
- COVER, Avidan (2002): "A Rule Unfit for all Seasons: Monitoring Attorney-Client Communications Violates Privilege and Sixth Amendment", *Cornell Law Review*, vol. 87, página 1223.
- DOBBINS, Teri (2004): "Protecting the Unpopular from Unreasonable: Warrantless Monitoring of Attorney Client Communications", *Catholic University Law Review* vol. 53, página 295.
- DUNLAP, Charles y LETENDRE, Linell (2008): "Military Lawyering and Professional Independence in the War on Terror: a Response to David Luban", *Stanford Law Review*, vol. 61, página 417.
- FORD, Chris (2006): "Fear of a Blackened Planet: Pressured by the War on Terror, Courts Ignore the Erosion of the Attorney-Client Privilege and Effective Assistance of Counsel in 28 C.F.R § 501.3(d) Cases", en *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, vol. 12, página 51.
- HONISBERG, Peter Jan (2008): "Inside Guantanamo", *Nevada Law Journal*, vol. 82, 2010.
- LUBAN, David (2008): "Lawfare and Legal Ethics in Guantanamo", *Stanford Law Review*, vol. 60, página 1981.
- NELSON, Thomas y Mark Fucile, "When the Government is Listening in Advising Clients under Surveillance", 68 *Oregon State Bar Bulletin* 32, 2008.
- PODGOR, Ellen(2003): "Government Surveillance of Attorney —Client Communications— Invoked in the Name of Fighting Terrorism", *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 17, página 145.
- POPP, Jason (2007): "The Cost of Attorney-Client Confidentiality in Post 9-11 America", *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 20, página 875.
- RUZENSKI, Katherine (2005): "Balancing Fundamental Civil Liberties and the Need for Increased Homeland Security: The Attorney-Client Privilege after September 11<sup>th</sup>", *Saint John's Journal of Legal Commentary*, vol. 19, página 467.
- WETMORE, William (2008): "Hijacking the Privilege: Balancing Fairness and Security when Warrantless Wiretapping Threatens Attorney-Client Communications", *Harvard Law and Policy Review*, vol. 2, página 187.

**Fecha de recepción: 14 de julio de 2010**

**Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2010**

## RESUMEN

El derecho de defensa en general enmarcado en el proceso penal respecto al imputado o acusado, se traduce en una serie de derechos de la defensa que asume el abogado defensor. Los derechos de la defensa en el proceso penal español no llegan a ser reales y efectivos por insuficiencias legales, tanto de carácter estructural (persistencia de la figura del juez instructor y deficiente control de calidad para el acceso a la abogacía) como procedimental (abuso del secreto interno en la instrucción, interferencias de los medios de comunicación, ausencia de adecuada regulación legal de las intervenciones judiciales de las comunicaciones y de las entradas y registros de domicilios, etc.). Estas deficiencias colocan a la defensa en una situación de inferioridad respecto a las acusaciones, también en lo relativo a la propuesta, obtención y valoración de la prueba, necesitando soluciones de *lege ferenda* su solución.

## PALABRAS CLAVE

ABOGACÍA, ACCESO A LA ABOGACÍA, DEONTOLOGÍA Y DERECHO DISCIPLINARIO DEL ABOGADO, JUEZ DE INSTRUCCIÓN FRENTE A FISCAL INVESTIGADOR, SECRETO INTERNO EN LA INSTRUCCIÓN, MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y SECRETO EN LA INSTRUCCIÓN, PRUEBA, INTROMISIONES EN LA INTIMIDAD Y EN LAS COMUNICACIONES, ENTRADAS Y REGISTROS EN DOMICILIOS, DECLARACIÓN DE IMPUTADOS Y COIMPUTADOS, PRUEBA PERICIAL.

## ABSTRACT

The right of defence in general, as framed in criminal proceedings regarding the defendant or the accused, results in a number of rights of defence that are taken on by the defence counsel. The rights of defence in Spanish criminal procedure fail to be real and effective. This is because of legal shortcomings, both structural (the figure of the examining magistrate and poor quality control for access to law practice) and procedural (the abuse of internal confidentiality in the criminal investigation, interference by the media, lack of adequate legal regulation of judicial intervention in communications and in the entering and searching of premises, etc.). These deficiencies put the defence in a position of inferiority regarding the allegations, and also in relation to the proposal, obtention and evaluation of evidence, requiring *de lege ferenda* solutions.

## KEY WORDS

LEGAL PROFESSION, ACCESS TO LEGAL PROFESSION, DEONTOLOGY AND DISCIPLINARY LAW, EXAMINING MAGISTRATE VERSUS THE PROSECUTING INVESTIGATOR, INTERNAL CONFIDENTIALITY DURING CRIMINAL INVESTIGATION, THE MEDIA AND CONFIDENTIALITY, EVIDENCE, INTRUSION ON PRIVACY AND COMMUNICATIONS, ENTRY AND SEARCH OF PREMISES, DEFENDANTS AND CO-ACCUSED STATEMENTS, EXPERT EVIDENCE.

# ¿INFERIORIDAD DE ARMAS DE LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL?

(Especial referencia al derecho a la prueba)

Luís Rodríguez Ramos

Catedrático de la UNED

Abogado

**Sumario:** 1. Planteamiento. 2. El Derecho de defensa o los derechos de la defensa: A. Sistematización de los derechos de la defensa. B. Sumario análisis de los que pueden afectar al derecho a la prueba del defendido: a) La presunción de inocencia: a') Diversas intensidades de la imputación. b') Los medios de comunicación y la presunción de inocencia. b) Derechos conformadores del marco procedimental. c) Derechos relativos a la libertad del imputado. d) Derechos referentes a la defensa técnica: la inferioridad orgánica del abogado. e) Derechos atinentes a la intervención en el procedimiento: el secreto interno. 3. Inferioridad de la defensa en el derecho a la prueba: A. Ausencia de una ética de la prueba: a) Los límites legales. b) Márgenes deontológicos. c) Desconfianza hacia el abogado. B. La declaración de los imputados y coimputados. C. La prueba testifical. D. Periciales: a) Las "pseudopericias". b) Credibilidad reforzada del funcionario: especial referencia a las periciales en los delitos tributarios. E. La documental. 4. Conclusiones. Nota bibliográfica

## 1. PLANTEAMIENTO

Se pretende en este artículo sistematizar una serie de datos y reflexiones que llevan a una conclusión, al menos como hipótesis con fundamento *in re*, que sirve de rótulo a este artículo: la inferioridad de armas que padece el abogado defensor de un imputado o acusado en el procedimiento penal, respecto a las capacidades del propio juez instructor y del fiscal, asentadas en la ley y sobre todo la praxis procesal penal; inferioridad que supone un detrimento tanto del derecho de defensa en general cuanto del derecho a la igualdad de armas en particular, especialmente en lo que afecta a la proposición, desarrollo y valoración de las fuentes de prueba.

Estas deficiencias exigen, en primer lugar y como marco del las posteriores reflexiones, un

sumario análisis teórico del derecho de defensa como conjunto de derechos que lo especifican. En segundo lugar hay que describir la situación legal y real de esos derechos de defensa que afectan a la prueba en cada una de las fases del procedimiento penal, proponiendo soluciones *de lege data* y *de lege ferenda*, tras detectar la etiología de esas deficiencias tanto estructurales como de legalidad procesal y puramente pragmáticas.

Se trata de unas reflexiones basadas en la experiencia del autor, contrastada con la teoría a lo largo de más de treinta años, practicando el intrusismo científico en al Derecho procesal penal orgánico y propiamente procedimental, desde el título administrativo que le legitima para hacerlo en el ámbito del penal sustantivo, tanto en un plano académico cuanto vinculado al ejercicio de la abogacía, con el comple-

mento de la perspectiva general que le otorgan los casi dos lustros como miembro de la Junta de Gobierno del Colegio de Madrid, en dos etapas separadas también por más de una década. Se trata pues de un trabajo de origen empírico, que sólo pretende denunciar carencias legales y pragmáticas. En la bibliografía final se incluyen publicaciones vinculadas con esta temática, especialmente centrada en los temas menos comunes y más actuales.

## 2. EL DERECHO DE DEFENSA O LOS DERECHOS DE LA DEFENSA

### A. SISTEMATIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA DEFENSA

El término “derecho de defensa” es a la vez complejo y multívoco. Complejo porque está compuesto por dos vocablos que nocionalmente significan tener la capacidad de defender alguna pretensión frente a otros o de defenderse de la que otros ejerciten contra él, y multívoco o equívoco en cuanto que admite diversas acepciones, siendo la primera y más amplia la que se refiere a la facultad o facultades que asisten a un justiciable, sea cual fuere su posición judicial (acusación o defensa del imputado, demandante o demandado, recurrente o recurrido, etc.) y el orden jurisdiccional en el que se desarrolle el procedimiento. Es decir que “defensa” significa, en su sentido más lato, el planteamiento o mantenimiento de pretensiones ante un órgano jurisdiccional, utilizando los medios de prueba y las argumentaciones jurídicas orales o escritas acordes con sus pretensiones y, en su caso, total o parcialmente enervantes de las de la parte contraria.

Sin detrimento de que la Constitución española —CE—, los convenios internacionales de derechos humanos, la Ley de enjuiciamiento civil —LEC— y la Ley de enjuiciamiento criminal —LECr— declaren y mantengan este derecho de defensa en su sentido más lato, en este artículo se opta por una acepción más estricta que lo circunscribe, en primer lugar,

al orden jurisdiccional penal y, en segundo término, al derecho o derechos del imputado, acusado o condenado en un proceso de tal naturaleza. Por supuesto, las acusaciones y actores civiles tienen también en el proceso penal un derecho de defensa de sus pretensiones, pero sólo en ese sentido genérico antes mencionado, careciendo en consecuencia por definición del derecho o derechos de defensa en este significado más estricto.

Descendiendo un escalón más hacia la concreción, el derecho genérico de defensa del imputado en un proceso penal se diversifica en una serie de derechos más específicos, que pueden denominarse “derechos de defensa del imputado”, incluyendo en este caso en el ámbito de la “imputación” la situación de una persona a la que se le somete o se va a someter a un proceso penal, para dilucidar su culpabilidad o inocencia al final del proceso —sentencia— o en un momento procesal anterior —sobreseimiento—, y estos derechos específicos del imputado en una investigación policial o judicial penal se enumeran sometidos a la siguiente clasificación:

1. Derecho a la presunción de inocencia: el imputado es un inocente bajo sospecha (art. 24 CE).
2. Derechos conformadores de marco procedimental (arts. 24 CE, 1 y ss LOPJ y 1 y ss LECr):
  1. Derecho al juez predeterminado por la ley.
  2. Derecho a un juez imparcial.
  3. Derecho a un procedimiento conforme a ley.
  4. Derecho a la no indefensión.
  5. Derecho a que no se produzcan dilaciones indebidas.
  6. Derecho a los recursos y en particular a una segunda instancia en caso de sentencia condenatoria (arts. 10.2 y 24 CE).
3. Derechos relativos a la libertad del imputado (arts. 17 CE y 486 y ss LECr):
  1. Derecho a no ser detenido y a no estar en prisión preventiva, salvo en los supuestos excepcionales previstos por la ley.

2. Derecho a que, en tales supuestos de detención y prisión preventiva, la privación de libertad se desarrolle del modo previsto en la CE, en los convenios internacionales y en la LECr.

4. Derechos referentes a la defensa técnica (a ser defendido por un abogado):

1. Derecho a elegir libremente abogado (salvo situación transitoria de detención o prisión incomunicada) o a que se le nombre de oficio (arts. 24 CE, 545 y 546 LOPJ y 118, 520 y 527 LECr).

2. Derecho a que le asesore el letrado amparado en la total confidencialidad (arts. 51 LOGP y 542.3 LOPJ).

3. Derecho a que le asista el abogado en todos los actos y situaciones procesales.

5. Derechos atinentes a la intervención en el procedimiento:

1. Derecho a declarar y a no declarar, a no contestar a algunas preguntas y a no declararse culpable, y en su caso derecho a un intérprete o traductor (arts. 24 CE y 520.2 a. LECr).

2. Derecho a comunicar su detención a un pariente o al consulado en el caso de extranjeros (art. 520.2 d LECr).

3. Derecho a que se le informe de lo que se le acusa (arts. 24 CE y 520.2 LECr).

4. Derecho a intervenir en las actuaciones procesales, salvo en supuestos de declaración del secreto interno, y derecho a la presentación y solicitud de diligencias de investigación y de fuentes de prueba (arts. 302 y 311 LECr).

5. Derecho a la integridad personal, sin tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE). Derecho a ser reconocido por el médico forense en determinadas circunstancias (art. 520.2 f LECr).

6. Derecho a la intimidad:

1. De sus comunicaciones y de sus datos personales, a la inviolabilidad de su domicilio y a su honor, salvo en los supuestos y del modo previstos por la ley (arts. 18 CE y 545 y ss y 579 y ss LECr).

2. De lo que contengan las actuaciones instructorias al estar sometidas al secreto externo (art. 301 LECr) y, de modo especial, si además está declarado el secreto interno (art. 302 LECr).

## B. SUMARIO ANÁLISIS DE LOS QUE PUEDEN AFECTAR AL DERECHO A LA PRUEBA DEL DEFENDIDO

Antes de tratar la inferioridad de armas de la defensa en lo que a proposición, práctica y valoración de la prueba respecta, se impone como cuestión previa un breve análisis de las desigualdades o disfunciones que se aprecian en la vigencia de los derechos enumerados en el epígrafe anterior, vigencia que no llega a ser real y efectiva, y es un presupuesto necesario porque de modo directo o indirecto muchas de tales deficiencias se convierten en un factor de esa desigualdad.

### a) La presunción de inocencia

Es derecho básico de todo imputado presumir su inocencia hasta que no se dicte una sentencia firme condenatoria, derecho básico que le mantiene como un ciudadano merecedor de todos los derechos en igualdad de condiciones a los que no estén imputados, con las excepciones derivadas de las posibles medidas cautelares, personales o reales, que excepcionalmente se le puedan imponer. Pero aun en estos supuestos, en los que puede decirse que existe un *bonus fumus iuris* favorable a una futura condena concurrente con un *periculum in mora* —riesgo de incumplir las probables consecuencias de la condena—, hasta que ésta no se actualice se tratará sólo de un “humo” que puede no responder a una “hoguera” constitutiva de delito o que, siéndolo, no sea finalmente imputable al sospechoso afectado por el *fumus*.

Dos reflexiones se derivan de este punto de partida: la primera sobre las diversas posiciones procesales que pueden corresponder a lo largo de proceso a un ciudadano sospechoso de haber cometido un delito y, la segunda,

relativa a la generalmente maligna incidencia de los medios de comunicación en las causas noticiables.

### a') Diversas intensidades de la imputación

La primera reflexión versa sobre la diversidad de posiciones procesales que pueden corresponder a los que resultan investigados y luego juzgados en un proceso penal, posiciones diversas que merecen ser diferenciadas por lo que tienen de menor o mayor afectación de la presunción de inocencia. La cadena progresiva de menos a más se puede construir del siguiente modo: denunciado, querellado, llamado a declarar como imputado, declarante como imputado sin sometimiento a medidas cautelares, imputado sometido a medidas cautelares, procesado en el procedimiento ordinario o formalmente imputado en el auto de transformación en el procedimiento abreviado, acusado en escrito calificación provisional o de acusación, incluido como acusado en un juicio oral, condenado en primera instancia y condenado en sentencia firme. Se trata de distintas situaciones procesales que pueden resumirse en cinco: *imputable en un futuro* (denunciado, querellado, citado a declarar y declarante sin posterior imposición de cautelares), *imputable sometido a medidas cautelares* (medidas cautelares personales o reales que refuerzan esa imputación), *formalmente imputado* (procesado o incluido en el auto de transformación), *acusado para ser enjuiciado y luego efectivamente enjuiciado*, y finalmente *condenado en primera instancia*; o si se prefiere: *imputable* (denunciado, querellado, citado a declarar y declarante sin posterior imposición de cautelares), *tácita o expresa y formalmente imputado* (imputable con medidas cautelares, imputado en un auto de procesamiento o de transformación) y *acusado*. Estas distintas intensidades de padecer una imputación son relevantes, pues pueden considerarse inversamente proporcionales a la intensidad de vigencia del derecho a la presunción de inocencia, que progresivamente se va viendo más afectada a medida que se acerca al

momento de firmeza de una posibles sentencia condenatoria, firmeza que marcará el momento de la extinción de dicho derecho pues, conformado como presunción *iuris tantum*, en tal ocasión se considera haberse “demostrado lo contrario” de lo hasta entonces presumido.

### b') Los medios de comunicación y la presunción de inocencia

La segunda reflexión se refiere a la peculiar vigencia del derecho de la presunción de inocencia en el ámbito de los medios de comunicación, cuando un caso penal tiene la desgracia de merecer el adjetivo de “noticiable”, y es una reflexión de interés por las posibles influencias de lo publicado en los medios de comunicación en las actuaciones policiales o judiciales. La peculiar vigencia de este derecho en el mundo mediático merece las siguientes precisiones:

1ª. Por definición y sin perjuicio de existir diferencias de profesionalidad en los medios respecto a ser fieles a la veracidad de las noticias, lo primero que debe destacarse es la natural deformación de los hechos que aparecen en un medio de comunicación por las siguientes circunstancias: por la rapidez en publicar la noticia impide su análisis detenido, por la falta de tiempo o espacio en el medio exige la reproducción incompleta de los hechos y, finalmente, por la necesidad de destacar lo “noticiable” de esos hechos, particularmente en los titulares.

2ª. Los receptores de la noticia, de ordinario, simplifican aun más los contenidos y, sobre todo, carecen de sensibilidad jurídico procesal para apreciar la vigencia del derecho de presunción de inocencia, aun cuando el propio medio utilice como meras fórmulas de estilo el adjetivo o el adverbio “presunto” o “presuntamente”.

3ª. Por otra parte, en no pocas ocasiones estas noticias suponen el quebrantamiento del secreto externo del sumario o, incluso, del secreto interno, supuesto este último claramente delictivo como cooperación necesaria con un

funcionario público en el quebrantamiento de un secreto (arts. 414, 417 y 418 CP).

4ª. Y, en fin, esta nueva versión tan exasperada del tradicional *strepitus fori* sin duda influye, al menos subconsciente e inconscientemente, en todas las partes y en las personas que componen el órgano jurisdiccional, lastrando su independencia y libertad.

### **b) Derechos conformadores del marco procedimental**

Dada la generalidad de estos derechos, desde la perspectiva elegida sólo de debe hacer referencia a los derechos a un juez predeterminado por la ley y a un juez imparcial. El primero de los derechos está formalmente garantizado por las normas orgánicas y procesales reguladoras de la jurisdicción, de la competencia y del reparto entre jueces y secciones de una misma demarcación judicial o de una misma sala de una audiencia, pero materialmente tercian algunas circunstancias que limitan su vigencia real y efectiva, si bien afectan más al sustantivo —juez— que a su adjetivación —predeterminado por la ley—, en cuanto que tienen que ver con la presencia de jueces sustitutos que no son de la carrera, con el exceso de trabajo de algunos jueces y tribunales que impiden un cumplimiento diligente y sosegado de su función, y algunos problemas de competencia en relación con la reservada materialmente a la Audiencia Nacional y a los juzgados centrales dentro del territorio nacional. También se han citado en este capítulo las reglas de reparto entre los diversos juzgados de instrucción de un mismo partido judicial o secciones de una audiencia provincial o de la nacional, no siempre claras y vulnerables a preferencias policiales o fiscales que se pueden sentir más cómodos con determinados jueces o magistrados. Estas circunstancias pueden afectar indirectamente los derechos de la defensa y particularmente los relativos a la prueba, en los términos que luego se exponen.

El problema de la imparcialidad judicial es en cambio más relevante, por la persistencia del juez instructor en la fase preparatoria y, en el procedimiento abreviado, también en el pe-

riodo intermedio del proceso. No es momento de insistir en el carácter esquizofrénico de quien es a la vez juez y parte acusadora, aspecto sobre el que ha resumido las últimas aportaciones *esta revista*, bastando sólo la referencia a la ruptura en frecuentes ocasiones del equilibrio que Alonso Martínez, en tanto el legislador se “echaba en brazos de la lógica” extendiendo el principio acusatorio a la fase de instrucción, estableció en el artículo 306 de la LECr: que el juez instruyera bajo “la inspección directa” del fiscal, y dicha ruptura se produce tanto por omisión como por acción, por omisión porque la sobrecarga de trabajo de los fiscales en los grandes núcleos de población (que suele coincidir además en grandes poblaciones con que hasta una cuarta parte de la plantilla esté formada por fiscales sustitutos, no de carrera) les impide dedicar atención a aquellas fases del proceso en que no es inexcusable su presencia, al no regir el principio acusatorio, y por acción cuando el fiscal tiene un interés directo, como denunciante o querellante que inicia el procedimiento, o por posterior personación por presiones jerárquicas y/o de medios de comunicación, pues en tales supuestos la inspección se torna en colaboración, sin control de las defensas cuando se declara el secreto interno, resultando que como reza el refrán que se “pone a la zorra a cuidar el gallinero”.

Y, en fin, como otra secuela de esta anacrónica vigencia del sistema inquisitivo en la instrucción penal, hay que denunciar otra consecuencia desfavorable para la igualdad de armas de las defensas, que acaece en las ocasiones en que en los jueces de lo penal o en los magistrados de las salas de lo penal ha “imprimido carácter” su anterior condición de instructor, pues en tales casos carece de la actitud de imparcialidad necesaria para valorar la prueba adecuadamente e incluso para aceptar sin recelos la que puedan proponer las defensas. Cierro que existen juzgadores que han sabido lavar su subconsciente de instructores, pero cierto también que no faltan los que resultan traicionados por ese subconsciente que se ha instalado sin posterior psicoanálisis que lo convierta en consciente y lo erradique.

### c) Derechos relativos a la libertad del imputado

También merece una reflexión-denuncia la incidencia de la situación o riesgo de privación del imputado, a través de la detención primero y de la prisión preventiva o provisional después. Ciertamente que los derechos del imputado están claros a favor de la libertad personal, salvo excepciones tasadas por la ley (arts. 17 CE, 486, 489 y ss, y 502 y ss LECr), pero cierto también, por una parte, que la regulación de la detención en la CE ha pecado de ampliar el plazo tradicional de la detención policial (excepción hecha de la legislación franquista) de 24 a 72 horas, sin modificar la LECr concordada con las constituciones históricas discrepantes de la actual, careciendo de sentido que en contra de esta ley pero sin conculcar la constitución, pueda durar hasta seis días la detención de un imputado; además, en procedimientos en que se produce la orgía inquisitiva de confluir los intereses del juez, la fiscalía especializada, la policía y los medios de comunicación, se suelen practicar detenciones innecesarias y además en ocasiones ante las cámaras de televisión y con la utilización con ánimo humillante de las “esposas”.

Y, en lo que respecta a la prisión preventiva, aun cuando se haya dado notables pasos hacia delante con la reforma de 2003 y la vigencia del principio acusatorio, también se sigue abusando de su utilización e incluso en casos excepcionales con fines de “tortura psicológica”, para lograr una confesión no querida por el reo. Y, en fin, sigue siendo deseable que su duración máxima se reduzca a seis meses prorrogables hasta un año —Alemania— desde los dos años prorrogables a cuatro hoy vigentes en España.

### d) Derechos referentes a la defensa técnica: la inferioridad orgánica del abogado

En este punto hay que denunciar, en primer término y como algo trascendente para la igualdad de armas en el proceso, la inferior

categoría formal y material del abogado respecto a jueces, fiscales, abogados del Estado y otros operadores procesales, inferior categoría formal que deviene de que su profesión está regulada por escasos artículos de la LOPJ (arts. 542, 544 a 546) dentro del saco compuesto por las “demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia” y, sobre todo, por el Estatuto general de la abogacía que es un mero Real Decreto, que además incumple la reserva de ley necesaria para poder establecer infracciones y sanciones disciplinarias; e inferior categoría material al no existir, hoy por hoy, una prueba de acceso a la abogacía más allá de la mera licenciatura en Derecho (con excepción de la exigida para ser abogado de oficio), que sirva de filtro de calidad y dé a los abogados el prestigio que le da la oposición a jueces y fiscales. Ciertamente que la llamada Ley de acceso (34/2006 de 30 de octubre) pretende salvar este obstáculo, pero no lo es menos que dicha ley, hoy sin haber entrado en vigor por cumplirse la *vacatio* de cinco años en el tercer trimestre del año próximo, tiene defectos graves como que el título de abogado lo otorgue el Ministerio de Educación en vez del Ministerio de Justicia y además, hoy por hoy y precisamente por esa tensión absurda entre ministerios (absurda por parte del de Educación, que sólo busca cuota de mercado para las excesivas facultades de Derecho que hay en España), no se haya aprobado el Reglamento que es *condictio sine qua non* para la efectiva aplicación de la ley, si se atreve a fijar altas cuotas de exigencia de calidad a los que quieran ser abogados en el futuro. La incidencia durante esta *vacatio* del “Plan Bolonia”, ha venido a complicar este trámite.

En la búsqueda de una dignificación del derecho de defensa y de la Abogacía, otorgando además rango de ley al derecho disciplinario regulador de la deontología del abogado, se clama por una ley orgánica reguladora del derecho fundamental de defensa, en la que el abogado tendría un rango formal de regulación profesional análogo al de jueces y fiscales y, además, podría establecer de una vez por todas un digno filtro de acceso a la abogacía. En

otros países —Alemania, Francia, Finlandia, p.e.— la regulación de la profesión de abogado tiene el rango ley aquí reclamado.

Esta minusvalía de los abogados respecto a jueces y fiscales también repercute en la prueba que puedan proponer en un proceso penal, primero por la posible ignorancia y después por la desconfianza derivada de su pobre condición, salvo que por el ejercicio de la abogacía o por otros títulos concurrentes cada abogado en particular haya ganado una legitimación suficiente a estos efectos.

#### **e) Derechos atinentes a la intervención en el procedimiento: el secreto interno**

La declaración del secreto interno durante la instrucción (art. 302 LECr) es uno de los contrapesos que desnivelan la balanza en contra del derecho de defensa, al reservarse el contenido de lo actuado y de lo que se actuando al propio juez y al Ministerio fiscal, además de a la policía y demás auxiliares del órgano instructor. El abogado del imputado no tiene noticia de las pruebas obtenidas ni de las que se están obteniendo, más allá de la información que pueda recibir de su defendido, en términos de hipótesis, de las preguntas que se le formulen en la declaración como imputado y de los documentos que le conste le hayan sido ocupados en entradas y registros.

No es viable abolir la institución del secreto interno, siempre que sea estrictamente necesario y proporcionado y además se mantenga el menor tiempo posible. Sí hay que reclamar en cambio una reafirmación de su excepcionalidad y es de esperar que en el futuro, cuando el juez que lo acuerde no sea el instructor sino el de garantías, sin interés directo en la averiguación de la verdad, se abuse menos de este instrumento desequilibrante en detrimento de la defensa. El secreto afecta al derecho de defensa, en cuanto que el imputado no conoce en toda su integridad el objeto de imputación, aun cuando se le manifieste en abstracto, pues carece de la información relativa a qué medios de prueba se han obtenido en la investigación

o se están obteniendo en ese momento, ignorancia que justifica la negativa a declarar en tanto no se levante el secreto.

Pero sí hay que denunciar al menos dos praxis claramente delictivas, que según rumores fundados acaecen a la sombra del secreto interno: la introducción y extracción de documentos de la causa, por una parte, y la publicación en los medios de comunicación de contenidos en teoría secretos incluso para las partes personadas en el procedimiento. Son numerosas las tentaciones de abuso por parte del instructor y colaboradores al amparo de secreto interno, y algunas pueden consistir en no foliar la causa durante ese periodo, lo que permite tanto introducir documentos antedatados para “legalizar” actuaciones “ilegales” de la policía, cuanto “desglosar” y luego “destruir” actuaciones ilegales, tales como el acuerdo de intervención y grabación de las conversaciones del abogado con su cliente en el locutorio de la prisión y los contenidos así obtenidos, praxis que significa un golpe mortal para los derechos de la defensa, como ha puesto de manifiesto en su auto de 25 de marzo del presente año la Sala de lo civil y penal del TSJ de Madrid, al declarar nulas las escuchas grabadas en estas circunstancias en el caso Gürtel.

La publicación en medios de comunicación de documentos o incluso de transcripciones de conversaciones grabadas al amparo del secreto interno, es obviamente un praxis reprochable, que se considera erróneamente impune por mor del secreto de las fuentes que ampara al periodista (art. 20.1 d. CE). Sin embargo, por tratarse de un claro delito de revelación de secretos por funcionario públicos (arts. 415, 416 y 417 CP), al ser funcionarios todos los que tienen acceso a tal información (juez, fiscales, policía, Agencia tributaria), es obvio que se está ante una cooperación necesaria del periodista en la ejecución de tal delito que, para mayor INRI, puede convertirse en delito continuado cual ocurrió en el caso Gürtel, y semejante cooperación necesaria es claramente punible, aun cuando el autor material del quebrantamiento del secreto resulte desconocido por no revelar el periodista su fuente.

Y en fin, *obiter dicta* al hilo de la incidencia de los medios de comunicación durante la instrucción de la causa, no está de más recordar que el secreto externo (art. 301 LECr) declara secretas las actuaciones durante la instrucción a todos lo que no estén personados en la misma. Si ni el desuso ni la práctica en contrario (art. 2.2 CC) derogan una ley, el secreto externo sigue vigente y debería protegerse jurídicamente en bien de la intimidad, el honor y la buena marcha del proceso, pues consciente o inconscientemente el órgano instructor verá mermada su independencia y libertad de juicio, al saber que sus decisiones van a ser aireadas de inmediato, mereciendo críticas o alabanzas en función de cual sea el posicionamiento de los medios de comunicación en el asunto de que se trate.

Los derechos a la intimidad y al honor del imputado incluyen en su ámbito estas exigencias relativas al secreto interno y al externo, pero deben traerse a colación también los derechos a la integridad física y moral y a la interdicción de la tortura. Además de los manifestado anteriormente sobre la detención y prisión, ahora sólo se trata de destacar la necesidad de respeto absoluto a la persona del imputado, tanto en el trato a lo largo de la instrucción por parte de todos los intervinientes en el mismo (puntualidad en los señalamientos, evitación de actitudes excesivamente inquisitivas, etc.), cuanto en lo atinente al modo de desarrollarse la posible detención o prisión, la entrada y registro de domicilios y otras actuaciones instructorias.

### 3. INFERIORIDAD DE LA DEFENSA EN EL DERECHO A LA PRUEBA

En esta tercera parte del trabajo se descien- de a analizar la situación de inferioridad que sufre la defensa en la proposición y práctica de la prueba, como consecuencia de las deficiencias orgánicas y procesales antes expuestas.

#### A. AUSENCIA DE UNA ÉTICA DE LA PRUEBA

La inferioridad de la defensa cumplidora de los requisitos legales y normas éticas tiene también un referente en la ausencia de claros límites deontológicos, más allá de los estrictamente penales y de las genéricas referencias a la igualdad de armas, buena fe procesal e interdicción del abuso del de derecho y del fraude de ley. En las normas deontológicas de la abogacía, fundamento de las infracciones y sanciones disciplinarias, como se ha dicho no marcan márgenes claros, lo que permite en ocasiones situaciones de inferioridad de las defensas que sí tienen principios éticos, que no son otra cosa que una reglas de juego a las que debe ajustarse la *litis*.

##### a) Los límites legales

El Código penal prohíbe ciertas fuentes de prueba como el falso testimonio y la mendaz pericia (arts. 458 a 462 CP), el uso de documento falso en juicio (arts. 393 y 396 CP), la obtención de información quebrantando el secreto profesional (art.199 CP), el de las comunicaciones o la inviolabilidad de domicilio (arts. 197, 200, 202 y 203 CP), teniendo también sentido en este apartado hacer referencia a la acusación o denuncia falsa (arts. 456 y 457 CP), al obstruccionismo y deslealtad profesional (arts. 464, 465 y 467 CP) y a la condena en costas por temeridad o mala fe (art. 240-3º LECr y art. 11 LOPJ), como límites de la presentación de pruebas por las partes en el proceso penal, por acción o por omisión.

##### b) Márgenes deontológicos

El derecho disciplinario del abogado, aun cuando exista y se pалиque en los diversos Colegios, padece graves deficiencias que van desde la falta de cumplimiento de la reserva de ley para la imposición de sanciones (el Estatuto General de la Abogacía —EGA— sólo tiene el rango de Real Decreto —RD 658/2001 de 22 de junio—, complementado por los Códigos

gos deontológicos español —CDAE— y europeo —CDAUE—, que sólo son fruto de la capacidad de autonomía de las instituciones corporativas de la abogacía) hasta la vaguedad en muchos de sus tipos en la descripción de la conducta prohibida traicionando la debida taxatividad que el principio de legalidad exige (art. 25.1 CE), pasando por la ausencia de conductas reprochables tales como la ignorancia inexcusable o la mala fe y mendacidad en la presentación de pruebas.

Cierto que tales carencias afectan tanto a la acusación como a la defensa, pero no menos cierto es que quien mayores riesgos sufre es el imputado que padece la amenaza de una pena y de otras consecuencias cuales son las aflicciones del propio proceso. No existe pues un específico marco deontológico de la prueba que norme la conducta de los abogados al respecto, más allá de las previsiones legales apuntadas en el anterior epígrafe, laguna que como tantas otras relativas a la abogacía podría rellenarse en una futura ley orgánica reguladora del derecho de defensa.

Queda pues en el ámbito de la conciencia de cada abogado la fijación de sus límites éticos, a la hora de “inventar” (en el buen sentido de “encontrar” y en el malo de “simular”) pruebas en el proceso penal. A pesar de todo, no faltan referencias en los preceptos disciplinarios a conductas ilícitas que, al menos de modo indirecto, afectan al buen hacer de los abogados en la práctica de la prueba, cual es el caso de infringir las normas de incompatibilidades (arts. 84 a. EGA, 6 CDAE y 2.5. CDAUE), del conflicto de intereses (arts. 13.4 CDAE y 3.2 CDAUE) o el deber de “probidad, lealtad y veracidad” antes los órganos jurisdiccionales (art. 36 EGA).

### c) Desconfianza hacia el abogado

Como regla general, en función de que el abogado defensor sea conocido para bien o para mal por sus antecedentes comportamientos en el foro, puede merecer más o menos desconfianza ante la acusación pública —fiscal— y particular protagonizada en su caso

por un abogado del Estado, y ante los propios órganos jurisdiccionales, recordando lo antes manifestado sobre la abogacía en general.

El elevado número de abogados, la creación de litigios insostenibles por letrados deseosos de minutar, el abuso del derecho a los recursos y a la prueba (por ejemplo mediante informes periciales de complacencia o testigos falsos), merman la credibilidad de la abogacía en general frente a la mayor seriedad de otros fautores procesales. Esta desconfianza hacia el abogado, que algunos jueces extreman considerándoles un obstáculo en vez de un colaborador esencial en el proceso, merma en su origen cualquier prueba propuesta por la defensa, salvo que goce por su prestigio personal de indubitabilidad.

## B. LA DECLARACIÓN DE LOS IMPUTADOS Y COIMPUTADOS

La declaración o confesión del imputado es una prueba más, tanto en la fase previa al acto del juicio oral, si se aceptan las pretensiones de la acusación y hay sentencia de conformidad (arts. 798 LECr), como al inicio del acto si se reconocen los hechos (arts. 688 y ss, y 787 LECr). Pero incluso en los supuestos en que no exista confesión o conformidad, lo manifestado por el acusado en su declaración previa a la de los testigos o en su última palabra (art. 739 LECr), también pueden ser prueba de cargo o descargo para el propio declarante o para los coimputados. El “derecho a mentir” o el derecho a no declarar relativiza el valor de esta prueba, que será valorada por el juzgador incluso interpretando el silencio.

Los problemas de desigualdad de armas que puede sufrir el abogado defensor respecto a esta prueba son diversos. En primer lugar las desigualdades pueden ser imputables a los propios abogados, al existir un recelo justificado hacia un gran número de ellos que defienden pretensiones insostenibles, sin ser conscientes que el hecho de recurrir por recurrir, de negar por negar o de alegar versiones inconsistentes de los hechos no sólo no puede beneficiar a su defendido sino más bien perjudicarle; es de-

cir, que un realismo procesal de los abogados confortaría la credibilidad de las declaraciones de imputados y coimputados, en el sentido de evitar distorsiones de la verdad que vayan más allá de meros “maquillajes” o “eufemismos” o, en los supuestos más desesperados, de acogerse al derecho a no declarar.

En este mismo sentido de evitar que los abogados defensores mermen ellos mismos sus armas frente a las acusaciones, es oportuno traer a colación la virtualidad de las sentencias de conformidad como “mal menor”. Una superficial y errada configuración del derecho de defensa lleva a algunos abogados a considerar la sentencia de conformidad, previa negociación con las acusaciones, un fracaso de dicho derecho, cuando la realidad es muy distinta: cuando la prueba de cargo es de tal entidad que la condena se torna inevitable, el mejor modo de defender al acusado es lograr la menor pena posible y, en particular, que no tenga que ingresar en prisión.

Otro aspecto que afecta al derecho de defensa es la consideración de prueba de cargo de las acusaciones entre coimputados, siempre que se aprecie la inexistencia de animadversión y de deseo de autodefensa, teniendo además las imputaciones base en otros referentes probatorios. La coordinación de las defensas en cuanto a la inexistencia de objeto de imputación es fácil, pero no lo es tanto cuando, existiendo dicho objeto con acreditación probatoria, se centra el debate en la atribución del mismo a alguno o algunos de los coimputados, surgiendo entonces la posible estrategia de defensa de negar la vinculación del mismo con cada defendido y, en ocasiones, complementada por la derivación de la autoría o participación hacia otros coimputados. De ordinario son las acusaciones las que salen ganando en este tipo de situaciones, pues las declaraciones con recíprocas imputaciones suelen terminar implicando a todos los contendientes. De ahí que el “pacto de no agresión” entre las defensas de los coimputados, cuando sea posible, sea la solución más aconsejable.

Y, en fin, resta por aludir al arduo problema de las declaraciones enfrentadas del acusado y

de la víctima testigo único de los hechos, tan frecuente en los delitos contra la libertad sexual y de violencia contra la mujer. Ya es tradicional la doctrina que legitima el valor del *unus testes* frente a la versión contraria del acusado, que sin duda se encuentra en situación de inferioridad y depende del abogado que pueda encontrar en el testimonio acusatoria inverosimilitudes, contradicciones en la misma o en sucesivas declaraciones, etc. La presión social y mediática en las causas de violencia de género disminuyen aún más la posición de la defensa frente a testimonio de la supuesta víctima.

### C. LA PRUEBA TESTIFICAL

Sobre la prueba testifical, sus limitaciones y dificultades, han corrido ríos de tinta. En la presente coyuntura la falta de credibilidad que pueda haber en los testigos sólo propuestos por la defensa deviene de la misma falta de credibilidad que recae sobre el abogado defensor. La buena praxis del abogado le permitirá ganar la confianza que en principio puede no tener, salvo los casos particulares en los que el prestigio y la autoridad devenida de un legítimo ejercicio de la profesión, haya acumulado como activo cada letrado en particular.

El primer criterio que debe regir la prueba testifical es una acertada elección del testigo. Respecto a los testigos ya elegidos por otras partes contendientes, luego se hará alguna referencia, pero de momento lo que interesa resaltar es que los testigos sólo aportados por la defensa deben ser previamente examinados por ella, directa o indirectamente, en el sentido de verificar lo que realmente saben sobre los hechos y, muy importante, lo que están dispuestos a decir, dadas sus concretas circunstancias. Llamar a un testigo “a ciegas” es un riesgo no asumible por un buen defensor.

Esta verificación e, incluso, preparación del testigo antes de su declaración es perfectamente lícita, si se limita a constatar la información que tiene y a ponerle en antecedentes del “escenario” en el que va a actuar, quiénes le van a preguntar y cómo debe comportarse en caso de insistentes preguntas en busca de

una respuesta que no ha hallado a la primera el interpelante. No es lícito, pudiendo llegar a ser delictivo como se ha visto, instar a testificar en falso; es más, si así se hizo en la instrucción, como ya se sabe en el acto del juicio oral habrá oportunidad de rectificar para eximirse de responsabilidad criminal e incluso con posterioridad antes de que dicte sentencia (arts. 462 CP y 715 LECr).

#### D. PERICIALES

La prueba pericial es un instrumento para la reconstrucción de la verdad procesal, cuando dicha reconstrucción exija conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos de los que no disponga el instructor o el juzgador (arts. 456 LECr y 335 LEC). Las desigualdades en detrimento de las pruebas periciales propuestas por la defensa de los imputados o acusados nacen de diversas circunstancias, que van desde la presencia de “pseudopericias” especialmente en el ámbito del llamado Derecho penal económico entendido en sentido amplio, hasta la credibilidad reforzada del funcionario público que ejerce como perito, pasando por la abundancia de las llamadas “pericias de complacencia”.

##### a) Las “pseudopericias”

La expansión del Derecho penal económico, invadiendo ámbitos antes reservados a otros sectores del ordenamiento jurídico, han incrementado la presencia en los tipos penales de elementos jurídico normativos, que llegan a alcanzar su máximo en los tipos penales en blanco, introduciendo en el la descripción típica, en la que se debe subsumir la realidad factual para que exista el delito, una serie de “hechos jurídicos” que son en el ámbito procesal cuestiones prejudiciales civiles, mercantiles, administrativas, tributarias o laborales. A su vez estas normas extrapenales a las que remite el tipo delictivo, con frecuencia encierran conceptos que, perteneciendo a otras ciencias, artes, técnicas o praxis no jurídicos, son incorporados al ámbito del derecho.

Pues bien, particularmente en los procesos por delitos contra la Hacienda pública, pero también en otros como los relativos a accidentes laborales infringiendo normas y planes de seguridad y salud en el trabajo o en los delitos de contaminación del medio ambiente o urbanísticos, con gran frecuencia los informes periciales se convierten en una pseudopericia, al versar en todo o en gran parte sobre cuestiones jurídicas extrapenales, que en realidad deberían ser resueltas por el juzgador del orden jurisdiccional penal aplicando la normativa extrapenal correspondiente (cuestiones prejudiciales incidentales, arts. 3 y 7 LECr y 10 LOPJ) o, en caso extremos, suspendiendo el procedimiento penal para que resuelva tal cuestión prejudicial (suspensiva y devolutiva) el orden jurisdiccional correspondiente (art. 9 LOPJ).

Esta mixtura de lo jurídico y lo no jurídico en manos de peritos, desvirtúa el proceso y sobre todo, cuando son funcionarios públicos esos peritos, se produce un desequilibrio en detrimento de la defensa, particularmente en los procesos por delitos tributarios, en los que los peritos son dependientes de una de las partes: la Hacienda pública representada por el acusador particular defendida por un abogado del Estado. El paso adelante que supuso no considerar compatible con la función de perito, el haber sido actuario en la inspección realizada al luego imputado por delito fiscal, debería prolongarse en el sentido que se propone en el siguiente epígrafe.

##### b) Credibilidad reforzada del funcionario: especial referencia a las periciales en los delitos tributarios

Los funcionarios públicos como testigos y como peritos tienen presunción de veracidad frente a los que no lo son, y no es este el momento de entrar en matizaciones sobre este particular. Sí es en cambio oportuno, por lo que tiene de factor de desigualdad respecto a las pericias de la defensa, que dicha presunción acompañe sin más a peritos que, por muy funcionarios que sean, se convierten en el acto del

juicio oral en peritos de la acusación (aunque en teoría hayan sido peritos “judiciales” durante la instrucción, al haber sido llevados al proceso por el juez) y, en algunos casos como en los procesos por delitos tributarios, sean además dependientes de una de las partes acusadoras —la Agencia Tributaria—.

En el trámite de informe de los peritos en un acto del juicio oral, en el que rige con plenitud el principio acusatorio, el juez o tribunal debe ser consciente de dos datos procesales incuestionables: que todo perito es necesariamente de parte —no judicial— (si la acusación pública y/o la particular lo propone como tal en su escrito de acusación o de conclusiones provisionales) y, en su caso, que tiene relación de dependencia con dicha acusación. Conjugados ambos datos el resultado debe ser la neutralización de la presunción de veracidad, más allá de la que pueda merecer cualquier otro perito que jure o prometa informar verazmente en dicho acto.

La deseable especialización en delitos económicos, de órganos instructores y enjuiciantes en el seno del orden jurisdiccional penal, ayudará a evitar concesiones excesivas de credibilidad a los peritos funcionarios, especialmente en lo que sus pericias puedan tener de pseudopericia al resolver cuestiones prejudiciales incidentales que corresponden al juzgador, que cumpla de modo real y efectivo, y no como mera presunción, el principio *iura novit curia* aplicado a las leyes no penales implícitas en la descripción típica como hechos jurídicos o elementos jurídico normativos.

## E. LA DOCUMENTAL

En relación con la prueba documental no deberían existir especiales quejas relativas a una inferioridad de armas de la defensa, más allá de la dificultad insalvable que supone el secreto interno de las actuaciones durante la instrucción, a los efectos de conocer qué documentos obran o no en la causa y, consiguientemente, cuales debería aportar la defensa para acreditar sus pretensiones, carencia que luego puede salvarse una vez levantado dicho secreto.

Pero sí existen algunos reproches relativos a la obtención de prueba documental de modo abusivo por parte del órgano instructor, instado por el Ministerio fiscal y/o por la policía, cuando se inician procedimientos con intuiciones más que con sospechas fundadas, sin un objeto de imputación claro y concreto, buscando precisamente en la instrucción datos para configurar dichos objetos. Se trata de procedimientos prospectivos, de “auditorías penales” o “causas generales”, que obtienen los documentos para crear más que para comprobar las imputaciones.

En este ámbito tienen especial relevancia los documentos guardados en archivos informáticos. En primer lugar, porque su análisis no se produce en el momento de la ocupación en las entradas y registros de los lugares cerrados en los que se hayan los correspondientes instrumentos informáticos, contraviniendo lo previsto en los artículos 573 a 576 y 552 LECr. En segundo término porque se accede con posterioridad a todos los contenidos de los archivos, sin controlar la defensa los posibles hallazgos ocasionales, principalmente a los efectos de que los auxiliadores de la justicia (policía u Agencia tributaria) puedan utilizar tales datos para otras investigaciones. Y, finalmente, porque en los ordenadores suelen constar los “mails” enviados y recibidos, cuyo conocimiento supone una intervención *ex post* de las comunicaciones telefónicas sin previa autorización judicial para tener acceso a los mismos; la generalidad y deficiente regulación de las escuchas telefónicas en el vigente artículo 579 LECr, que permite su utilización tanto para la intervención de comunicaciones en sí, cuanto para el acceso a datos almacenados en los operadores de telecomunicaciones o para la introducción de “troyanos” en ordenadores (una especie de “agente infiltrado informático” que sirva para conocer todas la información presente y futura incluidas las comunicaciones por mail), actividades con específica regulación en otros países —Alemania p.e.—, propicia estas indefensiones del secreto de las comunicaciones de los imputados en la obtención de pruebas de cargo, con la consiguiente inferioridad de armas de sus defensas.

#### 4. CONCLUSIONES

La primera conclusión del análisis precedente es que existen elementos estructurales u orgánicos que sitúan ya a la defensa técnica de imputados o acusados en una situación de inferioridad funcional. La persistencia del juez instructor, con su doble papel contradictorio de juez y acusador, reforzado en ocasiones su escoramiento hacia su función inquisitiva e investigadora por su alianza con el Ministerio fiscal, es el primer elemento desequilibrante en el proceso penal en detrimento de los derechos de la defensa. Teniendo en cuenta la relevancia de la instrucción en el proceso penal, en lo que a obtención de pruebas supone, la situación de inferioridad de la defensa es patente, no tanto respecto a la realización de diligencias de investigación propuestas por ella, sino cuanto a las practicadas a espaldas de la defensa en periodos de secreto interno y en ocasiones mediando claros abusos de derecho e incluso claras ilicitudes.

La inferioridad del título profesional de abogado, basado exclusivamente en la obtención del título de licenciado en Derecho, frente a la selección de que son objeto jueces, fiscales y abogados del Estado, constituyen el segundo factor de desigualdad estructural de la defensa de imputados y acusados. La nueva “ley de acceso”, en *vacatio* hasta el 30 de octubre del próximo año y sin desarrollo reglamentario por disensiones entre los Ministerios de Justicia y Educación, de momento no puede decirse que haya resuelto este problema.

Y ya en el ámbito procedimental merece especial mención el abuso del secreto interno durante la instrucción, prorrogado mes tras mes a veces durante largos periodos, que impiden en muchas ocasiones conocer su condición de imputado al que procesalmente ya lo es, lastrando radicalmente sus derechos de defensa a favor de los derechos de la acusación que en parte la ejerce el propio juez instructor.

Circunscribiendo estas conclusiones a la inferioridad de la defensa en relación con la proposición y práctica de la prueba, en primer término hay que denunciar la ausencia de una ética colectiva relativa a la proposición y rea-

lización de la prueba por los abogados, ética concretada en normas deontológicas. Agrava formalmente esta carencia la ausencia de un ley reguladora de la profesión de abogado, incluyendo las normas disciplinarias cumpliendo la reserva de ley y la descripción de las conductas con taxatividad, como exige el principio de legalidad de las infracciones y sanciones.

En segundo lugar concurre la desconfianza hacia el abogado en general, que repercute lógicamente en el ámbito de proposición y práctica de su prueba, máxime cuando existen con frecuencia deficiencias técnicas en dicho trance. Y en este nivel de posible inferioridad de armas de la defensa, derivada de la ignorancia o desinterés del propio abogado, se enmarcan las disfuncionalidades relativas a la celebración del acto del juicio oral y a la declaración de imputados y coimputados cuando se celebre, tanto en la elusión de una posible sentencia de conformidad en aquellas ocasiones en las que sea lo más conveniente (en el ámbito de la abogacía de oficio hay casos en el sentido contrario: conformidades cuando hay claras posibilidades de defensa), cuanto en el abuso de fijar la estrategia de defensa en la transferencia de intervención en los hechos a otros coimputados.

Respecto a la prueba testifical sólo las imprudencias o malas praxis del abogado defensor le sitúa en una posición de posible inferioridad. En relación con la pericial, en cambio, la “superioridad” del perito funcionario que generalmente actúa apoyado o incluso propuesto por las acusaciones, sí afecta a la igualdad de armas en detrimento de la defensa, especialmente en los delitos contra la Hacienda pública en los que dichos peritos son “dependientes” de la acusación particular y, además, en sus pericias —“pseudopericias”— resuelven con frecuencia cuestiones prejudiciales tributarias que por su carácter jurídico no pueden constituir objeto de pericia, circunscrito a ciencia, arte, técnica o práctica ajena al Derecho.

Y en lo atiente a la prueba documental, la inferioridad de armas deviene especialmente en la obtención de la misma por el órgano instructor en entradas y registros o/y mediante intervención de las comunicaciones, por las

deficiencias legislativas y malas praxis denunciadas *ut supra*.

Como resumen de todo lo expuesto cabe afirmar que existe desigualdad de armas en detrimento de la defensa, tanto por razones orgánicas cuanto procedimentales, que sólo *de lege ferenda* pueden encontrar solución, modificando la Ley de enjuiciamiento criminal y elaborando una Ley orgánica reguladora del derecho de defensa que dignifique en fondo y forma la

profesión de abogado. La desigualdad de armas en todo el proceso penal y, de modo particular, en lo atinente a la prueba no sólo deviene de los privilegios de los que goza la acusación sobre todo durante la instrucción (juez instructor en general y, en ocasiones, en simbiosis con el Ministerio fiscal), sino también de la inferioridad de preparación y de prestigio que padece en términos generales la abogacía, respecto a jueces, fiscales y abogados del Estado.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

### Sobre la supresión del juez instructor

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal", *Teoría & Derecho*, I/2007, Tirant lo Blanch, pp. 11 y ss.

MONTERO AROCA, J., "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", *Teoría & Derecho*, cit. pp. 41 y ss.

MORENO CATENA, V., "El Ministerio fiscal, director de la investigación de los delitos", *Teoría & Derecho*, cit. pp. 75 y ss.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., "2. El Juez de instrucción es constitucional?", *Actualidad Aranzadi*, N.º 261, 1996.

VIVES ANTÓN, T.S., "Sobre la imparcialidad del juez y la dirección de la investigación oficial del delito", *Teoría & Derecho*, cit. pp. 99 y ss.

Relativa al derecho de defensa y la abogacía

HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., "Confidencialidad y derecho de defensa", *Otrosí*, ICAM, enero 2010, pp. 13 y ss.

LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

MARTÍ MINGARRO, L., "Debilidades, patologías y crisis del derecho de defensa", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, N.º 39, 2009, pp. 387 y ss.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Reflexiones sobre la limitada vigencia del derecho de defensa", *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 100, Dykinson, pp. 61 y ss.

### Sobre el acceso a la profesión de abogados

DE AREILZA CARVAJAL, J.M., y MENDEZ, M., "La transformación de la profesión de abogados: europeización, regulación comparada y responsabilidad social", *Deontología y práctica de la Abogacía del siglo XXI*, IE y Aranzadi, Navarra 2008, pp. 189 y ss.

DE FUENTES BARDAJÍ, J., "Régimen de acceso a la abogacía y la procuraduría", *La regulación del acceso a la profesión de abogado y procurador*, Aranzadi, Navarra 2005, pp. 15 y ss.

MATIN BERNAL, J.M., *Abogados y jueces ante la Comunidad Europea*, Colex, Madrid 1990.

PAREJO ALFONSO, L., "Las profesiones de abogado y procurador; la regulación del acceso a su ejercicio", *La regulación del acceso a la profesión de abogado y procurador*, Aranzadi, Navarra 2005, p. 47 y ss.

### Deontología del abogado

DEL ROSAL, R., *Normas deontológicas de la abogacía española*, Cívitas, Madrid 2002.

MARTÍ MINGARRO, L., "La confianza y la ética en la profesión de abogado", *Justicia y ética de la abogacía* (Coordinador: M. GRANDE YAÑEZ), Dykinson-ICAM-UPCOMILLAS, Madrid 2007, pp. 223 y ss.

MARTÍNEZ VAL, J.M., *Abogacía y abogados*, Bosch, Barcelona 1999, pp. 203 y ss.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Reflexiones sobre la ética de la prueba en el proceso penal", *Justicia y ética de la abogacía* (Coordinador: M. GRANDE YAÑEZ), Dykinson-ICAM-UPCOMILLAS, Madrid 2007, pp. 171 y ss.

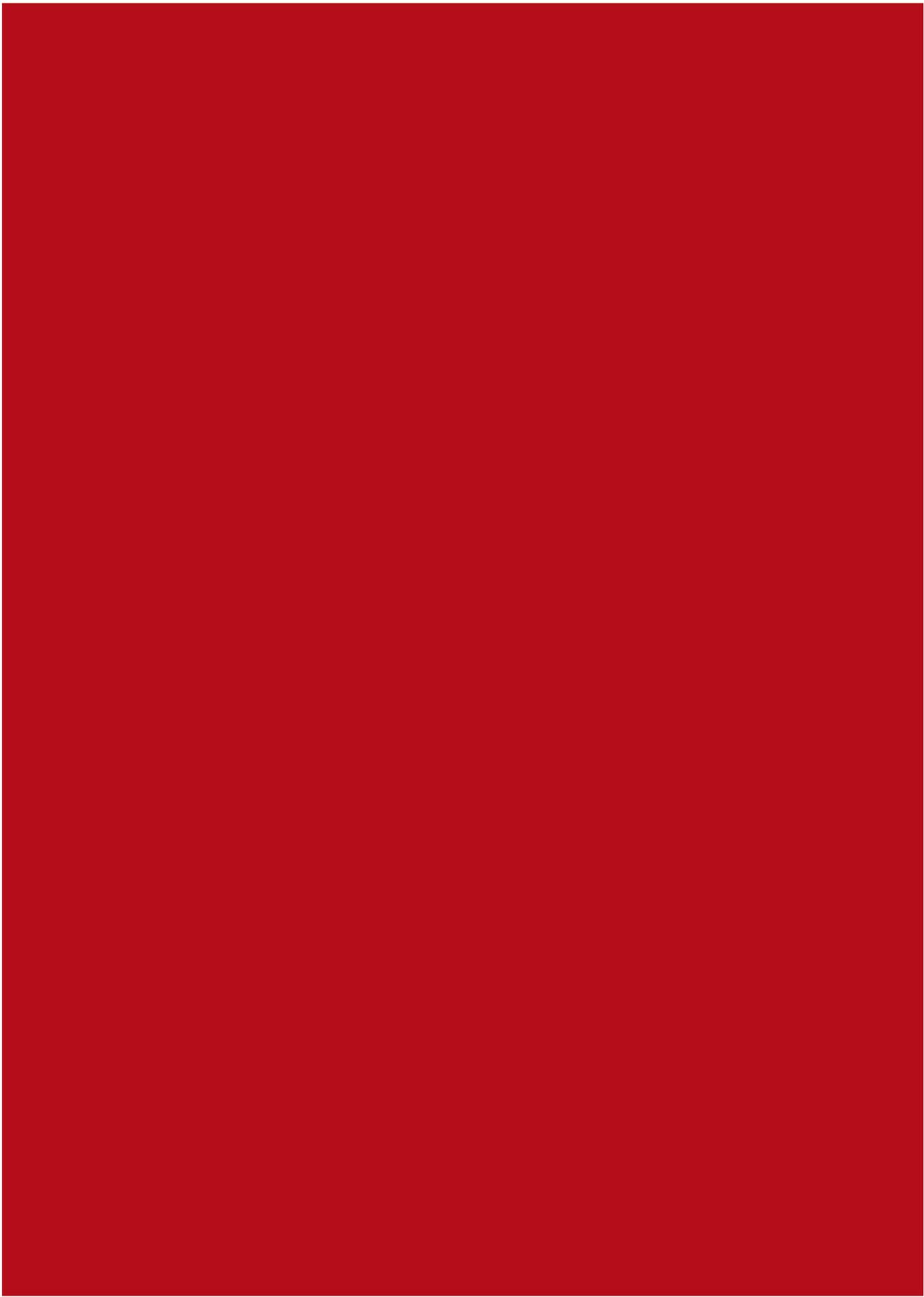
### Sobre la prueba

CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*, T. I y II, Tirant lo Blanch, Valencia 2005.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho procesal penal*, Aranzadi, Navarra 2009, pp. 801 y ss.

**Fecha de recepción: 26 de julio de 2010**

**Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2010**



## RESUMEN

El escrito analiza los ataques que sufre el derecho fundamental de defensa. Considera que la protección del derecho de defensa es inadecuada en nuestro ordenamiento jurídico actual al no existir un procedimiento sumario y preferente al que acudir y, específicamente en el ámbito penal, no existir separación entre la instrucción y el juez de garantías. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional o el recurso ordinario son insuficientes. Se analizan los ataques al derecho de defensa cuando afectan a la actuación de los abogados, a su independencia, libertad y secreto profesional. Los colegios de abogados, la abogacía institucional tiene recursos para proteger a los letrados de esos ataques, y de esta manera proteger el derecho de defensa; el amparo colegial es la institución mediante la que se protege a los letrados en su ejercicio profesional y son diversas las medidas que pueden adoptarse para hacer real y efectivo ese amparo.

## PALABRAS CLAVE

COLEGIO DE ABOGADOS; DERECHO DE DEFENSA; ABOGADO; AMPARO COLEGIAL; INDEPENDENCIA; LIBERTAD; LIBERTAD DE EXPRESIÓN; SECRETO PROFESIONAL; INSTRUCCIÓN, JUEZ DE GARANTÍAS; COMISIÓN DE RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

## ABSTRACT

The paper analyses the attacks suffered by the fundamental right to counsel. It considers the protection of the right of defence afforded by our current legal system to be inadequate. This is due to the absence of a preferential summary procedure to turn to and, specifically in the criminal field, no separation between proceedings and the supervisory judge. An appeal before the Constitutional Court or an ordinary appeal are inadequate. The paper looks at attacks on the right of defence when they affect lawyers' actions, their independence, freedom and professional confidentiality. Bar associations and legal practice institutions have resources to protect lawyers from these attacks, and thereby protect the right of defence. Assistance afforded by bar associations is the institutional means by which lawyers are protected in their professional practice, and diverse measures can be taken to make that protection real and effective.

## KEY WORDS

BAR ASSOCIATION, RIGHT TO COUNSEL, LAWYER, BAR ASSOCIATION ASSISTANCE, INDEPENDENCE, FREEDOM, FREEDOM OF EXPRESSION, PROFESSIONAL CONFIDENTIALITY, INVESTIGATION, SUPERVISORY JUDGE; COMMITTEE ON RELATIONS WITH THE ADMINISTRATION OF JUSTICE

# LA ABOGACÍA INSTITUCIONAL Y LA TUTELA DEL DERECHO DE DEFENSA

Manuel Camas Jimena

Abogado  
Decano del Colegio de Abogados de Málaga

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La tutela del derecho de defensa: A. Insuficiencias de la protección procesal del derecho. B. La falta de imparcialidad del juez. C. Otros defectos. 3. El derecho del abogado a defender: A. Los derechos de libertad: a) Generalidades. b) Especial consideración de la libertad de expresión. B. El secreto profesional: a) Regulación legal: derecho/deber. b) Excepciones. 4. Derecho de defensa y tutela judicial efectiva.

## 1. INTRODUCCIÓN

Es oportuna la reflexión que abre la *Revisita Teoría y Derecho* sobre las vulneraciones del derecho de defensa desde el punto de vista de su protección.

Una de las medidas más significativas de la salud de un sistema democrático es justamente la sensibilidad con la que se trata y cuida el derecho de defensa de sus ciudadanos frente al poder del Estado.

Se me invita a participar en este debate y se me pide aporte la visión de las instituciones de la abogacía y más concretamente, una reflexión sobre el papel de los Colegios de Abogados ante posibles ataques.

Desde ese punto de vista y desde cualquier otro, en los últimos meses en España son numerosas las incidencias que pueden observarse respecto del derecho fundamental de defensa. Escuchas telefónicas a letrados en conversación con sus clientes, escuchas en la comunicación

entre abogado y clientes ingresados en prisión, detenciones innecesariamente espectaculares, imputación de letrados a los que se conmina a violentar el secreto profesional, registros de despachos de abogados, incautación de los discos duros de los ordenadores y de expedientes de los despachos, son algunas de las cuestiones más llamativas con las que nos enfrentamos.

Sin la oportunidad de defensa no es posible la justicia, en ninguno de sus ámbitos; sin una defensa efectiva no es posible la justicia desde luego en el ámbito del proceso penal.

El derecho a la defensa es el antídoto de la tacha más grave que puede enervar la efectividad de la tutela judicial hasta hacerla desaparecer, la indefensión, y a su vez actúa como cabecera o capitular de otros derechos que le siguen en el mismo texto constitucional. (S.T.C. 34/96, de 11 de marzo, FJ 2).

Efectivamente son muchos los derechos que realmente configuran la complejidad que en su conjunto constituye el de defensa, los

que permiten que esta sea real y efectiva, los que evitan la indefensión.

El derecho constitucional de defensa es un derecho fundamental, objeto por ello de la especial protección del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE) y debe ser respetado y promovido por todos los poderes públicos (art. 9.3 CE).

El derecho fundamental de defensa (art. 24.2 CE) se integra formando un conjunto con otros derechos, la asistencia de abogado, el derecho al juez imparcial, independiente, predeterminado por la ley, un juicio público, la presunción de inocencia, derecho a ser informado de la acusación, el derecho al silencio, a disponer de tiempo para preparar la defensa, derecho a proponer y practicar pruebas, el ejercicio de la defensa libremente y de manera efectiva, y desde luego el derecho a la libertad y el habeas corpus.

Sin embargo, la propia naturaleza de estos derechos hace que sean los órganos judiciales, los que deben hacerlos valer y defenderlos, precisamente los que los vulneran, los que con sus actos los lesionan.

Nuestro ordenamiento jurídico no ha sabido atajar este problema pese a que no deja de ser evidente.

## 2. LA TUTELA DEL DERECHO DE DEFENSA

Hemos definido sistemas de protección frente a los ataques a los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos, (Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, sustituida posteriormente por las propias redacciones de las leyes de enjuiciamiento), pero quedan expresamente excluidos los ataques que proceden del poder judicial, precisamente el que normalmente puede vulnerar el derecho fundamental de defensa.

### A. INSUFICIENCIAS DE LA PROTECCIÓN PROCESAL DEL DERECHO

Invocar el recurso de amparo como vía de protección del derecho de defensa no resulta satisfactorio; la protección que proporciona el recurso ante el Tribunal Constitucional es excesivamente posterior, al exigir la conclusión del proceso con todos sus recursos.

No resulta suficiente la vía igualmente lenta de los recursos ordinarios. La LOPJ en su art. 5.4 contempla la infracción de precepto constitucional como motivo de casación de las sentencias; pero el modelo de recursos, devolutivos o no, idénticos ya se interpongan para resolver cuestiones de trascendencia constitucional que cuestiones de mera infracción ritual, no puede ser una vía útil de protección, menos aún si el recurso lo resuelve en primera instancia el propio órgano jurisdiccional que dictó la resolución que violenta el derecho fundamental.

Carecemos de un procedimiento rápido, preferente y sumario, que restablezca de manera inmediata el derecho de defensa cuando se ve vulnerado. No debemos perder de vista que el derecho de defensa, una vez vulnerado, no siempre es posible restablecerlo, no siempre la estimación de un recurso permite que la defensa no quede perjudicada de manera decisiva.

### B. LA FALTA DE IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

La cuestión se agrava de manera notable en nuestro ordenamiento por el sistema que aún mantenemos de instrucción penal.

Somos el único país de la Europa con la que nos comparamos en el que la instrucción continúa en manos de jueces y magistrados. Pero la discusión, planteada siempre en términos de si debe ser el juez o el fiscal quien instruya, no es la esencial; lo trascendente es separar el ámbito de las decisiones entre el que investiga e instruye y el que protege de los derechos fundamentales. La denominación de juez o fiscal

es intrascendente, la figura del juez o del fiscal que resultarán de la reforma de la instrucción, de la separación de esas funciones, poco tiene que ver con la que hoy representan.

Ya separamos hace décadas, las funciones del juez instructor de las de quien celebra el juicio y dicta sentencia, pero no hemos sido capaces aún de resolver la contradicción evidente de constituir al juez instructor en juez de garantías.

Difícilmente puede salvarse la esquizofrenia de que el mismo que dirige la actividad de investigación de un delito, a fin de recabar las pruebas necesarias para poder celebrar en su caso un juicio, sea el mismo que tiene en sus manos las decisiones sobre medidas limitativas de la libertad, cautelares, secreto, medidas invasivas de la intimidad, del domicilio, etc.

Vemos con frecuencia déficits de garantías que se producen como consecuencia de detenciones, innecesariamente espectaculares, de la extensión del secreto, de la tardanza de la instrucción, etc.; ese tipo de actuaciones hoy carecen de control real y efectivo, puesto que las acuerda quien está interesado activamente en la investigación y la instrucción, que es además quien resuelve prima facie los recursos sobre las mismas, y no es suficiente el control posterior y en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, respecto de medidas ya acordadas y ejecutadas, muchas veces adoptadas en procedimientos declarados secretos que no llegan a conocer al resolver esas apelaciones, siempre transcurrido unos tiempos que, por rápida que resulte la tramitación, son excesivos.

En definitiva, la falta de separación de las funciones del que realiza una actividad encaminada a sustentar la acusación, con la actividad que debe decidir acerca del respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, con la que debe desarrollarse en defensa de nuestras garantías, afecta de manera evidente a que no pueda en muchos casos solucionarse de forma breve y razonable las lesiones del derecho fundamental de defensa.

Hoy el proceso penal en España, más allá del voluntarismo, no proporciona las garantías

que nuestra Constitución establece, y resulta a estas alturas insoportable.

### C. OTROS DEFECTOS

Los procesos que acaparan la atención de los medios de comunicación por la notoriedad de las personas imputadas, por la relevancia política de los hechos o por tratarse de macroprocesos, en el sentido de ser muy numerosos los implicados, ponen a diario de relieve las deficiencias de nuestro sistema para hacer valer el derecho fundamental de defensa.

Las detenciones espectaculares, la imagen de personas esposadas, de registros de oficinas y despachos con furgones policiales impidiendo el paso por las calles, los medios de comunicación apostados prácticamente antes de que lleguen las fuerzas y cuerpos de seguridad, la toma de ayuntamientos cerrándolos al público, la conducción de detenidos esposados a la vista de los medios, son imágenes de un sistema defectuoso y que vulnera dramáticamente derechos fundamentales de los ciudadanos, estén o no inmersos en procedimientos penales, sean o no finalmente condenados.

Son las imágenes de un sistema que ha perdido la sensibilidad respecto de la defensa y por ello un sistema de débil salud democrática.

Los juicios paralelos que se facilitan por inacción, y a veces se propician, por parte de la acusación o acusaciones, por la instrucción, por las fuerzas y cuerpos de seguridad, etc.; las filtraciones interesadas de partes de los autos, o el secreto de actuaciones, ridículamente extendido a veces durante meses o años, daña profundamente la idea natural que cualquier ciudadano, o cualquier profesional, puede hacerse de la justicia.

La pérdida de documentación o simplemente su desorganización, como ha ocurrido, redundará en una mala imagen de nuestros juzgados, nuestros procedimientos y su seriedad.

Como decíamos, frente a todos estos ataques el procedimiento penal español no tiene una verdadera respuesta, normalmente es el propio órgano judicial que vulnera el derecho

el que debe decidir que con ello ha infringido el derecho de defensa de aquel al que investiga. El control de las Audiencias Provinciales es tardío y poco beligerante en el respeto de esos derechos, el del Tribunal Supremo y el del Tribunal Constitucional solamente se produce realmente con los procedimientos concluidos y por lo tanto con años de retraso.

Por lo tanto falla en nuestro ordenamiento la primera defensa del derecho de defensa, que debe ser sumaria y preferente, y que no puede corresponder más que a los propios juzgados y tribunales, aunque no al mismo que lesionara el derecho.

El debate da pues para mucho, puede enfocarse desde puntos de vista absolutamente diversos.

### 3. EL DERECHO DEL ABOGADO A DEFENDER

Estas líneas se limitan a analizar qué aspectos del derecho de defensa tienen que ver directamente con la actuación de los abogados, porque su intervención es piedra angular de una defensa real y efectiva, y cómo los colegios de abogados pueden contribuir a la protección de las funciones de los letrados en el ejercicio de la defensa.

Huiremos del debate de la autodefensa, que se aleja de la cuestión que analizamos; aunque los textos internacionales la contemplan como una opción, es lo cierto que una defensa real y efectiva exige el conocimiento del derecho sustancial y formal. La autodefensa pone en peligro que exista un juicio justo y aun en aquellos sistemas que permiten la autodefensa, se arbitran soluciones que impidan que ello suponga una falta de defensa efectiva, nombrando letrados que suplan a propio acusado ante sus deficiencias, *amicus curie* o abogados sustitutos, en definitiva propiciando por esa vía una tutela paternalista del propio tribunal, del que juzga.

Para que la intervención del abogado sea válida, para que el letrado pueda verdaderamente

defender, han de darse una serie de requisitos esenciales.

Daremos por supuesto su capacidad técnica, su preparación, en definitiva el conocimiento del oficio, y la libertad en su elección o un sistema de designación adecuado. Supuestos todos esos requisitos que son imprescindibles, pero que no son los normalmente afectados por el debate que mantenemos, las condiciones esenciales que han de darse para que el abogado pueda cumplir con su papel de defensor son que pueda ejercer sus funciones con independencia, libertad y pueda comunicarse y mantener con su cliente y los letrados de las otras partes una relación bajo secreto profesional.

Expresamente se reconocen en la Ley Orgánica del Poder Judicial la necesidad de estos requisitos para la actuación de los abogados.

#### A. LOS DERECHOS DE LIBERTAD

##### a) Generalidades

El art. 542 afirma que en su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, refiere esos derechos específicamente a su libertad de expresión y defensa, y declara que juzgados y tribunales deben ampararlos en esa libertad. En ese mismo artículo, se declara el deber de los abogados de guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

La independencia del abogado supone que no está subordinado a ningún poder que condicione sus actuaciones. El abogado no puede recibir instrucciones de nadie, ni de su colegio, ni de los tribunales, ni de los clientes, ni tampoco puede estar condicionado por sus propios intereses en la defensa de los de su cliente.

Quizás en el complejo mundo del ejercicio actual de la abogacía, organizada en despachos que tienden a adquirir mayor tamaño, el problema de la independencia pueda producirse

más por la vía de los conflictos de interés que por ningún otro.

Sin embargo debemos entretenernos en un aspecto de esa independencia fácilmente vulnerable. La no subordinación, tampoco a los tribunales, puede verse afectada por lo que llamamos policía de estrados o por las facultades de dirección del proceso que se atribuyen al juez.

Es importante que en uno y otro sentido el papel del que juzga se limite a sus estrictos términos y que no alcance a mediatizar la independencia de la defensa.

La policía de estrados debe estar limitada a los comportamientos en sede procesal; desde hace siglos el derecho continental ha separado esa facultad disciplinaria del juez, que es jerárquica y vertical respecto del abogado, y que exclusivamente puede ejercerse respecto de su conducta en estrados; el resto del control disciplinario sobre el ejercicio profesional corresponde a los colegios profesionales que deben protegerlo celosamente como garantía de la independencia en el ejercicio profesional.

Junto a la independencia mencionábamos la libertad como requisito igualmente esencial para que el abogado pueda realizar el acto de defender

La libertad del abogado la refiere la propia LOPJ a la libertad de expresión y la libertad de defensa. Respecto a la libertad de defensa tenemos que entender la capacidad de autodeterminación del letrado respecto de su interpretaciones, argumentos, decisiones estratégicas, en general en la toma de decisiones con plena autonomía.

Pero un aspecto concreto de esa libertad, como expresamente hemos mencionado es el de la libertad de expresión. El abogado, aplica la técnica y ciencias jurídicas, y finalmente lo hace exponiendo oralmente o por escrito, sus argumentos ante juzgados y tribunales.

Conviene por ello analizar la trascendencia de la libertad de expresión, porque limitarla puede suponer la vulneración del derecho de defensa del cliente.

## **b) Especial consideración de la libertad de expresión**

El Tribunal Constitucional mantiene una asentada y constante doctrina respecto del derecho a la libertad de expresión de los abogados en estrados, muy bien explicada en la sentencia 65/2004, de 19 de abril, cuyo ponente fue Tomás Vives Antón.

En nuestra jurisprudencia se parte de que el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del art. 24 CE. Consiste en una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE), y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE). Por tales razones se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar.

Desde esta comprensión constitucional deben ser interpretados los arts. 448 y ss. LOPJ sobre la corrección disciplinaria de los Abogados que intervienen en los mismos. Lo dispuesto en tales preceptos no constituye sólo una regulación de la potestad disciplinaria atribuida a los Jueces o a las Salas sobre dichos profesionales, ‘que cooperan con la Administración de Justicia’ —según se indica en el epígrafe del Libro V de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, sino que incide, también, sobre la función de defensa que les está encomendada. De ahí que resulte preciso cohesitar dos exigencias potencialmente opuestas, pero complementarias: el respeto a la libertad del Abogado en la defensa del ciudadano y el respeto por parte del Abogado de los demás sujetos procesales, que también participan en la función de administrar justicia. La primera exigencia aparece contemplada en el art. 437.1

LOPJ, al disponer que ‘en su actuación ante los Jueces y Tribunales los Abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa’. La segunda de las exigencias antes apuntadas requiere, en reciprocidad, el respeto por parte del Abogado de las demás personas que también participan en la función de administrar justicia y tiene como consecuencia el que, a tenor del art. 449.1 LOPJ, los Abogados y Procuradores serán también corregidos disciplinariamente por su actuación ante los Juzgados y Tribunales ‘cuando en su actuación forense faltasen oralmente, por escrito o por obra, al respeto debido a los Jueces y Tribunales, Fiscales, Abogados, Secretarios Judiciales o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso.

Asimismo hemos puntualizado que la especial cualidad de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, que el art. 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos erige en límite explícito a la libertad de expresión.

La existencia de tales derechos fundamentales y bienes constitucionales en conflicto ha de obligar al órgano jurisdiccional, cuando la sanción impuesta sea impugnada, a determinar si la conducta del Abogado está justificada por encontrarse comprendida dentro de la libertad de expresión necesaria para el eficaz ejercicio del derecho de defensa o si, por el contrario, con clara infracción de las obligaciones procesales de corrección antedichas, se pretende atender a la imparcialidad del Tribunal o alterar el orden público en la celebración del juicio oral, o menoscabar el respeto que merecen los demás intervinientes en el proceso.

Por ello cabe concluir que las expresiones vertidas en la vista oral vienen amparadas en la libertad de expresión del Letrado que, precisamente por su carácter específico, le permite una mayor “beligerancia en los argumentos” dada su conexión con el derecho de defensa de la parte.

## B. EL SECRETO PROFESIONAL

### a) Regulación legal: derecho/deber

Por último, como decíamos, el tercer requisito esencial para que el abogado puede ejercer su función, es el secreto profesional. El art. 24 de la Constitución, en su último párrafo establece que “La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”

La sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre declaró: “... El secreto profesional, es decir el deber de secreto que se impone a determinadas personas, entre ellas los Abogados, de lo que conocieren por razón de su profesión, viene reconocido expresamente por la Constitución, que en su art. 24.2 dice que la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Evidentemente, y a fortiori, tampoco existe deber de declarar a la Administración sobre esos hechos. La Constitución consagra aquí lo que es no un derecho, sino un deber de ciertos profesionales que tienen una larga tradición legislativa (cfr. artículo 263 de la L.E.Cr.)”.

Precisamente el art. 263 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal viene a recoger que “La obligación impuesta en el párrafo 1 del artículo anterior no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieron de sus clientes”.

Y el art. 262 que “Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Minis-

terio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante”.

Es el art. 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (antes 437.2) es el que viene a desarrollar el precepto constitucional respecto del secreto y estableciendo que “Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo declarar sobre los mismos”.

Previamente en el apartado 1 del mismo art. 542 se describen las modalidades de actuación profesional: “Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico.

El Estatuto General de la Abogacía Española (RD 658/2001, de 22 de junio) abunda en ello y sostiene en el art. 32.1 que “De conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”.

Lo que se corresponde con la deontología profesional, concretamente con el art. 5 del Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado en el Pleno de 27-IX-02 y modificado en el Pleno de 10-XII-02, que se refiere al secreto profesional:

“1. La confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, insita en el derecho de aquél a su intimidad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos como

reconoce el artículo 437.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial”.

En esta descripción normativa debe agregarse que la violación del secreto profesional está tipificada como delito, en el art. 199 del Código Penal:

“1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.

## b) Excepciones

Frente a esta contundente regulación legal del secreto profesional se han establecido algunas excepciones:

a) Supuestos de lesión notoriamente injusta y de suma gravedad al propio abogado:

En el anterior Código Deontológico se establecía la posibilidad de dispensa del secreto cuando se trate de evitar una lesión notoriamente injusta y de suma gravedad al propio abogado o a un tercero, sólo de aquellos datos que de hecho conduzcan a impedir la lesión.

El art. 39 Código de la UIBA también establece que la obligación de secreto profesional cede a las necesidades de defensa personal del abogado cuando es acusado por su cliente, empleados o terceros, en cuyo caso revelará lo indispensable para su defensa, pudiendo en igual medida exhibir documentos confiados.

La doctrina más autorizada mantiene que “en caso de conflicto de intereses (entre derechos fundamentales del cliente y del abogado o del tercero) la gravedad de las consecuencias de una u otra decisión y el tercer factor (función social de la abogacía) establecerá la solución a cada caso...”

b') Las obligaciones de información en materia tributaria.

La Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), en su art. 93 dispone determinadas obligaciones de información.

La doctrina constitucional respecto del deber de información tributaria en relación con el secreto profesional quedó reflejada en la sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984 de 26 de noviembre, ya citada anteriormente.

En dicha sentencia se mantiene que: "Tampoco vulneraría el secreto profesional el simple conocimiento del nombre del cliente y de las cantidades pagadas por él en concepto de honorarios... La cuestión podría suscitarse si la Inspección, al pedir los antecedentes y datos de determinadas operaciones, penetrase en el ámbito de las relaciones profesionales concretas entre el e cliente y, en este caso, el Abogado. Sólo entonces podría y debería negarse el contribuyente a facilitar datos que supusiesen la violación del secreto profesional. Es posible también que no existiese acuerdo sobre cuál es la zona específica de relaciones cubiertas por el secreto profesional cuya delimitación puede ofrecer dificultades en ciertos casos. Pero para eso están los Tribunales de Justicia. La cuestión en último término, no puede resolverse de forma abstracta, sino sobre cada caso concreto".

c') Las medidas de prevención de blanqueo de capitales:

La legislación en materia de prevención de blanqueo de capitales (Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo) impone a los abogados la obligación de comunicar cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales.

Pero en definitiva, y pese ala excepciones señaladas, la finalidad del secreto profesional radica en la confianza y confidencialidad de las relaciones entre cliente y abogado, insita en el derecho de aquél a su intimidad y a no declarar en su contra.

Estamos inequívocamente ante cuestiones que afectan a derechos constitucionales decla-

rados fundamentales. El derecho de defensa, en su más amplio sentido y el derecho a la intimidad.

La Audiencia Provincial de Las Palmas, en sentencia de 12 de noviembre de 2001 acaba absolviendo libremente a dos acusados por falta de pruebas, ya que las únicas de cargo era las que había suministrado el propio abogado de uno de los imputados. La sentencia aplica la teoría del fruto del árbol envenenado, inspirador del art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y desarrollado por las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1998 y del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1993 y 1 de octubre de 1990. Concluye que no es lícita la prueba que suministra el letrado que debe guardar el secreto profesional.

Analizados pues los tres pilares básicos para que el abogado pueda efectivamente hacer valer el derecho de defensa de su cliente, lo que exige que el abogado actúe con independencia, libertad y bajo secreto profesional, debemos reflexionar sobre el papel de los colegios de abogados en la defensa de esos requisitos esenciales.

La regulación constitucional de los colegios profesionales la encontramos en el art. 36 de la Constitución, en el que se establece su existencia y concretamente dispone que "La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos".

La colegiación debe estar sustentada en la existencia de un interés público, que debe ser la sociedad la que reciba el beneficio de esa regulación y de la obligatoriedad de la colegiación, afirma el Informe de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia respecto de los servicios profesionales y la colegiación obligatoria.

Al tratarse de la abogacía, a mi juicio son numerosos los intereses públicos protegidos por las instituciones colegiales.

El propio informe se remite a la Comisión Europea que considera que "ciertos servicios

*profesionales producen bienes públicos que son valiosos para la sociedad en general, por ejemplo, la buena administración de justicia. Es posible que si no existiese regulación alguna, el suministro de estos servicios fuera insuficiente o inadecuado”*

#### 4. DERECHO DE DEFENSA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El derecho fundamental a una tutela judicial efectiva resulta inalcanzable sino es por medio del derecho a la defensa, la asistencia letrada, en definitiva un asesoramiento técnico que permita una defensa real y efectiva.

El Estado no puede ofrecer tutela judicial efectiva sin abogados independientes, libres y con la obligación de guardar secreto.

La tutela judicial efectiva debe entenderse en su sentido más amplio, son numerosísimas las resoluciones judiciales de todo rango que ponen de manifiesto que la misma incluye el asesoramiento (la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, así lo recoge) porque el asesoramiento se produce no sólo en el litigio, sino para poder adoptar decisiones legítimas que lo prevengan o eviten.

En la conocida sentencia Cipolla, en relación con los servicios profesionales de la abogacía, el Tribunal de Justicia europeo señala que “la protección, por una parte, de los consumidores, en particular, de los destinatarios de los servicios judiciales prestados por los auxiliares de justicia, y, por otra parte, de la buena administración de justicia es un objetivo que se encuentran entre los que puedan considerarse razones imperiosas de interés general que permiten justificar una restricción a la libre prestación de servicios siempre que se cumpla el doble requisito de que la medida nacional controvertida en el litigio principal sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo”.

Corresponde pues a los colegios de abogados la defensa de un interés público, el de que

sea posible la tutela judicial efectiva, incluido el asesoramiento, mediante abogados libres, independientes y bajo secreto profesional, como requisitos esenciales.

Ahora bien, analicemos qué capacidad concreta poseen los colegios de abogados para hacer valer esas condiciones esenciales para el ejercicio de la abogacía.

El art. 41 del Estatuto General de la Abogacía Española dispone que “Si el abogado actuante considerase que la Autoridad, Tribunal o Juzgado coarta la independencia y libertad necesarias para cumplir con sus deberes profesionales, o que no se le guardase la consideración debida a su profesión, podrá hacerlo constar así ante el propio Juzgado o Tribunal bajo la fe del secretario y dar cuenta a la Junta de Gobierno. Dicha Junta, si estima fundada la queja, adoptará las medidas oportunas para amparar la libertad, independencia y prestigio profesionales”.

El precepto es muy limitado, y ha sido superado con creces en la práctica; el amparo no puede verse limitado a la libertad, la independencia y el prestigio, inevitablemente debe ampararse el secreto profesional, por supuesto, pero también cualquier otro ataque a la profesión.

Y el amparo no necesariamente debe limitarse a los poderes públicos, administraciones y poder judicial, hoy es fácilmente imaginable un amparo ante los medios de comunicación por poner un ejemplo.

El amparo exige un juicio previo por parte del órgano de gobierno del colegio de abogados, su junta de gobierno, para luego otorgarse o denegarse mediante resolución motivada.

Las dificultades del amparo se encuentran habitualmente en cómo ejecutarlo, a veces en simplemente gestionarlo, puesto que normalmente no es suficiente el acuerdo de amparar.

La ejecución de ese acuerdo puede ser simplemente hacer público el amparo, pero puede ir mucho más allá.

Se abren paso en muchos colegios lo que se denomina Comisiones de Relaciones con la

Administración de Justicia (CRAJ), encargadas de gestionar en definitiva amparos los letrados, habitualmente por medio del diálogo con las administraciones u organismos judiciales que hayan podido vulnerar derechos de los letrados en su actuación profesional.

Los colegios de abogados además tienen legitimación activa para iniciar procedimientos judiciales o administrativos en defensa de la abogacía.

Establece el art. 4.1 a) del Estatuto General de la Abogacía Española, que son funciones de los Colegios de Abogados, en su ámbito territorial: “Ostentar la representación que establezcan las Leyes para el cumplimiento de sus fines y, especialmente, la representación y defensa de la profesión ante la Administración, Instituciones, Tribunales, entidades y particulares, con legitimación para ser parte en cuantos litigios y causas afecten a los derechos e intereses profesionales y a los fines de la abogacía, ejercitar las acciones penales, civiles, administrativas o sociales que sean procedentes”.

Es posible por ello que, invocando esta legitimación, los colegios de abogados insten a los Tribunales Superiores de Justicia o al Consejo General del Poder Judicial la apertura de actuaciones disciplinarias contra jueces y magistrados por entender, por ejemplo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 418 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que han podido incurrir en un exceso o abuso de autoridad, o falta grave de consideración respecto de los abogados.

La misma legitimación que asiste a los colegios para iniciar actuaciones legales ante

cualquier jurisdicción y no es infrecuente que estas puedan incluso tener carácter penal por vulneraciones de derechos fundamentales, por ejemplo en las detenciones, o respecto del secreto profesional o de las comunicaciones.

Esa acaba siendo la vía última de actuación de los colegios profesionales en defensa de los abogados, en definitiva en defensa del derecho fundamental de defensa.

A los colegios profesionales se refirieron en los debates constituyentes, siempre a su favor, Miguel Herrero de Miñón, Oscar Alzaga, Peces Barba, Sainz de Varanda o Pedrol Rius.

Resultan ilustrativas las palabras de Sainz de Varanda, que reconoció la importancia de los colegios profesionales en la vida profesional, pero no solamente en ella, “reconociendo la importancia tan grande que ha tenido en los últimos tiempos de la dictadura para luchar contra ella, y muy especialmente los Colegios de Abogados”

Para intervenir posteriormente Pedrol Rius que entre otras consideraciones expuso: “Por último, querría manifestar que he contemplado el asunto desde el aspecto de protección a los derechos del cliente. Quisiera decir que cuando nosotros estamos aquí reconociendo derechos a los ciudadanos, la efectividad de esos derechos dependerá en el futuro de que, por ejemplo, la abogacía tenga la suficiente libertad para poder defender esos derechos; y la libertad se llama Colegio. El Colegio que está detrás de esos profesionales asegurándoles su independencia, robusteciendo su libertad de actuación para enfrentarse con quien sea en la defensa de esos derechos de los ciudadanos.”.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

*La profesión de Abogado*. Nielsón Sánchez-Stewart. Grupo Difusión. 2008

*Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*. Varios. Thomson Civitas. 2003.

*El Derecho de Defensa ante el Tribunal Penal Internacional*. Comunicación Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid. Luis Martí Mingarro. 2002

*La protección judicial de los Derechos Fundamentales*. Joaquín García Morillo. Tirant lo Blanch. 1994

*Lecciones de Derecho Constitucional*. Alessandro Pizzorusso. Centro de Estudios Constitucionales. 1984.

**Fecha de recepción: 6 de septiembre de 2010**

**Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2010**



## RESUMEN

Tras analizar cinco aproximaciones posibles a las normas deontológicas, se propone un concepto de “deontología profesional” que incluye las normas de carácter social, de carácter moral y de carácter jurídico que, sin tener mero carácter técnico, regulan una profesión. El relieve de la deontología profesional aparece en la medida en que el rol profesional requiere y justifica conductas que son contrarias a las normas morales generales, y ello es lo que ha generado ciertas costumbres, normas morales o normas jurídicas peculiares. Bajo este punto de vista, se analizan las profesiones jurídicas en torno al rol contrapuesto de abogados y jueces.

## PALABRAS CLAVE

DEONTOLOGÍA PROFESIONAL, ÉTICA PROFESIONAL, DEONTOLOGÍA JURÍDICA, PROFESIONES JURÍDICAS, ABOGADOS, JUECES.

## ABSTRACT

After analyzing five possible approximations to the deontological rules, this paper sets out a concept of “professional ethics” that includes the social, moral and legal norms that, without having a mere technical character, regulate a profession. The relief of professional ethics appears in the measure in which the professional role needs and justifies conducts that are opposite to moral general norms and it is what has generated certain peculiar social, moral or legal norms. Legal professions are analyzed under this point of view, focusing on the opposite role of attorneys and judges.

## KEY WORDS

PROFESSIONAL DEONTOLOGY, PROFESSIONAL ETHICS, LEGAL ETHICS, LEGAL PROFESSIONS, LAWYERS, JUDGES.

# DEONTOLOGÍA DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS\*

Una discusión académica

Liborio L. Hierro

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad Autónoma de Madrid

**Sumario:** 1. La deontología profesional: ¿una nueva disciplina? 2. La "naturaleza" de las normas deontológicas: cinco aproximaciones. 3. Una cuestión de roles. 4. Profesiones jurídicas y roles jurídicos. A. El rol de los abogados o la parcialidad. B. El rol de los jueces o la imparcialidad. 5. Conclusión: los límites de la deontología. Nota bibliográfica

## 1. LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL: ¿UNA NUEVA DISCIPLINA?

Como es evidente, la deontología profesional no es una disciplina que forme parte de nuestros programas docentes y es también notorio que nunca lo ha sido aunque hace pocos años ha empezado a estar presente en los planes de estudio de las universidades privadas vinculadas a la Iglesia católica<sup>1</sup>. Sería incierto, sin embargo, concluir que nadie, entre nosotros, la ha prestado atención.

Entre nosotros la deontología profesional ha sido cultivada desde hace mucho tiempo pero casi exclusivamente por profesionales y algo muy parecido ha ocurrido en Latinoamérica<sup>2</sup>. Este tipo de literatura deontológico-profesional se caracteriza, en términos genera-

les, por su marcado carácter seudo-religioso: la profesión —en nuestro caso, la profesión de abogado— es presentada exclusivamente como una vocación al servicio de un valor trascendental como, en nuestro caso, la justicia; y el que abraza esta vocación<sup>3</sup> contrae un compromiso específico del que se derivan ciertos deberes especiales y ciertos privilegios correlativos que comparte con la comunidad de sus colegas. No es de extrañar que entre los deberes figure habitualmente, como uno de los primeros, el de lealtad hacia estos colegas, lealtad que se vive en la común pertenencia a un colegio profesional. Tampoco es de extrañar que este tipo de literatura tenga una singular inclinación a enunciar los deberes especiales del profesional en la forma de los grandes mandamientos revelados: el decálogo<sup>4</sup>. Es también característico de este tipo de literatura el

\* Este trabajo se publicó originalmente en el libro *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, editado por Miguel Bajo y Agustín Jorge Barreiro, pp. 2037-2059, Madrid, Thomson-Civitas, 2005. Una versión más breve fue el objeto de mi conferencia en las "Jornadas sobre Deontología de las profesiones jurídicas", organizadas por el Institut Universitari de Drets Humans (Universidad de Valencia) y celebradas los días 18-20 de noviembre de 2009. Agradezco a la profesora María José Añón su invitación a participar en aquellas jornadas y, ahora, en esta publicación.

atribuir la autoridad para dictar e imponer las normas deontológicas a la propia comunidad de los profesionales, el colegio, así como, finalmente, carecer de toda indagación sociológica, de análisis funcional alguno y de cualesquiera consideraciones autocríticas salvo las dirigidas a los profesionales que se desvían de las pautas deontológicas vigentes. Posiblemente George Bernard Shaw tenía en mente estos rasgos cuando afirmó que todas las profesiones eran conspiraciones contra la laicidad.

Si las Facultades de Derecho de las universidades públicas se planteasen la conveniencia de introducir en los planes de estudio la enseñanza de la “Deontología profesional” con los ojos puestos en este tipo de literatura, creo que la respuesta adecuada sería mantenerse en la laicidad y dejar ese discurso pseudo-religioso fuera del ámbito académico, como siempre lo ha estado. Tampoco parece justificado recurrir a las normas jurídico-positivas como contenido de la hipotética asignatura, pues no es justificable introducir una nueva disciplina en los ya sobrecargados planes de estudio si su contenido son un puñado de artículos de unos reglamentos profesionales o de unos estatutos colegiales que cualquier profesional, abogado, notario, registrador, juez o lo que fuere, puede conocer y comprender con facilidad cuando ingrese en la respectiva profesión.

La cuestión es si no hay, en realidad, otras perspectivas desde las que abordar el estudio y la enseñanza de la deontología profesional que tengan el suficiente relieve científico y pedagógico como para incluirla en los planes de estudio. Estas páginas tratan de responder afirmativamente a esta cuestión pero, para hacerlo, parece necesario plantear previamente qué tipo de normas son las normas deontológicas y cuál sería el contenido específico de una disciplina que las estudiase y enseñase.

## 2. LA “NATURALEZA” DE LAS NORMAS DEONTOLÓGICAS: CINCO APROXIMACIONES

La distinción más habitual que hoy manejamos es la que se hace entre tres conjuntos de normas: las reglas del trato social, las normas morales y las normas jurídicas<sup>5</sup>. Esta distinción es exhaustiva, en la forma en que normalmente se utiliza, de tal modo que una determinada norma necesariamente pertenece a alguno de estos tres conjuntos. La exhaustividad se consigue mediante la consideración de que cualquier norma que no es una norma moral ni una norma jurídica es, necesariamente, una regla del trato social. El conjunto “reglas del trato social” se convierte así en un cajón de sastre en el que podemos ubicar las normas del saludo, las normas del vestir, las normas del comer, las normas de la convivencia familiar, las normas de la amistad, las normas del vecindario, las normas de la higiene, las normas del trato a los animales, y también las normas de las relaciones profesionales sean con los superiores, los iguales, los inferiores o los clientes; pero podemos hacerlo siempre —claro está— que nos reframos a normas sobre cada uno de estos aspectos, o de cualquier otro de las relaciones intersubjetivas, que no pertenezcan al conjunto de las normas morales o de las normas jurídicas.

Creo que la distinción más elaborada entre los tres tipos de normas es la que sigue, con algunos matices, los criterios que Kant propuso para distinguir las normas morales de las normas jurídicas. Esta distinción —que no someteré ahora discusión— puede esquematizarse así:

	<b>Normas jurídicas</b>	<b>Reglas sociales</b>	<b>Normas morales</b>
Objeto	Acto externo	Acto externo	Acto interno
Fin	Libertad externa	Libertad externa	Libertad interna
Origen	Heterónomas	Heterónomas	Autónomas
Cumplimiento	Legalidad (formal)	Urbanidad (formal)	Moralidad-adhesión
Sanción	Coerción	Difusa	Remordimiento

En esta distinción el conjunto que aparece como más problemático es el de las normas morales porque, si se entienden como normas plenamente autónomas, puede dudarse que sean propiamente normas<sup>7</sup>, mientras que si se entienden como normas que llaman a una adhesión interna y exigen un cumplimiento por convencimiento pero que son heterónomas, entonces pueden ubicarse como un segmento de las reglas sociales al que generalmente se denomina “moralidad positiva”.

Como acabo de señalar, no es mi intención discutir ahora este esquema que, con leves matices, creo que es bastante generalmente aceptado. Lo que me interesa subrayar es que en este esquema la distinción opera sobre características un tanto formales de las normas porque, incluso en el renglón que se refiere al objeto, la distinción se hace sobre un elemento formal del objeto (es decir: bien sobre la acción u omisión en tanto fenómeno externo bien sobre la intención que da lugar a esa acción u omisión) pero, en ningún caso, atendiendo al ámbito u objeto de la acción u omisión de que se trate. El criterio kantiano no distingue, por ejemplo, entre matar y ser afectuoso como presuntos actos externo e interno, respectivamente, sino entre “matar” y “querer matar” o “ser afectuoso” y “querer ser afectuoso”, de modo tal que el acto interno siempre forma parte del acto externo aunque no a la inversa. Por esta razón, porque la distinción no opera sobre el tipo de conductas que las normas regulan sino sobre la forma en que las regulan, una conducta cualquiera puede eventualmente ser objeto de normas de uno de los tres conjuntos, o de dos de ellos, o de los tres, lo que para un contexto normativo dado ofrece siete posibilidades:

- (1) conducta que está regulada sólo por una norma jurídica (v.gr: “se acordarán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultánea...”)
- (2) conducta que está regulada sólo por una norma moral (v.gr: “amarás a tu prójimo como a ti mismo”)

- (3) conducta que está regulada sólo por una regla del trato social (v.gr: “en las mesas de presidencias clásicas rectangulares ocupadas por un solo lado es obligado que haya al menos dos camareros”)
- (4) conducta que está regulada por una norma jurídica y una norma moral (v.gr: “no se debe defraudar al fisco”)
- (5) conducta que está regulada por una norma jurídica y una regla del trato social (v.gr: “obligatorio ceder el paso al que viene por tu derecha”)
- (6) conducta que está regulada por una norma moral y una regla del trato social (v.gr: “se debe visitar a los parientes y amigos enfermos”)
- (7) conducta que está regulada por una norma jurídica, una norma moral y una regla del trato social (v.gr: “no matar”)<sup>8</sup>

Si esta tipificación es exhaustiva, como pretende, las normas deontológicas no pueden ser un cuarto tipo de normas, sino que han de ser o un segmento de las reglas del trato social, o un segmento de las normas morales o un segmento de las normas jurídicas o, quizá, un segmento de algunas de las zonas de confluencia entre unas y otras, es decir: las normas deontológicas se distinguirían de otras normas por el ámbito de conductas que regulan y no por el modo en que las regulan.

Tanto en la literatura profesional que, como he indicado, es la que predomina entre nosotros como en la escasa literatura académica creo que cabe encontrar hasta cinco aproximaciones diferentes a la idea de “normas deontológicas” que, ordenadas en relación con la tipología ofrecida, serían las siguientes:

A) *Las normas deontológicas como normas morales.* Las normas deontológicas son normas éticas o morales en sentido genuino. Es éste un punto de vista muy común del que podríamos poner como ejemplo a Raúl H. Viñas cuando propone un esquema (Viñas 1972, p. 3) según el cual las normas deontológicas son una derivación de tres conjuntos de normas o principios que él denomina “ética”, “moral” y “axio-

logía”, de los cuales cabe derivar una “moral específica de las profesiones jurídicas”.

Quienes, como él, proponen este modelo ubican las normas deontológicas en el conjunto de las normas morales, señalando al mismo tiempo que son específicas de un ámbito profesional aunque, generalmente, suponen que esa especificidad se obtiene simplemente por lo que, en términos tomistas, llamaríamos “conclusión” (es decir derivando de reglas generales la regla para un supuesto especial) o, a lo sumo, por “determinación”. Veamos tres ejemplos. Los llamados “mandamientos del abogado” que formuló, con gran éxito en la cultura profesional iberoamericana y mil veces imitado, Eduardo J. Couture contienen diez preceptos (estudia, piensa, trabaja, lucha, sé leal, tolera, ten paciencia, ten fe, olvida y ama a tu profesión), preceptos que, más o menos, serían exigibles, o al menos recomendables, para cualquier actividad humana. La fundamentación de la norma mediante la conclusión aparece en otras ocasiones más explícita como, por ejemplo, cuando se propone: “no mientas: defiende con habilidad la causa sin falsear lo argumentado...” (Vigo 1990, p. 143), y la fundamentación mediante la determinación cuando, por ejemplo, se propone el “colegialismo” como un principio de otro decálogo, señalando que el profesional ha de mirar “en el Colegio lo que realmente es: un ámbito de convivencia entre compañeros, un órgano de representación y defensa de legítimos intereses profesionales y una garantía de defensa de la sociedad...” (Martínez Val 1990, p. 270-271).

El carácter moralmente genuino de este modelo estriba en que parece situar estas normas, expresadas en decálogos o heptálogos de formulación privada, como propuestas de normas morales que el buen profesional debe aceptar y auto-imponerse. La cercanía de este modelo con el siguiente estriba, con mucha frecuencia, en que sus defensores sostienen que, en definitiva, es la comunidad profesional la que tiene que discutir, formular y proponer a sus miembros la aceptación de estos deberes éticos. Curiosamente, aunque no sorpren-

dentemente, esta traslación de la “autonomía” —que se supone definitoria del conjunto de las normas morales— desde el sujeto individual hacia el colectivo profesional conduce a esta primera posición a convertir a las normas deontológicas en normas sociales; esto es: normas compartidas de hecho por un determinado grupo social, el grupo profesional, y que éste impone a sus miembros, lo que nos aboca a la segunda aproximación.

B) *Las normas deontológicas como reglas sociales*. Las normas deontológicas son, bajo este segundo punto de vista, las normas que constituyen la moralidad positiva de un grupo profesional. Esta sería la posición de aquellos que, en palabras de Carlo Lega, entienden que “la ética profesional es fruto de una obra diuturna de autocontrol y de autolimitación que proviene de los mejores profesionales del grupo y que es asumida por la generalidad de los miembros del mismo como norma moral” (Lega 1983, p. 31). Bajo este punto de vista, las normas deontológicas ofrecen una doble característica: (a) se trata de normas que, al menos por su origen, pertenecen a la moralidad positiva de un grupo y que, en consecuencia, constituyen un segmento de las reglas sociales y (b) se justifican principalmente como normas necesarias para conservar el crédito público del grupo profesional.

Desde luego si esta tesis se limitase a describir las normas deontológicas sería probablemente una tesis verdadera en relación con la mayor parte de las profesiones en la mayor parte de contextos sociales, pero sería sólo una tesis de “ética descriptiva”. Lo que la convierte en una tesis de “ética normativa” es la pretensión de que estas normas, así surgidas y así justificadas, son las que debe aceptar el profesional. De este modo la tesis, en su dimensión normativa, es típicamente una tesis propia de lo que llamamos “positivismo ético” por cuanto sugiere que un profesional está moralmente obligado a hacer aquello que el grupo profesional al que pertenece estima que es lo profesionalmente bueno o correcto. No hay, desde aquí, más que un paso para sostener que el grupo profesional tiene el derecho e incluso la obligación de ve-

lar por el cumplimiento de estas normas por parte de sus integrantes, lo que las convertiría en normas jurídicamente exigibles, que es precisamente la tercera aproximación<sup>9</sup>.

C) *Las normas deontológicas como normas jurídicas.* Las normas deontológicas son normas jurídicas que imponen un mínimo ético al comportamiento profesional. Creo que este modelo encuentra una contundente formulación en la obra de Geoffrey C. Hazard, *Ethics in the Practice of Law*, en la que afirma:

“La cuestión [de cómo deben conducirse los juristas] no puede dejarse satisfactoriamente a la conciencia individual o a las tradiciones de la profesión vagamente articuladas. Por lo tanto es apropiado y socialmente necesario que las normas jurídicas resuelvan con autoridad las cuestiones debatidas de tal modo que tanto los juristas como los demás tengan una comprensión común de la conducta esperada y permisible en el desempeño del oficio de jurista: la ética jurídica es por lo tanto propiamente una cuestión de derecho positivo del mismo tipo que las leyes que gobiernan un negocio regulado (aunque no sean las únicas consideraciones normativas que el jurista debe seguir sino unos estándares mínimos) ...

Las reglas que gobiernan una profesión tienen que ser algo más que una declaración de ideales y aspiraciones; tienen que ser un cuerpo de leyes.” (Hazard 1978, pp. 5 y 17).

Bajo este punto de vista las normas deontológicas son, o al menos deberían ser, normas jurídicas y no reglas sociales corporativas ni normas éticas genuinas aunque, como lo hacen en general las normas jurídicas, tengan como justificación y función la de imponer un mínimo ético heterónomamente acordado sobre cada comunidad profesional.

Hasta aquí hemos visto tres modelos de respuesta que, básica y respectivamente, ubican las normas deontológicas en el conjunto de las normas morales, en el conjunto de las reglas del trato social de pretensiones morales, o en el sector de las normas jurídicas con pretensiones morales.

D) *Un modelo ecléctico.* No es de extrañar que estas dudas sobre la naturaleza de las normas deontológicas hayan conducido a algunos autores a proponer un cuarto modelo de carácter ecléctico. Creo que el ejemplo más claro lo ofrece el mismo Carlo Lega cuando define las normas deontológicas como “el conjunto de reglas y principios que rigen determinadas

conductas del profesional de carácter no técnico, ejercidas o vinculadas, de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional” (Lega 1983, p. 23). Al excluir sólo las reglas de carácter técnico (las reglas técnicas del arte u oficio) Lega parece incluir todas las demás reglas, sean normas genuinamente morales, normas de la moralidad positiva, normas jurídicas o meras reglas sociales. Esta impresión se confirma cuando leemos que las normas deontológicas constituyen “en sustancia, una especie de urbanidad del profesional” (ibídem, p. 23), que “su carácter ético se evidencia en mayor grado en las profesiones con trasfondo humanitario como el arte forense y el arte médico” (ibídem), que “tienen un carácter preferentemente ético y presentan puntos de contacto con las normas de la costumbre” (ibídem, p. 24) pero que, al mismo tiempo, “tienden a transformarse en normas jurídicas” (ibídem) y que “su contenido sustancialmente moralista no autoriza, sin embargo, a considerarlas como normas de carácter moral” o que “el contenido de las normas deontológicas no se agota en el ámbito de la ética, ni puede decirse que todas estas normas tengan un carácter exclusivamente moral” (ibídem y nota 5), de tal manera —concluye Lega— que “todo comportamiento del profesional que no tenga un carácter meramente técnico, pero que esté vinculado de cualquier forma al ejercicio de la profesión, entra en el ámbito de la normativa deontológica” (ibídem, p. 25 y pp. 56-60).

La posición de Lega —dejando ahora al margen la discusión que él introduce sobre el carácter jurídico de los reglamentos corporativos— implica un concepto extenso en el que las normas deontológicas se definen no por su “naturaleza” normativa —es decir: por el tipo de conjunto normativo al que pertenecen— sino por el tipo de conducta que regulan. Cualquier norma que no sea una mera regla técnica y que regule la conducta de un profesional en cuanto profesional es una norma deontológica. Las normas deontológicas pueden ser tanto los usos o costumbres normativas de urbanidad del grupo profesional como sus

normas morales positivas, las normas morales genuinas que alguien pueda formular para esos profesionales o las normas jurídicas sobre esa profesión, ya tengan su origen en disposiciones jurídicas legisladas o en reglas jurídicas por reconocimiento o adopción del ordenamiento jurídico. Ahora nos encontraríamos, por tanto, con que las normas deontológicas pueden ubicarse en cualquiera de los sectores normativos de nuestra tipología y que lo que las unifica es simplemente su objeto: la actividad profesional.

E) *Un modelo negativo*. Todavía queda una quinta aproximación que, en algún modo, viene a cerrar, como formando un círculo, las aproximaciones anteriores. Se trataría de quienes sostienen que, si las normas deontológicas son normas éticas, entonces no existe ninguna posible especificidad para las actividades profesionales y que a ellas les son aplicables, como a cualquier otra actividad humana, las normas morales de carácter general, lo que conduce a la conclusión de que no existe tal cosa como la “deontología profesional”. Sería el argumento defendido recientemente por Aulis Aarnio: “Mi tesis principal —dice— es que *de facto* no hay una ética profesional *particular* de los juristas (ni de ninguna otra profesión) más allá o por encima de los principios éticos que obligan a todo el mundo” (Aarnio 2001, p. 2). Sus argumentos se mueven en la órbita de la unidad del razonamiento práctico, de su carácter moral en última instancia y del programa de fundamentación dialógica, de modo que el ámbito de la práctica del Derecho, en cualquiera de sus dimensiones, está sometido a las mismas exigencias metodológicas para justificarse moralmente que cualquier otra actividad humana.

Creo que esta posición —que podríamos llamar “negativa”— viene a cerrar el círculo porque, aun a partir de diferentes argumentos, termina por coincidir con aquellos que enunciaban como principios deontológicos ciertos principios o reglas morales generales y, a lo sumo, algunas triviales concreciones de ellos. La diferencia sería que mientras en aquellos se sostiene retóricamente la idea de una deontología profesional específica, cuya especificidad o no resulta muy clara o resulta muy discutible, en el caso de Aarnio se acepta que no hay nada de específico tras semejante retórica.

### 3. UNA CUESTIÓN DE ROLES

En una primera dimensión, meramente descriptiva, parece que la aproximación teórica que más se ajusta a lo que mayoritariamente se piensa, la que mejor refleja lo que los profesionales entienden por deontología y lo que se contiene en los llamados “códigos deontológicos”, es la posición de Lega. En efecto, nos encontramos habitualmente con que bajo el rótulo de “deontología” o “ética profesional” se explican, discuten y tratan de justificar prácticas convencionales propias de una profesión, reglas de urbanidad profesional, reglas de autodefensa del prestigio social de la profesión, normas de la moralidad positiva tradicional del grupo, normas morales genuinas invocadas con o sin concreción alguna como principios que el buen profesional debería cumplir y, también, normas jurídicas de carácter organizativo, como las normas que regulan la colegiación o limitan la competencia entre los profesionales.

En la tradición retórico-moral que acompaña a estas explicaciones todas estas reglas diversas se suelen recubrir de algún pretendido tinte moral pero, cuando uno se para a reflexionar, resulta difícil reconocer qué principio moral sustenta las numerosas restricciones a la competencia que tradicionalmente incluyen los códigos deontológicos, tanto privados como oficiales, o qué criterio moral sustenta la organización en colegios de inscripción obligatoria y ámbito territorial (con frecuencia de origen meramente histórico). Muchas de estas normas organizativas puede que encuentren su justificación, cuando la tienen, en razones públicas de organización y control pero es más que dudoso que los sistemas organizativos de marcado carácter gremial que acompañan a las profesiones liberales y a ciertos oficios públicos (por ejemplo: notarios, registradores o farmacéuticos) tengan carácter moral alguno frente a otras posibles alternativas organizativas.

Ello no obstante, y como no es mi intención modificar los usos habituales del lenguaje sino tan sólo explicarlos, creo que podemos partir de un primer sentido en que por “deontología profesional” se entiende —siguiendo a Lega— el conjunto de normas sociales, morales y jurídicas, de carácter no técnico, que regulan una profesión.

Un sencillo criterio epistemológico, que ya he venido manejando, obligaría a distinguir

a continuación entre la “deontología profesional descriptiva”, que tendría como objeto la descripción de las normas sociales, morales y jurídicas vigentes en un grupo profesional en un contexto dado (es decir: la descripción de las normas que *regulan* esa profesión) y la “deontología profesional normativa”, que tendría por objeto la reconstrucción crítica y la propuesta de las normas sociales, morales o jurídicas, que *deberían regular* esa profesión. Naturalmente, a un punto de vista ético o a un punto de vista político (político social o político jurídico) aquel primer enfoque sólo le interesa como dato.

Ese dato, sin embargo, es el que nos puede mostrar algo que en las cinco aproximaciones analizadas ha quedado o bien implícito o bien simplemente negado. Me refiero a lo que permite definir una profesión. Lo que permite definir una profesión es la prestación habitual de algún servicio de carácter técnico. La capacitación —históricamente vinculada a un título superior— para prestar ese servicio y el compromiso público de hacerlo de acuerdo con las reglas técnicas específicas es lo que atribuye a los profesionales un “rol” especial. Ejercer la profesión es asumir ese rol y asumir el conjunto de obligaciones y derechos que se derivan de él<sup>10</sup>. En una gran parte estos derechos y obligaciones no son específicos. Que un profesional no deba mentir a un cliente o no deba injuriar a un colega no tiene nada de específico; tampoco se debe mentir a un familiar ni injuriar a un vecino; que deba realizar su trabajo con diligencia y honestidad es algo que moralmente se le puede exigir a cualquier tipo de profesional, a un comerciante o a cualquier trabajador. Hasta aquí no habría nada específico. Otros derechos y obligaciones pueden considerarse específicos en el sentido de que sólo corresponden al que ejerce una cierta profesión pero se derivan, por conclusión o por determinación sin mayor problema, de normas morales de carácter general; su carácter específico estriba simplemente en que el que no ejerce esa profesión no se encuentra en la ocasión de aplicación de la norma (por ejemplo, si afirmamos que el médico tiene el deber moral de actualizar sus conocimientos médicos y el abogado sus conocimientos jurídicos).

Los problemas interesantes aparecen cuando comprobamos que, en muchos casos, el rol profesional requiere y justifica conductas que son contrarias a las normas morales generales y que ello es lo que ha generado ciertas costumbres, normas morales o normas jurídicas peculiares: cuando el profesional tiene el derecho o la obligación, en virtud de su rol, de hacer algo que en circunstancias normales está prohibido o cuando tiene prohibido hacer algo, en virtud de su rol, que en circunstancias normales está permitido o incluso es obligatorio<sup>11</sup>. Nos encontramos, entonces, ante derechos y obligaciones excepcionales, en el estricto sentido de que constituyen excepciones a la aplicación de normas morales de carácter general. Su justificación sólo puede encontrarse en que sean conductas cuya realización sea condición necesaria para el desempeño de una función profesional justificada y que no viole un bien de mayor importancia que la propia función profesional. Su justificación moral implica, por lo tanto y necesariamente, satisfacer tres condiciones:

(1) que la función profesional del que se derivan esté justificada (esta primera condición podría denominarse “de la finalidad”)

(2) que la conducta excepcionalmente prohibida, obligatoria o permitida, sea una conducta instrumentalmente necesaria para cumplir la función profesional (condición “de la necesidad”), lo que se desdobra en (2.1) que sea instrumentalmente adecuada para cumplir la función (condición “de la adecuación”)

(2.2) que no exista una conducta alternativa y conforme con las normas morales generales que satisfaga en los mismos términos el cumplimiento de la función (condición “de la ausencia de alternativa”)

(3) que la conducta excepcionalmente prohibida, obligatoria o permitida no implique la violación de una regla o principio de una mayor peso moral que los que son servidos por la función profesional<sup>12</sup>.

En este nivel de la cuestión sí podríamos hablar de una “ética profesional especial” en sentido estricto. Los problemas que se plantean para justificar estos “privilegios” profesionales sirven, al mismo tiempo, para poner en cuestión y revisar críticamente la justificación del rol profesional y, sobre todo, de su organización institucional que es, con la mayor frecuencia, la que condiciona el alcance de esos derechos y obligaciones excepcionales<sup>13</sup>.

Reconstruyendo estas ideas cabe proponer el siguiente esquema de comprensión (o ideograma) de la “deontología profesional”:

**DEONTOLOGÍA PROFESIONAL**  
(estudio de las normas que regulan el ejercicio de la profesión)

CARÁCTER	DESCRIPTIVA	NORMATIVA
OBJETO	(Descripción de las reglas sociales, normas morales y normas jurídicas que regulan el ejercicio de la profesión)	(Fundamentación de las reglas sociales, normas morales y normas jurídicas que deben regular el ejercicio de la profesión)
Función	Descriptivo-funcional	Justificación del rol
Organización institucional	Descriptivo-institucional	Justificación de la organización institucional
Derechos y deberes del profesional	Descriptivo-posicional	Justificación de los derechos y deberes excepcionales: ÉTICA PROFESIONAL

La deontología normativa requiere, por tanto: (a) justificar el rol, (b) justificar la organización del rol y (c) justificar los derechos y obligaciones excepcionales que se derivan del rol y de su organización. En un sencillo ejemplo podríamos decir que una deontología profesional de la profesión militar requiere justificar la actividad militar misma, justificar si la actividad militar corresponde a un ejército popular, a uno profesional o a uno mercenario, y justificar, si dada una cierta organización institucional de la actividad militar, los militares deben tener o no deben tener el derecho al saqueo, la obligación de obedecer ciegamente, la obligación de dar trato humanitario a los prisioneros, etc. etc.

Bajo este punto de vista los dos primeros pasos —la justificación del rol y la justificación de su organización institucional— resultan determinantes de la justificación o ausencia de justificación de los derechos y obligaciones excepcionales de los profesionales. De acuerdo con Daryl Koehn los modelos de justificación de las profesiones pueden reducirse a tres. El primero sería el modelo del experto (expertise model): el profesional es un experto poseedor de ciertos conocimientos más o menos esotéricos que presta por licencia del estado conforme a los estándares vigentes en su propia organización y dotado de gran autonomía; el protagonismo corresponde, en este primer modelo, al profesional. El segundo es el modelo contractual (contractualist model): el profesional es un prestador de servicios en el mercado; la relación del profesional con el cliente es una relación contractual y el protagonismo

corresponde ahora al cliente. El tercero —que es el que propone Koehn— es el modelo del compromiso público (public pledge) según el cual el profesional está vinculado por las expectativas del público respecto a las funciones que ha prometido desempeñar.

Probablemente podríamos reinterpretar las sugerencias de Koehn como la contraposición entre un modelo corporativo (tradicionalmente dominante)<sup>14</sup>, un modelo individualista (apegado a las concepciones neoliberales)<sup>15</sup> y un modelo social. Ella pretende que, mientras el modelo corporativo tiende a promover la idea de que las normas deontológicas son normas morales especiales y el modelo contractual tiende a promover la idea de que las normas deontológicas son las mismas normas morales de cualquier actividad, el modelo social (adjetivación que yo asigno a su modelo del “public pledge”) tiende a promover la idea de que las normas deontológicas son normas especiales nacidas de una promesa cuya fuerza de obligar proviene de una norma moral general —la obligación de cumplir las promesas— y cuyo contenido proviene de la moralidad positiva que es la que configura el rol profesional<sup>16</sup>. Se acepte o no se acepte la originalidad del modelo alternativo de Koehn, lo cierto es que el problema de partida continúa estando en la justificación del rol y de su configuración institucional.

#### 4. PROFESIONES JURÍDICAS Y ROLES JURÍDICOS

Una llamativa peculiaridad de la actual configuración institucional de las profesiones jurídicas es que da lugar a roles profesionales no sólo diferentes sino contrapuestos<sup>17</sup>. Suele decirse que entre las diferencias existentes en la organización institucional de la aplicación del Derecho (“Administración de Justicia”) en el sistema anglosajón de “common law” y el sistema continental de “civil law” la más importante es la consolidación, en el anglosajón, del “Adversary System” y la subsistencia, en el continental, del sistema inquisitorial. De acuerdo con esta supuesta diferencia, el “Adversary System” sirve no tanto al ideal de la búsqueda de la verdad como al ideal de la autonomía individual (Hazard 1978, p. 129) y tiene como consecuencia que la función del abogado es concebida en términos de servicio a los intereses del cliente, mientras que en el sistema continental predominaría el ideal de búsqueda de la verdad y la función del abogado sería concebida como servicio a la administración de justicia (ibídem, pp. 131 y 132)<sup>18</sup>.

Aunque haya importantes diferencias entre ambas culturas jurídicas<sup>19</sup>, no creo que sea una de ellas la indicada. Los sistemas continentales de aplicación del Derecho se ajustan también al diseño “adversarial” que aquí solemos denominar “contencioso” porque tiene la estructura de una contienda entre partes (Marradi 1983, p. 1515) y, aun cuando el juez asuma ciertas funciones inquisitoriales en la instrucción penal, ello apenas desdibuja esa estructura contenciosa y los roles distintos y contrapuestos que ella genera.

Para situar esos diferentes roles propuse hace unos años una definición y una clasificación de las profesiones jurídicas bajo un punto de vista funcional. Bajo este punto de vista cabe entender como profesiones jurídicas aquellas actividades cuya función consiste en la elaboración técnica de normas jurídicas, su aplicación y la prevención y resolución de conflictos jurídicos

(Hierro 1997, p. 30). Ello significa que lo característico de las profesiones jurídicas sería la elaboración y aplicación de normas jurídicas. El jurista (como sinónimo de “profesional jurídico”) elabora el elemento técnico<sup>20</sup> de las normas aunque, con la mayor frecuencia, no es la autoridad que las aprueba: el abogado prepara contratos, testamentos y estatutos que otros suscribirán, como el jurista en las comisiones técnicas que preparan los proyectos de ley o decreto (típicamente, en la Comisión General de Codificación) o que los informan en trámites posteriores (típicamente, Letrados del Consejo de Estado y Letrados de las Cortes). Por lo que se refiere a la aplicación —utilizando una distinción entre “seguir”, “cumplir” y “aplicar” normas que ahora no es momento de desarrollar<sup>21</sup>— no consiste ésta en el mero cumplimiento de normas (que millones de funcionarios, empleados y ciudadanos practican cotidianamente), sino en el proceso técnico de establecer la norma o normas aplicables a un supuesto de hecho dudoso o controvertido; aquí la función del jurista opera tanto preventivamente —cuando el abogado asesora, cuando el notario autoriza, cuando el registrador califica— como resolutivamente cuando el conflicto se formaliza jurídicamente, dando lugar entonces a la intervención de abogados, procuradores, fiscales, secretarios y, en última instancia, jueces.

De acuerdo con esta delimitación, las profesiones jurídicas típicas serían, sin que el orden implique ninguna prioridad o jerarquía, las siguientes: abogado, notario, registrador, fiscal, procurador, secretario judicial y juez. A las funciones que en estas profesiones se desempeñan cabe fácilmente asimilar las funciones eventualmente jurídicas que se desempeñan en algunos otros puestos de trabajo o cuerpos de funcionarios (por ejemplo: parcialmente, las funciones de un secretario de administración local, las de un cónsul, etc.).

Esta clasificación funcional parece la más relevante desde un punto de vista deontológico si, como se ha indicado, lo peculiar de la deontología deriva del rol que se desempeña y el rol deriva de la organización institucional de la función. Por ello propuse allí dividir las profesiones jurídicas por el “momento” en que intervienen en la vida jurídica ofreciendo un cuadro aproximativo del siguiente tenor:

ACTIVIDAD PROFESIONAL	GRUPOS QUE LA DESEMPEÑAN	CONTENIDO	RESULTADO
Creación de normas: asesoramiento técnico consultivo	Abogados, Profesores, Letrados Cortes, Letrados C. de Estado, Abogados del Estado, etc.	Preparación del contenido de actos de creación de normas	Proyectos de Ley, de Real Decreto, contratos, testamentos, estatutos, etc.
Aplicación de normas: (1) prevención de conflictos jurídicos	Notarios, Registradores, Secretarios (fedatarios, en general), Abogados, Inspectores de trabajo, Inspectores financieros y tributarios, etc.	Asesoramiento en la aplicación de normas, fe pública, garantía documental, comprobación de situaciones	Documentos públicos, inscripciones registrales, actas, dictámenes, arbitrajes, etc.
Aplicación de normas: (2) formalización y resolución de conflictos jurídicos	Abogados, Abogados del Estado, Procuradores, Fiscales, Secretarios Judiciales, Jueces	Tramitación y resolución de procedimientos jurisdiccionales	Sentencia (o resolución administrativa)

Lo que el cuadro anterior pretendía era tipificar las profesiones jurídicas por la actividad jurídica que desempeñan, por el momento de la vida jurídica (o de la vida social bajo el punto de vista de la decisión jurídica) en que el profesional interviene<sup>22</sup> y, a partir de ahí, distinguir dos grandes y diferentes roles en ellas. Porque lo que resulta peculiar en las profesiones jurídicas es que, en ellas, no sólo se da cabida a dos o más funciones técnicamente diferentes— como lo pueden ser la del médico y la de la enfermera, o la del profesor y la del inspector educativo, o la del arquitecto y la del encargado de obra— sino básicamente a dos funciones contradictorias entre sí: la que se encamina a optimizar los intereses del cliente dentro del marco de posibilidades legales y la que se encamina a obtener la aplicación de la ley sea cual sea la índole de los intereses afectados.

Lo que, como hemos visto, los anglosajones denominan “Adversary System” y que nosotros podemos denominar “sistema contencioso” implica un peculiar marco de toma de decisiones que supone una de estas dos cosas: o bien que el ordenamiento jurídico no predetermina una única respuesta correcta a cada conflicto planteado o bien que la respuesta correcta (admitido que la haya) sólo puede alcanzarse

mediante un procedimiento discursivo<sup>23</sup>. En cualquiera de ambas hipótesis explicativas el sistema contencioso supone que en los niveles de creación y aplicación preventiva de normas el sistema ofrece muchas posibilidades alternativas lo que da lugar a que unos profesionales (abogados, consultores fiscales, etc.) asuman la función de optimizar los intereses del cliente dentro de las posibilidades legales mientras otros profesionales asumen la función de “gatekeepers” al homologar, registrar o validar los actos de los particulares (notarios, registradores, inspectores, etc.); en el nivel de la formalización y resolución de conflictos jurídicos es claro que el carácter contencioso se radicaliza mediante un procedimiento decisión basado en una discusión contradictoria cuyo auténtico valor —de acuerdo con Hazard— “puede que no sea su contribución a la verdad sino su contribución al ideal de la autonomía individual” (Hazard 1978, p. 129). Pero es aquí donde empiezan los problemas.

#### A. EL ROL DE LOS ABOGADOS O LA PARCIALIDAD

El primero de los roles a que esta configuración institucional da lugar es el rol que corresponde al abogado, profesión que, como el

cuadro pone de manifiesto, actúa en cuanto tal en los tres niveles de actividad<sup>24</sup>. El rol característico del abogado es la parcialidad pues su función consiste en optimizar los intereses de su cliente. Max Weber subrayó esta característica y explicó a partir de ella el papel protagonista asumido por los abogados en el modelo de legitimación legal-racional:

“La importancia de los abogados en la política occidental desde que se constituyeron los partidos no es, en modo alguno, casual. Una empresa política llevada a cabo a través de los partidos quiere decir, justamente, empresa de interesados... La función del abogado es la de dirigir con eficacia un asunto que los interesados le confían, y en esto,... el abogado es superior a cualquier funcionario. Puede hacer triunfar un asunto apoyado en argumentos lógicos débiles y en este sentido malo, convirtiéndolo así en asunto técnicamente bueno...” (Weber 1967, p. 114)

Un buen ejemplo lo aporta una historia muy conocida entre los abogados anglosajones. En 1820 murió el rey Jorge III de Inglaterra, a quien llamaban el “rey loco” y del que se ha dicho, incluso, que la locura hizo de él “el más constitucional de los monarcas” (Maurois 1970, p. 440). Su hijo Jorge IV llevaba ya diez años actuando de regente y, aunque considerado el primer “caballero” (dandy), no era ni muy edificante ni muy apreciado. Había contraído un matrimonio secreto con una católica y luego había contraído otro matrimonio con Carolina de Brunswick, matrimonio que sólo duró prácticamente un año pues se separaron y ella se vino al Continente. Ella tampoco era una santa, desde luego; así que cuando su marido fue coronado, decidió reclamar sus derechos como reina y su marido, como reacción, decidió demandar ante la Cámara de los Lores el divorcio por adulterio de ella (al parecer, la candidata a reina había tenido públicos líos con su correo). El abogado de Carolina fue un tal Lord Brougham.

El escándalo —como es fácil de imaginar— afectaba notablemente al equilibrio político y a la estabilidad de la corona ya que el nuevo rey gozaba, como ya he dicho, de escasa popularidad y la reina era, por el contrario, bastante popular a pesar de sus veleidades. De modo que defender a la reina podía resultar

poco “patriótico” o —como diríamos hoy— poco “políticamente correcto”. En esta tesitura, Lord Brougham tuvo que justificarse ante las numerosas presiones y dijo que, en cuanto abogado, la protección de su cliente era:

“el primer y único deber; y que al cumplir este deber ... [el abogado] debe actuar sin preocuparse de las consecuencias, aunque sea su desgraciado destino meter a su patria en la confusión”

Esta sería una forma bastante contundente de enunciar una norma moral básica de la conducta profesional del abogado y de enunciarla en términos de los que Weber llamaría “ética de la convicción”. A veces se ha señalado que la deontología del abogado viene demasiado condicionada por la función del abogado en las causas criminales (Hazard 1978, p. 150) y que los presupuestos implícitos en ellas no pueden extenderse a las causas civiles (ibídem, p. 151)<sup>25</sup>. Esta distinción no parece muy convincente. Por un lado, por cuanto la función de la defensa es sustancialmente idéntica aunque el procedimiento sea de carácter civil, laboral o administrativo. Que el abogado tenga para con su cliente “la obligación de mostrar por todos los medios legítimos que la culpabilidad no está establecida jurídicamente” (Salsmans 1947, p. 266) es tan predicable de una defensa penal como de una defensa civil en una acción por daños o de una defensa laboral por una infracción contractual. La división puede funcionar, sin embargo, de forma más convincente si la línea se traza entre la función de defensa en juicio y la función consultiva. Si no hay nada moralmente reprochable en que un abogado consiga, sirviéndose de las normas procesales, la absolución de su cliente en juicio cuando sabe que era culpable del delito o responsable de la deuda parece que sí hay algo reprochable en que el abogado utilice sus conocimientos para asesorar en la forma más cautelosa de cometer el delito o de eludir el cumplimiento de las obligaciones.

Es difícil, ello no obstante, sustraerse a la convicción dominante de que la relación del abogado con el cliente consiste, en cualquier orden de actividad, en optimizar los intereses del cliente dentro del marco de posibilidades

legales. La contraposición entre el abogado-servidor-del-cliente y el abogado-colaborador-de-la-administración-de-justicia es, muy plausiblemente, un dilema mal planteado<sup>26</sup> pues en un sistema contencioso el abogado, ya sea en la actividad preventiva ya sea en la actividad conflictual, asume el rol de servir al cliente pero, asumiendo ese rol, realiza su aportación específica a la administración de la justicia. Quizá podría resolverse esta aparente paradoja del rol del abogado recordando las palabras con las que Adam Smith explicó y justificó la actuación autointeresada del comerciante como contribución al interés general:

“en éste, como en otros muchos casos, es conducido por una mano invisible a promover un fin que no entra en sus intenciones. Mas no implica mal alguno para la sociedad que tal fin no entre a formar parte de sus propósitos, pues al perseguir su propio interés, promueve el de la sociedad de una manera más efectiva que si esto entrara en sus designios” (Smith 1987, p. 402).

Añadía Smith que “no son muchas las cosas buenas que vemos ejecutadas por aquellos que presumen de servir sólo al interés público” (ibídem) y, desde luego, los momentos de administración de justicia inquisitoriales —de los que España tiene abundante historia— confirman que, también para administrar la justicia, se obtienen resultados mucho más justos mediante un sistema contencioso que mediante un sistema inquisitorio, pero ello supone que los abogados sirvan a la causa de su cliente y dejen a cargo de la (in)visible mano de los jueces la función de aplicar imparcialmente la ley.

La consideración del rol básico del abogado como la parcialidad y el servicio al cliente no requiere suscribir un modelo exclusivamente contractual con ausencia de toda regulación del acceso a la profesión, el contenido de los contratos profesionales o las obligaciones del abogado ante el tribunal y ante sus colegas, pero sí requiere aproximar el modelo del experto al modelo contractual y someter a revisión las múltiples normas supuestamente deontológicas que simplemente sirven para mantener ventajas corporativas en un merca-

do poco simétrico respecto a la información disponible por los ofertantes del servicio y por sus demandantes. Algo, dicho sea de paso, que afortunadamente se está produciendo por la inevitable fuerza de los hechos<sup>27</sup>.

## B. EL ROL DE LOS JUECES O LA IMPARCIALIDAD

El segundo es el rol del juez cuya función típica se desempeña en un único momento del tercer nivel de la actividad jurídica, el momento de resolver un conflicto jurídicamente formalizado y que, no sorprendentemente, es cabalmente el contrario al del abogado: la imparcialidad. El excelente estudio de Dieter Simon señala que “el precio que la justicia tuvo que pagar para su liberación de las diversas formas de intromisión del soberano hubo de ser la rigurosa vinculación del juez a la ley” (Simon 1985, p. 71) y lo cierto es que, por más que se critique la mitología que subyace tras la idea del imperio de la ley, de la vinculación del juez a la ley y de la decisión judicial como operación lógico deductiva, estos son los ideales regulativos de la función judicial en un Estado de Derecho.

La literatura académica sobre la función judicial es notoriamente más extensa y de mayor calidad que la existente sobre los abogados. Ello no obstante suele predominar el punto de vista de la actividad judicial como “poder” del estado y, en consecuencia, su independencia respecto a los otros dos poderes. Es menos frecuente atender a su función profesional, a pesar de que el modelo continental (y, a pesar de las diferencias y especialmente de la forma de reclutamiento, también el anglosajón) es el modelo de un juez profesional. Este modelo de juez profesional se apoya, de un lado, en la vinculación a la ley y, del otro, en la imparcialidad en el proceso. José Juan Toharia ha insistido, siguiendo a Shapiro, en que “lo que en última instancia parece hacer imprescindible la existencia de independencia es que, sin ella, no sería posible la imparcialidad” (Toharia 1999, nota 6 en pp. 27-28, donde cita a Shapiro 1981, pp. 19-20)<sup>28</sup>.

Desde luego la imparcialidad del juez no requiere que éste carezca de ideas ni que las oculte como pone de relieve el ejemplo de los países anglosajones (ibídem, nota 8 en p. 28). Lo que requiere es, junto a cierta protección institucional, una actitud de discreción pública que casa mal con la participación activa y constante en organizaciones profesionales que a duras penas pueden ocultar su carácter de sucedáneos de organizaciones políticas y con cualquier otra forma de activismo público.

Pero el objeto de estas páginas no era penetrar en el proceloso mundo de la organización judicial como tampoco en los detalles de la organización actual de la abogacía. El objeto se limitaba a tratar de mostrar cómo una deontología profesional, tanto en el nivel descriptivo como en el nivel crítico o normativo, tiene que partir del análisis y la revisión crítica de la función que la respectiva profesión cumple, de su organización institucional y de los roles que de ella se derivan a los que se vinculan derechos y obligaciones especiales. Ello podría constituir el objeto de una disciplina que sí interesase a los investigadores y a los estudiantes. Aunque me consta que a los estudiantes les interesan también otros horizontes de la ética profesional.

## 5. CONCLUSIÓN: LOS LÍMITES DE LA DEONTOLOGÍA

Aunque a mí me parece muy plausible la tesis ya citada de Geoffrey Hazard (“las reglas que gobiernan una profesión tienen que ser algo más que una declaración de ideales y aspiraciones; tienen que ser un cuerpo de leyes”), la comprensión de la deontología profesional como el establecimiento de los mínimos éticos

que el profesional está obligado a satisfacer no cambia mucho aunque se defienda que esos mínimos normativos, o parte de ellos, han de formularse sólo en sede de normas corporativas o de meras prácticas convencionales.

Cuando uno presenta así el tema ante los estudiantes y muestra en toda su desnudez desprovista de ropaje retórico (del famoso “alma de la toga”) que el abogado no sólo puede sino que debe obtener un pronunciamiento favorable para su cliente, lo que eventualmente puede implicar salvar de la pena a un delincuente o liberar de la deuda a un deudor, como el juez no sólo puede sino que debe aplicar la legislación vigente, lo que eventualmente puede implicar enviar al desempleo a un trabajador o poner en la calle a una familia, los estudiantes, en su mayoría, lo entienden. Muchos de ellos, sin embargo, manifiestan su interés por otra dimensión que, en esa comprensión de la deontología profesional, queda excluida. ¿Cuál es —preguntan— el mejor ejercicio profesional desde un punto de vista ético?

En mi opinión —he contestado— un médico que decide ejercer su profesión en una aldea de alguna deprimida zona del África subsahariana, hace una opción ética más meritoria que la del que sienta plaza en un hospital de nuestra red sanitaria, pero no podríamos decir que su opción es deontológicamente mejor. La deontología no establece ideales de vida, sino obligaciones y derechos propios de una actividad profesional. Sólo establece qué es lo que los miembros de un determinado grupo profesional deben hacer y no deben hacer.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- AARNIO, AULIUS (2001) “Lawyers Professional Ethics – Do They Exist?”, en *Ratio Iuris*, vol. 14, pp. 1-9.
- ALMOGUERA, JOAQUÍN (1995) *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, Reus.
- ALONSO, PAZ Y GARRIGA, CARLOS (1998) “El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)”, en *Recueils de la Société Jean Bodin pour l’Histoire comparative des Institutions*, LXV, 4ª parte, pp. 51-114.
- BOBBIO, NORBERTO Y MATTEUCCI, NICOLA (1983) *Diccionario de Política*, Madrid, Siglo XXI (original: *Dizionario di Política*, Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1976).
- BRUSIIN, OTTO (1959) *El pensamiento jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América (original: *Über das Juristische Denken*, Kelsinki, Societas Scientiarum Fennica, 1952).
- COLEGIO OFICIAL DE PSICÓLOGOS (2004) *Ética y Deontología para Psicólogos*, Madrid, Colegio Oficial de Psicólogos de España.

- CORTINA, ADELA (1997) "Universalizar la aristocracia. Para una ética de las profesiones", *OTROSÍ*, nº 134, pp. 56-64.
- COTTERRELL, ROGER (1991) *Introducción a la Sociología del Derecho*, Barcelona, Ariel (original: *Sociology of Law: An Introduction*, Londres, Butterworth, 1984).
- DE LA TORRE DÍAZ, FRANCISCO JAVIER (2000) *Ética y deontología jurídica*, Madrid, Dykinson.
- DEL RÍO, CARMEN (2004) "Cuadro (Docencia de Ética o Deontología de la Psicología en las universidades españolas)", en *Colegio Oficial de Psicólogos*, 2004, p. 151.
- DEL ROSAL, RAFAEL (2002) *Normas deontológicas de la abogacía española*, Madrid, Civitas.
- DÍAZ, ELÍAS (1980) *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus (segunda edición; primera edición de 1971).
- FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS Y HORTAL, AUGUSTO (comps.) (1994) *Ética de las profesiones*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas.
- FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS Y HORTAL, AUGUSTO (comps.) (2001) *Ética de las profesiones jurídicas*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas.
- GEORGE, ROBERT P. (ed.) (1996) *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press.
- GEWIRTH, ALAN (1986) "Professional Ethics: The separatist Thesis", *Ethics*, nº 96, pp. 282-300.
- GONZÁLEZ ANLEO, J (1994) "Las profesiones en la sociedad corporativa", en José Luis Fernández y AUGUSTO HORTAL (comps.) 1994, pp. 21-34.
- GUERRERO, EUQUERIO (1979) *Algunas consideraciones de ética profesional para los abogados*, México, PORRÚA HAZARD, GEOFFREY C. (1978) *Ethics in the Practice of Law*, New Haven, Yale University Press.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, VALERIANO (1991) *Independencia del juez y desorganización judicial*, Madrid, Civitas.
- HIERRO, LIBORIO L. (1997) "Las profesiones jurídicas; una visión de conjunto", *Sistema*, nº 137, pp. 27-44.
- (2003) *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel.
- JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL (2003) "Abogados, enseñanza del Derecho y administración de justicia (En torno a algunos problemas institucionales del la Abogacía española en el siglo XXI)", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 67, pp. 187-251
- KIPNIS, KENNETH (1991) "Ethics and the Professional Responsibility of Lawyers", *Journal of Business Ethics*, nº 10, pp. 569-576.
- KOEHN, DARYL (1994) *The Ground of Professional Ethics*, Londres, Routledge.
- LA TORRE, MASSIMO (2003) "Juristas, malos cristianos'. Abogacía y Ética jurídica", *Derechos y Libertades*, nº 12, pp. 71-108.
- LEGA, CARLO (1983) *Deontología de la profesión de Abogado*, Madrid, Civitas (segunda edición; primera edición de 1976) (original: *Deontologia forense*, Milán, Giuffré, 1975).
- LEWISCH, PETER (1995) "Judges and Lawyers: Their Services in an Economic Perspective", en Varios 1995, pp. 337-344.
- MACCORMICK, NEIL (1996) "The Concept of Law and The Concept of Law", en Robert P. George (ed.) 1996, pp. 163-194.
- MARAÑÓN, GREGORIO (1966) *Vocación y Ética y otros ensayos*, Madrid, Espasa Calpe (quinta edición; primera edición de 1946).
- MARRADI, ALBERTO (1983) "Sistema judicial", en Bobbio-Matteucci 1983, pp. 1514-1522.
- MARTÍNEZ VAL, JOSÉ MARÍA (1990) *Abogacía y Abogados*, Barcelona, Bosch.
- MAUROIS, ANDRE (1970) *Historia de Inglaterra*, Valencia, Círculo de Lectores (original: *Histoire D'Angleterre*, sin más referencias en la edición española).
- PÉREZ SERRANO, NICOLÁS (2001) "La formación ética en los profesionales del Derecho", en José Luis Fernández y Augusto Hortal (comps.) 2001, pp. 123-163.
- ROSS, ALF (1999) *Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (original: *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des Positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig, F. Deuticke, 1929).
- SALSMANS, JOSÉ (1947) *Deontología jurídica o moral profesional del abogado*, Bilbao, El mensajero del Corazón de Jesús (original: *Droit et Morale. Déontologie juridique —en flamenco: Rechttelijke Plichtenleer— de 1924 o 1925, según los datos que ofrece la edición española).*
- SAVIGNY, FEDERICO CARLOS DE (1978) *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, Valparaíso Edeval (original: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814).
- SHAPIRO, MARTÍN (1981) *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago, The University of Chicago Press.
- SIMON, DIETER (1985) *La independencia del juez*, Barcelona, Ariel (original: *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975).

- SMITH, ADAM (1987) *Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*, México, Fondo de Cultura Económica (original: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Londres, 1776).
- TOHARIA, JOSÉ JUAN (1987) *“¡Pleitos Tengas!”... Introducción a la cultura legal española*, Madrid, Siglo XXI.
- (1999) “La independencia judicial y la buena justicia”, *Justicia y Sociedad* (PNUD), nº 3, pp. 9-32.
- VARIOS AUTORES (1995) *Challenges to Law at the End of the 20th Century*, tomo III, 17th IVR World Congress, Bolonia, Cooperativa Universitaria Editrice Bologna.
- VIGO, RODOLFO LUIS (1990) *Ética del Abogado. Conducta procesal indebida*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- VIÑAS, RAUL HORACIO (1972) *Ética de la abogacía y de la procuración. Deontología jurídica*, Buenos Aires, Panne-dile.
- WEBER, MAX (1967) *El político y el científico*, Madrid, Alianza (original: *Politik als Beruf, Wissenschaft als Beruf*, Berlín, Duncker & Humblot, 1919).

## NOTAS

1. Con el nombre de “Ética de las profesiones jurídicas” es asignatura obligatoria en la Universidad Ramon Llull (ESA-DE) y en DEUSTO, con el nombre de “Ética profesional” lo es en la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE) y con el nombre de “Deontología jurídica y práctica forense” lo es en la Universidad de Navarra. Una situación similar se produce, al menos, en las Facultades de Psicología. Una asignatura de “Ética de la Psicología” o “Deontología Profesional” se incluye como obligatoria en las universidades Pontificia de Salamanca, Pontificia de Comillas, Ramon Llull (Blanquerra), Deusto e Internacional-San Estanislao de Kostka y, como optativa, en la Universitat Oberta de Catalunya. En universidades públicas sólo se incluye, como obligatoria, en la Universidad de Barcelona y, como de libre configuración, en la Universidad de Sevilla (vid. *Cuadro*, elaborado por Carmen del Río, Colegio Oficial de Psicólogos 2004, p.151). En marzo de 2002 la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Psicólogos se dirigió a la Conferencia de Decanos de las Facultades de Psicología solicitando que en todas las Facultades de Psicología se enseñase deontología profesional (ibídem, pp. 147-150).
2. Rafael Del Rosal señala, en este mismo sentido, que “*la deontología profesional de la abogacía había venido siendo prácticamente hasta hace unos años una disciplina jurídica sin desarrollo doctrinal que se transmitía de generación en generación en el interior de los despachos*” (Del Rosal 2002, p. 26).
3. Con estas mismas resonancias religiosas definía Gregorio Maraón la vocación profesional: “*¿Qué es vocación? Es, en su etimología y en su real y vulgar acepción, la voz, la voz interior, que nos llama hacia la profesión y ejercicio de una determinada actividad*” (Maraón 1966, p. 19).
4. El más conocido es el Decálogo escrito por Eduardo Couture en 1949 pero suelen citarse también los decálogos de San Ivo (s. XIII), de San Alfonso María de Liguorio (s. XVIII) y, en el siglo XX, los de Ángel Osorio y Gallardo, Reinaldo Temprano Azcona e Ives Granda da Silva Martins, a los que cabe añadir el “Heptálogo del abogado” y el “Decálogo de moral profesional general”, ambos de José M. Martínez Val, y el Decálogo de J. Honorio Silgueira (vid. J. M. Martínez Val 1990, capítulo XXX en pp. 269-271 y apéndice II en pp. 289-293. Vid. también Euquerio Guerrero 1979, pp. 53-58, donde junto al de Couture y al de Ossorio, se incluye el de Silgueira). La afición mosaica permanece tan viva que el abogado madrileño Nicolás Pérez-Serrano Jáuregui, en un trabajo reciente, llega a proponer hasta tres decálogos sucesivos (Pérez Serrano 2001, pp. 131-139, 140-142 y 144-145).
5. Por todos, Elías Díaz 1980 pp. 17-38 y Joaquín Almuera 1995, pp. 113-151.
6. Puede verse una explicación más desarrollada en Elías Díaz 1980, pp. 18-30.
7. Alf Ross, en su primera obra (*Theorie der Rechtsquellen*, de 1929), sostuvo en una interesante discusión sobre Kelsen que “*el concepto de “norma autónoma” supone —fuera del punto de vista psicológico— una contradictio in adjecto*” (Ross 1999, nota 73 en p. 324; vid. también p. 344).
8. Las referencias, en los ejemplos, a normas morales se suponen relativas a un determinado punto de vista moral o moral crítica. Las referencias a normas jurídicas y reglas sociales se suponen relativas a las reglas sociales y al Derecho positivo vigentes hoy en España. Desde el punto de vista subjetivo, que no es el habitualmente analizado por la Teoría del Derecho, los conflictos de normas resultan relevantes, incluso a veces dramáticos, en la medida en que son conflictos que se plantean al sujeto porque su conducta está regulada al mismo tiempo y de forma contradictoria por normas jurídicas y reglas sociales, o por normas jurídicas y normas morales o por normas morales y reglas sociales (vid: Hierro 2003, p. 116-120).

9. Neil MacCormick ha subrayado el carácter institucional, autoritativo y heterónimo de la ética profesional en cuanto queda *“delegada a órdenes profesionales, es decir a sus tribunales disciplinarios o comités éticos”* (MacCormick 1996, pp. 170-171; cita y traducción que tomo de La Torre 2003, p. 99).

10. Kenneth Kipnis 1991, p. 574: *“To become a good professional is, in part, to identify oneself as occupying a certain institutional role”*.

11. Como indica Daryl Koehn, es esta peculiaridad lo que llama la atención de los filósofos: *“that professionals understand themselves as ruled by ethical norms or standards which permit, and maybe even oblige professionals, to performances not permitted by the “ordinary” norms applicable to the rest of us”* (Koehn 1994, p. 3). Esta peculiaridad constituye lo que Alan Gewirth ha denominado la “tesis separatista”, según indica Adela Cortina (Cortina 1997, p. 61 donde cita a Gewirth 1986). Vid. también La Torre 2003, p. 98.

12. La prohibición de la tortura, por ejemplo, fue el resultado de una ponderación que atribuyó un mayor peso a los derechos a la integridad física y a la dignidad del reo que a la (por otra parte, discutible) contribución de la tortura a descubrir la verdad mediante confesión.

13. Como afirma Kenneth Kipnis, *“The question of what my ethical responsibilities are is thus not separate from the question of what social roles I occupy, an from the question of whether the social institutions, to which my roles belong, are legitimate”* (Kipnis 1991, p. 572). La Torre señala, en este sentido, que *“por lo que concierne a la lista y al contenido de las obligaciones deontológicas del abogado tienen obviamente origen en gran medida en la configuración institucional de la abogacía y del sistema jurídico en el cual se insertan”* (La Torre 2003, pp. 83-84).

14. González Anleo considera que una ocupación ha de reunir ocho rasgos para constituir una “profesión”: (1) prestación de un servicio de forma institucionalizada (lo que implica que el servicio es único para cada profesión, que las prestaciones han de estar definidas y que han de ser indispensables); (2) que la prestación del servicio tiene el carácter de vocación o misión (esto es: no se ajusta a horarios y requiere una permanente entrega y un constante perfeccionamiento); (3) que se ejerce de forma estable; (4) que el colectivo profesional tiene el control monopolístico de la prestación del servicio; (5) que el acceso requiere un largo proceso de capacitación teórico-práctica; (6) que el colectivo reclama autonomía para la regulación del servicio; (7) que el colectivo asume la responsabilidad por los actos y las técnicas de la profesión; y (8) que la profesión no se ejerce sólo por ánimo de lucro sino como servicio a la sociedad (González Anleo 1994, pp. 21-34; vid. Adela Cortina 1997, pp. 59-62 —de donde tomo la cita de González Anleo— hace suya esta caracterización). Es una buena muestra del modelo del experto (rasgos 1, 3 y 5, con cierta idealización en los rasgos 2 y 8) y de su carácter corporativo (rasgos 4, 6 y 7).

15. Un ejemplo de esta concepción lo ofrece Peter Lewisch (Lewisch 1995, *passim*) donde, partiendo de los presupuestos del análisis económico del Derecho, critica, tomando como referencia principal el ordenamiento austriaco, los requisitos de acceso a la profesión, la existencia de tarifas y la prohibición del pacto de quota litis.

16. *“...to say professionals occupy a role is simply to agree that they are subject to the public expectations that have been formed by and coalesced around such promises. Promises are binding under ordinary morality. So, on this view, professional roles are sanctioned by the prevailing morality of the particular community in which professional exist”*... *“For this reasons, conceiving of professional ethics as a further specification of ordinary morality is attractive... Professionals act morally and consequently have authority if and when they abide by the terms of their publicly made pledges”* (Koehn 1994, pp. 150 y 153). La autora pretende que, bajo este punto de vista es fácil rechazar la pretensión de que un fontanero sea un profesional ya que el fontanero no ha contraído un compromiso público de servir al bien de su cliente como un bien inherentemente individual e intrínsecamente bueno (ibídem, p. 179). En mi opinión es claro que el modelo propuesto por Koehn no pasa de ser una cierta reformulación del modelo del experto (o modelo corporativo). Aunque con seguridad la actividad médica o la actividad jurídica puedan suscitar problemas morales más interesantes que la fontanería, no veo ninguna razón —ni mucho menos la invocada por ella— para negar que el fontanero, el taxista, el electricista o el jardinero sean también profesionales sometidos, como tales, a un compromiso público de satisfacer las expectativas públicas vigentes respecto a los servicios que ofrecen, y que tal compromiso se apoya en su promesa pública de hacerlo así.

17. En otros ámbitos, como la educación, la sanidad o la construcción, los roles profesionales pueden ser distintos (profesores-psicólogos-administrativos-directivos; médicos-enfermeros-practicantes-gestores; arquitectos-arquitectos técnicos-maestros de obra-economistas) de tal modo que ocasionalmente incluso pueden actuar divergentemente, como cuando los gestores o los economistas tratan de minimizar el gasto mientras los técnicos tratan de incrementar la

calidad a costa del gasto, pero todos ellos comparten el mismo objetivo general (el mismo “ethos” o tarea moral) como es, respectivamente, formar a los alumnos, prolongar la vida y curar la enfermedad, y construir edificios. Aunque ocasionalmente se produzcan actitudes o actuaciones divergentes o incluso contrapuestas (por ejemplo, entre dos criterios médicos) se trata de una mera contingencia; no es, como en la aplicación del Derecho, un rasgo necesario el que los profesionales actúen contradictoriamente.

18. José Juan Toharia comprobó que, en España, el 65% de los estudiantes de Derecho, el 66% de los jueces y el 58% de los abogados piensan que el abogado debe tener presente antes la Justicia que los intereses de su cliente, y señala que Rueschemeyer constató la misma concepción en Alemania, mientras que en los abogados estadounidenses predomina la concepción inversa atribuyéndose al abogado la misión de defensa del interés particular y considerando que la defensa del interés general (de la Justicia) corresponde al fiscal y al juez (Toharia 1987, pp. 125-126). En el mismo sentido Roger Cotterrell 1991, pp. 162 y 164. Toharia lo atribuía hipotéticamente a una diferencia entre el sistema jurídico continental y el sistema del common law. Yo ya me atreví a ponerlo en duda, sugiriendo que la explicación podía encontrarse en el menor desarrollo de los estudios sociológico-jurídicos en los países continentales y, por ello, en una mayor vigencia de estereotipos retóricos (en definitiva, a una ausencia -no inocente- de “realismo” jurídico) (Hierro 1997, nota 48 en p. 43).

19. Rafael Jiménez Asensio analiza estas diferencias, en relación con la organización profesional y con la enseñanza del Derecho, con cierto detalle. Creo que de su estudio se deriva que la diferencia más importante se encuentra, precisamente, en el enfoque profesional de la enseñanza del Derecho en el mundo anglosajón frente al enfoque académico en el mundo continental (Jiménez Asensio 2003, *passim*).

20. La distinción clásica entre el “elemento político” y el “elemento técnico” en el Derecho se debe a Savigny (Savigny 1978, p. 19).

21. La he desarrollado en Hierro 2003, capítulos 2 y 3, pp. 71-90 y 139-146.

22. Vid. Otto Brusiin 1959, pp. 59 y ss. donde distingue como ejemplos de ocupaciones jurídicas la actividad jurisdiccional, la actividad administrativa, la protección de intereses ajenos y la formulación de normas de derecho.

23. No es ocioso señalar que ni la hipótesis de que no hay una única respuesta correcta, ni la hipótesis de que la única forma de encontrarla es una discusión racional, son consistentes con el paradigma del silogismo deductivo. Tomarse en serio el viejo “*da mihi factum, dabo tibi ius*” haría innecesaria la participación de las partes en la discusión del Derecho y, por tanto, la función más específica de los abogados en el nivel del conflicto jurídico. La consolidación del modelo contencioso no ha sido, desde luego, pacífica. Habría que recordar las disposiciones dictadas en Castilla en los comienzos de la Edad Moderna para limitar la actividad de los abogados; además de las conocidas “leyes de citas”, las “Leyes por la brevedad de los pleitos” de 1499 trataron de que las informaciones en Derecho sólo se dieran previa solicitud del tribunal y sobre las cuestiones señaladas por él (sobre todo ello, Alonso y Garriga 1998, *passim* y, en particular, nota 150 en p. 81) y, en tiempos más cercanos, las posiciones dominantes durante el período de la Revolución francesa en contra de la intervención de los abogados (La Torre 2003, p. 78). Como señala allí mismo Massimo La Torre, la recuperación del interés liberal en la abogacía, conseguida tras el período revolucionario, “*no encuentra reflejo en la teoría positivista del Derecho... Si el juez es “autómata de las leyes”, máquina de producir sentencias, del abogado ni se habla*” (ibidem, p. 79).

24. Naturalmente, esta apreciación es sólo aplicable a la organización de la abogacía en España y países de similar organización profesional, en los que cualquier abogado está habilitado para ejercer funciones consultivas y funciones de defensa en juicio.

25. Una distinción muy perfilada entre las obligaciones morales del abogado en una causa criminal y en una causa civil la propuso ya el jesuita José Salsmans en su libro de 1924 (Salsmans 1947, pp. 264, 266 y 269). Se trata de un libro que, pese a su antigüedad, reviste un enorme interés pues, aun moviéndose en una concepción notoriamente conservadora, ofrece una capacidad de análisis de los problemas y una matización de las respuestas que supera en mucho a la literatura profesional posterior (como la citada en nota 4).

26. Massimo La Torre analiza con detalle los dos modelos, que denomina *grosso modo* “liberal” y “comunitarista”, que representarían los dos cuernos del dilema (La Torre 2003, pp. 88-106). Manifestación expresa de comunitarismo hace Francisco Javier de la Torre lo que le lleva a sostener que “*un abogado no defenderá un caso de cuya justicia no esté firmemente convencido ni dará un consejo que en cualquier aspecto sea contrario a la ley*”, sin embargo y sin mayor explicación pocas páginas después admite que “*aunque sepa que cometió el crimen el abogado debe utilizar todos los recursos lícitos y*

*legales, para evitar el veredicto de culpabilidad*” (De la Torre 2000, pp. 273 y 276; vid. sobre su entusiasmo comunitarista pp. 22 y 136).

27. Baste recordar, como ejemplos en relación con la abogacía, la actual permisividad de la publicidad y la prohibición de los honorarios mínimos obligatorios, cambios ambos producidos en la última década.

28. El trabajo citado de Toharia incluye una breve pero contundente crítica a la “espiral independentista” que, en España, fue objeto de una excelente monografía de Valeriano Hernández (1991).





# ESTUDIOS

Eficacia normativa y existencia del derecho

*Josep Maria Vilajosana*

Dogmática, derechos fundamentales y justicia penal: análisis de un conflicto

*María Luisa Cuerda Arnau*

La *ideología constitucional* de los votos particulares al Auto del Tribunal Constitucional sobre la solicitud de suspensión de la LO 2/2010

*Miguel Revenga Sánchez*

Silencio administrativo y revisión de oficio de las licencias urbanísticas: el regreso de Eurídice

*José Luis Martín Moreno*

El derecho a ser oído y la justicia del proceso

*María José Añón*

## RESUMEN

Los más destacados teóricos del derecho coinciden en que un cierto grado de eficacia normativa es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico. Pero surgen discrepancias a la hora de abordar las cuestiones que serán el objeto de análisis de este trabajo: a) los distintos sentidos de "eficacia normativa"; b) la relación entre eficacia normativa y autoridad; c) la relación entre eficacia y validez de las normas jurídicas; d) la posible relevancia de los motivos del cumplimiento de las normas por parte de sus destinatarios; e) las dificultades que plantea la medición de la eficacia normativa; f) el problema de la eficacia de las normas permisivas y constitutivas.

## PALABRAS CLAVE

EFICACIA NORMATIVA, EXISTENCIA DE UN SISTEMA JURÍDICO, AUTORIDAD, VALIDEZ JURÍDICA, OBEDIENCIA, MANDATOS, NORMAS PERMISIVAS, NORMAS CONSTITUTIVAS

## ABSTRACT

The most prominent legal theorists agree that a degree of effectiveness is a necessary condition for the existence of a legal system. However, discrepancies arise when addressing the issues that will be the subject of analysis in this paper: a) the different meanings of "effective rule"; b) the relationship between effectiveness and the concept of authority; c) the relationship between effectiveness and validity; d) the possible relevance of the reasons for compliance with Law; e) the difficulties of measuring effectiveness; f) the problem of the effectiveness of permissive and constitutive rules.

## KEY WORDS

EFFECTIVENESS, EXISTENCE OF A LEGAL SYSTEM, AUTHORITY, LEGAL VALIDITY, OBEDIENCE, COMMANDS, PERMISSIVE RULES, CONSTITUTIVE RULES

# EFICACIA NORMATIVA Y EXISTENCIA DEL DERECHO\*

Josep Maria Vilajosana

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

**Sumario:** Introducción. 1. Conceptos de eficacia y modelos de sociedad. 2. La posible relevancia del concepto de autoridad. 3. Las relaciones entre eficacia y validez. 4. Los motivos del cumplimiento de normas. 5. El problema de la medición. 6. La eficacia de las normas que no son mandatos. Nota bibliográfica

## INTRODUCCIÓN

No parece haber muchas dudas acerca de que la eficacia general de las normas constituye una condición de la existencia de un sistema jurídico en una determinada sociedad. En efecto, de una u otra manera, ese rasgo es tenido en cuenta por los principales teóricos del derecho cuando abordan el análisis del derecho como fenómeno social. Repasemos muy brevemente lo dicho al respecto por Austin, Kelsen y Hart.

Para John Austin un sistema jurídico existe si, y sólo si:

1. Su legislador supremo es habitualmente obedecido. Esto es lo mismo que decir que las normas jurídicas del sistema son generalmente eficaces.
2. Su legislador supremo no obedece habitualmente a nadie.
3. Su legislador supremo es superior a los destinatarios de cada una de sus normas jurí-

dicas en relación con la sanción de cada disposición.

4. Todas las normas jurídicas del sistema son efectivamente legisladas por una persona o grupo de personas (Cfr. AUSTIN, 1832: especialmente, lección VI).

Como puede apreciarse, la primera condición alude a la eficacia general de las normas del sistema y sirve de eje a su posición, en torno al cual giran sus conceptos centrales de soberano y sociedad política independiente. El soberano de Austin se caracteriza por dos rasgos, uno positivo y otro negativo, relacionados ambos con el hábito de obedecer normas. Positivamente, será soberano aquella persona o grupo de personas que son habitualmente obedecidas por el grueso de la población. La condición negativa: el soberano no tiene el hábito de obedecer a nadie.

Por otro lado, una sociedad será una sociedad política independiente si el grueso de su población tiene el hábito de obedecer a uno y

\* La investigación para este trabajo ha sido parcialmente financiada por el Ministerio de Educación y Ciencia, con una ayuda del programa CONSOLIDER INGENIO 2010 (CSD2009-0056).

el mismo soberano (cfr. también BENTHAM, 1776: 54-57).

Hans Kelsen, por su parte, sostiene que un sistema jurídico es el conjunto de todas las normas creadas mediante el ejercicio de facultades conferidas directa o indirectamente por una norma básica. La cadena de validez es empleada por Kelsen para mostrar la necesidad de una norma básica que cumpla la función de unidad y normatividad de un sistema jurídico. Se trata, empero, de una necesidad epistemológica. La norma básica pretende ser, en este sentido, similar a la condición lógico-transcendental kantiana de toda interpretación normativa de ciertos hechos.

Pero, junto a esta formulación epistemológica del concepto de sistema, Kelsen establece una versión ontológica del mismo. Las normas jurídicas “existen”, esto es, son válidas en la medida en que la ciencia del derecho se refiera a ellas mediante sus proposiciones, una vez presupuesta una norma básica. Lo cual es una consecuencia de haber adoptado la versión de Kant acerca del conocimiento. Pero esta existencia, en tanto normativa, es diferente de las conductas de creación y aplicación de normas, con las que, sin embargo, tendrán que estar relacionadas si las mismas van a ser relevantes respecto a estas conductas. La relación entre ambas “existencias” (En puridad, habría que decir “las relaciones”, puesto que ni el concepto de validez ni el de existencia son unívocos. Cfr. BULYGIN, 1987: 508-510), entre la validez y la puramente fáctica de aquellos actos, viene formulada por Kelsen a través de una exigencia impuesta a la ciencia jurídica. Ésta presupone una norma básica en relación con una constitución determinada únicamente en el caso de que tal constitución sea *eficaz*: “Puesto que un mínimo de eficacia es una condición de la validez, la norma básica sólo se refiere a una constitución eficaz. Una constitución es eficaz si las normas creadas de acuerdo con ellas son, por lo general, aplicadas y obedecidas” (KELSEN, 1958: 98).

Por consiguiente, la existencia y la validez de la norma básica son asumidas como hipótesis sólo en el caso de que el orden jurídico con

el que se relaciona sea efectivo, lo cual significa que no puede pensarse una norma básica que no se refiera, en su propio contenido, a alguna constitución determinada (Cfr. CONTE, 1968: 328-329). Entonces, la relación entre la validez de una constitución y su eficacia puede entenderse en el sentido de que ésta última indica una condición necesaria pero no suficiente de validez, establecida a través de la categoría epistemológica en que consiste la norma básica presupuesta. Aunque habrá quien considere que en este autor, al fin y al cabo, la eficacia de las normas es también condición suficiente de la existencia de un sistema jurídico (Véase al respecto GUIBOURG, 1986: 43 y CARACIOLO, 1998: 42-3). Y es que el papel que juega la eficacia en Kelsen es confuso. Precisamente esta circunstancia ha posibilitado a Hughes distinguir en *La Teoría Pura del derecho* un concepto débil y otro fuerte de norma básica (HUGHES, 1971: 699-703).

La validez de un sistema depende, entonces, de su eficacia, porque sólo en el caso de que sea eficaz cabe pensarlo como sistema, es decir, presuponer respecto a él, una norma básica.

Por último, Hart establece dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la existencia de un sistema jurídico:

1. Las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas. Esta es la única condición que necesitan satisfacer los *ciudadanos particulares*. Esta obediencia, en principio, puede producirse por los motivos que sean.

2. Su regla de reconocimiento, que especifica los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus *funcionarios* como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. Esta condición, pues, deben satisfacerla los funcionarios del sistema, los cuales tienen que ver en las reglas pautas comunes de conducta oficial y tienen que apreciar de forma crítica como errores las desviaciones propias y las ajenas. Dicho en pocas palabras, deben adoptar, en el desempeño de sus cargos,

un punto de vista interno respecto a las reglas secundarias.

Según Hart, esta división ciudadano/funcionario reflejaría el carácter complejo (reglas primarias y secundarias) de un sistema jurídico, comparado con una forma más simple de estructura social, compuesta sólo por reglas primarias. En este último caso, al no haber funcionarios, las reglas tienen que ser ampliamente aceptadas como pautas críticas para la conducta del grupo. Si el punto de vista interno no estuviera difundido ampliamente, no podría haber regla alguna. En cambio, cuando se estudia una estructura social compleja, deben separarse la cuestión de la aceptación de las reglas como pautas críticas, de la obediencia de las mismas por simples criterios de conveniencia.

Si esto es así, podría pensarse en un caso extremo en el que el punto de vista interno se limitara al mundo oficial. En tales circunstancias, según Hart, la sociedad resultante se asemejaría a una nación de borregos y, al igual que éstos, los ciudadanos podrían terminar en el matadero, “pero hay pocas razones para pensar que ella no podría existir o para negarle el título de sistema jurídico” (HART, 1961: 146).

Estas breves referencias a tres de los iusfilósofos más relevantes bastará para mostrar el consenso respecto a que la eficacia general de las normas es una condición necesaria de la existencia de los sistemas jurídicos (También puede verse RAZ, 1970: 122-123).

Ahora bien, lo que ya no está tan claro es que los teóricos del derecho coincidan en cuáles son los hechos que hay que tomar en consideración para afirmar que se da tal eficacia general. En lo que sigue examinaré diversas cuestiones relacionadas con la delimitación de estos hechos.

Empezaré, en el primer apartado, con un somero análisis de los sentidos distintos en que cabe hablar de eficacia de las normas de un sistema jurídico, en función de los destinatarios de esas normas y de cuál es la conducta relevante de los mismos. Este análisis muestra-

rá que, en principio, caben cuatro modelos de sociedad a tenor de esas características. En el segundo apartado pondré de relieve, sin embargo, que de esos cuatro modelos posibles uno de ellos debería ser el escogido, si se acepta un concepto fuerte de autoridad cercano al planteado por Raz. En el apartado 3 subrayaré cuáles pueden ser las relaciones entre validez y eficacia de las normas jurídicas. El cuarto apartado irá destinado a indagar acerca de cuáles pueden ser los motivos del cumplimiento de normas y si alguno de ellos goza de cierto privilegio en relación con la existencia del derecho. En el apartado 5 abordaré el problema de la medición de la eficacia, dejando para el último apartado de este trabajo el examen de la plausibilidad de tomar en cuenta la eficacia de las normas jurídicas que no son mandatos.

## 1. CONCEPTOS DE EFICACIA Y MODELOS DE SOCIEDAD

Cabe reconocer de entrada que los juristas se refieren a la expresión “eficacia de las normas” en diversos contextos y con más de un sentido. En concreto, hay quien la usa de tal forma que difícilmente se puede distinguir del concepto de validez. Eso ocurre cuando se habla de la eficacia normativa como una especie de capacidad de las normas para generar efectos jurídicos. En última instancia, este sentido de eficacia, que Vincenzo Ferrari ha denominado jurídico-normativo (FERRARI, 1989:159), termina diluyéndose en el de validez, por cuanto los efectos jurídicos que produce la norma “eficaz” los produce por el mero hecho del cumplimiento de los requisitos que el propio sistema jurídico contempla para su creación. Este sentido no interesa aquí. Si lo traigo a colación es sólo para poner de manifiesto la ambigüedad que suele acarrear el uso de la palabra “eficacia” y explicitar que el aspecto del que pretende dar cuenta queda perfectamente reflejado con el concepto de validez (bien sea como pertenencia, bien sea como obligatoriedad).

Por otro lado, encontramos el sentido de eficacia que Ferrari llama “sociológico”. Este se refiere no ya a que la norma se haya creado a través de los actos que dispone el sistema jurídico de que se trate, sino a algún tipo de adecuación o correspondencia entre lo que dispone la norma y los actos que realizan sus destinatarios. A continuación me ocuparé exclusivamente del análisis de este sentido de eficacia de las normas jurídicas.

Siguiendo a Liborio Hierro (HIERRO, 2003:75), podemos empezar hablando de un concepto muy general de eficacia en sentido sociológico que se podría llamar de correspondencia (según terminología de NAVARRO, 1990: 16) o de mera conformidad (en la de SUMMER, 1990: 63). Para ver si una norma es eficaz en este sentido habría que comprobar simplemente si la acción que prescribe es realizada por sus destinatarios.

Dentro de esta idea tan general, cabe distinguir dos subclases de eficacia como *correspondencia*. Por un lado, aquella que se daría cuando los destinatarios hacen lo que dispone la norma sin que la hayan tenido en cuenta, o incluso ignorando su existencia. En este caso, los destinatarios realizan lo prescrito por la norma por cualquier motivo menos por el hecho de que la norma exista, por lo que podría decirse que estamos ante una eficacia por *coincidencia*. Por otro lado, cabe que los destinatarios realicen lo que la norma obliga justamente debido a que la norma existe. En estas circunstancias, la existencia de la norma ha constituido un motivo o razón para que se lleve a cabo lo que en ella se dice. Se hablaría, entonces, de eficacia como *cumplimiento*.

La eficacia como correspondencia, pues, es la clase general. Tanto la eficacia como coincidencia, como la eficacia como cumplimiento son tipos de eficacia como correspondencia. La ventaja de usar la eficacia como coincidencia es la aparente facilidad con la que podríamos constatar su presencia. Bastaría con ver que la conducta del sujeto normativo coincide con lo dispuesto por la autoridad para llegar a la conclusión de que la norma o conjunto de normas de que se trate es eficaz. Pero el carác-

ter tan amplio y sencillo de esta forma de ver la eficacia precisamente le resta enteros a la hora de su rendimiento explicativo. Además, como veremos más adelante, no parece muy sensato sostener que lo único relevante a los efectos de tomar en consideración la eficacia de las normas jurídicas como condición de existencia de un sistema jurídico sea la mera coincidencia entre la conducta de los destinatarios y lo dispuesto por las normas. La eficacia que puede resultar de interés en este tema es la que demanda un estado intencional por parte de los individuos que conforman el sujeto normativo, estado mental que consistiría, al menos, en la conciencia de que tales normas existen.

Por lo que acabo de decir, la eficacia de una norma o de un sistema de normas depende de la obediencia que reciba por parte de los destinatarios. Ahora bien, ¿se requiere que *todos* los destinatarios y en *toda* circunstancia cumplan una norma para considerar que ésta es eficaz? Y en el caso de la eficacia de un sistema jurídico, ¿exigiremos que se cumplan *todas* las normas en *todo* momento por parte de *todos* los destinatarios? Esta exigencia parece excesiva, por cuanto llevaría a tener que aceptar que jamás ha habido un sistema jurídico eficaz, lo cual es contrario a nuestras intuiciones más arraigadas. Además, nos pone sobre la pista de que el concepto de eficacia es *gradual*. Una norma puede ser más o menos eficaz, en función del grado de cumplimiento que obtenga, es decir, de la amplitud del conjunto de personas que la obedezcan en relación con el conjunto de los destinatarios y de la cantidad de actos de obediencia que genere. Aunque normalmente la forma de determinar el grado de obediencia es fijar la atención en los actos de desobediencia. A mayor número de actos de desobediencia, en principio, le correspondería un menor grado de eficacia. Así, a partir de ahora por simplicidad me referiré sólo al término “eficacia” donde debería decir “un cierto grado de eficacia” (en el apartado 5 veremos algunos de los problemas que presenta la medición del grado de eficacia).

Queda claro, pues, que la eficacia de las normas requiere una cierta relación entre las

normas y las conductas de sus destinatarios. Ahora bien, se puede estar hablando de eficacia con sentidos muy distintos en función de qué tipo de conducta sea la que se exige de los destinatarios, como hemos visto, y también en función de qué clase de destinatarios se tome como parte de esa relación.

Respecto a la primera cuestión, en una primera aproximación, se puede decir que una norma tiene eficacia cuando los destinatarios cumplen lo que en ella se dispone. Si es una norma que obliga a realizar *p*, será eficaz si los destinatarios realizan *p*. Si es una norma que prohíbe hacer *p*, será eficaz si los destinatarios se abstienen de realizar *p*. Y si es una norma que permite hacer *p*, será eficaz cuando alguien en alguna ocasión hace *p* [Por ahora, me voy a ocupar únicamente de la eficacia de los mandatos (de las prescripciones o normas regulativas, que consisten en una obligación o en una prohibición). En el apartado 6 diré algo respecto a si tiene sentido o no predicar eficacia de las normas permisivas (prescripciones que no son mandatos) y de las constitutivas (que no son prescripciones)].

Pero, dicho esto, surge una duda. Para hablar de eficacia de una norma como condición de existencia de los sistemas jurídicos, ¿se requiere la simple coincidencia del comportamiento respecto a lo dispuesto en ella o se exigirá el cumplimiento? (Cfr. NAVARRO, 1990, donde se habla de eficacia normativa y de eficacia causal, conceptos parecidos, pero no exactamente equivalentes a la coincidencia y al cumplimiento, respectivamente).

En relación con la segunda cuestión, los destinatarios de las normas pueden ser los ciudadanos (o un subconjunto de ellos) o algunos órganos aplicadores (simplificando: los jueces). Hay quien ha construido una teoría general del derecho en la que todas las normas se entienden dirigidas a las autoridades indicándoles las condiciones en las que deben imponer una sanción (KELSEN, 1960). Pero parece poco iluminadora la idea de que las normas que penalizan el asesinato van destinadas a los jueces y no digamos las que autorizan la realización de contratos. Por eso, si segui-

mos manteniendo que las normas se dirigen en primera instancia a los ciudadanos, y en caso de incumplimiento, los jueces deben aplicar la sanción, se presenta el problema de determinar a qué actos de cumplimiento nos estamos refiriendo con el concepto de eficacia, al de los ciudadanos o al de los jueces.

Si nos decantamos por considerar que el ámbito privilegiado debe ser el de los actos de aplicación de los jueces, se puede producir la paradoja de que aquellas normas que más eficacia podrían tener desde la perspectiva de la conducta de los ciudadanos (porque, imaginemos, no se incumplen nunca), no habría ni siquiera la posibilidad de que pudieran ser eficaces desde la perspectiva de los jueces, por cuanto éstos no tendrían posibilidad de aplicar una sola sanción (parecido a la que podría denominarse la paradoja de la vigencia que se encuentra en ROSS, 1958: 35).

Esto parece extraño. Por esa razón, al hablar de eficacia, tal vez resulte más plausible exigir una cierta combinación de la conducta de ambos colectivos, como el propio Kelsen sugiere. Así, podría decirse que una norma *N* es eficaz si y sólo si es cumplida generalmente por los ciudadanos y, en aquellos casos de incumplimiento, generalmente los jueces aplican la sanción correspondiente (KELSEN, 1960: 219-224).

Analizadas muy brevemente estas dos cuestiones (qué relevancia tienen los motivos del cumplimiento para determinar la eficacia y cuál es el conjunto de destinatarios que debemos tener en cuenta), es el momento de plantearse dos preguntas pertinentes. Cuando se dice que una condición de la existencia de un sistema jurídico es que las reglas identificadas a partir de la regla de reconocimiento se cumplan generalmente por el grueso de la población, ¿este cumplimiento se refiere a la eficacia como coincidencia o a la eficacia como cumplimiento? Y, cualquiera que sea el tipo de eficacia, ¿ésta se exige respecto de los ciudadanos, de los jueces o de ambos?

En realidad, se puede responder a estos interrogantes de manera distinta según el grado de exigencia que se pretenda tener. Los supuestos

que se podrían dar serían, ordenados de menor a mayor exigencia:

- a) Eficacia como coincidencia respecto de ciudadanos y jueces.
- b) Eficacia como coincidencia en relación con los jueces y eficacia como cumplimiento respecto a los ciudadanos.
- c) Eficacia como coincidencia respecto a los ciudadanos y eficacia como cumplimiento respecto a los jueces.
- d) Eficacia como cumplimiento tanto para los ciudadanos como para los jueces.

En principio, no se puede descartar ninguna de estas posibilidades. Lo único de lo que hay que ser conscientes es que el tipo de sociedad que se obtiene en cada uno de estos supuestos es bien distinto. Pero ello no significa que no se pueda predicar la existencia de un sistema jurídico basándose en cualquiera de ellos. De todos modos, algunos son más plausibles que otros, como veremos en el siguiente apartado.

## 2. LA POSIBLE RELEVANCIA DEL CONCEPTO DE AUTORIDAD

En el supuesto a) se dibuja un cuadro en el que los ciudadanos y los jueces obedecen en general lo dispuesto en las normas del sistema por motivos que no tienen que ver con el hecho de que la autoridad lo haya ordenado.

En el caso de los ciudadanos, esta circunstancia es concebible tal vez en casos de una sociedad muy cohesionada en la que las convenciones o los valores morales que comparten los gobernados coinciden plenamente con lo dispuesto por las normas jurídicas. En estos casos, por hipótesis, la conducta de los gobernados coincide mayoritariamente con lo dispuesto en las normas jurídicas, pero la llevan a cabo por razones convencionales o por razones morales, o por ambas a la vez. El cumplir por razones morales es lo que Hierro denomina eficacia como adhesión a la cual me referiré más adelante. Por otro lado, entenderé que alguien actúa por razones convencionales cuan-

do hace  $p$ , porque los demás hacen  $p$  (acerca de la ubicación de este último tipo de razones en el entramado motivacional, realizaré en el apartado 4 algunas observaciones).

Esto implica que, aunque no existieran las normas jurídicas en cuestión, los gobernados se seguirían comportando igual.

Pensemos en normas tales como la prohibición del homicidio. Seguramente muchas personas cumplen con esa prohibición por razones morales, ya que en estos supuestos el contenido de ambos tipos de normas (aquello que se prohíbe) coincide. Si este esquema se pudiera generalizar, entonces existiría una base para considerar que es posible una sociedad de este tipo, aunque habría que admitir que las normas jurídicas serían redundantes respecto a las normas morales, y, en algún sentido, superfluas.

¿Qué sucedería en este caso con los jueces? ¿Tiene sentido que la aplicación del derecho la hagan sin estar motivados por lo que ha dispuesto la autoridad normativa? Lo primero que habría que decir es que si se acepta que pueda existir la cohesión de los gobernados de la que acabo de hablar, entonces los casos de incumplimiento serían puramente testimoniales con lo que parecería no tener excesiva relevancia que los jueces actuaran motivados por las normas jurídicas, aunque esta posibilidad no deja de resultar chocante.

Esta extrañeza se pone más claramente de relieve en el supuesto b). Esta combinación, en la que se exige que los gobernados no sólo realicen lo dispuesto en las normas jurídicas sino que actúen motivados por ellas, mientras a los jueces se les exige únicamente la mera coincidencia, sería el prototipo de una sociedad cínica. Pero esta consecuencia, por sí sola, no tiene por qué llevarnos a la conclusión de que no pueda existir.

Los supuestos c) y d) parecen ser más realistas. Pero que nos parezca que coinciden con lo que de hecho en muchos sistemas jurídicos se da, no es un argumento irrefutable para negar la posibilidad de a) y b).

Ahora bien, después de todo, tal vez sí que pueda desarrollarse un argumento que lleve a pensar que *conceptualmente* no es posible una sociedad con un sistema jurídico cuyas normas no tengan una eficacia como cumplimiento. Podemos denominarlo el argumento de la autoridad y entronca con ideas defendidas por Raz (RAZ, 1986. Podría decirse que seguramente Hart se inclinaría por la alternativa c), puesto que el punto de vista interno lo exige únicamente de las autoridades y no de los ciudadanos particulares. Sobre la concepción de la autoridad de Raz, véase RÓDENAS, 1996: capítulo V).

Se suele entender que sólo es posible hablar de la existencia de un sistema jurídico si existe una autoridad normativa efectiva. La autoridad efectiva puede que no sea legítima en el sentido de no estar moralmente justificada. Sin embargo, mantiene una relación especial con la autoridad justificada: es lo que toda autoridad efectiva pretende ser. Entonces, ¿en qué consiste una autoridad normativa?

Se puede decir que una autoridad normativa es una clase de autoridad práctica, es decir, una autoridad acerca de las acciones que los individuos deben realizar. Para nuestros fines, cuando alguien pretende autoridad es que pretende tener derecho a ser obedecido. La autoridad jurídica se ve a sí misma teniendo derecho a regular conductas a través de normas en una determinada comunidad, con un correlativo deber de obediencia por parte de sus destinatarios. Aunque hay mucho que discutir acerca de si existe o no ese deber de obediencia (cfr. VILAJOSANA, 2007: capítulo IV), cuando en este contexto se habla del deber de obedecer las normas que emanan de la autoridad no se trata únicamente de hacer lo que ellas dicen, sino de hacerlo *porque* la autoridad lo ha ordenado. Las razones que nos ofrecen las normas jurídicas deben ser tratadas como vinculantes con independencia de su contenido.

Si esto es así, entonces parecería que la existencia de un sistema jurídico exige una autoridad efectiva y ésta a su vez exige la obediencia generalizada de sus normas porque las ha emitido la autoridad, que es tanto como decir que

se exige la eficacia como cumplimiento. Si se acepta esta concepción de la autoridad de Raz (la cual no es compartida por todos los filósofos del derecho), entonces habría una fuerte razón (una razón conceptual) para optar por el supuesto d) y rechazar los restantes, ya que la autoridad normativa se supone que lo es tanto para los gobernados como para los jueces, que deben aplicar las normas de su sistema jurídico.

### 3. LAS RELACIONES ENTRE EFICACIA Y VALIDEZ

Entre iusfilósofos es usual discutir acerca de la relación que guardaría la eficacia de una norma respecto a su validez y qué implicación tendría dicha relación respecto a la existencia de normas. Hay que decir que esta discusión puede resultar muy confusa, en parte debido a que se entrecruzan en ella distintos conceptos de *validez*, de *eficacia* y de *existencia*. Se impone, pues, una clarificación conceptual.

En lo que sigue entenderé que una norma es *válida* en relación con un determinado sistema jurídico si y sólo si cumple con alguno de los criterios que forman la regla de reconocimiento del mismo. En este sentido, utilizo el término validez como sinónimo de pertenencia a un determinado sistema jurídico, sin incluir la llamada fuerza obligatoria.

Por su parte, una norma es *eficaz* si y sólo si es obedecida de manera general por sus destinatarios y, en caso de incumplimiento, se aplica la correspondiente sanción por parte de los jueces. Prescindo en este punto de la distinción entre cumplimiento y coincidencia, tomando simplemente la eficacia como correspondencia entre las acciones y lo dispuesto por las normas. No he de referirme tampoco a la existencia de una determinada norma jurídica, por cuanto este concepto muchas veces se reconduce a cualquiera de los dos anteriores. Por último, entenderé que un sistema jurídico existe si se dan las dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes de las que habla

Hart, y a las que ya me referí en la Introducción de este trabajo (eficacia general de las normas identificadas por la regla de reconocimiento y la existencia de ésta última).

Ahora ya podemos preguntarnos qué relación guarda la eficacia de una norma con su validez. ¿Es la eficacia una condición necesaria de la pertenencia de una norma al sistema? Esta pregunta sólo puede contestarse aludiendo a los criterios de pertenencia que incorpore la regla de reconocimiento del sistema jurídico de que se trate. Si uno de los criterios que forman parte de esa concreta regla de reconocimiento es que las normas para ser válidas deban ser eficaces (en rigor, alcanzar algún grado de eficacia), entonces la eficacia sería una condición de pertenencia. Pero entiéndase que ello es puramente contingente. Kelsen ha establecido que la desuetud (la falta de eficacia continuada de una norma) hace que ésta pierda su validez. Esto puede tener algún sentido si se trata la validez como fuerza obligatoria, como hace Kelsen, pero no si se trata como sinónimo de pertenencia. Si es esto último, cuál sea el mecanismo por el que deje de ser válida una norma deberá buscarse de nuevo en la concreta regla de reconocimiento. Por tanto, la eficacia de una determinada norma en relación con un determinado sistema jurídico no es una condición necesaria de su validez, salvo que así se establezca en la regla de reconocimiento.

Pero si esto es así, ¿significa que la eficacia de las normas no juega ningún papel, o en todo caso sólo lo juega contingentemente, en relación con la validez normativa? Por de pronto hay que decir que juega un papel indirecto. Que una norma sea jurídica significa que pertenece a un determinado sistema jurídico. Quien afirma que una norma es válida (en el sentido de validez como pertenencia), usa una determinada regla de reconocimiento que constituye el fundamento último de validez de las normas que pertenecen a ese sistema. Por eso, una de las condiciones necesarias para que exista un sistema jurídico es que su regla de reconocimiento exista como regla social (para un desarrollo más pormenorizado de esta idea véase VILAJOSANA, 2010: capítulo VI).

Pero se usa una regla de reconocimiento habitualmente para establecer la validez de normas que tienen una incidencia en la sociedad en la que se trate (no las que puedan establecer por ejemplo un grupo de estudiantes en un ejercicio práctico en clase). Esta es una buena razón para considerar que la eficacia general de las normas sea una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico y explica que coincidan en ello los teóricos del derecho más relevantes, tal como hemos visto anteriormente.

Por último, otra razón para considerar que la eficacia general de las normas de un sistema es relevante en relación con la validez de sus normas es de carácter epistemológico. La eficacia general de las normas de un sistema sirve para delimitar el objeto de estudio de los juristas en general o de la llamada ciencia jurídica, en particular.

Si un jurista sostiene, por ejemplo, que está prohibido cazar en los bosques y otro lo niega, ¿quién tiene razón? La verdad de afirmaciones de este tipo depende de la pertenencia de una norma a un sistema. Pero si el que sostiene esta afirmación lo hiciera en relación con un sistema normativo determinado, mientras que quien la niega lo hiciera con respecto a otro, no podría darse una discusión genuina entre ellos. De hecho, en estas circunstancias ambas afirmaciones podrían ser verdaderas, ya que no habría contraposición entre ellas. Para que sea posible una genuina discusión en torno a este tipo de proposiciones jurídicas (que aluden a la existencia de normas válidas), ambas deben referirse al *mismo* sistema normativo. La manera más satisfactoria de resolver este problema es asumir que hay un sistema normativo al que, debido a la presencia de ciertas propiedades, se considera privilegiado conceptualmente frente a otros sistemas posibles. Entonces, la eficacia de las normas aparece como un criterio idóneo para seleccionar un sistema jurídico y asegurar de este modo la *objetividad* del conocimiento jurídico y con ella el sentido de este tipo de discusiones.

Vista la cuestión desde esta perspectiva, la eficacia no sería exactamente una condición

necesaria de la validez de las normas, sino un *presupuesto* que comparten los juristas en su tarea de descripción y sistematización de normas válidas. Podría decirse que el objeto de conocimiento de los juristas, sobre todo de los cultivadores de la ciencia jurídica o dogmática, es un sistema normativo que en general es obedecido y aplicado en una determinada comunidad.

En esta idea se fundamenta, como vimos en la Introducción, la noción de *norma básica o Grundnorm* de Kelsen (KELSEN, 1960: 208-213). La norma básica de un determinado sistema jurídico es la condición de posibilidad del conocimiento jurídico. Con ella se presupone que hay autoridades capaces de ordenar válidamente desde el punto de vista jurídico determinados comportamientos. Y sólo con la asunción de que existen autoridades podemos distinguir el comportamiento propio de un Estado del que tendría una banda de ladrones. Por esa razón, los juristas privilegian el sistema normativo que es en general eficaz. Esto implica, entre otras cosas, que si un determinado sistema *S1* deja de ser eficaz (deja de tener un cierto grado de eficacia) en un momento determinado (o en un lapso de tiempo), por ejemplo tras un proceso revolucionario, y son las normas de *S2* las que son generalmente obedecidas y aplicadas, entonces los juristas cambiarán sus presupuestos, es decir se producirá un cambio de norma básica, con lo que los juristas considerarán que su objeto de estudio también ha variado, centrándose a partir de entonces en el estudio de las normas de *S2*.

#### 4. LOS MOTIVOS DEL CUMPLIMIENTO DE NORMAS

Si dejamos de lado la posibilidad de exigir simplemente la coincidencia entre la conducta de los sujetos normativos y lo prescrito por la autoridad normativa, y asumimos que la eficacia que interesa a efectos de la existencia de un sistema jurídico es el cumplimiento (de los

jueces y/o de los ciudadanos), queda en pie todavía si ese cumplimiento debe hacerse por algún motivo especial o no [voy a tratar indistintamente el cumplimiento (relativo a conductas de los ciudadanos) y la aplicación (relativo a la conducta de los jueces)]. Sobre la eficacia como aplicación, véase HIERRO, 2003: 239 y ss].

Hierro ha sostenido que los posibles motivos de obediencia a las normas jurídicas serían cinco: por temor a la sanción, por utilidad, por respeto al orden jurídico, por respeto a la autoridad y por adhesión (HIERRO, 2003: 74). Comentaré muy brevemente estos distintos motivos. Además, indagaré acerca de la presencia de un motivo adicional, que sería el de obedecer por razones convencionales, que no parece coincidir exactamente con ninguno de los anteriores.

El cumplimiento por temor a la sanción es el que se suele considerar más afín a la tarea motivadora del derecho. Es emblemática, en este sentido, la conocida posición de Hans Kelsen, al elevar a rasgo definitorio del derecho, entendido como técnica social de motivación, la amenaza de sanción (KELSEN, 1945: 22). Como es sabido, que el derecho emplee una técnica de motivación indirecta, a través de la amenaza de sanción para el caso de incumplimiento de sus normas, es lo que caracteriza a los sistemas jurídicos frente a otros sistemas normativos, como la moral crítica, que serían técnicas de motivación directa. Simplificando: uno cumple con la moral crítica simplemente porque es su deber, no por temor a la sanción. La cuestión, entonces, es si este primer tipo de eficacia como cumplimiento es el relevante para lo que aquí interesa.

No faltarían argumentos para defender esta posición. Al fin y al cabo, ¿para qué amenazar con sancionar el incumplimiento si uno no creyera que dicha amenaza motivará la acción? Hierro relaciona esta perspectiva no sólo con Kelsen, sino también con Max Weber y con la teoría de la elección racional, ya que evidentemente el establecimiento de una sanción supone, generalmente, un coste que el sujeto racional no puede obviar. Como muy bien pone de relieve este autor, sin embargo, dicha teoría

dista mucho de ser ideológicamente neutral (cfr. HIERRO, 2003: 100 y ss.).

Ahora bien, del hecho de que sin lugar a dudas *en algunos casos* el temor a la sanción motive el cumplimiento, no se puede inferir que sea el único motivo que lo haga, ni aún (lo que aquí más nos interesa) que sea el único motivo relacionado con la existencia de un sistema jurídico (en el mismo sentido, véase, por ejemplo, VON WRIGHT, 1963: 139).

Y ello, al menos por dos razones. La primera razón, porque hay normas en los ordenamientos jurídicos que podría decirse que, *en algún sentido*, motivan el comportamiento de los destinatarios hacia su cumplimiento, pero no establecen sanciones (este sería el caso de las normas permisivas, acerca de las cuales diré algo más adelante). La segunda razón, porque existen otras formas plausibles en las que la existencia de las normas jurídicas pueden motivar el cumplimiento del derecho, como las que veremos seguidamente.

Una segunda motivación para cumplir lo dispuesto en las normas jurídicas es la de obedecerlas por la utilidad que nos prestan. El cumplimiento de las normas jurídicas, en ocasiones, puede ahorrar los quebraderos de cabeza inherentes a la toma de ciertas decisiones, así como evitar costes de negociación. En estos casos, el cumplimiento puede consistir perfectamente en acciones mecánicas o imitativas, pero no irracionales. Sería, como dice Hierro, una actitud propia de un utilitarista de reglas en segundo grado: asumiríamos, inconscientemente quizás, una regla según la cual en la mayor parte de las situaciones cotidianas es útil seguir una regla vigente (HIERRO, 2003: 109). Geiger, como recuerda Liborio Hierro, ha hablado de la costumbre (racional) de seguir las normas vigentes (cfr. GEIGER, 1982: 143).

Ante la cuestión, sin embargo, de si el cumplimiento por ese motivo es lo que hay que exigir en relación con el tema que estamos tratando, parece que la respuesta no se puede alejar mucho de la dada respecto al motivo anterior. Su ausencia no privaría al sistema de existencia, pero su presencia no impide la coexistencia con los demás motivos.

En este punto podría encajar tal vez el cumplimiento por coordinación, propio de lo que podríamos denominar razones convencionales. En efecto, las convenciones en sentido técnico surgen para resolver problemas de coordinación y en este sentido nos aportan utilidad (Cfr. LEWIS, 1969). Visto desde esta perspectiva, el hecho de que los demás cumplan con lo dispuesto en una norma jurídica es una razón para cumplirla (que, por supuesto, podría decaer en nuestro balance de razones, por ejemplo, por ser contraria a una razón moral), ya que refuerza las recíprocas expectativas del cumplimiento. Su posible alcance lo veremos algo más adelante, cuando lo relacionemos con el argumento de la autoridad.

Un tercer motivo para cumplir con las normas jurídicas es por respeto al sistema jurídico. Éste sería un estímulo que se relaciona con la interiorización que se da en todos los participantes en un proceso de socialización. Por ello se afirma que, en realidad, es la motivación más extendida de cumplimiento, mientras no nos hallemos frente a circunstancias excepcionales. Estas circunstancias serían básicamente dos: que las normas jurídicas en cuestión entraran en conflicto con nuestros intereses o que fueran contrarias a nuestros valores morales. En ambos casos, ese motivo tan extendido de cumplimiento podría ceder y dar lugar al incumplimiento. Ahí entraría en juego de nuevo el motivo de cumplimiento por temor a la sanción y, como dice Hierro, probablemente jugaría un papel distinto en ambos casos de conflicto. Si el conflicto es entre el autointerés y el respeto al ordenamiento jurídico, la sanción jurídica tendría un efecto disuasorio mayor que si el conflicto se produce entre éste último y los propios valores morales (HIERRO, 2003: 120).

A veces se alude a la existencia de la autoridad como otro motivo para cumplir con las normas jurídicas. Al respecto, podría decirse lo siguiente. En el caso de que se considere como autoridad sencillamente a quien ostenta el monopolio de la fuerza física en una determinada sociedad (un concepto de autoridad, en suma, desprovisto de cualquier referencia a aspectos

de legitimación o de legitimidad), entonces este motivo se equipararía al anterior. Si, por el contrario, se piensa en la autoridad legítima, en el sentido de que los ciudadanos creen en general en su legitimidad, entonces podría decirse que, aunque pueda parecer paradójico, la legitimación (la creencia en la legitimidad moral de los gobernantes) no es ni condición necesaria ni suficiente del cumplimiento de las normas de un sistema jurídico (en este punto coinciden, por ejemplo, REDONDO y NAVARRO, 1991: 232 y HIERRO, 2003: 122).

No es condición necesaria, porque se puede dar el cumplimiento por uno o más de los restantes motivos que estamos analizando; no es condición suficiente, puesto que, a pesar de que alguien crea que la autoridad es legítima, puede incumplir una norma concreta, bien porque lesiona sus intereses, bien porque la considera inmoral, bien por ambas razones.

Sin embargo, no hay que confundir lo anterior con otra pregunta, que es la relativa a si la creencia en la legitimidad es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico. Ante esta cuestión cabe decir lo mismo que frente a los demás motivos de cumplimiento. No parece que deba darse necesariamente, pero también es plausible considerar que un conjunto más o menos extenso de los destinatarios de las normas las cumplirán por ese motivo.

Llegados a este punto es el momento de indagar si la eficacia como condición de existencia de los sistemas jurídicos implica necesariamente la presencia de razones convencionales. Si admitimos, como parece razonable, que pueden cumplirse las normas jurídicas por los distintos motivos que estamos examinando, y no sólo por uno de ellos, entonces no parece que la existencia de razones convencionales (concretado en cumplir las normas porque los demás lo hacen) sea una condición necesaria de la eficacia general de las normas. Tal vez pueda ser considerada, en cambio, una condición suficiente. Lo sería si se entiende que bastaría con que los ciudadanos y las autoridades cumplieran las normas por razones puramente convencionales para considerar que se da tal eficacia. No está claro en estas circunstancias

si la vinculación conceptual, acerca de la cual hablé en el apartado 2, podría hacerse a través de este tipo de razones, aunque algunas de ellas son precisamente muy parecidas a las que trata Raz al hablar de su concepto de autoridad.

Hay aquí, pues, teniendo en mente el argumento de la autoridad al que aludí en su momento, dos cuestiones diversas a las que hay que dar contestación.

En primer lugar, es preciso establecer si la eficacia relevante en esta sede es la coincidencia o el cumplimiento. La respuesta a este interrogante es clara: para quien sostenga la vinculación conceptual entre autoridad y obediencia, no puede bastar con la mera coincidencia entre las acciones de los destinatarios de las normas y lo dispuesto en éstas. Recordemos que, según el mencionado argumento, la autoridad es tal no debido a que los destinatarios conociendo las normas hacen lo dispuesto en ellas, sino debido a un motivo especial: lo hacen *porque* provienen de la autoridad. De ahí, que lo que exige el argumento de la autoridad es una eficacia como cumplimiento.

En segundo lugar, una vez centrados en el ámbito de la eficacia como cumplimiento, cabe preguntar si existe un motivo privilegiado de entre los que estamos viendo. En este punto, parece que sostener el argumento de la autoridad implica defender que el motivo de obediencia que no puede dejar de darse (ya que se aceptaría que la vinculación entre autoridad y obediencia es conceptual) es justamente uno que estaría a caballo entre el segundo y el tercero de los motivos que recoge Hierro, mientras que los demás, serían puramente contingentes (está claro que no hay por qué llegar a esta conclusión, si uno pone en duda la razonabilidad del concepto de autoridad que proviene de Raz). En todo caso, no parece que sea necesario que la motivación sea convencional, en el sentido de que los destinatarios cumplan lo dispuesto por las normas porque los demás lo hacen.

El último motivo para obedecer las normas jurídicas sería el de la adhesión a lo dispuesto en ellas. En este caso, se obedecería una norma porque su contenido coincide con nues-

tros valores morales. Esta circunstancia, de generalizarse, podría conducir, como dije anteriormente, a la paradoja de la superfluidad del derecho, pero aquí lo que interesa ahora es preguntarnos acerca de si esa adhesión constituye un requisito necesario para la existencia de un sistema jurídico [Como es sabido, Nino alude a esta paradoja en contextos de justificación (véase NINO, 1994: 131), pero Hierro la extiende también a ámbitos relativos a la motivación de conductas, que es en el que aquí nos estamos moviendo (HIERRO, 2003: 125)].

La respuesta ya clásica a este interrogante es la de Hart, y que ya hemos visto. Este autor distingue entre la condición que se exigiría a los ciudadanos particulares y la que se pediría a los funcionarios. Sobre la aplicación del derecho como práctica social y la existencia de la regla de reconocimiento ya me he extendido sobradamente en capítulos anteriores. Veamos someramente la exigencia de la eficacia de las normas en relación con las conductas de obediencia de los ciudadanos.

Coincido con Hierro en que en esta cuestión Hart es más claro que en la otra. Lo que nos dice Hart es que en una “sociedad saludable” los ciudadanos aceptarán realmente las normas como pautas de conducta reconociendo la obligación de obedecerlas. Esto nos indica, primero, que es *deseable* que sea así, puesto que constituiría un indicio de buena salud. En este punto, a pesar de la mencionada “claridad”, no interpreto lo mismo que Hierro, el cual equipara “sociedad saludable” a “sociedad normal”. Me parece que el adjetivo “saludable” incorpora un juicio de valor del que carece la expresión “normal”, que haría referencia a una cuestión estadística, para cuya determinación se requeriría un estudio empírico. Además, al decir que ese rasgo es propio de sociedades saludables (signifique esto lo que signifique), Hart da a entender, *a sensu contrario*, que existen otras sociedades (las no saludables) que no gozarían de la adhesión generalizada por parte de sus ciudadanos y a pesar de esta circunstancia tendrían un sistema jurídico eficaz. Y, por último, ello es corroborado explícitamente por el autor cuando afirma que cada uno de los

ciudadanos puede obedecer “por su cuenta y por cualquier motivo”. Lo que hay que extraer de todo ello es que la obediencia por adhesión de los ciudadanos particulares no es tampoco condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico.

Como conclusión de lo dicho en este apartado puede afirmarse lo siguiente:

1. En principio, ninguno de los motivos que hemos examinado hay que considerarlo privilegiado a la hora de fundamentar la existencia de un sistema jurídico, aunque uno o más de ellos deben darse en mayor o menor medida, ya que dicha existencia requiere, por las razones que hemos visto, cumplimiento de normas, y no sólo coincidencia. Esta circunstancia se puede expresar de este modo: ninguno de los motivos examinados es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico, pero sí que lo es la disyunción inclusiva de todos ellos.

2. Si se acepta el argumento de la autoridad, entonces los motivos que estarían entre el segundo y el tercero de los mencionados sí que serían condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico, pues las normas se cumplirían porque lo ha dispuesto así la autoridad. La presencia de las demás motivaciones sería, así, contingente.

3. Otro motivo que no se corresponde exactamente con los expuestos por Hierro sería el de actuar movido por razones convencionales. Sin embargo, no parece que esta motivación sea necesaria, por los argumentos que acabamos de ver. En cambio, la presencia de razones convencionales es indispensable para predicar la existencia de la regla de reconocimiento, que sería la otra condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico (Cfr., al respecto, VILAJOSANA, 2007: capítulo II).

## 5. EL PROBLEMA DE LA MEDICIÓN

Una de las dificultades que presenta la eficacia en general y la eficacia como cumpli-

miento, en particular, es la de cómo realizar su medición. Los teóricos del derecho que se han ocupado de la cuestión acaban aludiendo, tal como he hecho aquí también, a que se cumplan las normas de manera general, lo cual obviamente no es muy preciso (aunque con matices distintos, este mismo planteamiento puede hallarse en AUSTIN, 1832: 195 y 202; KELSEN, 1960: 224; HART, 1961: 129 y VON WRIGHT, 1963: 139). A pesar de ello, es seguramente lo único de lo que podemos disponer, como veremos a continuación.

Ha habido intentos de profundizar en la medición, como el de Pablo Navarro (NAVARRO, 1990: 23, 71-72), pero siempre chocan con los mismos obstáculos. Hierro ha utilizado algún ejemplo significativo para poner de relieve la inutilidad de tales esfuerzos. Si la característica de la generalidad se interpreta como la mitad más uno de los sujetos y de las ocasiones de cumplimiento, se pueden llegar a conclusiones contraintuitivas. Y si no es esa la interpretación, habrá que proponer algún otro tipo de mayoría, cuya justificación no será fácil. No es este el único problema que plantea la medición de la eficacia. Si se entiende que no todas las normas valen lo mismo a estos efectos, entonces para saber qué es lo que hay que medir, primero es preciso saber qué conjunto de normas son más relevantes y ello no es tan sencillo (Cfr. INGRAM, 1988). Limitémonos, sin embargo, a recordar el ejemplo del saludo militar que pone Hierro para mostrar que la idea de la mayoría simple no funciona.

Imaginemos un cuartel militar de 100 soldados y 20 oficiales y una norma que impone la obligación a los soldados de saludar de la forma debida cada vez que se encuentran con alguno de sus jefes. Supongamos, además, que tales encuentros entre soldados y jefes se producen 100 veces al día. Se podría decir que si todos los soldados saludan en la forma debida en todas las ocasiones se habrán producido 10.000 saludos en la forma debida. En este caso, la norma sería absolutamente eficaz, porque la conducta requerida se realiza el 100% de las ocasiones en que debe realizarse. Así, el índice de eficacia sería el resultado del

número de conductas conformes, dividido por el número de sujetos y multiplicado por el número de ocasiones. En el ejemplo citado, sería  $10.000/100 \times 100 = 1$ .

Ahora imaginemos que 80 soldados cumplen con lo dispuesto en la norma en 80 de cada 100 ocasiones y que 20 soldados saludan en la forma debida en 30 de cada 100 ocasiones. El índice de eficacia en este caso sería:  $(80 \times 80) + (20 \times 30) / (100 \times 100) = 0,7$ .

Como dice Hierro, “el índice no resulta muy bajo, aunque sospecho que cualquier militar profesional afirmarí que la disciplina está muy relajada en ese cuartel” (HIERRO, 2003: 78-79).

Si a este mismo ejemplo, le aplicamos la idea de que basta el 51% de cumplimiento para que la norma sea eficaz, el resultado todavía es más desolador. Supondría que 51 de los 100 soldados cumple con la norma en 51 ocasiones de las 100 posibles. El índice de eficacia que se obtiene en este caso es de sólo el 0,26  $(51 \times 51 / 100 \times 100)$ . Como remacha Hierro, “esta vez no sólo los militares profesionales, sino cualquier observador sensato afirmarí que la disciplina es inexistente en el cuartel” (HIERRO, 2003: 136).

La conclusión no puede ser otra que la que extrae este autor: “no hay criterio de carácter general que permita una medida común del cumplimiento de las normas jurídicas que pueda resultar significativa” (HIERRO, 2003: 137). Y es que, como ya nos recordara Bentham, ningún método de contabilidad tiene mucho sentido (Cfr. BENTHAM, 1776).

A los anteriores problemas podrían añadirse otros no menos corrosivos: ¿Cómo deben contarse los casos de desobediencia? ¿Cómo debe contarse el número de oportunidades de obedecer al derecho? ¿Cuántas oportunidades de no cometer un homicidio tiene una persona durante un año? Y aunque se lograra establecer un método de contabilidad apropiado, que alguien deje de matar quinientas veces, cometa homicidio en una, y deje de pagar en tres ocasiones el impuesto sobre la renta, ¿eleva el por-

centaje de eficacia? Si es así, ¿en cuánto? (Cfr. RAZ, 1970: 243).

En definitiva, sólo quedará espacio para formulaciones más o menos vagas, aunque pueden resultar suficientes en relación con determinadas cuestiones como la que aquí nos ocupa.

Otra cuestión relacionada de algún modo con la medición es la de si no habrá que dotar de distinto peso a la desobediencia de unas normas en relación con otras. Parece que no todas las violaciones de normas jurídicas deben ser igualmente relevantes en relación con la existencia de un sistema jurídico. Por ejemplo, no es lo mismo el homicidio del Jefe del Estado que el homicidio de un particular. En esta misma línea, parecería razonable, en general, atribuir mayor importancia a las normas constitucionales en sentido material que a otras normas. La existencia de un sistema jurídico puede admitir un grado de desobediencia mayor de estas últimas, que de las primeras primeras. En consonancia con ello, en otro lugar he desarrollado la propuesta de pensar que la identidad de los órdenes jurídicos está en función de un criterio material, que tendría que ver en última instancia con la eficacia de normas, principios y estructuras de autoridad de carácter *político* (VILAJOSANA, 1997: Segunda Parte). Hay quien va más lejos y defiende que la determinación del grado de eficacia del derecho de una sociedad requiere un criterio de relevancia que vaya más allá de los aspectos formales y que integre consideraciones sociales y políticas, pero manteniendo que no puede establecerse un criterio general: cada sociedad tendría, así, su propio criterio (INGRAM, 1983: 501-502).

## 6. LA EFICACIA DE LAS NORMAS QUE NO SON MANDATOS

Hay autores que insisten en la importancia que para la existencia de un sistema jurídico tendría la eficacia de normas que no son man-

datos. Así, se preguntan: ¿qué ocurre con las normas que confieren facultades?, ¿no hay que tomarlas en cuenta en relación a la existencia de un orden jurídico? Piénsese en los países en los que votar es un derecho (no una obligación jurídica). Una abstención masiva en las elecciones parlamentarias de estos países ¿hay que considerarla menos relevante que un mitin público ilegal? (HART, 1961:140-146. En el mismo sentido RAZ, 1970: 245).

Y es que, en efecto, lo dicho hasta ahora sería aplicable a las normas prescriptivas o regulativas, y dentro de ellas tan sólo a las normas de obligación y de prohibición (que suelen denominarse mandatos). Quedaría por dilucidar si se puede hablar de eficacia, y en caso afirmativo en qué sentido, en relación con las normas permisivas (que suelen entenderse que junto a los mandatos completan la clase de las prescripciones) y de las normas constitutivas.

Hay que recordar que las *reglas regulativas o prescripciones* correlacionan un supuesto de hecho con una calificación normativa (con una acción humana considerada obligatoria, prohibida o permitida). En cambio, las *reglas constitutivas* atribuyen a determinado supuesto de hecho una determinada propiedad institucional. Si denominamos “casos genéricos” a la descripción de personas, objetos, acciones humanas o estados de cosas, presente en una norma (ya sea en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica) y “soluciones normativas” a las calificaciones normativas de una determinada acción humana, entonces cabe sostener que mientras las *reglas regulativas* correlacionan un caso genérico con una solución normativa, las *reglas constitutivas* correlacionan un caso genérico con otro caso genérico (Cfr. MORESO y VILAJOSANA, 2004, capítulo III).

Por lo que hace a estas últimas, no parece que tenga mucho sentido predicar su eficacia, al menos si se habla de eficacia como cumplimiento. Ahora bien, hay quien considera que no es tan descabellado predicar eficacia de estas normas, por lo que tal vez sea oportuno añadir algo más.

En un interesante trabajo, a caballo entre la teoría del derecho y la dogmática civilista, Delgado Echevarría ha afrontado el problema de la eficacia de las normas que no son mandatos. De una manera general, este autor sostiene que “una norma de permiso, una norma de competencia o una norma constitutiva es ineficaz si los demás sujetos impiden la acción permitida o las consecuencias de la situación adquirida y los tribunales no sancionan esta conducta” (DELGADO ECHEVARRÍA, 2006: 199). Como el propio autor indica, esta definición tiene sentido si la permisión (o la norma constitutiva) va acompañada del deber de otros sujetos de no impedir lo que se permite (o el estado de cosas que se desea alcanzar).

Pero, si esto es así, parece claro que de lo que se habla es de la eficacia (como cumplimiento) de los mandatos que acompañan a las normas que no lo son, pero no de la eficacia (como cumplimiento) de éstas. El mismo ejemplo que ofrece Delgado Echevarría llevaría a esta conclusión. La norma constitutiva que atribuye la mayoría de edad a quien cumple 18 años —nos dice— en términos de eficacia se podría analizar así: “es eficaz si en la mayor parte de los casos los mayores de dieciocho años son tratados como mayores de edad” (DELGADO ECHEVARRÍA, 2006: 199). Pero este ejemplo lo que muestra precisamente es que la eficacia que está en juego aquí es la de las normas de deber que acompañan a la norma constitutiva. Lo cierto es que, aunque se acepte la eficacia de aquéllas, este hecho no transforma en eficaz a ésta última.

Cosa muy distinta sería si habláramos en estos casos de la eficacia *como éxito*, por utilizar la terminología de Hierro, es decir, un concepto de eficacia relativo a si las normas sirven instrumentalmente para alcanzar el estado de cosas que la autoridad normativa propone (HIERRO, 2003: 160 y ss.). En este caso, podrían entenderse afirmaciones como las anteriores. O, incluso, alguna que realiza el propio Hierro en el sentido de sostener, por ejemplo, que una determinada regulación del matrimonio tendría poca eficacia, si nadie hiciera uso de las normas constitutivas que regulan

esa institución. Ahora bien, si efectivamente nos parece que esto es así, no es porque no se dé una eficacia como cumplimiento (según la propia definición del autor), sino porque la regulación de la institución matrimonial no se muestra exitosa, ya que presumimos que la autoridad normativa deseaba promover una determinada forma de convivencia en pareja, a la que tilda de matrimonio. Como él mismo nos recuerda, en esa hipotética sociedad quien no se ajustara a las reglas constitutivas del matrimonio no contraería matrimonio; en cambio, quien sí lo hiciera, contraería matrimonio. No hay una tercera opción, con lo que por definición, la eficacia (al menos como correspondencia) sería siempre igual a 1: nunca se puede dar un incumplimiento (HIERRO, 2003: 82).

Parece, pues, que cuando se defiende la posibilidad e incluso la oportunidad de hablar de la eficacia de las normas constitutivas se incurre en alguno de estos dos errores: o bien se está hablando de la eficacia como cumplimiento de *mandatos* que están relacionados con el estado de cosas que se puede conseguir a través de aquellas normas, o bien se hace referencia a la eficacia de las normas constitutivas, pero en este caso se trata de la eficacia *como éxito*.

¿Sucede lo mismo con las normas permisivas? En principio, diría que no hay diferencias significativas con respecto al análisis anterior. Cuando se habla de eficacia como cumplimiento, las normas permisivas parecen tener la eficacia garantizada. Si entendemos una norma permisiva como sinónimo de norma facultativa, entonces nos hallamos en realidad frente a dos permisiones, ya que “Facultativo *p*” es por definición equivalente a la conjunción entre “Permitido *p*” y “Permitido *no p*”. Como ha puesto de relieve Navarro (NAVARRO, 1990: 56), no tiene sentido predicar eficacia de las permisiones así entendidas, puesto que haga lo que haga el sujeto normativo (y, por razones lógicas, sólo puede hacer o bien *p* o bien *no p*) cumplirá con lo dispuesto en la norma facultativa (de nuevo, la eficacia sería siempre igual a 1). No obstante, al igual que sucede con las normas constitutivas, nos quedará el

recurso de hablar de la eficacia de las normas permisivas *como éxito*, pero este sentido de eficacia, con ser muy relevante para otras cuestiones, no lo es como condición de existencia de los sistemas jurídicos (por ejemplo, parece

prometedora la distinción entre permiso como tolerancia, permiso incentivado y simple permiso que puede encontrarse en DELGADO ECHEVARRÍA, 2006: 204-205).

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- AUSTIN, J., 1832: *The Province of Jurisprudence Determined* (W. E. Rumble, ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1995. Traducción castellana de PARAMO, J.R.: *El objeto de la jurisprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BENTHAM, J., 1776: *A Fragment on Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. Traducción castellana de J LARIOS, por donde se cita: *Fragmento sobre el gobierno*. Madrid: Sarpe, 1985. *Fragmento sobre el gobierno*. Madrid: Aguilar, 1973.
- BULYGIN, E., 1987: "Validez y positivismo", incluido en ALCHOURRÓN y BULYGIN: *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- CARACCILO, R., 1998: *Sistema jurídico. Problemas actuales*. Madrid: C.E.C.
- CONTE, A., 1968: voz "Norma fundamental", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, Torino: UTET.
- DELGADO ECHEVARRÍA, 2006: "Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles", *DOXA*, 29: 195-218.
- FERRARI, V., 1989: *Funciones del derecho*. Madrid: Debate.
- GUIBOURG, R., 1986: *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea.
- HACKER, P.M.S., 1977: "Hart's Philosophy of Law", en HACKER, P.M.S. y RAZ, J. (comps.): *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon Press.
- HARRIS, J.W., 1971: "When and why does the Grundnorm change?", *Cambridge Law Journal*, 29 (1), 103-133.
- HART, H.L.A., 1961: *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press. Traducción castellana de CARRIO, G.R.: *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
- HIERRO, L., 2003: *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel.
- HUGHES, G., 1971: "Validity and the Basic Norm", *California Law Review*, 59, 695-714.
- INGRAM, P., 1988: "Effectiveness", *ARSP*, vol. LXIX: 484-503.
- KELSEN, H., 1945: *General Theory of Law and State*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press. Traducción castellana de E. GARCÍA MÁYNEZ: *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM, 1949.
- 1958: "Der Begriff der Rechtsordnung", *Logique et Analyse*, vol. 3/4, 1958; traducción castellana: "El concepto de orden jurídico", en *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, México, Fontamara, 1991
- 1960: *Reine Rechtslehre* (2ª edición). Wien: Frans Deuticke. Traducción castellana de VERNENGO, R.J.: *Teoría pura del derecho*. México: UNAM, 1979.
- LEWIS, D., 1969: *Convention. A philosophical Study*. Oxford: Basil Blackwell.
- MORESO, J.J.; VILAJOSANA, J.M., 2004: *Introducción a la Teoría del derecho*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- NAVARRO, P., 1990: *La eficacia del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- NINO, C.S., 1994: *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona: Ariel.
- RAZ, J., 1970: *The Concept of a Legal System*. Oxford: Clarendon Press. Segunda edición de 1980, por donde se cita.
- 1986: *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- REDONDO, C. y NAVARRO, P., 1991: "Aceptación y funcionamiento del derecho", *DOXA*, nº 9: 225-233.
- RÓDENAS, A., 1996: *Sobre la justificación de la autoridad*, Madrid, C.E.C.
- ROSS, A., 1958: *On Law and Justice*. London: Stevens and Sons. Traducción castellana de CARRIÓ, G.R. por donde se cita: *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1963.
- SUMNER, L.W., 1990: *The Moral Foundations of Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- VILAJOSANA, J.M., 1997: *El significado político del derecho*. México: Fontamara.
- 2007: *Identificación y justificación del derecho*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons.
- 2010: *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons.
- VON WRIGHT, G. H., 1963: *Norm and Action. A Logical Enquiry*. London: Routledge and Kegan Paul. Traducción castellana de GARCIA, P.: *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos, 1971.



## RESUMEN

El presente trabajo pretende poner de manifiesto las principales implicaciones que en el sistema de justicia penal tiene la concepción significativa de la acción que Vives Antón formuló originalmente en la primera edición de los *Fundamentos del sistema penal* (1996) y ha precisado en su reciente obra *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos fundamentales*. En dicha concepción, el papel de dogma se atribuye a los principios constitucionales que rigen la totalidad del ordenamiento; de manera que así se afirma la prioridad de los derechos fundamentales y de las pretensiones de justicia y legitimidad (de validez) que de ellos derivan sobre cualquier pretendida ciencia.

Luchar por un sistema penal que haga efectivos los derechos fundamentales es, en realidad, el objetivo último que Vives persigue con su concepción significativa de la acción. Al entender el sentido como significado lingüístico, lo pretendido es situar en el núcleo del sistema penal el lenguaje, que es aquello en lo que los hombres coinciden y les permite entenderse porque coinciden en una forma de vida, la forma de vida que les hace iguales. Presupone una comunidad en la que es posible dialogar, argumentar, convencerse y, en suma, tratar al otro como sujeto y no como objeto. Y, desde el momento en que reconozco al otro como persona, de ahí se deriva como condición necesaria la vinculación de todo el ordenamiento jurídico a una serie de derechos inseparables de la condición humana de los que depende la corrección de cualquier pretensión de validez normativa.

## PALABRAS CLAVE

VIVES ANTÓN, DOGMÁTICA PENAL, DERECHOS FUNDAMENTALES, PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

## ABSTRACT

This study attempts to show the main implications for the criminal justice system of the meaningful concept of action formulated by Vives Antón in his *Fundamentos del sistema penal* (1996) and recently in his *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos fundamentales*.

In this concept, the constitutional principles governing the entire system are classed as dogma, and the priority of fundamental rights, and the pretensions of justice and legitimacy (validity) deriving from them, over any supposed science is affirmed.

Fighting for a criminal justice system that puts fundamental rights into effect is, in fact, the final objective Vives is pursuing with his meaningful concept of action. In seeing meaning as linguistic significance, what he is trying to do is to put language at the heart of the criminal justice system. It is language that brings people together, allowing them to understand one another because they coincide on a way of life: the way of life that makes them equals. This presupposes a community in which it is possible to have dialogue, to argue, to convince, and ultimately to treat others as subjects and not objects. And, from my recognition of others as people derives, as a necessary condition, the connection of the entire legal system to a series of rights that are inseparable from the human condition of those on whom the correctness of any pretension to normative validity depends.

## KEY WORDS

VIVES ANTÓN, LEGAL DOGMATICS, FUNDAMENTAL RIGHTS, CONSTITUTIONAL RIGHTS

# DOGMÁTICA, DERECHOS FUNDAMENTALES Y JUSTICIA PENAL: ANÁLISIS DE UN CONFLICTO

María Luisa Cuerda Arnau

Catedrática de Derecho Penal  
Universitat Jaume I (Castellón)

**Sumario:** 1. El Derecho Penal de la Sociedad del riesgo: Expansión y crisis. 2. El Contexto: el abuso del Derecho Penal, la flexibilización de los principios y la inutilidad de la idea de bien jurídico. 3. Algunas consideraciones sobre el papel de la dogmática. A. El objetivo declarado. B. El panorama resultante: el fracaso de la dogmática. C. La dogmática y sus consecuencias prácticas. 4. Nuevas perspectivas de fundamentación: La concepción significativa de la acción de Vives Antón. A. El Punto de partida: la hegemonía de la pretensión de justicia vs. la hegemonía de la pretensión de verdad. B. La concepción significativa de la acción: una reflexión acerca de los fundamentos del sistema penal. a) Una nueva perspectiva conceptual. b) Premisas y consecuencias: de la concepción significativa al primado de los derechos fundamentales. Nota bibliográfica

## 1. EL DERECHO PENAL DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO: EXPANSIÓN Y CRISIS

Las democracias occidentales sufren el empuje de todo un conjunto de factores vinculados a lo que Beck popularizó como “sociedad del riesgo”. A los indiscutibles nuevos riesgos surgidos del propio desarrollo tecnológico y económico se une la globalización de sus efectos, de manera que las catástrofes medioambientales o económicas reduplican su impacto. Esas nuevas realidades van asociadas a conflictos sociales de tipología muy compleja, al tiempo que los fundamentalismos de signo diverso cobran fuerza y se entremezclan en las procelosas aguas de la injusticia global y el te-

rorismo internacional. Frente a lo anterior, la política criminal europea —con la maltrecha Italia a la cabeza— se caracteriza por una profunda alteración de la función de la ley penal, que se pliega a las necesidades del sistema; hasta el punto de que, para cumplir los objetivos que aquél le marca, deja de servir como garantía del ciudadano y como límite al poder, al de los gobiernos o, sencillamente, al que de hecho ejercen los medios de comunicación. Esa tendencia presagia un mal futuro para los derechos fundamentales, de cuya efectiva vigencia depende la democracia misma, que por esa razón asiste a un resquebrajamiento de sus cimientos más profundos.

Y en todo este proceso la dogmática penal no es inocente. El llamado “Derecho penal del

enemigo” es solamente el mejor ejemplo de las nuevas tendencias pero ni es el único, ni, debido a su tosquedad, el más peligroso. Sin duda, ha llegado el momento de que los penalistas nos dejemos de adornar nuestras “investigaciones” con abalorios dogmáticos y nos pongamos a indagar en serio sobre la legitimidad del sistema penal.

## 2. EL CONTEXTO: EL ABUSO DEL DERECHO PENAL, LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y LA INUTILIDAD DE LA IDEA DE BIEN JURÍDICO

Ciertamente, la nota “social” que caracteriza al modelo de Estado diseñado por las Constituciones de nuestro entorno tiene la virtualidad de poner de manifiesto la existencia de intereses sobre cuya necesidad de protección no pueden hoy, a la luz de aquella idea, existir dudas. El Estado social, como Estado que pretende desarrollar un papel activo en la configuración de la sociedad, obliga a los poderes públicos —y así lo dice expresamente el art.9.2 de nuestra Constitución— a promover las condiciones que hagan real la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra.

Cosa distinta es, sin embargo, que sea al Derecho penal a quien le corresponda cumplir un papel promocional. Sin embargo, pese a lo discutible y peligroso que resulta concebir al Derecho penal como mecanismo de configuración social, hoy puede decirse que aquella “hipertrofia penal del Estado social” —según la afortunada fórmula que acuñara Frank en su *“Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt”*—, resulta hoy una realidad incontestable, pues, al amparo de la idea de aumentar los poderes estatales en aras de los fines sociales, se ha producido una expansión del Derecho penal de cuyos peligros ya nos advertía Hassemer hace veinte años. En el ya clásico *“Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”*, se lamentaba de que el derecho penal abandonase la cáscara liberal para pasar a ser un instrumento de

control de las grandes perturbaciones sociales o estatales, pasando de una represión puntual de concretas lesiones de bienes jurídicos a una prevención a gran escala de situaciones problemáticas. Por ello, insistía en que el Derecho penal se encontraba aquejado por lo que dió en denominar la “dialéctica de lo moderno”, caracterizada por tres rasgos fundamentales: a) la protección de bienes jurídicos se transforma de un principio negativo a uno positivo de criminalización; b) la prevención se convierte en el paradigma dominante; c) la orientación a las consecuencias se convierte en el objetivo predominante del derecho penal moderno, que, en consecuencia, margina la proporcionalidad y la retribución del injusto de la política penal.

Desde entonces, las cosas no sólo no han cambiado, sino que se ha acentuado lo que Vives denominó también hace ya más de dos décadas la “lógica del defensismo”, una “lógica de la prevención” claramente opuesta a la lógica de la libertad, desde cuya óptica los principios garantistas representan un obstáculo para hacer frente a las crecientes y difusas demandas de prevención asociadas a la idea de sociedad del riesgo que Beck ha enfatizado recientemente añadiéndole el adjetivo “global”.

En efecto, la profunda transformación que el Derecho penal ha sufrido en las últimas décadas está ciertamente vinculado a la mayor complejidad del escenario ante el que se enfrenta. La efectiva aparición de nuevos riesgos que aumentan exponencialmente en función del progreso técnico, convive con la aceleración de los ritmos económicos, con la liberalización de los mercados y, en suma, con cuantas características definen a la globalización, de la que, por cierto, la integración supranacional no es más que un aspecto concreto. Pero, junto a eso, la sociedad postindustrial es también la encarnación del fracaso del modelo del Estado del bienestar. Al desempleo o a la inestabilidad laboral vienen a sumarse fenómenos tan comprensibles como imparables cual son las migraciones y el conjunto de injustos efectos que de ordinario las acompañan. Exclusión social y enfrentamiento cultural son buena base para

que fructifiquen los fanatismos. La irrupción de fundamentalismos nacionalistas o religiosos y el peligro que representa el terrorismo internacional conforman un panorama nada alentador, en el cual junto a nuevas formas delictivas surge también un tipo de criminalidad distinto, caracterizado por las ideas de organización, poder económico y transnacionalidad. La sensación social de inseguridad (se corresponda o no con la existencia objetiva de los riesgos) y las demandas de seguridad (incluyendo la seguridad cognitiva) pueden servir para cerrar el círculo de fuego en el que el Derecho penal está llamado a cumplir una función sobre cuyo contenido y alcance existe cada vez menos consenso. El diagnóstico sobre la insostenible situación del derecho penal, según la ya clásica colectánea de la Escuela de Frankfurt, no puede llevarnos a desconocer que los retos ante los que el derecho penal se enfrenta exigirían dejar a un lado polémicas de tan limitados réditos como algunas de las que enfrentan a los defensores de la llamada modernización del derecho penal y a los partidarios del con sorna denominado discurso de resistencia.

Aún así, entre el desconcierto, el legislador penal sigue inmerso en su tarea y desde luego la desempeña a fondo, impulsando una hasta ahora desconocida expansión del derecho penal cuyas características han hecho saltar todas las alarmas y han motivado un fructífero debate sobre los fundamentos mismos de nuestra disciplina. Hoy más que nunca se reivindica la protección penal de cualesquiera bienes como una más de las prestaciones que el Estado social está obligado a ofrecer. Y, además, esa reivindicación encuentra en los medios de comunicación parte de su origen y, desde luego, el mejor canal para alentar lo que con acierto se ha caracterizado como el “populismo punitivo”

Tal cosa ha producido, al menos, tres grandes efectos: atribuir al derecho penal una función promocional, ampliar de forma alarmante la llamada función simbólica del derecho penal y, lo que es más grave, con ello se han sentado las bases de un derecho penal autoritario que no se ajusta a las exigencias de la democracia. Y

es que dicha expansión ha tenido lugar a costa de una relajación de los principios garantistas como vía para facilitar la consolidación y eficacia de un derecho penal funcional. Los tradicionales principios garantistas se hallan sometidos en el Estado social a tal suerte de tensiones que no es exagerado afirmar —como ya dijera Vives en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código de 1992— que asistimos a una auténtica “pugna de principios”.

Paradójicamente, los principios adquieren una función incompatible con su esencia limitadora de los excesos del poder y se invierte su sentido a fin de que legitimen la función promocional que al derecho penal se le asigna. Mucho es lo que se ha hablado —especialmente en Italia— de esta función promocional. En este sentido, se le ha configurado como instrumento que concurre a la realización del modelo, de los fines de promoción social prefigurados por la Constitución. Así se entiende que se haya mantenido la idea de que el legislador está obligado a penalizar los ataques a los bienes o intereses constitucionales más relevantes, con lo que el principio de prohibición de exceso y sus exigencias de intervención mínima y necesidad se invierte, perdiendo, como decía, su verdadero sentido. El reciente debate sobre el aborto ilustra suficientemente este extremo.

Con ello, de un lado, se olvida el carácter fragmentario y subsidiario que tradicionalmente se ha predicado del derecho penal y, consiguientemente, la idea que subyace a ambas manifestaciones del principio de proporcionalidad: la de que una sociedad transformada por medio de la pena se convierte en una insoportable tiranía. De manera que, igual que se ha hablado de la “hipertrofia jurídico penal del totalitarismo”, no hay que olvidar la posibilidad de una perversión totalizadora del Estado Social. De otro lado, merece destacarse que esta huida al derecho penal tiene mucho de coartada ideológica que “exonera” al Estado de acudir a otras vías, más adecuadas para resolver los problemas estructurales pero, sin duda, más onerosas que el fácil recurso al Derecho penal. Y este peligro es, en efecto, ma-

yor en épocas de crisis social e institucional, en las cuales se sobrevalora deliberadamente la potencialidad promocional del Derecho penal, pues, de entre todas las normas, son las penales las que tienen mayor aptitud para servir como vehículo de mensajes tranquilizadores, pedagógicos, persuasivos y, en última instancia, simbólicos.

Ciertamente, como se apuntó, otra de las notas problemáticas que caracterizan el derecho penal contemporáneo es el riesgo de que éste quede reducido a una pura función simbólica, que acaba por producir un efecto deslegitimador del mismo. Naturalmente, no se está queriendo aquí hacer cuestión del hecho incontestable de que toda norma penal va acompañada de cierta función simbólica, siquiera solo sea porque la simple tipificación y la amenaza de la pena actúa sobre el cuerpo social estigmatizando la conducta sancionada y despierta en aquél la conciencia acerca de la importancia del bien a que la norma se refiere, efecto que contribuye a la protección del mismo. El problema no es, por tanto, el que las normas penales produzcan lo que Díez Ripollés denominara efectos expresivo-integradores, sino, como también dijera este autor, el que se haga un uso de los mismos patológico y ayuno de legitimidad en la medida en que no se acomoda a las decisiones político criminales que fundamentan la pena. Eso es lo que sucede cuando se dictan normas que no están destinadas a prevenir comportamientos dañosos o peligrosos y cuya razón de ser va desde el intento de calmar la alarma social hasta la demostración de que quien actúa es un Estado fuerte y decidido, lo que, sin duda, resulta a largo plazo destructivo en la medida en que esos déficits de aplicación —en general, de funcionamiento— conducen a que el derecho penal y la Administración de Justicia pierdan fiabilidad y ello produzca el efecto inverso al deseado al minar la confianza social en los instrumentos jurídicos.

A la luz de lo expuesto, resulta casi una obviedad decir que las “necesidades” de un derecho penal de esas características no conocen límites. Es más, las funciones que pretende

asumir lo hacen incompatible con límite garantista alguno. Por ello, acertadamente se ha hablado de la “desformalización” como uno de los caminos de funcionalización en sentido utilitario del Derecho penal. Los instrumentos concretos que a tal fin vienen siendo utilizados son diversos; no obstante, todos ellos coinciden, por una parte, en el hecho de servir a lo que, asumiendo la expresión utilizada por Vives Antón, he denominado “lógica del defensismo” y, por otra, en incidir negativamente en las garantías tradicionales del Estado de Derecho, hasta el punto de tener que preguntarnos seriamente sobre la deriva autoritaria del nuevo derecho penal.

En efecto, las exigencias materiales del principio de legalidad no se concilian bien con la orientación predominantemente preventiva que preside la “lógica del defensismo”. Desde esta óptica, lo más satisfactorio es una técnica de redacción de los tipos lo más flexible posible, capaz de adaptarse a lo que se ha denominado “necesidad de actuar” (*Handlungsbedarf*). De igual modo, las cláusulas generales son lo que más conviene a un derecho penal llamado a intervenir ante las cambiantes necesidades sociales. No es casual, por otra parte, que esa sea la orientación presente en los tipos —cada vez más numerosos— en que se contienen los llamados bienes jurídicos colectivos, bienes ante los cuales la teoría del bien jurídico se enfrenta con las conocidas dificultades y que son, sin duda, los más propicios a ser objeto de manipulaciones.

Asimismo, no es problema menor el recurso, cada vez más alarmante, a los delitos de peligro abstracto, que es —y ello no es casual— la técnica de tipificación preferida en los delitos que protegen los bienes colectivos. Y algo parecido podría decirse en relación con otra manifestación, quizá no tan obvia pero igualmente importante de ese derecho penal “máximo”, lo constituye el creciente aumento de los delitos omisivos. Al respecto, no hay que olvidar que, históricamente, ésta ha sido una técnica profusamente utilizada en las experiencias jurídicas autoritarias y, aunque hoy puede entenderse como una técnica sanciona-

toria en función promocional, no por ello deja de ser expresión de una tendencia del Estado a asumir un modelo intervencionista y no ya democrático y participativo. Como he tratado de exponer en el trabajo que aparece en el homenaje al Dr. Vives, la evidente ampliación de la comisión por omisión más allá de lo que autorizan el texto legal y los principios constitucionales es, a fin de cuentas, simple reflejo de lo anterior.

Para terminar, baste insistir en los peligros que un derecho penal de esas características representa desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Así es en la medida en que, ni la creación de nuevos tipos, ni la agravación de la pena de los ya existentes responden a las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Sobre el alcance de tal principio he disertado en otros trabajos en los que he puesto de manifiesto que un derecho penal que lo deje de lado vulnera cuantas exigencias se vinculan al referido principio constitucional. Nace al margen de la exigencia de necesidad, arrumba el carácter de “última ratio” y llega al extremo de hacer del derecho penal la “prima ratio” e, incluso, si se me permite la expresión, la “única ratio”. En realidad, se margina la idea misma de bien jurídico y se olvida que el bien jurídico es el primer tópico de la argumentación en torno a la validez de la norma, un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad que obliga a concluir que no es suficiente con que determinadas conductas produzcan de hecho un daño social. Es preciso, además, que el ordenamiento pueda racionalmente considerarlas lesivas, lo que exige rechazar las concepciones del bien jurídico en términos de objeto —inútiles para servir de límite a un legislador empeñado en abusar del derecho penal— y pasar a concebirlo en términos de justificación. Quiere decirse con ello que no basta con resaltar el carácter nuclear que el bien jurídico ocupa en la legitimación del castigo, cuestión sobre la que no parecen existir dudas. El problema reside, más bien, en la incapacidad de las diversas concepciones acerca del mismo para servir de límite al le-

gislador o, como decía tímidamente Roxin en la última edición de su Tratado, en el escaso rendimiento que el concepto ha dado. Pese a todo, no se trata de renunciar al bien jurídico —o de disolverlo al modo de Jakobs— sino de plantear la cuestión en términos distintos. Abandonar su contemplación en términos de concepto— material o formal —y hacerlo en términos de justificación es la propuesta de Vives Antón, quien ya en la primera edición de los *Fundamentos* sugería configurar el bien jurídico desde una perspectiva procedimental, cuestión en la que ha profundizado en el capítulo XVIII de su reciente obra *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos fundamentales*. Bajo el título “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico” el autor insiste en la inadecuación —y no mera insuficiencia— de los planteamientos tradicionales. Concebir el bien jurídico en términos de justificación y no en términos de objeto, comporta considerar no sólo el daño que determinadas conductas pueden de hecho producir, sino también tomar en cuenta si el mal que irrogan está constitucionalmente justificado —lo que impediría seguir reconociendo un bien en las normas prohibitivas— o, incluso si aún irrogando un daño carente de justificación es legítimo recurrir a la pena o a determinada medida de pena. No basta perseguir una finalidad legítima. Se requiere de una justificación ulterior que lo legitime, no ya *prima facie*, sino definitivamente.

Ese modo de encarar el problema puede ser, a mi juicio, nuestro más fiel aliado a la hora de poner de manifiesto el déficit de legitimidad que se advierte en algunas de las alternativas que mayor calado están teniendo en la realidad jurídica del conjunto de países democráticos, donde se consolida la idea de que ante determinados fenómenos criminales es legítimo reaccionar con una suerte de legislación de guerra (la “guerra” contra el terrorismo, contra el narcotráfico o contra la delincuencia sexual, especialmente). Lo más grave es, como decía, el éxito que cosechan tales propuestas de legitimación, cuyo origen hay que verlo en el hecho de ser las que mejor responden no ya al

aseguramiento de los bienes a costa de la seguridad jurídica, sino, sobre todo, a la necesidad de gozar de seguridad cognitiva, aunque lo sea a costa de la libertad. La seguridad —entendida como seguridad material y no como seguridad de la libertad— se concibe como un valor autónomo y como derecho fundamental del individuo que los Estados deben garantizar, tanto por la vía del adelantamiento de la punibilidad, del incremento de las penas o, en fin, a través de la relajación o supresión de garantías procesales individuales. El llamado “derecho penal del enemigo” como construcción que se opone al derecho penal del ciudadano es, sin duda, el mejor exponente del vendaval que amenaza con tumbar el edificio del sistema penal democrático.

Con todo, no es esta la construcción más peligrosa, ya que la rudeza de sus primados más básicos genera de manera natural el rechazo de la misma como estrategia global. Lo verdaderamente peligroso es que la ideología autoritaria que está a la base de aquella forma de concebir los fines del derecho penal se infiltra de manera casi imperceptible en los procesos legislativos de los Estados que se autodenominan demócratas. Por limitarnos a nuestros propios pecados, baste pensar en las dos últimas propuestas de reforma del Código penal. El contenido del Anteproyecto de Código penal de 2008 es, qué duda cabe, una buena muestra del triunfo de ese derecho penal propio del Estado autoritario, el que incrementa irracionalmente las penas, el que teme a la libertad y desconoce que los principios liberales pertenecen a la esencia del sistema democrático. El proyecto de 2009 es ciertamente mejor que su precedente pero se considera —y es— tan heredero del anterior que no se ha estimado necesario someterlo a los preceptivos informes del Consejo General del Poder Judicial ni al Consejo Fiscal. Por tanto, podrían reproducirse las críticas que a aquél se le hicieron en relación con el modelo de política criminal que defiende, una política criminal que endurece la reacción al margen del aumento de la criminalidad y de la eventual eficacia preventiva de las nuevas o incrementadas penas, que crea

delitos estigma para los que se establecen presunciones de peligrosidad o reglas específicas en sede de ejecución o en materia de prescripción y que, en fin, aborda la reacción frente al delito como si se tratase de la satisfacción de una demanda cualquiera de bienestar y seguridad material.

Claro está que, como les he oído decir a queridos colegas, la lógica de la política y la lógica de la legalidad son cosas bien distintas y que confundir ambas es un error grave. Pero eso nada tiene que ver con la función que nos compete. A la doctrina le corresponde, ante todo, poner de manifiesto que la lógica de la política sólo puede actuar legítimamente dentro de la lógica de la justicia y que eso implica, entre otras cosas, la imposibilidad de que coexistan un derecho penal del ciudadano y una legislación de guerra o, si se prefiere, de excepción permanente. Y le corresponde también oponerse a fabricar construcciones destinadas a convertirse en un instrumento de legitimación de estos modelos cuando no en cómplice servil de sus excesos. Eso es, a mi juicio, una parte importante de lo que cabe exigir a la dogmática

### 3. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PAPEL DE LA DOGMÁTICA

#### A. EL OBJETIVO DECLARADO

Sería injusto afirmar que la doctrina penal en su conjunto vive al margen de la preocupante realidad que acaba apenas de esbozarse líneas atrás. La doctrina no sólo es consciente de ello, sino que, al menos un número nada desdeñable de sus integrantes, advierte de los serios peligros que acechan tras semejante concepción de la función y fines del derecho penal. El problema, sin embargo, es si la dogmática penal moderna está, en realidad, en las mejores condiciones para hacer frente a un embate de esas características. Personalmente, creo que no.

Comencemos por constatar el fracaso de su inicial propósito, que no fue otro que disipar las inseguridades de la exégesis. Desde que Von Liszt le diera carta de naturaleza ese fue el objetivo de la dogmática penal moderna, que, para ello, se dotó —o creyó dotarse— de un estatuto científico del que debía derivarse de manera natural una respuesta segura para cada uno de los diferentes problemas interpretativos. A tal efecto, parecía imprescindible reconducir las distintas descripciones típicas a un esquema unitario, de manera que esa sistematización permitiera entenderlas de un modo unívoco y congruente.

El primer sistema unitario viene dado por la idea de causa, que parece una idea básica, universal e indiscutible. Las acciones reguladas por las normas son procesos causales. La idea de causa se adopta como procedente de la ciencia e, incluso, de la lógica, pues todo tiene una causa y, por tanto, todo puede explicarse por sus causas. A lo que remiten, por consiguiente, las descripciones típicas es a un mundo “físico” regido por causas y efectos e impulsado por una voluntad cuyo contenido no interesa. Lo único que en las dogmáticas causalistas caracteriza a las acciones frente a los acontecimientos naturales que carecen de sentido es un *impulso* de la voluntad que, más allá de poner en marcha las fuerzas de la naturaleza, no desempeña función alguna y no puede, por tanto, contribuir al esclarecimiento del sentido de las diversas acciones.

Así las cosas, el peso de ese esclarecimiento recae sobre el acontecer externo, que, sin embargo, no siempre está en condiciones de establecer el sentido de la acción. No puede hacerlo, desde luego, ni en las omisiones, ni en el conjunto de acciones que usualmente consideramos definidas por reglas, ya sean jurídicas (prevaricar) o sociales (injuriar). Mucho se ha escrito sobre la incapacidad del concepto causal de acción para cumplir las funciones asignadas al concepto de acción y más concretamente las funciones clasificatoria —ante la incapacidad de dar entrada a la omisión— y definitoria, pues descrita como proceso neutro no está en condiciones de servir de sustrato al juicio de

desvalor o de reproche. No es este el momento de extenderse sobre el particular, pues, a fin de cuentas, sólo se trataba de poner de manifiesto que la concepción de la acción de las dogmáticas causalistas no es que no resuelva es que no *puede* resolver el principal problema que se le plantea a toda dogmática, que es, claro está, el de saber cuándo la conducta puede subsumirse en el tipo, lo que exige desvelar el sentido de las acciones típicas, algo inasequible desde la concepción causal.

El finalismo intentó cubrir el déficit que en orden a la determinación del sentido de acción presentaban las dogmáticas causalistas. A tal fin, se entendió que el sentido no está fuera, sino dentro. No puede radicar en los movimientos corporales impulsados por la voluntad, sino en el contenido de ésta. Hay que incluir en la idea de acción no sólo el impulso de la voluntad, sino su *contenido*, pues lo que hace de los movimientos corporales acciones es la intención que los dirige.

Precisamente por ello se ha dicho hasta la saciedad que la doctrina final fracasa en la imprudencia. Sin embargo, más grave que lo anterior es el hecho de que el finalismo haga radicar el sentido en un núcleo que es esencialmente indescriptible, ya que las intenciones no son objetos en la mente que uno pudiera describir. De un lado, carezco de acceso a la mente de los otros y, aunque la tuviese, parece obvio que el sentido no puede depender de la intención subjetiva, pues si cada uno no hace lo que parece que hace sino lo que pretende hacer ¿cómo pueden entenderse los tipos, si, al final, el sentido de las acciones se ajusta básicamente al querer de cada cual? ¿Cómo injuriar, por mucho que ese sea mi deseo, diciéndole a alguien que es inteligente? En la medida en que el sentido de las acciones es psicológico, el fracaso del finalismo no afecta sólo a la imprudencia sino que es *total*.

Por su parte, el concepto social de acción trata, ante todo, de salvar la objeción opuesta al finalismo en relación con las acciones imprudentes y por ello comienza por llamar a su doctrina final-objetiva por oposición a la final-subjetiva propuesta por Welzel. El sentido de

la acción ya no radica, pues, ni en el impulso de la voluntad, ni en su contenido sino en su significado social. Lo que nos permite interpretar ciertos hechos como acciones es que socialmente le damos ese sentido. Ahora bien, sucede que ese sentido comporta una decisiva referencia al sujeto pues sólo lo previsible y prevenible por éste se considera acción. El sentido social de la acción no es, pues, tan social como se propugna, ya que depende de ciertos estados que, cual la previsibilidad subjetiva, residen en la conciencia del sujeto. De ese modo, en primer lugar, resulta que la doctrina social de la acción disuelve el concepto de acción en el de realización del tipo, ya que para determinar el sentido social de las injurias, de las falsedades etc no ha de bastar la emisión de ondas ni los grafismos sobre el documento sino que desde el tipo de injurias o falsedades —que es la regla básica de interpretación establecida por la sociedad— se les pueda atribuir ese sentido. En segundo lugar, esa opción también implica, para la doctrina social, definir la acción desde la posibilidad subjetiva de ajustar la conducta a la exigencia de la norma. La intención o la previsibilidad subjetiva, el dolo y la imprudencia pasan a integrarse en la acción y, por tanto, constituyen momentos del injusto típico. La tipicidad y no la acción es la portadora de un sentido jurídicamente establecido, que sólo podrá imputarse al sujeto si actúa. Y no podrá decirse que el sujeto hizo esto o aquello, sino que puede imputársele tal o cual suceso porque es responsable de él. En suma, la doctrina social establece el sentido social al margen del lenguaje, esto es, no resuelve el problema del sentido en el plano de la acción sino fuera de ella, en el sistema, con lo que abre la puerta al pensamiento funcional

El funcionalismo, por su parte, descansa en una sociología holística para la que el dato primario es el sistema social o el conjunto de subsistemas sociales. Los diversos momentos del sistema penal —acciones, normas, sanciones, etc—, vienen determinados por el sistema social. A partir de ahí, las descripciones típicas son entendidas en términos de imputación. Con el funcionalismo se diluye la ontología,

pues los conceptos de objeto son sustituidos por conceptos de responsabilidad. La propia idea de acción desaparece. Puesto que el significado del actuar viene determinado por el subsistema jurídico, no importa tanto lo que el sujeto hace cuanto el significado que el subsistema jurídico le otorgue sobre la base de las competencias y responsabilidades que le haya previamente atribuido y de las exigencias funcionales. De ese modo, las acciones descritas por la ley pasan a convertirse en procesos imputacionales para cuya determinación basta con la infracción de ciertos deberes y la previsibilidad y evitabilidad de las consecuencias indeseables para el sistema. Con el funcionalismo, la dogmática describe un evidente círculo vicioso. Las descripciones típicas, cuyo cometido es delimitar el campo de la responsabilidad, son entendidas según conceptos de responsabilidad, de modo que la responsabilidad ya no está trazada por las palabras de la ley sino por las ideas que acerca de la responsabilidad misma profese el aplicador del derecho. Desde esa perspectiva, parece que la seguridad jurídica radique en encontrar criterios de imputación cada vez más sofisticados cuando lo cierto es que *disuelto el sentido de las palabras de la ley ha desaparecido toda garantía*.

Este rápido y elemental repaso por lo que ha sido la evolución del concepto de acción no tenía otra pretensión que mostrar adonde hemos llegado después de recorrer un largo camino, que se inició con el objetivo de resolver las dudas que suscitan los textos de la ley y al que se pone fin con perplejidades mayores que las que se trataban de salvar. La desazón del dogmático es hoy, con razón, mayor de lo que lo era hace cien años.

## B. EL PANORAMA RESULTANTE: EL FRACASO DE LA DOGMÁTICA

Si lo expuesto hasta ahora es correcto, hay que reconocer que la situación ante la que nos encontramos no es fruto de errores particulares atribuibles a una u otra concepción dogmática, sino producto directo de una confusión lógica que aqueja a todos los planteamientos

que recurren a la ciencia para encontrar soluciones al problema de la justicia penal, algo que ninguna teoría “científica” está en condiciones de proporcionar. La aplicación del derecho precisa determinaciones acerca de cuándo las reglas jurídicas se siguen correctamente y acerca de cuándo no, de modo que no estamos en el ámbito teórico de lo que se puede saber, sino en el práctico de lo que se *debe* hacer. La pretensión dogmática de que la ciencia diera respuesta a sus dudas comporta, pues, seguir una senda por la que no es posible llegar al anhelado destino.

La inadecuación del método empleado para alcanzar el objetivo propuesto es, por tanto, el primer problema del que adolecen nuestras sistemáticas. Lo pretendido es ofrecer una mejor y más segura aplicación del derecho pero resulta que para alcanzar tal objetivo recurrimos a un “lenguaje” pretendidamente superior, que se sobrepone a lo que dice la ley. Es así como una norma redactada en lenguaje común pasa a ser leída en “lenguaje” dogmático y, a partir de ahí, se extraen consecuencias impredecibles para el ciudadano con la consiguiente quiebra de la seguridad y la certeza en la aplicación de la ley.

La segunda dificultad que tienen nuestras sistemáticas para alcanzar su objetivo trae causa de su huida desde el concepto de acción hacia el concepto de responsabilidad. La pregunta por la acción se sustituye por la pregunta acerca de la responsabilidad. No se pregunta quien mató, sino quién es el responsable de la muerte. Pero, claro, para esta última pregunta existen tantas respuestas como opiniones acerca de la justicia material. La concordancia, el consenso, no es fácil cuando se trata de opiniones. La concordancia es posible en el lenguaje, no en las opiniones. Así pues, pese a las zonas de penumbra que indiscutiblemente tiene, carece de sentido desplazar la concordancia en el lenguaje por la discordancia en las opiniones, una discordancia, hay que subrayarlo nuevamente, contraria a la idea de previsibilidad consustancial al principio de legalidad.

El tercer problema que aqueja a las sistemáticas es la vanidosa pretensión de que nuestros conceptos y nuestras ingeniosas construccio-

nes puedan limitar al legislador. Sin embargo, resulta obvio que ni las sistemáticas, ni las estructuras objetivas se pueden imponer a aquél. Los límites sólo nacen de los principios y garantías constitucionales, que condensan derechos básicos de la convivencia en libertad.

Por último, no es menor la disfunción que genera la creencia de que el sistema nos dará explicaciones para problemas que son problemas políticos y constitucionales. La punibilidad o no de la tentativa inidónea o la extensión que la ley decida conferir a la comisión por omisión, por limitarme a dos ejemplos, no es un problema dogmático, sino un problema de hasta dónde quiero y hasta dónde puedo constitucionalmente castigar. Es, pues, un problema de discusión argumental. Al legislador puedo decirle que existían opciones más eficaces o que su decisión es inconstitucional pero lo que desde luego no puedo esperarle es que ha seguido una sistemática equivocada y, en su virtud, imponer ésta con independencia de lo que diga la ley.

Y, como decía al inicio, si ese diagnóstico es exacto, ni los dislates a los que asistimos, ni la solución a los mismos depende de que nos adscribamos a una u otra corriente. Es por eso que la crítica apenas esbozada no pretende desacreditar a nadie. Es una crítica contra el método de la dogmática, en la medida en que no puede haber ningún método “científico” que garantice la estabilidad en la interpretación de la ley.

### C. LA DOGMÁTICA Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

De cuanto se lleva dicho se deduce sin dificultad cuáles son esas consecuencias prácticas a que conducen las pretensiones dogmáticas de conceptualización. La cuestión es que éstas no son una especie de juego intelectual al que la doctrina se entrega, sino que impregnan las decisiones de nuestros tribunales, cada vez, por cierto, más inclinados a hacer —ellos también— “dogmática”. He oído a ilustres penalistas criticar la tendencia de los tribunales a hacer uso de construcciones dogmáticas para alcanzar un objetivo predefinido, ya sea am-

pliar, ya sea restringir la punibilidad en contra de lo que dice la ley. No voy a discutir que eso sea así. Sin embargo, el hecho de ser parte de “la doctrina” y el llevar más de diez años compartiendo estrados con jueces que procuran desempeñar bien su trabajo me obliga a asumir la responsabilidad que otros rehúsan. Habría que preguntarse quiénes han convertido el panorama en un supermercado de opiniones, abandonando para ello el contexto de uso en el que cobran sentido las palabras de la ley. Me interesa insistir en la responsabilidad de la dogmática porque lo cierto es que por la vanidad de ser únicos eliminamos cualquier posibilidad de consenso, creando un universo de teorías que sustituyen a otras teorías que pronto se verán desplazadas por otras que no son ni más ni menos convincentes pero sí son nuevas. Los jueces se han limitado a seguir nuestro ejemplo, sin reparar —eso sí— en que la impredecibilidad de sus decisiones tiene en la libertad del ciudadano un impacto del que carecen las diferentes opciones dogmáticas.

En suma, el resultado de tantos esfuerzos ha sido que hoy ha disminuido el grado de previsibilidad de las decisiones judiciales. Ni son fáciles de predecir desde los razonamientos dogmáticos, ni tampoco inferirlo de los precedentes jurisprudenciales, ya que la proliferación de teorías ha dado como fruto una jurisprudencia cambiante que se sirve de los planteamientos doctrinales como simples disfraces de una decisión previa.

#### 4. NUEVAS PERSPECTIVAS DE FUNDAMENTACIÓN: LA CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA DE LA ACCIÓN DE VIVES ANTÓN

##### A. EL PUNTO DE PARTIDA: LA HEGEMONIA DE LA PRETENSIÓN DE JUSTICIA VS. LA HEGEMONIA DE LA PRETENSIÓN DE VERDAD

Las presentes reflexiones traen causa de la convicción de que el origen del agravamien-

to de la crisis del Derecho penal en la actualidad proviene de la falta de efectividad de los principios constitucionales y del problema de cómo orientar todo el sistema penal a dichos postulados.

La articulación de tal premisa no es sencilla pero en todo caso, como ha propuesto Vives Antón, exige contemplar el delito desde una nueva perspectiva centrada en las pretensiones de validez de las normas. Ahora bien para tomarse en serio el concepto de validez práctica es preciso entender está no como una validez condicional, sino como una validez categórica, de manera que la racionalidad práctica en el sentido de Kant, la justicia en suma, pase a ser entendida, cual ha defendido Habermas o entre nosotros Jiménez Redondo, como ingrediente interno de la propia norma jurídica y, por tanto, del propio sistema jurídico. Al fundar la pretensión de validez de la norma en la razón práctica, se le dota de una pretensión de legitimidad que es interna a la norma misma y no puede darse por resuelta en virtud de un acto de autoridad, sino que queda entregada a la decisión deliberativa de los sujetos. O lo que es lo mismo, abandonar la pretensión de verdad y sustituirla por la pretensión de justicia implica reconocer que las normas no son meras directivas de conducta, sino que les es inherente una pretensión de validez que cabe enjuiciar en el marco de un proceso de argumentación racional

Ese punto de partida, obliga a rechazar cualquier sistemática que entienda la norma, exclusivamente, como mandato que no precisa para ser válido apelar a la racionalidad práctica, lo cual no sólo es algo consustancial a las clásicas tesis imperativistas, sino también al funcionalismo, pues esta posición dogmática —y muy especialmente el funcionalismo de Jakobs— se limita a cambiar el modo de referirse al mandato, que pasa a ser un “imperativo sistémico” cuyos fundamentos es algo que desde la perspectiva sistémica no tiene gran importancia. Así entendidos, los imperativos jurídicos son meramente relativos, la validez de la norma reside en el consenso empírico. A fin de cuentas, el derecho penal no está inmer-

so en un mundo de valores óptimos sino en un determinado sistema social, sin que a la “ciencia” del derecho penal le corresponda entrar a terciar en las valoraciones políticas.

Diametralmente opuesta a la anterior es la concepción de la norma que aquí se sustenta y que no es otra que la que ha defendido Vives Antón, quien, tras dejar claro que se rechaza un entendimiento exclusivo de la misma como una “decisión de poder”, subraya la condición de aquélla como directiva de conducta, si bien, concibiéndola como juicio de deber de carácter incondicional o categórico. En concreto, las normas penales contendrían mandatos jurídicos incondicionales, por cuanto no dependen de los fines que se persiga sino que la autoridad del contenido de ese mandato le viene dada de la razonabilidad de dicho contenido. En definitiva, puede decirse que la norma penal manifiesta una doble esencia, en tanto, cabe concebirla a la vez como decisión —o disposición—, de poder y determinación de la razón. Como ha dicho Jiménez Redondo, esta concepción va en contra “...de los desarrollos introducidos en ella (scil. en la norma jurídica) por el positivismo y el funcionalismo”. Como constata dicho autor, las normas son algo articuladamente híbrido, en tanto aúnan aquella doble esencia, de modo que no es que tendrían que ser eso, sino que son eso y que sólo entendiéndolas en ese su doble carácter podemos entender la estructura de los sistemas del Derecho positivo moderno. Sin embargo, esta distinción no implica un retorno a la tradicional polémica acerca de si la norma “es” un imperativo, un juicio de valor o ambas cosas, sino una superación de dicha discusión, yendo incluso más allá de quienes optan por resolver dicha cuestión a través de la propuesta que se acoge en la teoría de la doble función de la norma.

De ese modo, Vives se aleja, obviamente, de las posturas iusnaturalistas y del positivismo jurídico, pero también del pensamiento neokantiano y de la perspectiva funcionalista para abordar el estudio del contenido del Derecho positivo moderno sobre la base de mantener el concepto de validez o de un deber —ser

ideal contrapuesto a lo empírico e inmanente a la norma jurídica. Esa pretensión de validez trae a un primer plano la perspectiva procedimental por cuya virtud las normas adquieren su legitimidad en la medida en que son justificadas racionalmente a través de un proceso de argumentación que, en última instancia, remite al procedimiento democrático de creación del derecho. Desde esta perspectiva se trataría de asumir la advertencia de Habermas según la cual la positividad del derecho lleva aneja la expectativa de que el procedimiento democrático de producción del derecho fundamente o funde una presunción de aceptabilidad racional de las normas estatuidas.

A partir de ahí se desenvuelve la pregunta acerca de si determinada norma penal es válida, esto es, si contiene el valor global de justicia como “*prius*” para poder enjuiciar, conforme a ella, determinada acción. Para dilucidar dicha cuestión Vives propone aproximarse a la misma a través de parciales “pretensiones de validez” en las que se descompone aquella pretensión general de justicia. Podría decirse que la pretensión de justicia cursa en dos fases: en la primera de ellas, se trata de dilucidar si la norma es legítima, esto es, constitucionalmente válida. En una segunda fase, habría que analizar si la norma está aplicada correctamente al caso. La pretensión general de justicia sería, por tanto, el marco o contexto interno en cuyo seno se albergarían las específicas pretensiones de validez, esto es, las pretensiones de validez que frente a la acción humana ejercitan las normas penales. A partir de ahí, Vives sugiere incluso la posibilidad de articular una sistemática en torno a cuatro pretensiones, a saber: a) la pretensión de relevancia, que incorpora una pretensión de ofensividad o antijuridicidad material y que tiene por objeto la afirmación de que la acción realizada es de las que al derecho penal interesan. Se trata, pues, de decidir si dicha acción puede ser entendida conforme a un tipo de acción definido en la Ley, lo que sucederá cuando los movimientos corporales realizados sean de los que pueden seguir la regla de acción empleada para tipificarlos y, además, aquella revista el carácter peligroso o

dañoso que indujo a conminarla con pena; b) la pretensión de ilicitud (o antijuridicidad formal) pretende desentrañar si la acción realiza lo prohibido o no realiza lo mandado, esto es, si contraviene la norma entendida como directiva de conducta, lo que resultará excluido por la concurrencia de los supuestos contemplados en las leyes permisivas, ya otorguen éstas un derecho o permiso fuerte (causas de justificación) ya se limiten a tolerar la acción, otorgando un permiso “débil” (“excusas”) ya contemplen causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho; c) A la pretensión de ilicitud, que versa sobre la acción, sigue la de culpabilidad o reproche, que recae sobre el autor, a quien se reprocha la acción ilícita en tanto en cuanto es capaz de reproche y haya obrado conociendo o pudiendo conocer la ilicitud de su acción; d) La última pretensión de validez de la norma hace referencia a la necesidad de pena, que, si bien en abstracto se mide a través de las distintas pretensiones de validez material de la norma a que se ha hecho referencia (relevancia, ilicitud, culpabilidad), puede quedar excluida en el caso concreto, tanto por la concurrencia de circunstancias legalmente previstas como por otras no previstas que cursen a través de los mecanismos de gracia.

Articular un sistema de responsabilidad penal conforme a la exigencia de justicia inmanente a la norma comporta, claro está, renunciar a castigar cualquier suceso ante el que no pueda esgrimirse una pretensión de relevancia, de ilicitud, de reproche y de necesidad de pena. Exigir responsabilidad penal al margen de lo anterior es incompatible con la pretensión de validez que sirve de marco a todas las restantes. Por lo demás, esa “sistemática” de las pretensiones es una simple propuesta de orden que no pretende —antes al contrario— ni determinar los contenidos de los conocimientos que se limita a ordenar, ni, menos aún, producir contenidos al margen de la ley. Por eso puede seguirse un orden distinto. La ubicación sistemática de las causas de justificación o de las excusas es irrelevante. Lo determinante es orientar el sistema penal —material y procesal— en la dirección de los derechos funda-

mentales y aproximarse al estudio del delito desde las garantías constitucionales, pues eso es lo que nos guiará de manera más firme tanto en lo que podríamos llamar problemas genéricos o de legitimidad del sistema, como en la aplicación de las normas penales al caso concreto. Es más, debiéramos empezar a plantearnos si esto último es verdaderamente posible afrontarlo desde las “partes generales” tal y como éstas aparecen actualmente concebidas. Una vez que se acepta que la esencia de las acciones radica en el sentido y que lógicamente no es posible un significado de todos los significados posibles, esto es que no es posible un concepto general de acción, la “parte general” del derecho penal debiera perder peso a favor del estudio del libro de figuras que integra, la tan injustamente menospreciada, “parte especial” del derecho penal.

## B. LA CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA DE LA ACCIÓN: UNA REFLEXIÓN ACERCA DE LOS FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PENAL

### a) Una nueva perspectiva conceptual

Vives Antón ha dedicado las últimas décadas a reflexionar sobre los fundamentos del sistema penal y a reconstruir las ideas básicas sobre las que se ha levantado el edificio penal. No se trata aquí de reproducir su pensamiento. Ni siquiera de sumarse a los buenos argumentos en que apoya su rechazo a planteamientos anteriores. Es más honesto y también más eficaz remitir al lector a cuanto él ha dicho a partir sobre todo de su primera edición de los *Fundamentos del sistema penal* y de su más reciente obra *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos fundamentales* (2010). Ahora me interesa en mayor medida destacar que esa reflexión ni es una crítica dirigida a unas u otras opciones doctrinales, ni tampoco pretende ser una opción sistemática más. Es, de un lado, una crítica general a los procedimientos de los que nos hemos venido sirviendo la dogmática y, de otro, una propuesta de clarificación de los conceptos dirigi-

da, en suma, a determinar el significado de los mismos desde una nueva perspectiva.

La necesidad de esa reflexión deriva del propio fracaso de la dogmática. No es preciso volver sobre todo cuanto ya se ha dicho. Baste reiterar que el momento básico de todas las dogmáticas, el fundamento del que parten, es la acción y su sentido. Por tanto, la principal meta de la dogmática debiera ser lograr un ajuste lo más perfecto posible entre las palabras de la ley y las acciones a las que se aplican. Ese es el punto de partida en el que fracasa la dogmática o las dogmáticas. No sólo no han permitido una formulación, interpretación y aplicación de las leyes penales más segura y previsible, sino que incluso han contribuido a aumentar la confusión, pues la determinación del significado de las palabras de la ley a partir de esquemas conceptuales que varían de autor a autor y que incluso se contraponen dificulta o impide el entendimiento de la ley y aboca a la imprevisibilidad de sus consecuencias.

Comenzar de nuevo las tareas de la dogmática a partir de la concepción significativa de la acción es poner en primer plano la relación interna entre la ley y el lenguaje y con ello ofrecer una nueva fundamentación a la sistemática que eluda los escollos que han hecho naufragar a la dogmática.

En lo que sigue no se pretende explicar la concepción significativa de la acción, ni, menos aún, justificarla. Eso es algo que su autor está en mejores condiciones de hacer. Me limitaré a exponer muy brevemente algunas de las razones por las que aquí se asumen las premisas de esa concepción, así como a subrayar las consecuencias que, a mi juicio, mejor sirven para destacar la trascendencia que tiene ejercitar esa opción. En el fondo son esas consecuencias que de manera natural se derivan de sus premisas lo que me lleva a acoger su propuesta. No voy, pues a caer en la impostura de reproducir los cimientos de la filosofía de la acción y del lenguaje cuando ni siquiera creo estar en condiciones de enjuiciar si es o no correcta la reconstrucción que Vives hace de las ideas de Wittgenstein, a quien declara seguir en los conceptos básicos. Aunque el mejor entendimiento del pensamiento

de Wittgenstein no fuera el que Tomás Vives propone —lo cual dadas las múltiples interpretaciones que de aquél se han hecho no sería tan extraño— lo cierto es que casi cualquiera está en condiciones de acreditar que, desde luego, no se trata de una reconstrucción arbitraria y que, en todo caso, ese nuevo modo de concebir la acción podía haber invocado como fundamento otras concepciones filosóficas, de manera que lo determinante no es, en realidad, aceptar o no el pensamiento de Wittgenstein desde el entendimiento del mismo que se nos propone.

## **b) Premisas y consecuencias: de la concepción significativa al primado de los derechos fundamentales**

### **a') Premisas básicas**

La primera de las premisas de que parte la propuesta que aquí se acepta es la de entender que el delito es, en primer término, acción.

Ahora bien, esa premisa incorpora como elemento inescindible la idea de que el sentido de la acción humana no reside ni en el comportamiento externo (en el sustrato), ni en la psique. La acción no es en modo alguno un objeto real, un hecho compuesto por la reunión de un componente físico, el movimiento corporal, y el volitivo. La acción no es un sustrato conductual al que se le puede dar un sentido, sino que ella misma es el sentido que conforme a un sistema de reglas puede atribuirse a determinados comportamientos humanos. Como tantas veces ha repetido Vives, la acción no es el sustrato de un sentido, sino el sentido de un sustrato. Esta es, como se dirá a continuación, la segunda de las premisas.

El sentido de la acción humana se expresa en el lenguaje. Es un significado lingüísticamente determinado en lo que Wittgenstein llamó los “juegos del lenguaje”, los diversos entramados en que se entrelazan los signos y las conductas. Si así no fuera no podría ser ni expresada ni comprendida, no podría seguir o no seguir las reglas que las leyes establecen. Menospreciar, como hace Jakobs, el lenguaje ordinario no sólo es incompatible con el núcleo

del pensamiento de Luhmann al que apela el propio Jakobs, sino con la misma sociedad en funcionamiento, pues la sociedad humana resultaría incomprensible sin el lenguaje.

No hay, pues, ningún sustrato que signifique nada por sí mismo, ni un significado que venga atribuido directamente, sin la mediación del lenguaje. Para que haya un significado, es preciso que exista un sustrato conductual cualquiera que signifique, esto es, que opere como un signo. Esta es la tercera de las premisas

En efecto, para que un sustrato cualquiera opere como un signo es necesario que haya una convención respetada en la práctica o, al menos, un hábito de uso. “Seguir una regla” es la *“conditio sine qua non”* del significado. La acción humana, como las palabras, significa sólo si opera como un signo, que sólo cobra sentido por una práctica social constante y unívoca. De lo contrario, su sentido puede volverse cada vez más borroso o, incluso, desaparecer por completo. El tan citado ejemplo del indicador de caminos que Wittgenstein ofrece en sus *Investigaciones filosóficas* es muy ilustrativo: si, porque hay un camino más corto, menos tortuoso o por las razones que fuera, dejáramos de seguir sus indicaciones, ya no significaría nada. La indicación que figura en el indicador no representa por sí sola nada. Es preciso un cierto seguimiento para que podamos decir que indica un camino.

Esto es lo que cierra el círculo de las premisas en que se fundamenta la concepción significativa de la acción: no son los conceptos, las ideas claras y distintas, sino el uso regular lo que dota de significado a nuestras acciones y es ese significado de las acciones el que permite decidir si se ajustan o no a lo prescrito por las palabras de la ley.

### **b') La prioridad de los derechos fundamentales frente a la prioridad del sistema**

Las premisas anteriores conducen, dicho de manera concentrada, al abandono de la pretensión de “cientificidad” y de sus dogmas y

su sustitución por otras pretensiones que no tienen más dogma que los principios constitucionales y cuyo objetivo es la efectividad de los mismos. Sólo a partir de esas premisas puede entenderse no ya el principio de legalidad sino la idea misma de ley.

La función de la dogmática y el papel de la sistemática debe necesariamente cambiar.

Hay que dar paso a una dogmática más modesta que no se considera ciencia sino sólo hermenéutica. La dogmática no es una ciencia de hechos desde el momento en que el delito no es un objeto real sobre el que tal “ciencia” se proyecta como una suerte de “ciencia de la responsabilidad”.

El abandono de la ilusión científica, comportará el abandono de la ilusión sistemática. La pretensión, de origen kantiano, de alcanzar la científicidad por la vía de la sistematización carece de fundamento. Sobre todo si por científicidad se entiende algo más que la ordenación de conocimientos, pues entonces el objetivo ya no es una sistemática dirigida a ordenar conocimientos o prácticas, es decir, no se trata de seguir un sistema sino que se busca encontrar el sistema que produzca el auténtico conocimiento, es decir, el conocimiento científico. La sistemática tiene un papel puramente instrumental. No es un fin en sí mismo. Sólo es un medio para exponer el contenido de las normas. En este sentido, la llamada teoría jurídica del delito es sólo una teoría en sentido débil y su pretensión no es una pretensión de verdad. Es, en definitiva, un conjunto de opiniones bien ordenadas regidas por una pretensión de corrección (justicia). Enjuiciamos las acciones desde las normas y desde los valores implícitos en la norma (libertad, seguridad, eficacia, etc) como concreciones de la justicia como valor central del ordenamiento

Abandonado el método científico y la ilusión sistemática, sólo nos queda indagar caso por caso en la fórmula empleada por la ley y en su significado. A partir de ahí, la única seguridad posible es la que nos depara una práctica estable y bien argumentada. A la jurisprudencia ordinaria, en primer lugar, corresponde ga-

rantizar esos usos estables de los que depende el significado interpretando las normas desde la efectividad de los principios constitucionales. A la doctrina compete junto a una tarea de ardua vigilancia, la de sugerir propuestas que, lejos de distorsionar el panorama, contribuyan a que los niveles de seguridad jurídica no queden nunca por debajo de lo que resulta tolerable.

Hay que subrayar la trascendencia que tiene ese cambio, pues la renuncia a hacer ciencia en el sentido fuerte del término supone poner fin a los indeseables efectos vinculados a esa pretensión. Tal vez los dos más graves son, de un lado, la pretensión de veracidad que conlleva y, de otro, que legitima la absoluta libertad interpretativa.

Lo primero conduce a una consecuencia incompatible con el mismo procedimiento democrático, pues convierte un problema de la vida en un problema de la ciencia y, con ello, lo retira de la esfera pública, es decir, elimina la posibilidad de someterlo al razonamiento y a la discusión de todos los sujetos. En esa medida ha dicho muchas veces Vives que la pretensión de cientificidad es una pretensión autoritaria

Por su parte, no son menos devastadores los efectos vinculados al hecho de que la sobrevaloración del sistema alzapreme la libertad interpretativa frente al texto de la ley. El sistema no se limita a ordenar conocimientos sino que va generando el verdadero conocimiento científico a partir de refinamientos dogmáticos que varían de autor a autor, eliminando la posibilidad de usos constantes, destruyendo, por tanto, el primero de los objetivos que debiera perseguir la dogmática.

Lo más grave de todo esto es que los jueces se contagian. También ellos quieren hacer dogmática aunque para eso haya que acabar con usos estables. Frente a ese estado de cosas no puedo dejar de insistir en la ilegitimidad de cualquier cambio fundado en una libertad interpretativa entendida como a menudo se entiende. El juez ordinario no puede enarbolar una supuesta libertad interpretativa por cuya virtud se deje de aplicar la regla típica tal y

como la hemos entendido hasta ahora y la sustituimos retroactivamente en contra del reo por otra distinta, por mucho que pueda parecer —o incluso ser— técnicamente mejor. Tal cosa es intolerable porque lo que se está haciendo es cambiar una regla por otra de manera ilegítima y, por tanto, aunque ese nuevo uso llegara a consolidarse, no por ello dejaría de ser un cambio ilegítimo, que parte de un equívoco sobre lo que significa interpretar y no repara en la incompatibilidad de semejante pretensión con nuestro modelo normativo.

El abandono de la pretensión científica implica reconocer que no es la interpretación la que dota de sentido a la ley. La pregunta sobre cuál sea el papel de la interpretación en la fijación del significado no es una pregunta que se pueda ventilar en un momento, pero si algo es claro es que la interpretación por sí sola no puede determinar el significado. Si el significado de la regla pudiera quedar librado a la interpretación, no podríamos hablar de regla. Para que pueda hablarse de regla es necesario que, al menos una parte nuclear de la misma, pueda aplicarse ciegamente sin interpretación alguna. Eso sólo se obtiene con usos estables ya que seguir una regla es una práctica. Si eso no se ve claro de poco va a servir que el Tribunal Constitucional luche por afianzar el nuevo paradigma que en materia de legalidad instauraron las SSTC 111/1993, 137/1997 y 151/1997, ya que es obvio que, en un panorama en el que la libertad interpretativa parece ser la regla, el canon de previsibilidad no cumple función alguna, pues, en ese marco cualquier interpretación es, a fin de cuentas, previsible. El ejemplo de la prescripción o el cambio de criterio sobre la acumulación de condenas en el caso Parot muestran sobradamente hasta donde pueden llegar los abusos que se cometen en nombre de la libertad interpretativa que se asocia a la verdad científica.

El paradigma de los peligros que encierra construir la dogmática como un discurso sobre la verdad, al margen de lo que diga la CE y la ley, está, sin duda, representado por el pensamiento de Jakobs.

Tiene razón Tomás Vives cuando dice que lo peor de Jakobs no es su tan criticada opción por el derecho penal del enemigo, sino el hecho de que prescinda, en general, de los tipos penales y que, en el lugar de la Constitución escrita, sitúe los intereses del sistema, con lo cual cualquiera puede ser tratado como un enemigo, es decir, negado en sus derechos fundamentales y, por lo tanto, en su condición de persona. La inclusión del otro, su calificación como persona depende de la configuración que en cada momento adopte el sistema. Guantánamo es sólo la expresión más evidente del fenómeno pero, desde luego, no es la única. La política criminal que en materia de inmigración se está consolidando en Europa con Italia a la cabeza es una muestra de adonde conduce el entendimiento de los demás como simple entorno.

La concepción significativa de la acción es justamente lo contrario. El primado de la legalidad como “principio de principios” frente a las pretensiones científicas y el entendimiento del otro como sujeto y no como objeto son las consecuencias últimas a que conduce la concepción de Vives. Que es por ambas razones una cabal concepción democrática y humanista de la imputación penal.

Ciertamente, al colocar la acción y el lenguaje en el centro se hacen efectivas las exigencias que la legalidad comporta. Por el contrario, cuando la acción se pone en duda y se antepone a ella resultados e imputación, el principio de legalidad y aún la idea misma de ley sale por la ventana. La concepción significativa restituye a la ley —y a la Constitución como ley suprema— el lugar de honor que le corresponde en un sistema democrático. Esa es, obviamente, una consecuencia política de primera magnitud en tanto que salvaguarda la garantía que para el ciudadano representa la ley frente al poder, frente a las distintas clases de poder. Es imprescindible subrayarlo porque si resulta que las acciones tienen un sentido independiente del lenguaje, entonces cualquier intérprete puede situarse por encima de la ley y de la Constitución. El *ius puniendi* puede, así, ejercerse marginando los derechos fundamentales que la Constitución reconoce en tanto

que ese ejercicio sea visto como correcto por quienes lo ejercen.

Entender la acción como significado que nace de las reglas de uso de los símbolos en los distintos juegos del lenguaje —y situar con ello el lenguaje en el núcleo del sistema penal— es articular el modelo de responsabilidad a partir de aquello en lo que los hombres coinciden y les permite entenderse porque coinciden en una forma de vida, la forma de vida que les hace iguales. Presupone una comunidad en la que es posible entenderse, argumentar, convencerse y, en suma, tratar al otro como sujeto y no como objeto. Y desde el momento en que reconozco al otro como persona, de ahí se deriva como condición necesaria la vinculación de todo el ordenamiento jurídico y, especialmente, el conjunto del sistema penal a una serie de derechos inseparables de la condición humana de los que depende la corrección de cualquier pretensión de validez normativa. A esa concepción de la acción corresponde, pues, una concepción de la norma que apela a la racionalidad práctica y que, como vimos, necesariamente se aparta no sólo del mandato bruto sino también del más sutil imperativo sistémico.

Acción y norma así entendidas se autoimplican y convergen en la fundamentación del poder punitivo. Un poder que si se ejerce al margen de los derechos fundamentales y los principios constitucionales es sólo un acto de hostilidad o de venganza y, por tanto, no puede invocar ser expresión de un derecho a castigar. En realidad, se trata de subrayar que, como magistralmente expusiera Hobbes, lo que entonces se concebía como determinadas exigencias básicas de justicia determinan el propio concepto de delito y de pena, de suerte que en ausencia de dichas exigencias no hay verdadero ejercicio del derecho del Estado a castigar. Como en tal sentido ha dicho Vives, los límites constitucionales no son límites axiológicos externos sino que tienen un carácter definitorio de lo que entendemos por delito y pena, de manera que cuando aquellas fronteras lógicas se sobrepasan dejamos de hablar de delito y pena y hablamos de otra cosa. En esa medida,

cuando castigamos al margen de lo que dice la ley o cuando lo hacemos pese a la existencia de dudas sobre los hechos —o incluso sobre el significado de la ley—, la reacción no puede ser tenida legítimamente por pena. Por eso no es posible ninguna teoría jurídica del delito o de la pena en la que los principios constitucionales salgan perdiendo.

La prioridad de los derechos fundamentales y de la pretensión de legitimidad que de ellos se deriva es la reafirmación del Estado de Derecho, que ha de ser postulado como absolutamente válido frente a cualquier otro tipo de

gobierno porque es el Estado de la democracia. Como Habermas ha expuesto magistralmente, democracia y Estado de Derecho se autoimplican, de manera que no puede hablarse de la una sin lo otro. Ello obliga a construir el sistema de justicia penal desde la idea de democracia, cuyo nervio lo constituyen los derechos fundamentales, que se erigen en reglas básicas de procedimiento a las que ha de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático. Esa viene a ser hoy, después de más de veinte años dedicada a la dogmática penal, la única certeza que me queda.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- Sobre la situación y los nuevos retos ante los que se enfrenta el derecho penal moderno se han escrito miles de páginas. A título ilustrativo, baste citar algunos de los últimos trabajos publicados en lengua castellana: CARBONELL MATEU, J.C.; “Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad” (*Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. I, Cuenca 2001, p. 130 y ss; DÍEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *LH a Rodríguez Mourullo*, 2005, ESER, A./HASSEMER, W., BURKHARDT, B./ MUÑOZ CONDE, F.(coord.), *La Ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; FARALDO CABANA, P. (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; GARCÍA RIVAS, N. *El derecho penal frente a la inseguridad global*, ed. Bomarzo, Albacete, 2007; GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; del mismo, “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás S. Vives Antón*, CARBONELL, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ORTS BERENGUER, E.,dir.,/CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup>.L. (coord.), TI, Valencia, 2009, p. 879 y ss; HASSEMER, W., Crisis y características del moderno Derecho penal”, *Actualidad Penal*, 1993-2, nº marginal 642; PÉREZ CEPEDA, A.I., *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, ed. Iustel, Madrid, 2007, PORTILLA CONTRERAS, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad internacional de Andalucía/Akal, Madrid, 2005, especialmente p. 167 y ss, del mismo, *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup> (dir.), *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000; del mismo, *La expansión del derecho penal 2<sup>a</sup>* ed. Civitas, Madrid, 2001, entre otros muchos. Por su parte, ayuda a entender una de las principales singularidades del nuevo contexto la lúcida obra de H.M. ENZENSBERGER, *El perdedor radical. Ensayo sobre los hombres del terror*, Barcelona, 2007. De igual modo, resulta de singular interés detenerse a analizar el nada despreciable papel que en ese contexto tienen los medios de comunicación, vid. GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J.(dir), *Malas noticias. Medios de comunicación, política-criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Sobre la función promocional del derecho penal y la supuesta obligación de penalizar conductas, merecen especial mención las aportaciones de la doctrina italiana. Así, el clásico de N. BOBBIO “Sulla funzione promozionale del diritto”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, p.1313 y ss y, por lo que se refiere al derecho penal vid. por todos BRICOLA, F. “Funzione promozionale, tecnica premiale e Diritto penale”, en *La Questione criminale*, Sep-Dic, 1981, nº 3, p. 445 (junto con algunas otras aportaciones de interés, puede consultarse igualmente en *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, p. 121 y ss; PULITANO, “Oblighi costituzionali di tutela penale?”, *Riv.ital.dir.proc.penale*, 1983, p.483 y ss; FIANDACA, G.”Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politiche criminale”, *Riv.ital.dir.proc.penale*, 1982, p. 42 y ss. Tal idea también ha sido objeto de críticas en la doctrina alemana (v.g. el clásico de MULLER-DIETZ, “Zur problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierung”, *Festschrift für E. Dreher*, Berlín, 1977, p. 97 y ss) y, asimismo, en la española (v.g. ÁLVAREZ GARCÍA, J.”Bien jurídico y Constitución”, *C.P.C.*, nº 43, 1991, p. 28 y ss).
- Sobre el derecho penal simbólico, vid VOß, E., *Symbolische Gesetzgebung*, Ebelsbach, 1989; HEGENBARTH, „Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze“, *ZRP*, 1981, p. 201 y ss; HASSEMER, „Symbolisches

Strafrecht und Rechtsgüterschutz“, NZSt, 1989, p. 553 y ss. (existe traducción al castellano de E. Larrauri, en *Pena y Estado*, 1, p. 30 y ss); KINDERMANN, H. „Symbolische Gesetzgebung“, en GRIMM, D./MAIHOFER, W., *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Opladen, 1988, p. 222 y ss; KREISSL, R. „Symbolisches Strafrecht“, Kriminologisches Journal, 1993, 6, p. 152 y 153; MÜLLER, J.C., „Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes“, Kriminologisches Journal, 1993, 2, p. 82 y ss; NOLL, P. „Symbolische Gesetzgebung“, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, (100), 1981, p. 347 y ss. En la doctrina española le dedicaron tempranamente atención a la cuestión, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, J., „Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente“, en *Pena y Estado*, n.º 1, 1991, p. 101; en el mismo lugar, además de otros estudios de penalistas foráneos, vid. TERRADILLOS BASOCO, J., „Función simbólica y objeto de protección del derecho penal“, p. 9 y ss; SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992 .., op. cit., p. 304 y ss; GARCÍA-PABLOS, A., *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 1995, p. 49 y ss; vid. asimismo, DíEZ RIPOLLÉS, J.L., „El derecho penal simbólico y los efectos de la pena“, en *Política criminal y derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 59 y ss.

– Sobre el derecho penal del enemigo y la expansión de la excepcionalidad, vid. entre otros muchos: ASÚA BATARRITA, A. „El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal. Delitos de terrorismo, finalidades terroristas y conductas periféricas“, en Cancio/Gómez Jara, *Derecho penal...*, cit. infra, p. 252 y ss; BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Política criminal de la exclusión*, ed. Comares, Granada, 2007; CAMPO MORENO, JC/GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Colección de Estudios de derecho judicial, n.º 128, Madrid, 2007. CANCIO MELIÁ, M., „De nuevo ¿ Derecho penal del enemigo?“, en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 2006, p. 85 y ss; Cancio/Gómez Jara (coord.), *Derecho penal del enemigo*, Edisofer/Euros Editores S.R.L./B de F Ltda., Buenos Aires, 2006, CARBONELL MATEU „Reflexiones sobre el abuso del derecho penal...“, op. cit.; FARALDO CABANA, P. (ed) *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., „El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de derecho: la doctrina del derecho penal enemigo“, en *Revista penal*, n.º 19, enero 2007, p. 52 y ss; LANDROVE DÍAZ, G. „Una cierta política criminal“, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*. (LH Vives Antón), T.II, Valencia, 2009, p. 1079 y ss; MAQUEDA ABREU, Mª L., *La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales*, en „Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat“, T. I, Edisofer, Madrid, 2008; MUÑOZ CONDE,, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005; del mismo, „El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado derecho penal del enemigo“, en *Libro Homenaje a Ruiz Antón*, 2004;; PORTILLA CONTRERAS, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad internacional de Andalucía/Akal, Madrid, 2005, especialmente p. 167 y ss, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, „Expansión del derecho penal y límites constitucionales“, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, (LH Vives Antón), T.II, op. cit., p. 1655 y ss. En esta misma obra, vid la interesante reflexión de JIMÉNEZ REDONDO, quien desde la filosofía de Kant —a quien tanto invoca Jakobs— explica por qué es conceptualmente imposible un derecho penal del enemigo, „El diablo como persona en derecho. Sobre la idea de Günther Jakobs de ‘Derecho penal del enemigo’“, T. II., p. 1061 y ss, del mismo autor, „Sobre la distinción de Günther Jakobs sobre “derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en *Teoría y Derecho*, n.º 4/2008, p. 190 y ss

– Sobre el impacto que tal concepción viene teniendo en las últimas reformas penales, vid. VIVES ANTÓN, T.S., „¿Estado democrático o Estado autoritario? (Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código penal), *Teoría y Derecho*, n.º 4/2008, p. 264 y ss. Vid. asimismo las interesantes reflexiones que sobre el conjunto del proyecto se contienen en ÁLVAREZ GARCÍA, J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

– Sobre la concepción significativa de la acción desarrollada por VIVES ANTÓN, vid. de ese mismo autor *Fundamentos del sistema penal, acción significativa y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010. La primera parte de dicha obra es una versión ampliada de sus *Fundamentos del sistema penal*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 1996). La segunda parte de la misma es una reflexión que, partiendo de la concepción significativa de la acción, pretende conjurar los muchos peligros que se ciernen sobre los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Muchos de los trabajos que integran esta segunda parte son inéditos y los que no lo son constituyen versiones ampliadas de trabajos anteriores, de los que se da cuenta a continuación por orden cronológico: „Principios constitucionales y dogmática penal“, en *Estudios sobre el código penal de 1995*, Vol. I, coordinado por Vives Antón y Manzanares Samaniego, Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 39 y ss [Tirant on line, (Tol 464624)] „El cambio en la función de la ley penal“, en *Justicia. Revista del Poder Judicial Nicaragüense*, n.º 22, Managua, 2000 p. 132 y ss; „El principio de culpabilidad“, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, editado por José Luis Díez Ripollés y otros, Tecnos, Madrid, 2002; „Acción y Omisión: tres notas a un ‘status quaestionis’“, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, coordinado por Emilio Octavio de Toledo y Ubieto (y otros), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; „Defensa de un pedazo de papel“, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, coordinado por Agustín Jorge Barreiro, Civitas, Madrid, 2005; „Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal“, en *Estudios de Filosofía del Derecho penal*, VVAA coordinados por Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006; ‘Más allá

de toda duda razonable', en *Teoría & Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, nº 2/2007, Tirant lo Blanch, Valencia, p.166 y ss; "Reexamen del dolo", en *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la profesora María del Mar Díaz Pita*, VVAA coordinados.. por Francisco José Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; Estudio preliminar al libro "Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito" de José Antonio Ramos Vázquez Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 10.

De las aportaciones de otros autores que se han ocupado de la concepción de Vives merecen especial mención las de JIMÉNEZ REDONDO, M., en el *Estudio preliminar* de los Fundamentos, p. 33 a 98; MARTÍNEZ-BUJÁN, C. "La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito", *RECPC*, Granada, nº 1-13, 1999 (vid. "Acción, norma y libertad de acción en un nuevo sistema penal", en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (García Valdés y otros coord.), Edisofer, Madrid, 2008, p. 1237 y ss; J.A. RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; del mismo, "Un 'proceso interno' necesita criterios externos. Algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo del dolo", en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás S. Vives Antón*, op. cit., T. II., p.1639 y ss, en esta misma obra y tomo MUÑOZ CONDE, F., "Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa", p. 1449 y ss; del mismo, vid el *Prólogo* a la obra de P. C. Busato, *Derecho penal y acción significativa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007 y, naturalmente, esta obra en sí (sobre si BUSATO procede o no a una reformulación de la acción como valoración de un sustrato, vid las consideraciones cruzadas de VIVES y MUÑOZ CONDE en el Estudio preliminar a la obra de JA Ramos, p. 57, y la contestación que en el libro homenaje al primero le dedica el catedrático sevillano, p. 1459, nota 13) Vid asimismo el interesante desarrollo de las pretensiones de validez específicas en E. ORTOS y J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Por lo que a mi respecta, he procurado poner de manifiesto las implicaciones que su pensamiento tiene en el ámbito de la comisión por omisión, "Límites constitucionales de la comisión por omisión", en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás S. Vives Antón*, op. cit., T. I., p. 415 y ss

**Fecha de recepción: 28 de mayo de 2010**  
**Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2010**

## RESUMEN

El artículo discute los argumentos sostenidos por los autores de los votos particulares a una decisión del Tribunal Constitucional: el Auto 90/2010, en el que la mayoría rechazó la pretensión de que la vigencia de la Ley Orgánica 2/2010 (sobre regulación del aborto) quedara en suspenso mientras se resuelve el recurso de Inconstitucionalidad interpuesto contra ella. Se intenta demostrar que los márgenes de acción del juez constitucional, establecidos mediante reglas claras, no pueden manipularse invocando la existencia de “lagunas” o regulaciones incompletas, pues ello supondría alterar radicalmente la relación entre el legislador y el juez constitucional, dañando los equilibrios sobre los que se apoya el control constitucional de la ley en un sistema democrático.

## PALABRAS CLAVE

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. SUSPENSIÓN DE LA VIGENCIA DE LA LEY. POSICIÓN DEL LEGISLADOR Y DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

## ABSTRACT

The article challenges the arguments used by the casters of dissenting votes in a decision of the Constitutional Court: Ruling 90/2010, in which the majority rejected the claim that the validity of Organic Law 2/2010 (on the regulation of abortion) remain in abeyance pending resolution of the constitutional appeal brought against it. It is argued that the limits established, by means of clear rules, on a constitutional judge's action cannot be manipulated by invoking the existence of “gaps” or incomplete regulations, since this would radically alter the relationship between the legislator and the constitutional judge, damaging the balance that the constitutional control of law in a democratic system rests upon.

## KEY WORDS

CONSTITUTIONAL APPEAL. SUSPENSION OF THE VALIDITY OF A LAW. THE LEGISLATOR'S AND THE CONSTITUTIONAL JUDGE'S POSITION

# LA IDEOLOGÍA CONSTITUCIONAL DE LOS VOTOS PARTICULARES AL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LA LO 2/2010

Miguel Revenga Sánchez

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Cádiz

**Sumario:** 1. La tesis de la regulación *lagunosa* de la potestad de suspender la vigencia de la ley. 2. Los argumentos de fondo: el peligro de los daños irreversibles como consecuencia del transcurso del tiempo (*periculum in mora*) y la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) en las pretensiones de los recurrentes. 3. La *ideología constitucional* de los votos particulares. Nota bibliográfica.

Con fecha 14 de julio, el Tribunal Constitucional dictó el Auto 90/2010 en el que, por una mayoría de 7 de los 11 miembros que actualmente componen el Tribunal, acordó denegar la solicitud de suspensión formulada por los demandantes en el Recurso de Inconstitucionalidad contra ciertos artículos de la Ley Orgánica 2/2010, “de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”. El Auto despliega sus razonamientos a lo largo de tres Fundamentos Jurídicos dedicados, respectivamente, 1) a resumir los argumentos de los recurrentes en favor de la

suspensión de la vigencia de la ley; 2) a expresar las razones por las cuales la suspensión de la vigencia de una ley recurrida es una medida extraordinaria, e inviable, a falta de previsión que expresamente la autorice; y 3) a rebatir la principal de las líneas de razonamiento empleadas por los solicitantes de la suspensión, a saber, que el artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal (LOT) proscibiría la suspensión de la ley *in toto*, pero no la de preceptos aislados de la misma, y subsidiaria (o más bien, cumulativamente a la pretensión principal), que las impropiedades regulativas de dicho artículo

deberían corregirse mediante el planteamiento de la oportuna autocuestión de inconstitucionalidad.

Dado que el parecer de la mayoría es adverso a la posibilidad misma de una suspensión que no contempla el diseño procesal del Recurso de Inconstitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, el Auto no llega a entrar en el debate sobre los motivos de fondo que esgrimen los recurrentes al hilo del par de requisitos exigidos tradicionalmente para la adopción en sede jurisdiccional de medidas cautelares: el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. El *periculum* causado por el inexorable paso del tiempo vendría aquí a concretarse, al decir de los recurrentes, en vulneraciones irreversibles del derecho a la vida, mientras que la *apariencia de buen derecho* de la pretensión surgiría del propio comportamiento de un legislador renuente a acatar ciertas líneas argumentativas utilizadas por el TC cuando falló, en 1985, el recurso previo contra el proyecto de ley orgánica que posibilitó la despenalización del aborto en determinados supuestos.

Uno y otro razonamiento encuentran acogida favorable en todos y cada uno de los cuatro votos particulares suscritos por los magistrados Gay Montalbo, Delgado Barrio, Rodríguez Zapata y Rodríguez Arribas. Tres de ellos suscriben además la tesis de que la existencia de una laguna en el artículo 30 de la LOTC vendría a justificar la necesidad de colmarla mediante el “descubrimiento” de la potestad implícita de suspender la vigencia de la ley durante la sustanciación del recurso de Inconstitucionalidad.

En lo que sigue exponemos por separado, y discutimos, éste y los demás razonamientos que aparecen en los votos particulares. Y en un momento posterior detallaremos las razones por las que nos parece que subyace en ellos una teoría constitucional no ya equivocada en el plano de la interpretación jurídica, sino errónea en lo que se refiere al emplazamiento de la jurisdicción constitucional, y a los límites que enmarcan la función de la misma en el constitucionalismo de nuestros días.

## 1. LA TESIS DE LA REGULACIÓN LAGUNOSA DE LA POTESTAD DE SUSPENDER LA VIGENCIA DE LA LEY

El artículo 30 de la LOTC cierra el Capítulo I, sobre “Disposiciones Generales”, del Título dedicado a los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. Y establece, como es sabido, una regla general y una excepción. La regla es taxativa: “La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la ley (...)”. Hasta tanto recaiga una decisión sobre su validez, la ley queda, pues, como remacha el texto de la disposición, *vigente* y en disposición de producir efectos mediante su *aplicación* normal y rutinaria. La excepción no es más que la transposición al texto de la LOTC de lo previsto en el artículo 161.2 de la CE en cuanto a la posibilidad de que el Gobierno impugne ante el TC “disposiciones y resoluciones” autonómicas, en cuyo caso los efectos suspensivos sobre la norma recurrida son automáticos, quedando sujetos a la revisión que, en un plazo no superior a cinco meses, habrá de realizar el TC. Pasaremos por alto el problema de que, al realizar la transposición desde la CE a la LOTC, el legislador cambió “disposiciones y resoluciones” por “Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley de las Comunidades autónomas”. Podemos pasarlo por alto porque ello ha estado en la base de un problema, el de la *debilidad* de la ley autonómica con respecto a la estatal, que no afecta al asunto del que aquí tratamos. El Auto 90/2010 se las tiene que ver con la solicitud de suspensión de la vigencia de una Ley Orgánica y en un procedimiento de control de constitucionalidad en vía directa o principal; sin que haya nada en la solicitud que pueda emparentarse con la llamada deriva competencial del control de constitucionalidad de la ley autonómica ni sobre el papel que en tal control le corresponde desempeñar al Presidente del Gobierno. La solicitud tampoco se mueve en el ámbito del conflicto positivo de competencias planteado por un Gobierno autonómico, ni se

formula en el marco de un Recurso de Amparo. El lector disculpará lo obvio del recordatorio, pero se trae a colación por si sirve de pretexto para dar un vistazo al régimen de las medidas cautelares en los procedimientos constitucionales. Y especialmente, para llamar la atención sobre el carácter rigurosamente excepcional con el que el artículo 56 de la LOTC, en todos y cada uno de sus seis Apartados, concibe el ejercicio de la potestad de suspensión “de la ejecución del acto o sentencia impugnados”, así como el de la adopción de otras medidas cautelares, en manos del Tribunal. Las prevenciones afectan incluso a la suspensión de los efectos del acto o sentencia cuando aquélla pudiera parecer plausible por su conexión inmediata con dudas sobre la constitucionalidad de la ley que indujeran a la Sala, o a la Sección, a plantear ante el Pleno la autocuestión. En tal caso, el artículo 56.2 *in fine* de la LOTC condiciona la suspensión a la no concurrencia de “perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, (o a) los derechos fundamentales o libertades de otra persona”.

La suspensión de los efectos de los actos jurídicos y sentencias, antes de la finalización del proceso constitucional, no es, pues, una cuestión baladí que el tribunal pueda decretar sin un concienzudo examen de las circunstancias del caso. Y si tal es el modo con el que la LOTC se aproxima a la cuestión, tratándose de actos y sentencias, ¿cómo puede argumentarse en favor de la suspensión de la ley, no obstante la terminante regla en contrario formulada por el artículo 30 LOTC? La respuesta, según ya hemos dicho, está emparentada con esa categoría de la teoría general del Derecho a la que tanta devoción mostró el viejo positivismo del ordenamiento como un sistema coherente, sistemático y completo. Me refiero, claro está, al descubrimiento, por parte de quienes discrepan de la mayoría, de una *regulación deficiente y lagunosa* en el referido artículo 30 LOTC, como consecuencia de la incapacidad de éste para hacer frente a un supuesto de hecho, excepcional e inédito, cual sería la entrada en vigor de la ley recurrida. Para llegar a tal conclusión, los votos particulares combinan los razonamientos dirigi-

dos a mostrar el carácter rigurosamente inédito de un desafío como el planteado por la producción de efectos de la ley, ante la eventualidad de futuras tachas de inconstitucionalidad, con las argumentaciones concebidas para desembocar en el referido carácter *lagunoso* de la norma en cuestión. El intento se pone en marcha mediante dos vías complementarias. La primera consiste en contraponer el régimen de la suspensión de leyes conectado directa o secuencialmente a la activación de un proceso constitucional (y, por consiguiente, sin margen para la apreciación del juez) con un (supuesto) régimen de suspensión *facultativa* que quedaría al criterio y decisión del Tribunal. Lo que pudiéramos llamar el régimen jurídico de la suspensión de normas derivado de la sustanciación de procesos constitucionales está regulado de manera explícita en la Constitución, bien en sentido favorable a la suspensión de la norma (artículo 161.2 CE), o bien en sentido adverso a ella, tal y como dispone el artículo 163 *in fine*: “cuando un órgano judicial considere (...) que una norma con rango de ley, aplicable al caso, (...) pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, *que en ningún caso serán suspensivos*”. Al margen de esos dos supuestos contemplados en la Constitución, viene a decirse, quedó el caso del Recurso de Inconstitucionalidad. Y de tal silencio, o falta de posicionamiento constitucional sobre el asunto, el voto de Delgado Barrio extrae una conclusión con la que no podemos menos que estar de acuerdo: una ley que confiriera al TC tal potestad no sería contraria a la Constitución. Con lo que ya no lo estamos tanto es con la consecuencia, o paso adelante, que el voto defiende, en ausencia de ley, para legitimar sobre el vacío la facultad de suspensión en manos del TC.

La segunda de las vías complementarias ensayada en los votos de Delgado Barrio, Rodríguez Zapata y Rodríguez Arribas para demostrar la existencia de una laguna que el TC debe colmar, es aun más alambicada que la anterior. Podemos denominarla “teoría de la *naturalidad* de los efectos suspensivos”, y viene a decir lo siguiente: al desarrollar la Constitución, el legis-

lador de la LOTC optó en 1979 por un sistema en el que era inherente al control de constitucionalidad en vía directa diferir la entrada en vigor de los Estatutos y de las leyes orgánicas, *rectius*, de los proyectos de Estatutos y de los proyectos de leyes orgánicas, a un momento posterior a aquel en el que el TC dictara sentencia. El tenor del artículo del artículo 30 de la LOTC vendría a ser entonces el que es (y ha sido desde siempre) como consecuencia del contraste originario entre control preventivo con efectos suspensivos *versus* control sucesivo sin efectos suspensivos. En otras palabras, un artículo, el hoy derogado artículo 79 de la LOTC, y otro (el tantas veces citado artículo 30 de la misma ley) fueron proyecciones complementarias de una concepción del control de constitucionalidad de la ley que llevaba el carácter abstracto del mismo hasta el máximo grado posible, esto es, hasta propiciar que la decisión sobre la validez de la ley pudiera realizarse, en ciertos casos, en ausencia de vigencia de la misma. Pues bien, al haber trastocado la Ley Orgánica 4/1985, de supresión del recurso previo, el entero diseño de tal sistema de jurisdicción constitucional con control abstracto en su grado máximo (y, por tanto, en el que los efectos suspensivos del recurso previo se tenían por *naturales*), la reforma habría producido sobre el artículo 30 el *efecto colateral* de haber causado una laguna que ahora correspondería colmar mediante la oportuna lectura *creativa* del mismo: la vigencia y la aplicación de la ley (en su conjunto) no se puede suspender, pero sí la de todos o algunos de los preceptos recurridos, a criterio del tribunal, puesto que ni la letra de la ley, ni lo que el propio TC dijo al refrendar la constitucionalidad de la LO 4/1985 (STC 66/1985) proscriben tal posibilidad. Como señala Delgado Barrio, invocando la doctrina de esta última sentencia a propósito de la presunción de constitucionalidad de la ley, y el carácter excepcional de la suspensión de la eficacia de la misma, la “excepcionalidad de la suspensión no es imposibilidad o prohibición, sino posibilidad aunque, desde luego, evidentemente difícil” (Voto Particular, Punto 4).

La estrategia para salvar la dificultad ya se ve en qué consiste: en presentar el caso en exa-

men como un supuesto en el que el silencio de la ley (contra la evidencia, por cierto, de una regulación clara y taxativa), y lo novedoso del caso, desautorizan las llamadas realizadas por la mayoría a los precedentes jurisprudenciales del propio TC, obligando al juzgador a establecer una regla *ad hoc* que calme el *horror vacui* producido por la laguna normativa. Tal estrategia nos sitúa ante lo que la teoría general del derecho creo que denomina lagunas *impropias* o lagunas *ideológicas*, esto es, aquellas que emergen no de las insuficiencias o de los déficits de regulación de los que pueda adolecer el texto de la ley, evaluado a la luz de su pretensión de regular algo de modo completo, sino de los contrastes que realiza el operador jurídico entre la ley, tal cual es, y la ley tal y como, a juicio del mismo, debería ser. Una laguna, pues, *de iure condendo*, no *de iure condito*, esto es, una cuya fuente —por continuar con la *hidráulica jurídica*— no es el texto de la ley en sí mismo, sino la insatisfacción que le produce al observador comprobar que la ley no ha regulado las cosas tal y como debiera haberlo hecho. Pero el problema, como enseguida veremos, es que la labor del juez constitucional se enmarca en limitaciones preestablecidas, que no pueden manipularse o desconocerse sin dañar el prestigio, ni erosionar la autoridad, del órgano que tiene asignada la delicada función del control de constitucionalidad de la ley.

## 2. LOS ARGUMENTOS DE FONDO: EL PELIGRO DE LOS DAÑOS IRREVERSIBLES COMO CONSECUENCIA DEL TRANSCURSO DEL TIEMPO (*PERICULUM IN MORA*) Y LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO (*FUMUS BONI IURIS*) EN LAS PRETENSIONES DE LOS RECURRENTES

En un mundo ideal, esto es, en uno en el que se cumplieran a machamartillo las previ-

siones referidas al *tempus* de los trámites procesales, y especialmente el previsto para dictar sentencia, el despliegue del recurso de inconstitucionalidad, desde la presentación del mismo, se ajustaría a la secuencia 15 días para personarse y formular alegaciones más 10 días (o excepcionalmente, mediando resolución motivada, 30) para dictar sentencia (artículo 34.2 LOTC). En un mundo ideal las dudas de constitucionalidad planteadas por el recurso contra la ley Orgánica 2/2010 podrían haber quedado despejadas con anterioridad incluso a la efectiva entrada en vigor de la ley, sin que la decisión sobre un texto ya publicado, pero en *vacatio*, hubiera supuesto, en nuestra opinión, atentar contra el diseño de nuestro sistema de control. La ley fue publicada, en efecto, en el BOE de 4 de marzo, pero no entró en vigor hasta el 5 de julio, es decir, hasta transcurridos los cuatro meses de *vacatio* desde el día siguiente al de la publicación establecidos por la Disposición Final Sexta.. El recurso del Partido Popular ingresó en el Registro del Tribunal el día 1 de junio, pero la providencia admitiéndolo a trámite lleva fecha de 30 de junio, lo cual significa que el tiempo que se invirtió en dictar una providencia admitiendo a trámite el recurso contra una ley a la sazón en *vacatio*, podría haber bastado, insisto, si viviéramos en un mundo ideal, para resolver sobre el fondo de la pretensión.

Como no es el caso que el mundo de los órdenes jurisdiccionales, incluido el constitucional, roce siquiera el ideal del cumplimiento en plazo de las previsiones procesales, es por lo que el recurso contra la Ley Orgánica 2/2010 puede presentarse como aquel que representa un caso único, por la gravedad de las consecuencias que comportaría la producción de los efectos buscados en la misma, si en un momento futuro, aquel en el que recaiga la resolución definitiva, ésta conlleva la nulidad de los preceptos recurridos. Los recurrentes llaman, por cierto, a una “tramitación sumaria” (*sic*) del recurso, cosa que, como no deja de advertir el Abogado del Estado, no responde a ningún tipo de tramitación prevista o permitida por la LOTC. Si se suma, en cambio, a la solicitud de

una Tramitación preferente, como también lo hace la mayoría del Tribunal cuando expresa, en las líneas finales de sus razonamientos, el compromiso de dar “carácter prioritario” a la tramitación y resolución del recurso.

Los votos particulares coinciden, en efecto, como ya hemos dicho, en la idea de que nunca antes el tribunal había tenido que decidir, al hilo de un recurso de inconstitucionalidad, sobre la pretensión dirigida a suspender la vigencia de una ley que incide, de un modo tan directo y profundo, sobre el derecho a la vida. Ese carácter excepcional del caso es el que, según los votos particulares, debería haber llevado a la mayoría a decidir a favor de la suspensión, colmando la supuesta laguna normativa, o bien, pese admitir expresamente que no hay tal laguna, identificando el caso como un “caso límite en el ámbito del Derecho (...) que enerva la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados establecida en la CE y en la LOTC” (voto Gay Montalbo).

Hay que recordar, de entrada, que cuando hablamos de vulneraciones de los derechos fundamentales, no es, ni mucho menos, infrecuente que las mismas lo sean con carácter consumado e irreversible. El restablecimiento en la integridad del derecho o libertad pública, así como la remoción de los obstáculos que hayan impedido su pleno ejercicio (por parafrasear expresiones utilizadas por la propia LOTC en el artículo sobre los contenidos posibles de las sentencias favorables al amparo) no es algo que esté siempre al alcance del tribunal. A menudo la sentencia del TC es el equivalente a una “victoria moral”, cuyo valor objetivo, dirigido a proclamar el contenido del derecho constitucionalmente exigido, sobrepasa con mucho la dimensión subjetiva o el efecto real sobre los intereses defendidos al interponer el amparo. Con lo que acabo de afirmar no intento banalizar los efectos traumáticos que, a buen seguro, acarrearía la declaración de inconstitucionalidad de ciertos contenidos de una ley como la que entró en vigor el 5 de julio de 2010; simplemente estoy diciendo que cuando se produce la vulneración de algún derecho fundamental, el daño tiende a ser irreversible y el remedio jurisdiccio-

nal, un paliativo, cuyo alcance depende de muchos factores y, entre ellos, la propia naturaleza del derecho fundamental vulnerado.

Desde la óptica de la excepcionalidad o de la situación-límite, y bajo el presupuesto de unos imperativos “principalistas” que más parecen de justicia natural que de Constitución, los autores de los votos particulares desbrozan el camino que, según ellos, debería haber conducido a la inmediata suspensión de la vigencia de la norma. Y lo hacen invocando ciertos *obiter dicta* de la STC 53/1985, la sentencia que, bajo la especie de la resolución interpretativo-aditiva que todos conocemos, ha sido, hasta la entrada en vigor de la LO 2/2010, el *corpus* jurisprudencial de referencia en la materia. Los pasajes seleccionados de la STC 53/1985 son aquellos —presentes, sobre todo, en los Fundamentos 3 a 5— en los que la mayoría dispensa a la vida humana el tratamiento de valor superior del ordenamiento, al tiempo que califica al derecho reconocido en el artículo 15 CE el carácter de derecho esencial y troncal, en cuanto “supuesto ontológico” sin el que el resto de los derechos no tendrían sentido. El voto particular de Tomás y Valiente hizo de tales jerarquizaciones axiológicas y descubrimientos de valores superiores que la Constitución no proclama, el eje central de su discrepancia. Tomadas en su literalidad, que es lo que parecen hacer ahora, exacerbándolas, quienes las traen a colación, tales consideraciones se revelarían, por lo demás, como absolutos incompatibles con cualquier regulación del aborto, cualquiera que ella fuera. La cuestión es que para fundamentar la supuesta necesidad de la suspensión *extra legem*, los votos particulares orillan todo lo demás; y especialmente que el “todos” a quienes el artículo 15 confiere la titularidad del derecho a la vida equivale a todos los nacidos, lo que no significa, como bien sabemos, que el ordenamiento jurídico pueda desentenderse de la suerte del *nasciturus* sin vulnerar claramente exigencias y obligaciones que se derivan de la Constitución.

El voto de Rodríguez Zapata añade al repertorio de los alegatos en favor de la suspensión la denuncia, dirigida contra la mayoría, de haber

operado interesada y selectivamente en la cita de los precedentes. Según dicho voto, un lejano Auto del Tribunal, el 120/1983, de 21 de marzo, serviría como prueba de que la vigencia de los preceptos de una ley puede dejarse en suspenso, aún faltando cobertura legal para hacerlo. Curiosamente, dicho Auto no tiene otro *leit motif* que el principio de conservación de actos, un principio al que el Auto en cuestión califica de “esencial en Derecho Público”. Lo que se debatía en el mismo es si estaba al alcance del Tribunal suspender la vigencia de una Ley Orgánica (la LO 6/1983, que reformó la de Elecciones Locales) contra la que se había interpuesto un recurso previo de Inconstitucionalidad, dentro del plazo de los tres días desde el establecimiento parlamentario del texto definitivo, que es lo que estipulaba el derogado artículo 79.2 LOTC. El problema surgió como consecuencia de un error, por precipitación, en el proceso conducente a la sanción, promulgación y publicación de la norma, fruto del cual ésta apareció publicada en el BOE sin esperar a que expirara el plazo de los tres días para recurrir. Pues bien, el Tribunal se enfrenta a la alternativa de remediar el vicio *in procedendo* suspendiendo la vigencia de la ley, o bien cercenar de plano el derecho de los recurrentes a la sustanciación de un recuso que ya no podría ser previo. Avocado el asunto por el Pleno, 8 de los 12 magistrados se decantan por admitir el recurso, pero suspendiendo únicamente, por aplicación del principio antes mencionado, la vigencia de los artículos recurridos. La sentencia, la STC 38/1983, llegaría, por cierto, en menos de dos meses desde la fecha del Auto, pero lo más llamativo es que será difícil encontrar alegatos tan contundentes contra la existencia, en manos del Tribunal, de la facultad de suspender la vigencia de normas, como los que suscribieron entonces los magistrados Rubio Llorente y Tomás y Valiente (a los que se adhieren Ángel Latorre y Manuel Díez de Velasco). “Como intérprete supremo de la Constitución, se lee en el voto de Rubio Llorente, (el Tribunal) puede declarar la nulidad de los preceptos legales que sean contrarios a aquella, pero sólo al término de un proceso y mediante una decisión razonada, pues su autoridad es sólo la autoridad de la Constitución, y

no ostenta representación alguna en virtud de la cual pueda recabar para su voluntad libre el poder ir en contra de lo querido por la voluntad de la representación popular, o dejar sin efecto, aunque sea provisionalmente, la promulgación acordada por el Rey” “El Tribunal, dice el de Tomás y Valiente, no tiene en ningún caso atribuciones para suspender una ley, y menos aún para graduar en términos de equidad lo que de ella debe suspenderse”.

### 3. LA IDEOLOGÍA CONSTITUCIONAL DE LOS VOTOS PARTICULARES

El control de constitucionalidad de la ley es un mecanismo que ha acabado por generalizarse en las democracias de nuestros días. Practicado de manera pionera, aunque muy circunstancial, en los Estados Unidos, y respaldado en el terreno de la (gran) teoría jurídica gracias a las aportaciones de Kelsen sobre el carácter de la Constitución y el problema de su defensa, resurgió con inusitada vitalidad después de la Segunda Guerra Mundial. Ello ocurrió en Alemania y en Italia, pero después, también, allí donde se fueron concretando por doquier las diversas oleadas democratizadoras del siglo XX. La jurisdicción constitucional y el control de la ley pertenecen hoy al “paisaje” de la democracia tanto como el sufragio universal y el compromiso de respetar los derechos humanos. Pero la cuestión es que, apareciéndonos los tres componentes citados, como partes de un mismo engranaje cuya urdimbre está en la Constitución, no hay nada de natural en que funcionen de manera coordinada y sin tensiones entre ellos. Mientras uno está concebido para dar expresión a una voluntad política de carácter contingente y variable, los otros dos están pensados para preservar la calidad del entorno, en el que ésta se manifiesta y hace posible.

La suerte de cualquier Constitución normativa guarda estrecha relación con su habilidad para anticiparse a los conflictos y establecer el modo de resolverlos. Pero la previsión de hojas

de ruta y cauces de pacificación sirve de poco si falta voluntad de atenerse a las limitaciones establecidas, o si aquellos a quienes corresponde velar porque se cumplan, interpretan las limitaciones de manera contrapuesta a la razón que las justifica. La llamada *dificultad contramayoritara* de la jurisdicción constitucional expresa, como pocas, la contradicción entre la lógica política de la decisión por mayorías y la lógica de la decisión pautada, y en manos de unos pocos, por referencia a la interpretación jurídica. Es una contradicción de tipo teórico, pero es, sobre todo, una contradicción susceptible de generar graves problemas prácticos cuando lo que subyace en las visiones contrapuestas que surgen de aplicar una u otra lógica, es quién manda sobre la Constitución, esto es, quién tiene la última palabra sobre lo que ella dispone o prohíbe.

Es posible que haya un punto de exageración en esta forma de referirse al *conflicto sobre la última palabra*. En lugar de recrearse en él, dando por sentado lo inevitable de lecturas divergentes de la Constitución por parte de legisladores y jueces, siempre he considerado preferible ponderar lo mucho que la jurisdicción constitucional puede contribuir a hacer plausible el modelo de la democracia deliberativa. La mejor “ingeniería constitucional” hace tiempo que está entregada a la tarea de diseñar cauces de colaboración entre los intérpretes *políticos* y los intérpretes *jurídicos* de la Constitución, pues con el conflicto y el “choque de trenes” no hay nada que ganar, mientras que con el diálogo, y la consideración recíproca, y con cultura constitucional del debate y la búsqueda de la mejor solución razonable, la calidad de la democracia se acrecienta.

Con conflicto o con cooperación, de lo que no cabe duda es de que el juez constitucional ha cobrado en las democracias de nuestros días un protagonismo que puede defenderse con razones muy variadas: por su capacidad para realizar una lectura moral de la Constitución, capaz de hacer que triunfen los derechos (Dworkin), o bien por su idoneidad para romper los muros de exclusión y de silencio que pudieran alzarse contra ciertas razones merecedoras de considera-

ción (Ely). Pero ello siempre bajo el presupuesto de que el ámbito de lo que está al alcance del juez constitucional es algo legalmente predeterminado, esto es, establecido de antemano por la Constitución y, en su caso, por el legislador encargado de desarrollarla. La predeterminación del sistema de control tiene que ver con lo que Alexy denomina la “dogmática de los márgenes de acción” del legislador y del juez constitucional, un factor que, a juicio del autor alemán, es clave para resolver los dilemas que hoy surgen de la contraposición entre el “Estado de legislación” y el “Estado de jurisdicción constitucional”. Y lo mismo cabe decir, por su potencial pacificador fundado en sólidas razones de legitimidad democrática, del par de criterios guía de la actuación judicial en el control de constitucionalidad de la ley: la presunción de que ésta es legítima, y la deferencia del juez para con el legislador (Ferrerres Comella).

Uno y otro de ambos criterios de conducta parten de la base de que declarar la falta de validez de una ley es siempre algo que entra en conflicto con la dignidad democrática de ésta;

y presupone, por supuesto, una ley vigente y en disposición de cumplir los objetivos para los que fue aprobada. Y así, y no de ninguna otra manera, aparece configurado el control de constitucionalidad de la ley en el sistema español. Manipular las reglas que lo dirigen mediante interpretaciones extravagantes del derecho, o recurriendo a poderes implícitos o “normatividades inmanentes a la naturaleza de las instituciones” desmentidas por la claridad de tales reglas, es un ejemplo de paternalismo jurisdiccional y de desconfianza hacia la capacidad de discernimiento constitucional de la mayoría. Y aunque bien sé que nada hay de desafección democrática en los autores de los votos objeto de este comentario, es un modo de proceder que evoca el irracionalismo anti-positivista, del que hicieron gala ciertos jueces de la Alemania de Weimar, al imponer sus particulares concepciones del derecho y la justicia frente a lo que ellos calificaban de “abusos de la discrecionalidad del legislador”, o de ataques dirigidos por éste contra la conciencia jurídica de la comunidad.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

La “debilidad” de la ley autonómica, por comparación con la estatal, debido, entre otras razones, al régimen de suspensión automática de su vigencia en las impugnaciones deducidas contra la misma por el Gobierno, es un argumento recurrente de la obra colectiva *La suspensión de las leyes autonómicas en los procesos constitucionales*, Barcelona, Institut d’Estudis Autònomicos, 2005. Algún autor como Rafael Jiménez Asensio (*La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, Madrid, Marcial Pons/IVAP, 2001) llega al extremo de hablar de “presunción de inconstitucionalidad” de la ley autonómica. La llamada “dificultad contramayoritaria” de la jurisdicción constitucional es una expresión de Alexander Bickel (*The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962), popularizada hoy por obra de quienes dirigen sus dardos contra la preponderancia cobrada en nuestros días por la jurisdicción constitucional en detrimento de la decisión parlamentaria; véase, por todos, Jeremy Waldron, “The Core Case against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, 115 (2006), 1346 ss. “Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual” es el título de una obra colectiva coordinada por Eliseo Aja, Barcelona, Ariel, 1998, con aportaciones de Schäffer (Austria), Weber (Alemania), Romboli (Italia), Bon (Francia), Jiménez Campo (España) y Nunes de Almeida (Portugal). Razono mi preferencia por un sistema que abra canales de colaboración entre el legislador y el artífice del control de constitucionalidad en “Notas sobre justicia constitucional e interpretación de la Constitución (o en defensa de la Constitución como diálogo)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 16 (2005), pp. 141 y ss. Las referencias a Dworkin y a Ely son las “canónicas”: del primero, *Los derechos en serio*; Barcelona, Ariel, 2004, y del segundo, *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1997. Y las que realizo a Alexy y a Ferreres Comella se refieren, respectivamente, a sus trabajos *Teoría de los derechos fundamentales*; Madrid, CEC, 1997 y *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEC, 1997. Finalmente, para el conflicto de la Alemania de Weimar a propósito de las pretensiones de control de la ley por el juez ordinario, remito *in toto* al libro de Giuseppe Volpe, *L’ingiustizia delle leggi*, Milán Giuffrè, 1977.

**Fecha de recepción: 12 de octubre de 2010**

**Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2010**



## RESUMEN

¿Pueden obtenerse por silencio administrativo positivo las licencias para edificar en España? Sí. Pero el problema es si es posible obtener una licencia, por silencio positivo, aun cuando pueda ser contraria a los planes y las normas de urbanismo. Una respuesta negativa, como la dada por el Tribunal Supremo de España, interpretando el artículo 8.1.b) del Texto Refundido de Ley del Suelo de 2008, responde a una disposición legal que rompe los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. ¿Cuántas empresas y sujetos de derecho pueden estar seguros en caso de silencio y comenzar la construcción sin la licencia de obras?

Una licencia obtenida por el silencio positivo debería ser tan válida como una ordinaria, obtenida mediante respuesta expresa emitida por el Ayuntamiento. En este trabajo se defiende el regreso de silencio positivo (el regreso de Eurídice), aun cuando el proyecto de construcción sea contrario a los planes y leyes urbanísticas, dejando a salvo ciertos casos (edificios históricos, terrenos especialmente protegidos, etc.). Cuando la licencia obtenida por silencio positivo sea contraria a los planes o a la legislación urbanística, estará sujeta a suspensión o revocación, que podrá ser declarada por el Ayuntamiento a través de un procedimiento de revisión, garantizando el principio de confianza legítima y la seguridad jurídica de los ciudadanos y sin perjuicio de la eventual responsabilidad extracontractual de la Administración Pública por daños y perjuicios derivados del procedimiento.

Por otra parte, el autor argumenta que las Administraciones de las Comunidades Autónomas no deben ser consideradas como "interesados" en los procedimientos de revisión de licencias que corresponde tramitar a los Ayuntamientos. Pero el sistema debe ser reformado para facilitar que las Comunidades Autónomas puedan impugnar las licencias expedidas por las autoridades locales, en casos de infracciones graves de los planes y leyes urbanísticas.

## PALABRAS CLAVE

SILENCIO POSITIVO, LICENCIAS DE CONSTRUCCIÓN, REVISIÓN ADMINISTRATIVA DE OFICIO, ACCIÓN DE NULIDAD, PROCEDIMIENTO; LEGITIMACIÓN PARA INSTAR LA NULIDAD, POSICIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS; LEGÍTIMA CONFIANZA

## ABSTRACT

Can licenses to build in Spain be obtained by positive administrative silence? Yes. But the problem is whether it is possible to obtain a license, through positive silence, even though it may be contrary to urban planning regulations. A negative answer, as given by Spain's Supreme Court, interpreting Article 8.1.b) of the revised Land Law of 2008, responds to a statutory provision that breaks the principles of legal certainty and legitimate expectations. How many firms and individuals can really be sure in the case of silence and start construction without planning permission?

Planning permission obtained by positive silence should be as valid as that obtained by an explicit response issued by the Town or City Hall. This paper advocates the return of positive silence (the return of Euridyce), even when the construction project be contrary to development plans and zoning laws, with the exception of certain cases (historic buildings, especially protected areas, etc.). When the license obtained by positive silence is contrary to plans and zoning law it will be subject to suspension or revocation, which may be declared by the Town or City Council through a review process ensuring the principle of citizens' legitimate expectations and legal certainty and without prejudice to the Public Administration's extra-contractual liability for damages resulting from the procedure.

Moreover, the author argues that Autonomous Communities should not be considered "an interested party" in the reviewing procedures for planning permission corresponding to the Town Hall. But the system should be reformed to facilitate the Autonomous Communities challenging permissions issued by local authorities in cases of grave breaches of development plans and zoning laws.

## KEY WORDS

POSITIVE SILENCE, BUILDING PERMITS, ADMINISTRATIVE SUA SPONTE REVIEW, NULLITY ACTION, PROCEDURE, LEGAL STANDING TO BRING ANNULMENT, POSITION OF THE AUTONOMOUS COMMUNITIES, LEGITIMATE EXPECTATION

# SILENCIO ADMINISTRATIVO Y REVISIÓN DE OFICIO DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS: EL REGRESO DE EURÍDICE

José Luis Martín Moreno

Letrado Mayor del Consejo Consultivo de Andalucía

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Objeto de la revisión. A. Recapitulación: treinta y tres años vagando por el Aqueronte para acabar en un mar de inseguridad. B. Una disonancia mayor. C. Última vuelta de tuerca: la modificación de la Ley 30/1992. D. El regreso de Eurídice: propuesta de reformulación del silencio positivo en la concesión de licencias urbanísticas. 3. Los sujetos de la revisión de oficio. A. Legitimación para ejercitar la acción de nulidad: relevancia del reconocimiento de la acción pública. B. Nueva disonancia: la revisión de oficio accionada por las CCAA como alternativa frente a la impugnación judicial de actos de las Corporaciones Locales. C. Intensificación de las disonancias: consecuencias jurídicas erróneas que se ha extraído de la calificación de las Administraciones de las CCAA como “interesados” en el procedimiento de revisión de oficio. 4. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

La revisión de oficio de las licencias urbanísticas vuelve al primer plano de la actualidad jurídica, tanto por la jurisprudencia sentada en el último año, como por la multiplicación de supuestos en los que se hace aplicación de este instituto jurídico, poniendo de manifiesto que algo falla en el urbanismo. La tensión entre la defensa de la legalidad urbanística y la protección de la seguridad jurídica se hace más visible que nunca en nuestro país y pone de manifiesto la necesidad de reequilibrar el sistema de revisión de oficio, dotándolo de efectividad; pero también contrapesando la potestad exor-

bitante que en él se ejercita para evitar el sacrificio de la seguridad jurídica.

La situación actual, influenciada por acontecimientos muy negativos para la legalidad urbanística, se juzga poco coherente con la nueva concepción que se predica de la posición de la Administración en sus relaciones con los ciudadanos. Así, la negación absoluta del silencio positivo cuando pueda dar lugar a la adquisición de derechos o facultades contrarios a la normativa urbanística y de ordenación del territorio; la facilidad con que se aprecian determinadas causas de nulidad, la confusión de roles por la entrada en juego de competencias concurrentes de las Administraciones Locales

y Autonómicas; la relajación en la aplicación de la caducidad de estos procedimientos y el frecuente olvido de la equidad, buena fe, confianza legítima u otros límites de la revisión de oficio son extremos necesitados de revisión.

El propósito de este trabajo no es abundar sobre lo que ya está escrito en la materia, sino centrarse en el plano del objeto y los sujetos de la revisión de oficio, en diversas cuestiones polémicas sobre las que o no se ha meditado en absoluto o se ha pasado de puntillas. Así se ha llegado a cuestionar el objeto mismo de la revisión de oficio y se han forzado soluciones que han venido a confundir el papel de los sujetos de la revisión de oficio, comprometiendo también garantías procedimentales que responden a principios básicos.

El análisis que aquí se realiza simplemente pretende “colocar en suerte” esas cuestiones, exponiendo humildemente qué derroteros deberían tomar, con la intervención legislativa en algún caso y con la aplicación de adecuadas pautas hermenéuticas en otros. Por su importancia en este plano, buena parte del trabajo versa sobre la posibilidad o imposibilidad del reconocimiento de licencias *contra legem* obtenidas por silencio positivo, de cuya solución pende el ensanchamiento o estrechamiento del círculo propio de la revisión de oficio.

## 2. OBJETO DE LA REVISIÓN

El estudio que realizamos se ciñe a la revisión de oficio de las licencias urbanísticas, dado que el amplio elenco de actos urbanísticos susceptibles de revisión y su diferente naturaleza jurídica exige un tratamiento diferenciado. En efecto, doctrinalmente se viene distinguiendo entre los instrumentos de planeamiento, destinados a regular el uso del suelo y cuya naturaleza normativa es pacífica, los convenios urbanísticos, marcados por su carácter bilateral, y las licencias y órdenes de ejecución, de carácter unilateral. Éstos últimos son los que han centrado la atención de la doctrina, dado que a ellos se han referido desde antiguo determina-

das especialidades del ordenamiento jurídico urbanístico en materia de invalidez y revisión de oficio.

El examen del régimen jurídico de la revisión de oficio de las licencias urbanísticas, no puede sustraerse del análisis de la operatividad de la técnica del silencio administrativo en este campo, como lo demuestra el hecho de que esta cuestión haya acaparado la mayor parte de los estudios doctrinales en la materia, en detrimento de otras cuestiones igualmente relevantes, que afectan tanto a las licencias obtenidas por acto expreso como a las que pudieran derivarse del silencio de la Administración.

Desde el plano puramente conceptual, la doctrina ha destacado que es precisamente en el campo de las potestades de control y policía donde puede operar el silencio positivo, en la medida en que con posterioridad no se requieren actuaciones materiales de ejecución a cargo de la Administración<sup>1</sup>.

Tratándose de las licencias urbanísticas, es claro que su naturaleza reglada facilita las previsiones del legislador sobre la aplicación del silencio positivo, pero las cosas no son tan sencillas, sobre todo cuando la concesión de las licencias pende de la valoración de conceptos jurídicos indeterminados o exige una cuidada actividad de instrucción por la complejidad técnica que pueda presentar la confrontación de la actividad proyectada con la ordenación urbanística u otras normas sectoriales.

Quizá el primer defecto en que incurre el legislador español ha sido la proclamación generalizada del silencio positivo<sup>2</sup>, luego desmentida en la práctica si atendemos a la interpretación jurisprudencial de la denominada cláusula preventiva que el propio legislador incorpora; una cláusula, que veda la obtención por silencio de licencias urbanísticas *contra legem*, según el Tribunal Supremo. Si esto es así, lo que en nuestro país se ha conformado es un delicado experimento que afecta sobremanera a la seguridad jurídica y que dura ya más de treinta años, en el que se exige al interesado un juicio previo sobre el sentido del silencio que no tiene razón de ser.

Habiendo constreñido este análisis a la revisión de oficio de las licencias urbanísticas, hay que insistir en que el objeto de ésta será más o menos extenso dependiendo de la aceptación del silencio positivo, aunque suponga la adquisición de derechos o facultades que contravengan la normativa de ordenación del territorio o urbanística. Se trata de una cuestión capital sobre la que el enigmático legislador ha consentido que hayan corrido ríos de tinta durante más de tres decenios, dando lugar a diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, en las que se han llegado a detectar tres tesis diferentes: la que considera admisible interpretar el silencio en pro de la concesión de la licencia, la que niega que el silencio de la Administración pueda dar lugar a la obtención de licencias contrarias al ordenamiento jurídico y una tercera que acepta la obtención de la licencia por silencio, salvo que incurra en un vicio de nulidad de pleno derecho<sup>3</sup>. La primera se identifica por la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria, otorga prevalencia a la defensa de la legalidad y hace valer el principio de que no puede obtenerse por silencio lo que no podría obtenerse mediante resolución expresa.

Da idea del complicado panorama jurisprudencial el hecho de que entre la segunda y la tercera tesis se observa la evolución hacia una postura intermedia, que admite el silencio salvo que las infracciones detectadas sean manifiestas, notorias, frontales o palmarias<sup>4</sup>. Pero tales matizaciones son contradichas por el propio Tribunal Supremo, al considerar que no es atendible el argumento de que solamente las infracciones graves o productoras de la nulidad de pleno derecho pueden impedir la producción del silencio positivo, dado que la norma no distingue entre los posibles grados de las distintas infracciones.

Resulta, pues, imperdonable que la ambigüedad y la vacilación del legislador hayan generado un problema de proporciones espectaculares durante tanto tiempo, estando aquél obligado a intervenir como lo estaba en pos de la seguridad jurídica<sup>5</sup>, consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución Española, procurando la certeza frente a la duda o incertidumbre;

problema que se ha venido alimentando con la adopción de diversas fórmulas por el propio legislador estatal y por las Comunidades Autónomas, en una ceremonia de confusión inexcusable, agravada por la intervención de quince legisladores autonómicos en una materia propia de lo básico.

Dando por reproducidas las diferentes formulaciones legales sobre el silencio positivo *contra legem* en materia de licencias urbanísticas desde la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 hasta el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, interesa destacar que la confusa situación creada por la existencia de pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia a favor y en contra de la obtención de licencias por silencio positivo *contra legem*, ha sido zanjada por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, dictada en el recurso núm. 45/2007, de casación en interés de la ley.

En efecto, tras reconocer que el Tribunal Supremo no había tenido ocasión de encarar frontalmente esta problemática después de la reforma del artículo 43 de Ley 30/1992 en 1999, dicha sentencia fija una doctrina legal que sostiene que es errónea y gravemente dañosa para el interés general, la adquisición por silencio positivo de licencias en contra de la legislación y del planeamiento urbanístico (FJ 5). La interpretación alcanza al artículo 8.1 b) del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, que representa según el Tribunal Supremo, una excepción contenida en norma con rango de ley frente a la regla general de silencio positivo del artículo 43 de la Ley 30/1992.

En suma, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación en interés de ley, declarando como doctrina legal que el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también

básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, “*no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística*”.

### A. RECAPITULACIÓN: TREINTA Y TRES AÑOS VAGANDO POR EL AQUERONTE PARA ACABAR EN UN MAR DE INSEGURIDAD

Tras el desenlace jurisprudencial antes referido, resulta que el silencio positivo en materia de concesión de licencias ha estado treinta y tres años vagando por el Aqueronte, entre las sombras errantes. Finalmente el Tribunal Supremo ha realizado el trabajo de Caronte, accediendo a dar sepultura al silencio *contra legem*. Resulta increíble que se haya consumido tanto tiempo para zanjar el debate sobre el significado de una proposición normativa, en el que el legislador estatal debió intervenir mucho antes para evitar toda ambigüedad y hacer inteligible desde el principio la llamada cláusula preventiva y ello pese a su —aparentemente— rotunda formulación. Bastaba un óbolo para que el barquero hiciera su trabajo.

Son muchos años vagando por el Aqueronte para acabar en la orilla de los muertos<sup>6</sup>, sin haber obtenido un pacífico final y por eso creo que es necesario arbitrar otra solución, ya que la situación actual es altamente insatisfactoria. La doctrina ha criticado con razón que la inaplicación del silencio positivo a las licencias con el argumento de la contravención de la legalidad urbanística representa una solución contraria al principio de seguridad jurídica, advirtiendo que coloca a la Administración en mejor posición que si diera respuesta en plazo a las solicitudes de los interesados, invitándola al incumplimiento del plazo de resolución y facilitando la elusión de la responsabilidad en la comprobación de la legalidad de la solicitud.

Del mismo modo, se ha señalado que la cláusula preventiva “traslada al solicitante la

responsabilidad de valorar la conformidad de su iniciativa con el ordenamiento jurídico” y lleva al absurdo de que la inactividad administrativa beneficia a la Administración y no al particular, dando lugar de facto a la lícita ampliación de plazos para resolver; solución que ha prevalecido pese a que la Administración dispone de otras técnicas para evitar perjuicios al interés general (entre ellas la suspensión administrativa de licencias ilegales y la revisión de oficio)<sup>7</sup>.

La interpretación que ha prevalecido al cabo de tantas dudas y vacilaciones, coloca en una posición desfavorable al ciudadano que ha ingresado en las arcas públicas no sólo los impuestos que financian la actividad municipal y las nóminas de los funcionarios encargados del control de la legalidad urbanística, sino también una tasa para que se examine y estudie la viabilidad del proyecto en relación con la ordenación urbanística, a lo que se suman los pagos de honorarios profesionales y el correspondiente visado. Por ello se insiste en que dicha solución prima a la Administración incumplidora, favorece que no se dicte resolución en plazo y convierte el silencio en una trampa, todo lo cual se juzga como un anacronismo, al dejar al silencio positivo como una institución sin contenido práctico en materia de urbanismo y de ordenación del territorio<sup>8</sup>.

Estos argumentos han sido utilizados por diversos Tribunales Superiores de Justicia y, en este sentido, cabe recordar que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Málaga del TSJA de 29 de marzo de 2007 subraya que eximir a la Administración de su obligación de revisar la licencia obtenida por silencio positivo es primar dos veces a quien ha incumplido su obligación y supone “cargar sobre el interesado la calificación urbanística de la petición”<sup>9</sup>.

Por dichas razones, comparto la opinión de diferentes autores en el sentido de que la actual formulación de la cláusula preventiva y la interpretación jurisprudencial que ha prevalecido suponen una merma para la seguridad jurídica, ya que el silencio puede ser positivo o negativo en función de la eventual ilegali-

dad que los interesados no siempre están en condiciones de conocer. La norma somete la existencia del silencio a unos “requisitos desproporcionados”; “y traslada al solicitante la responsabilidad de valorar la conformidad de su iniciativa con el ordenamiento jurídico (al menos hasta que no dicte la resolución expresa extemporánea)”, de manera que “la inactividad de la Administración puede provocar la paralización de la actividad privada; porque en muchas ocasiones no es evidente la conformidad o no de la solicitud al ordenamiento jurídico, o puede haber valoraciones diferentes o incluso contradictorias de la normativa”, surgiendo también la pregunta sobre qué sentido tiene una impugnación cuando se trata de una solicitud de licencia cuyo contenido puede ser adecuado al ordenamiento jurídico<sup>10</sup>.

No puede perderse de vista que esta interpretación de la cláusula preventiva afecta gravemente al principio de seguridad jurídica y como consecuencia de ello, tal y como se ha advertido desde posiciones equilibradas y bien fundadas por el privilegiado observatorio que supone el ejercicio de la función registral, se generan serias dificultades para obtener financiación de los proyectos urbanísticos y edificatorios<sup>11</sup>. No serán infrecuentes los casos en que se abuse del silencio, sabiendo que la inactividad administrativa queda a cubierto de cualquier responsabilidad. Mientras tanto normas como la comunicación del artículo 79 de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, pueden ayudar en la práctica, pero representan una especie de silencio de segundo grado<sup>12</sup> para dar efectividad al silencio producido en un momento anterior, y todo ello pone de manifiesto que es necesaria la intervención del legislador.

No sólo en el terreno de los trámites preparatorios y la financiación de obras se evidencian las consecuencias del planteamiento que sigue a la interpretación de la cláusula preventiva del modo expuesto; también se muestran crudamente en los procedimientos de revisión de oficio y de responsabilidad patrimonial

sometidos a dictamen de los Consejos Consultivos y en la práctica jurisprudencial. Así, por poner un ejemplo, cuando se reclama por paralización de unas obras que el interesado consideraba amparadas en la obtención de una licencia por silencio, la Administración le opone la inexistencia de tal licencia por falta del llamado requisito sustantivo de adecuación a la legalidad, sin que se admita la oposición del interesado aduciendo el retraso de la Administración en contestarle expresamente y hacerle ver la inviabilidad de las obras. En otros casos, como el examinado en el dictamen 473/2009 del Consejo Consultivo de Andalucía, queda compelido a actuar, pues cuando el interesado solicita indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de demora en el procedimiento para la obtención de licencia, se le contesta que “si la obtención de la licencia era tan relevante, debería haberla dado como concedida por silencio y haber actuado en consecuencia”, procediendo al inicio de las obras<sup>13</sup>.

## B. UNA DISONANCIA MAYOR

Tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, hay algo que no suena bien en el paisaje del silencio administrativo y la revisión de oficio en el urbanismo. Se presentan significadas disonancias, fuertes estridencias interpretativas que han roto la armonía del sistema, aunque quizá, a fuerza de acostumbrarnos a ellas, lleguemos a confundirlas con las disonancias de Wagner, que según sus admiradores habría llegado a alcanzar tal maestría en su uso que las escribía de forma que sonaran bellas y reposadas. Pero yo no creo que el Derecho sea capaz de lograr la armonía, ni de conseguir efectos sublimes multiplicando las disonancias en el sistema de revisión de oficio de los actos urbanísticos, máxime cuando no se trata, en terminología musical, de disonancias preparadas y resueltas, sino de fragmentos que se interpretan aislada y torpemente, con pérdida de la visión del conjunto.

Prueba de la confusión y del contagioso rechazo del silencio *contra legem* en las licencias

urbanísticas, es que se llegue a concluir que la cláusula de exclusión es aplicable también a los planes cuando no es así<sup>14</sup>, pese a que esta solución pueda revelar una contradicción increíble que sólo puede resolver el legislador. Aquí se percibe, por tanto, otra de las disonancias a las que me refiero. Efectivamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2009, aun haciéndose eco de la sentencia del propio Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, mantiene que las cosas son de otro modo cuando la controversia no versa sobre una solicitud de licencia, sino que se refiere a la aprobación de un instrumento de planeamiento por silencio administrativo. Aun señalando que nuestro ordenamiento jurídico no contempla, por principio, que las disposiciones de carácter general puedan resultar aprobadas por silencio positivo, subraya el Tribunal Supremo que como excepción a esa regla, la legislación urbanística ha venido admitiendo que los instrumentos de planeamiento urbanístico —cuyo carácter de disposiciones de carácter general queda reconocido en una jurisprudencia consolidada y unánime— puedan ser aprobados por silencio. Claro exponente de ello, junto a otros antecedentes que cita, es el artículo 11, apartados 5 y 6, del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008. En resumen, el Tribunal Supremo concluye que, a diferencia de lo que sucede en materia de solicitudes de licencias, no existe una norma de rango legal que impida el efecto del silencio positivo en la aprobación de una modificación del planeamiento en el caso de que resultase contraria a la legislación urbanística.

### C. ÚLTIMA VUELTA DE TUERCA: LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 30/1992

Ya se había planteado, y también plasmado puntualmente en la normativa autonómica<sup>15</sup>, la posibilidad de sustitución de la técnica de autorización por la de comunicación previa, sobre todo en obras menores, y diversos autores apuntan hacia la recepción de ese instrumento, hasta ahora escasamente utilizado en nuestro ordenamiento jurídico, por influencia de la Directiva de servicios<sup>16</sup>.

En efecto, el artículo 2.2 de la Ley 25/2009, de 22 diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, da nueva redacción al artículo 43.1 de la Ley 30/1992 y opta decididamente por reforzar el silencio positivo, añadiendo a tal efecto una precisión de singular importancia: “*En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario...*”.

Ya no basta, como puede observarse, que la exclusión del silencio positivo se contemple en una norma con rango de ley, sino que es necesario que en el proceso de elaboración de dicha disposición se haya justificado que concurren razones imperiosas de interés general.

### D. EL REGRESO DE EURÍDICE: PROPUESTA DE REFORMULACIÓN DEL SILENCIO POSITIVO EN LA CONCESIÓN DE LICENCIAS URBANÍSTICAS

En una etapa donde las normas integrantes del bloque de la constitucionalidad y el Derecho Administrativo acentúan los principios de sometimiento a la legalidad y eficacia en la actuación administrativa, dando expresa acogida al concepto de buena Administración, el silencio administrativo no puede ser considerado sino como una anomalía<sup>17</sup>. No es extraño que la doctrina haya criticado el funcionamiento anormal de la Administración que pone de manifiesto el silencio, denunciando los abusos cometidos a cuenta de dicha institución<sup>18</sup>. Sin embargo, la realidad acaba imponiéndose y el legislador ha de hacer frente a la demora de la Administración en la resolución de los proce-

dimientos, optando por la técnica del silencio y atribuyéndole una significación negativa o positiva. Es un remedio frente a lo que se ve como “batalla perdida”. Aunque el silencio se perciba como un problema y la preocupación del legislador haya sido la de obligar a las Administraciones Públicas a resolver de manera expresa, lo cierto es que éstas seguirán sin responder en plazo en muchas ocasiones, por lo que se ha dicho con razón que la inactividad formal de la Administración es un mal endémico, difícil (si no imposible) de erradicar<sup>19</sup>.

En este contexto, admito que puede comportar riesgos la obtención por silencio de autorizaciones o licencias que amparen una actividad susceptible de afectar negativamente a suelos especialmente protegidos, inmuebles catalogados, etc., y no creo que tales riesgos deban negarse<sup>20</sup>, como tampoco pueden magnificarse, ni valorarse hoy como se pudieron valorar hace más de medio siglo<sup>21</sup>. Por eso, reclamo desde estas páginas una nueva regulación en la materia, aun reconociendo que no es fácil la identificación de categorías de bienes que reclaman para sí la exclusión del silencio positivo<sup>22</sup>. Pero, en mi opinión, siempre sería una solución más defendible que la actual, que mantiene una fórmula difícilmente compatible con la seguridad jurídica y que a la postre supone la negación de este instituto jurídico, en contra del espíritu de la Ley 30/1992, tras dos reformas (Leyes 4/1999 y 25/2009) que han conducido a que el silencio negativo quede relegado a supuestos excepcionales: actualmente sólo se admite que el legislador pueda excepcionar la regla del silencio positivo, como ya se ha dicho, cuando esté justificado “*por razones imperiosas de interés general*”

Siendo así, se trataría de delimitar el área propia del silencio positivo, excluyendo aquellos actos autorizatorios que por su relevancia o características demanden indefectiblemente (imperiosamente) un pronunciamiento expreso de la Administración<sup>23</sup>, lo que vendría a responder al planteamiento que la doctrina italiana realiza en relación con los “*interessi critici*”<sup>24</sup>, sin perjuicio de que el particular pueda recurrir frente a la inactividad de la Adminis-

tración y postular el reconocimiento de las consecuencias que el ordenamiento jurídico permita extraer de la demora (disciplinarias, indemnizatorias, etc.).

En definitiva, se vendría así a retomar el olvidado espíritu de la Ley 30/1992, que en su exposición de motivos subraya la consideración del silencio positivo como garantía, exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo, y que sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista.

De hecho la legislación urbanística ya ha adoptado para supuestos singulares la técnica que propongo. Se trataría de perfilar si existen otros en los que concurra identidad de razón para que el legislador los recoja expresamente como supuestos de silencio desestimatorio, admitiendo el silencio positivo en los restantes.

Se ha dicho, en este orden de ideas, que una transposición adecuada de la Directiva de Servicios requeriría la modificación de las legislaciones urbanísticas autonómicas, determinando específicamente las razones imperiosas de interés general del ámbito urbanístico, que produjeran el silencio negativo. Desde esta óptica, considerando dicha Directiva y la jurisprudencia comunitaria se apunta, por ejemplo, que una licencia solicitada para obras en un inmueble de protección histórico-artístico, no podría obtenerse por silencio positivo, puesto que además de afectar a la protección del entorno urbano, se podrían producir daños irreparables<sup>25</sup>.

En este momento, los legisladores autonómicos identifican determinados bienes merecedores de una especial protección y en esta dirección la referencia a las conductas que se califican como infracción urbanística muy grave ofrece una pista útil, aunque aquí no estemos hablando del *ius puniendi*, sino de cómo ha de configurarse el silencio<sup>26</sup>. Son los “intereses críticos” que pueden verse afectados por el juego del silencio positivo *contra legem* los que justifican una cláusula de exclusión del mismo. En tal sentido, habría de intervenir el legislador estatal, reformulando la llamada cláusula

preventiva para sentar un mínimo común que oriente los desarrollos autonómicos. Así, evitar la destrucción o deterioro de bienes catalogados por la ordenación urbanística o declarados de interés cultural conforme a la legislación sobre el patrimonio histórico, cultural y artístico, e impedir los daños que pueden derivarse las licencias o autorizaciones en espacios de singular valor paisajístico o medioambiental y en suelos no urbanizables de especial protección, son objetivos que proporcionan buenos ejemplos de por dónde debe ir encaminada la modificación que propongo<sup>27</sup>.

La doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo y el peso de la tradicional configuración de la cláusula preventiva no impiden el regreso del silencio al mundo de los vivos mediante una nueva reformulación. Por eso abogo por un cambio inmediato en la regulación legal, acorde con la novísima redacción del artículo 43.2 de la Ley 30/1992. Abogo por el regreso de Eurídice con un alma renovada —el silencio administrativo positivo sin la cláusula precautoria—, para que esta vez retorne al mundo de los vivos sin perderse definitivamente en el viaje de vuelta. Todo ello, mediante una construcción aquilatada, fruto de la experiencia, procurando un tránsito seguro sin necesidad de los consabidos encantamientos a Caronte y a Cerbero (opere el lector la transmutación que quiera).

La Administración no está en su minoría de edad: existen instrumentos para evitar las consecuencias adversas para el interés general que pudieran derivarse del silencio positivo. Al formular la propuesta del regreso de Eurídice soy consciente de los riesgos que comporta<sup>28</sup>. Ciertamente, la admisión de la técnica del silencio positivo *contra legem* y la interpretación de la cláusula preventiva desde el ángulo patrimonial no elimina la conflictividad y la inseguridad jurídica, por lo que exigiría ciertos temperamentos para que el tiempo transcurrido desde la obtención de la licencia y la actuación de la Administración y de los interesados, dependiendo de las circunstancias del caso (dificultades interpretativas, presentación en regla de la documentación, buena fe, comunicación

previa de inicio de las obras, publicidad de las mismas, y posibilidad de pronta reacción, gravedad de la contravención, etc.), puedan ser conveniente ponderadas, bien atenuando las posibilidades de revisión o bien, en su caso, en sede de responsabilidad patrimonial<sup>29</sup>.

Insisto en que, antes que seguir utilizando la actual fórmula condicional, no supeditada a la protección de intereses especialmente críticos, ni a la intensidad o gravedad del vicio, será preferible la identificación de supuestos en los que puede o no jugar el silencio *contra legem*, sin perjuicio de que cuando sea operativo se extraigan las consecuencias que pueden desprenderse de la contravención de la legalidad urbanística o de la ordenación del territorio en diferentes planos: restauración de la legalidad urbanística, ejercicio de potestades sancionadoras y eventual exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que los daños hayan sido causados por dolo o culpa grave del peticionario de la licencia o por actuación de tercero que rompa el nexo causal.

La reformulación que postulo tiene en cuenta que existen recursos para que los riesgos que en algunos casos puede representar el silencio positivo no se materialicen. En efecto, han venido funcionando una serie de instrumentos configurados por la legislación autonómica como complemento a la posibilidad de obtención de licencias por silencio positivo<sup>30</sup>, siendo consciente el legislador de que no siempre es fácil apreciar el “requisito de conformidad”.

Evocando la letra de una conocida canción, cabría afirmar que “no estamos locos, sabemos lo que queremos”. De ahí que lo relevante cuando se opte por el reconocimiento expreso del silencio positivo, salvo en supuestos cualificados, es que la Administración esté en condiciones de reaccionar. En este contexto no pueden ignorarse las importantes obligaciones que se relacionan con la comunicación de inicio de las obras o su publicidad exterior; las que se imponen a los notarios que autorizan escrituras de segregación, división de fincas, y obra nueva en construcción, y las que se refieren a la formalización de la terminación de las

obras; la labor de los registradores en sede de calificación de los documentos presentados a inscripción y los diversos instrumentos de publicidad de la tramitación de revisiones de oficio, recursos y demandas que tengan por objeto licencias urbanísticas<sup>31</sup>, las obligaciones que recaen sobre las compañías de suministros y servicios de energía, agua, gas y telefonía, etc.

Representan estas obligaciones manifestaciones de un deber de colaboración en orden a la constatación del cumplimiento de los requisitos y deberes urbanísticos, facilitando así el control de legalidad de las actividades sometidas a licencia o autorización<sup>32</sup>. En este plano, hay que destacar la importancia del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

Subrayo, pues, la existencia de un arsenal de instrumentos al servicio del control de la legalidad urbanística, de modo que difícilmente puede afirmarse que la Administración está indefensa para reaccionar ante los desmanes que pudieran amparar los casos patológicos de licencias ganadas por silencio. Cuando se constata su ilegalidad, la revisión de oficio con posibilidad de suspensión, la declaración de lesividad, el ejercicio de la acción pública en materia urbanística, y los controles de legalidad previstos en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local ofrecen remedios suficientes para sortear los peligros que tan a menudo se aducen para justificar la cláusula preventiva examinada.

Por consiguiente, la propuesta que formulo no deja ni mucho menos inerte a la Administración para hacer frente a las ilegalidades urbanísticas que pudieran encontrar refugio en el silencio positivo *contra legem*.

### 3. LOS SUJETOS DE LA REVISIÓN DE OFICIO

No sólo la regulación del silencio en este campo presenta notables disonancias; junto a

la inseguridad generada por la causa de nulidad del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, un determinando entendimiento de los sujetos legitimados y las consecuencias que de esta cuestión se extraen en el plano del procedimiento revelan un sistema de revisión de oficio descompensado, donde la Administración ha visto reforzadas sus potestades de autotutela hasta límites reñidos con la seguridad jurídica.

En efecto, en el apartado de los sujetos, la revisión de oficio de las licencias urbanísticas presenta también singularidades normativas, aflora importantes disonancias del sistema y muestra errores interpretativos que confirman una pérdida de rumbo, con importantes consecuencias prácticas en el terreno de la legitimación para accionar la nulidad y con secuelas procedimentales que no pueden desconocerse.

#### A. LEGITIMACIÓN PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE NULIDAD: RELEVANCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LA ACCIÓN PÚBLICA

Lo anterior da pie para exponer que, en mi opinión, resultan intolerables las cortapisas que se ponen al ejercicio de la acción de nulidad por parte de ciudadanos y asociaciones que actúan en defensa de la legalidad urbanística y del medio ambiente, ejercitando una acción de nulidad al amparo de lo previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, en una materia donde se reconoce la acción pública. En efecto, el artículo 48 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo dispone que “*Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística*” (apdo. 1), añadiendo que “*si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística*”. No es posible abordar el alcance

de uno y otro apartado, que podrían ser objeto de un estudio autónomo. Lo que sí creo que ha de destacarse es que el concepto de interés y la legitimación que lleva anudada a los efectos del artículo 102.1 de la Ley 30/1992 y de la ejecución de las resoluciones judiciales y administrativas subsiguientes a la anulación de las licencias no pueden prescindir de la luz que arroja el artículo 48 del Texto Refundido, vigente en todo el territorio nacional.

Comparto que la legitimación propiamente dicha o “*ad causam*” no requiere en estos casos de mayores indagaciones. Como se ha dicho por la doctrina acertadamente, su correcto entendimiento “resulta un tema nuclear y central, sobre todo, en el ámbito del contencioso-administrativo, y, en cierta medida, un tema “testigo” de la mayor o menor sensibilidad de los órganos jurisdiccionales para verificar y posibilitar un control amplio y no restrictivo, esto es, pleno, de la actividad administrativa”. Y en ocasiones es desalentador apreciar cómo se siguen realizando interpretaciones arcaicas en el ámbito administrativo y judicial. Los individuos y las asociaciones pueden convertirse y de hecho se están convirtiendo en “un instrumento poderoso y decisivo para controlar las ilegalidades, arbitrariedades y otras inmundidades del poder”<sup>33</sup>.

#### **B. NUEVA DISONANCIA: LA REVISIÓN DE OFICIO ACCIONADA POR LAS CCAA COMO ALTERNATIVA FRENTE A LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE ACTOS DE LAS CORPORACIONES LOCALES**

Es una práctica ya extendida la utilización por parte de las Comunidades Autónomas de la vía de revisión de oficio como alternativa al cauce específico de impugnación arbitrado por el legislador básico. El argumento de no hacer de peor condición a la Administración que a los particulares que sin alegar un derecho subjetivo o un interés preciso pueden ejercitar la acción pública, puede ser cautivador y de hecho se ha aplicado también para justificar que

determinados órganos autonómicos puedan instar la revisión de oficio por causa de nulidad, pero resulta feble y falto de fundamento tras un mínimo análisis de la posición que ocupan tales Administraciones, y de las potestades que despliegan en orden a la protección de la legalidad urbanística, así como de los canales de información e instrumentos específicos de impugnación que el legislador básico ha puesto a su disposición.

Más allá de lo expuesto, dicho argumento cautivador ha sido esgrimido incluso para el ejercicio directo de la acción popular, salvando así la extemporaneidad de la impugnación judicial que podría derivar de la aplicación de los plazos de los artículos 65 y 66 de la Ley 30/1992, lo cual constituye otra pérdida de rumbo en el ejercicio de las potestades de las Administraciones de las Comunidades Autónomas para la protección de la legalidad urbanística. Aunque algunos Tribunales Superiores de Justicia hayan admitido el ejercicio de la acción popular por la Administración, el Tribunal Supremo ha negado su viabilidad de manera contundente. Quedando vedada esta posibilidad, algunas normas legales autonómicas han ampliado el plazo de impugnación; solución que, según la jurisprudencia constitucional, entraría en contradicción con lo previsto en el artículo 65 de la LBRL.

El examen de la legislación de las Comunidades Autónomas en esta materia pone de relieve un intenso papel de su Administración en la protección de la legalidad urbanística. No obstante, las posibilidades de actuación en caso de inactividad municipal cuando media una licencia municipal que se estima ilegal, son limitadas, en tanto haya sido declarada su invalidez, sin perjuicio de las prescripciones que salen al paso de las obras que no se ajustan a la licencia municipal otorgada. Dichas limitaciones tienen como fundamento las exigencias de respeto de la autonomía local, que ha propiciado que el legislador básico haya configurado un exigente modelo de impugnación de actos de las Corporaciones Locales, básicamente contenido en los artículos 65 y 66 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local

(LBRL), que no puede ser ignorado por el legislador sectorial.

En este contexto hemos de preguntarnos si se justifica la revisión de oficio instada por la Administración autonómica, aun considerando que con ello no se opera una subrogación en la potestad de revisión de oficio y que en todo caso la incoación, tramitación y decisión del procedimiento corresponde al Ayuntamiento que dictó el acto controvertido. Reconozco que la efectividad de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo y ordenación del territorio reclama eficaces instrumentos para la protección de la legalidad, pero, en este plano, ha de partirse también de la relevancia de la autonomía que la Constitución reconoce a los municipios. El problema no tiene una solución sencilla, porque como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1999, de 11 de febrero, a veces se cuestiona un acto administrativo sobre cuya corrección jurídica se proyectan dos valoraciones contradictorias: *“Por una parte, la que hace la Administración autonómica, teniéndolo por nulo, a partir de cuya calificación atrae para sí la competencia municipal. Por otra, la que late en la inactividad municipal<sup>B4</sup>, cuya raíz puede responder no a desidia o abandono, sino al convencimiento de que la licencia en cuestión no adolece de tacha alguna o de aquella tacha extrema”* (FJ 4).

Antes de que se haya declarado formalmente la ilegalidad de la licencia, pueden existir interpretaciones discrepantes, y por eso el Tribunal Constitucional considera que la discusión o “planteamiento dialéctico” entre ambas Administraciones *“sólo puede encontrar solución en sede jurisdiccional, como disponen los arts. 65 y 66 de la Ley de Bases de Régimen Local, cuyo carácter básico ha sido reconocido por este Tribunal (STC 214/1989)”*. En este sentido, se advierte que: *“A menos de desfigurar tal modelo de autonomía local no se puede dar prevalencia a la opinión de la Comunidad Autónoma frente a la de la Corporación Local”*.

Por eso es importante hacer notar que más allá de las singularidades del procedimiento de revisión de oficio, cuando la Administración

autonómica insta la revisión, estamos ante el ejercicio de una acción que con razón puede ser vista como una auténtica impugnación; una acción que coloca a los sujetos legitimados en una posición tal que les permite atacar, sin sujeción a plazo, los actos presuntamente viciados de nulidad, y, en última instancia, residenciar la cuestión ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuando estimen que la decisión del procedimiento revisor no es conforme a Derecho.

En definitiva, por las razones expuestas, resulta problemático el reconocimiento de la facultad de los órganos autonómicos de requerir a los Ayuntamientos la declaración de nulidad de licencias; facultad que han reconocido algunos Tribunales Superiores de Justicia y que actualmente se prevé en diversas normas autonómicas.

El Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de abordar la cuestión. Sí existe un voto particular a la sentencia de 3 octubre 2001 que acierta a ver una problemática “no resuelta hasta ahora por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo”. En dicho voto particular se afirma que: “es necesario concluir en la imposibilidad de considerar “interesado” a efectos de los artículos 102 y 103 de la LRJ-PAC (en su redacción de 1992) a una Comunidad Autónoma que ha sido notificada en tiempo y forma del acto de una entidad local pese a que el mismo infrinja gravemente —a su entender— el ordenamiento jurídico”. Coincido en lo sustancial con los argumentos empleados en el voto particular, si bien es cierto que la cuestión habrá de ser dirimida por el Tribunal Constitucional desde el momento en que la posibilidad de impetrar la declaración de nulidad ha sido reconocida por algunas leyes autonómicas.

Dicho lo anterior, hay que subrayar que el trasfondo de la problemática utilización de la acción de nulidad o de la acción popular por parte de la Administración es idéntico, sin que pueda ignorarse que una mejora del cauce de los artículos 65 y 66 de la LBRL hubiera evitado el recurso a vías que no han nacido para resolver relaciones interadministrativas de conflicto.

No puedo dejar de mostrar mi sensibilidad hacia los problemas que han generado las impugnaciones extemporáneas en supuestos de inactividad recalcitrante, desidia y hasta connivencia de autoridades municipales que hacen la vista gorda ante licencias concedidas con flagrante incumplimiento de la legalidad. Los riesgos de un sistema rígido en el que no cabe la subrogación en los mecanismos de revisión y suspensión de licencias en la vía administrativa no pueden negarse<sup>35</sup>, pero a veces las calificaciones son opinables y puede ponerse en peligro la seguridad jurídica y en cuestión la autonomía local cuando se actúa por vías inadecuadas y tardíamente.

### C. INTENSIFICACIÓN DE LAS DISONANCIAS: CONSECUENCIAS JURÍDICAS ERRÓNEAS QUE SE HAN EXTRAÍDO DE LA CALIFICACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES DE LAS CCAA COMO "INTERESADOS" EN EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE OFICIO

Acabo de exponer que el ejercicio de la acción popular y la solicitud de revisión de oficio por parte de las Administraciones de las Comunidades Autónomas son claras disonancias en el sistema de control de la legalidad de las licencias urbanísticas. Pero la disonancia se extrema cuando no sólo se admiten tales iniciativas, sino que además se extraen consecuencias erróneas de la, a su vez errónea, consideración de tales Administraciones como "interesados" en los procedimientos de revisión.

Constatando que en la práctica se utilizan los presupuestos y el cauce que específicamente arbitra la Ley 30/1992 para la revisión de oficio, es importante destacar que cuando son las Administraciones autonómicas las que la "instan", actúan en el ámbito de sus respectivas competencias y, desde esta perspectiva, no entiendo de recibo que se considere que estemos ante procedimientos iniciados a instancia de interesado en los que no opera en modo

alguno la caducidad por el transcurso del plazo de tres meses previsto para la resolución en el artículo 102 de la Ley 30/1992.

Reitero que la Administración autonómica, que actúa en defensa de la legalidad y del interés general, debe contar con posibilidades efectivas de reacción frente a licencias viciadas de nulidad, pero, como también he anticipado, esto no pasa necesariamente por su habilitación para acudir al cauce revisor del artículo 102 de la Ley 30/1992 y, sobre todo, si es que hubiera de reconocerse dicha habilitación, hay que tener claro que en tales supuestos no actúa como un particular ni es, en puridad, un interesado.

Cuando las Administraciones autonómicas efectúan un requerimiento de anulación a un Ayuntamiento para invalidar una licencia, están utilizando una potestad pública que es expresión de un poder público y lo hacen en el ejercicio de sus competencias y en el seno de una relación interadministrativa de conflicto.

Desde esta perspectiva, es conveniente recordar la teoría de la potestad-función, la noción de poder-deber (se actúa un interés ajeno al propio)<sup>36</sup> y, en definitiva, la significación que tiene el hecho de que las Administraciones autonómicas no hagan en los supuestos examinados sino velar por el ejercicio de sus competencias. Las Administraciones autonómicas actúan en tales casos no como un particular interesado en la anulación de un acto, sino como un poder público que en el ejercicio de sus competencias pretende la eliminación de un acto que estima nulo y cuya revisión es necesaria para la restauración de la ordenación urbanística conculcada. Nada tiene que ver su actuar con la posición jurídica de los interesados, con la posición privada de los "administrados" en la terminología clásica, que son parte en un procedimiento administrativo, dado el concepto que late tras los artículos 31, 68 y 102 de la Ley 30/1992.

Lo que quiero destacar es que la iniciativa de las Administraciones autonómicas requiriendo la anulación no debería ser considerada como "*istanza di parte*", protagonizada por "*il privato*", que es la denominación adoptada por

la doctrina italiana para distinguir los procedimientos iniciados con tal “instanza” del procedimiento “d’ufficio” o “iniziativa d’ufficio” operando en el plano del poder-deber<sup>37</sup>. En todo caso, tal requerimiento estaría más cerca de la figura de la “richiesta” en Italia.

Por eso reitero que la consideración de las Administraciones autonómicas como “interesado” en los procedimientos del artículo 102 de la Ley 30/1992 constituye una notable disonancia, una pérdida de rumbo que se hace visible cuando en el sistema revisorio se predica que en tales casos no tiene lugar la caducidad, de manera que transcurrido el plazo de tres meses, el procedimiento sigue abierto *sine die*, a la espera de la resolución, sin perjuicio de que la “solicitud” del interesado pueda entenderse desestimada por silencio administrativo.

#### 4. CONCLUSIONES

En suma, si vivimos en una sociedad más transparente, más avanzada tecnológicamente, y en la que desde luego existen más posibilidades de conocimiento y reacción frente a las ilegalidades urbanísticas, es lógico el abandono de soluciones tan drásticas como la prohibición de silencio positivo *contra legem*, u otras que hemos considerado representativas de un ordenamiento de excepción, sin que ello sig-

nifique que no puedan introducirse normas que equilibren el sistema de revisión de oficio y mejoren la regulación de la impugnación de acuerdos de las Corporaciones Locales, para no descuidar la defensa que merecen los bienes jurídicos tutelados por esta parcela del ordenamiento jurídico.

Apuesto por el restablecimiento del silencio positivo *contra legem*, excepto en casos homologables con los del 43.1 de la Ley 30/1992, teniendo en cuenta la experiencia que proporciona desde antiguo la normativa urbanística y la novísima y estricta redacción de este precepto.

Por otra parte, considero que el ejercicio de la acción de revisión de oficio y la acción popular a cargo de las Administraciones autonómicas representan fuertes disonancias del sistema, que deben ser eliminadas. Naturalmente, creo que hay que ser sensible a la problemática que ha originado el recurso a estas vías, que no es otra que la que me lleva a proponer la modificación del sistema de revisión de oficio de los actos de las Corporaciones Locales previsto en los artículos 65 y 66 de la Ley 7/1985. En particular, reforzando el mecanismo de comunicación de los acuerdos adoptados, y ampliando el plazo de impugnación en determinados supuestos, lo que resulta especialmente necesario en supuestos de graves infracciones urbanísticas y de ordenación del territorio.

#### NOTAS

1. En este sentido, puede verse la obra de González Pérez, J., *Comentarios de la ley de procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 1977, p. 550, y el trabajo de Gómez-Ferrer Morant, R., “El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional, en el *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 495-516. También puede verse el trabajo del mismo título y autor en *Documentación Administrativa*, núm. 208, 1986, pp. 81-106. En la misma dirección, Morillo-Velarde Pérez, J. I. (“Hacia una nueva configuración del silencio administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 49, enero-marzo de 1986, pp. 65-83) apunta que el ámbito natural del silencio administrativo positivo en nuestro Derecho es la actividad autorizante de la Administración y el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores”.

2. El propio legislador ha expresado sus prevenciones frente a la técnica del silencio positivo en muchas ocasiones, no sólo en el ámbito urbanístico, y junto a la regla general del silencio positivo en la Ley 30/1992, tras redacción resultante de la reforma de la Ley 4/1999, se deja abierta la posibilidad de que una norma con rango de ley pueda exceptuar dicha regla; posibilidad que subsiste aunque el artículo 43.1 de la ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 25/2009, la haya endurecido, al exigir que el legislador sectorial parta de la existencia de “razones imperiosas” de interés general para acudir a ella. Por eso entiendo que puede estar justificada una modulación de su operatividad en el ámbito urbanístico.

Es cierto que la triste experiencia sobre el generalizado incumplimiento del deber de resolución puede llevar a mantener posturas como la que en su día mantuvo Morillo-Velarde Pérez, J. I., al constatar “que en los momentos actuales la técnica del silencio administrativo negativo ha fracasado” ante “una Administración que no siente el estímulo del riesgo porque se encuentra parapetada por cuantiosos privilegios de hecho y de derecho”. Dado que es inevitable que tales situaciones acaezcan, propone dicho autor “que el silencio de la Administración tenga siempre carácter positivo”, aun admitiendo que esta propuesta tiene sus riesgos (“Hacia una nueva configuración del silencio administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 49, enero-marzo de 1986, pp. 65-83). El mismo autor confiesa que no puede seguir manteniendo aquella postura, motivada por la situación descrita por el Defensor del Pueblo, y afirma que la generalización del silencio positivo en la reforma de 1999 fue una decisión de gran calado, pero desacertada desde el punto de vista dogmático. En este sentido, afirma que la situación real de pasividad está más próxima a la negación (pues no altera la situación de hecho) que a la afirmación o estimación, que abre paso a un juicio conformador de una situación diferente. Y aunque no repudie esta técnica, y considere que el silencio positivo puede estar justificado en algunos casos, afirma que el legislador debió ser más cauto (“El silencio administrativo tras la reforma de 1999. *Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas*”, *RAP*, núm. 159, 2002, p. 115 y nota 53).

3. Beladiez Rojo, M., “Los vicios de los actos urbanísticos y su revisión”, *Revista de Administración Pública*, núm. 138, septiembre-diciembre de 1995, p. 148; García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, undécima ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 599. También Iñigo Sanz Rubiales se hace eco de esta sistematización de posturas jurisprudenciales y doctrinales en su artículo “Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento jurídico”, *Revista de Administración Pública*, núm. 171, septiembre-diciembre de 2006, p. 183 y 184.

4. Santamaría Pastor, A., y Parejo Alfonso, L. (directores), *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 344. La primera de dichas líneas jurisprudenciales responde a la “escasa confianza” y “falta de simpatía” hacia el silencio, que los autores aprecian, entre otras muchas, en las siguientes sentencias: SSTS de 11 de febrero y de 12 de diciembre de 1977; 25 de abril, 24 de noviembre y 22 de diciembre de 1978; 8 de mayo de 1979 (dos); 31 de diciembre de 1980; 17 y 24 de febrero y 26 y 31 de marzo de 1981; 2, 5 y 19 de mayo, 16 y 30 de junio y 15 de octubre de 1981; 22 de enero, 26 de febrero y 30 de marzo de 1982; 7 de junio de 1984; y 3 de junio de 1985 (dos). En la tesis de que sólo la nulidad, y no la anulabilidad, por tanto, es obstáculo para la producción del silencio se enmarcan las SSTS de 24 de febrero de 1977, 24 de octubre de 1978, 24 de diciembre de 1979, y 22 de octubre de 1981. Atenuando la exigencia anterior, y más allá de la polaridad anulabilidad *versus* nulidad, la obra citada destaca que algunas sentencias exigen que la infracción sea manifiesta o terminante para que no opere el silencio: STS de 11 de junio, 3 y 27 de noviembre de 1979; 13 de febrero, 23 de junio y 8 de octubre de 1980; 31 de marzo de 1981; 27 de mayo de 1982 y 17 de enero de 1984. A estas matizaciones jurisprudenciales, dando cabida también al vicio de anulabilidad, salvo los de menor entidad, se refiere también Sanz Rubiales, I. (“Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento jurídico”, *RAP*, núm. 171, 2006, p. 187), citando las SSTS de 20 de junio y 7 de octubre de 1980, y la de 13 de noviembre de 1986. Matizaciones que encuentra, más recientemente, en la STSJA (Sala de Granada) de 30 de julio de 2003.

5. Entre los trabajos de los últimos años que permiten conocer los términos del debate doctrinal al respecto, pueden verse, entre otras, las aportaciones de: Gómez Melero, J.G., “La seguridad jurídica en el procedimiento de concesión de licencia urbanística. Una aproximación a la regulación integral de estos procedimientos”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Consejería de Presidencia de Castilla-La Mancha, núm. 33, pp. 67 a 112; Cuadrado Zuloaga, Daniel; “El otorgamiento de licencias urbanísticas en virtud de silencio administrativo positivo”, *Actualidad Administrativa*, núm. 22, 2004, pp. 2746 a 2756; Sanz Jusdado, I., y Antón Oliva, A., “Las licencias urbanísticas a la luz de la más reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, editorial Montecorvo, S.A., núm. 38, pp. 133-162; Rivas Andrés, R., “La obtención de licencias por silencio administrativo”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, núm. 111, 2005, pp. 21-28.

6. Quizá a algunos les parezca poco tiempo, considerando que en la mitología griega, aquellos que no podían pagar el óbolo tenían que vagar cien años por las riberas del Aqueronte, hasta que Caronte accedía a portarlos sin cobrar.

7. Véase en este sentido la crítica de Sanz Rubiales, I. (“Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias...”, pp. 207 a 213).

8. Este es el posicionamiento de Cabral González-Sicilia, A., al señalar que resulta contra natura trasladar al administrado la carga de la calificación (“La regla de la no adquisición por silencio de facultades o derechos que contravengan la

ordenación territorial o urbanística”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 252, 2009, pp. 50-52 y 54-55). No obstante, aunque sin subrayar suficientemente este significado de la cláusula preventiva y el papel que ha debido tener al interpretar cuál es su verdadero alcance, lo cierto es que también Sanz Rubiales, citando el art. 5.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística, hace notar el riesgo que tiene el solicitante que, ante el silencio administrativo, actúa y ve que la Administración ordena con posterioridad el cese de esa actividad, sin que se le reconozca derecho a la indemnización (silencio administrativo y prohibición..., op. cit., p. 203).

9. Estas consideraciones de la sentencia enlazan con la crítica que en su día formuló Santamaría Pastor, J.A., al señalar que en estos casos se desvirtúa la esencia garantizadora y se invierten las consecuencias: la Administración que incumple su deber de dictar resolución en plazo recibe mejor trato que si lo cumple. Si otorga una autorización ilegal, dice, tendrá que acudir a la revisión, lo que no ocurrirá si incumple dicha obligación (“Silencio positivo; una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada”, *Documentación Administrativa*, núm. 208, 112).

No es extraño que la Sala de Málaga insista en la relevancia que tiene la comunicación previa al inicio de las obras, después de haber criticado que se haga recaer sobre el particular la carga de la calificación urbanística. Dicha comunicación permite, como dice Faya Barrios (“Silencio administrativo positivo en las licencias urbanísticas: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de marzo de 2007”, *Reflexiones, Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial*, núm. 3, III/07, Consejería de Obras Públicas y Transportes), que la carga de la calificación urbanística se comparta, en la medida en que la Administración tiene la oportunidad de enjuiciar la que hizo el particular *prima facie*, confirmándola y entendiéndola ganada la licencia o bien considerando la construcción o uso contrarios al ordenamiento urbanístico y comunicando al particular que carece de licencia y resolviendo expresamente en sentido desestimatorio la solicitud pendiente. Esta última posibilidad queda amparada en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de enero de 2009, pero no porque la Administración pueda revocar lo ganado por silencio positivo y disponga del lapso temporal que proporciona el deber de comunicación para ello, sino porque de dicha doctrina jurisprudencial se desprende que en casos de disconformidad de lo solicitado con la ordenación urbanística opera el silencio negativo.

10. Sanz Rubiales (“Silencio administrativo...”, op. cit., pp. 201 y 202).

11. Camy Escobar, J., “Comentarios de urgencia sobre la STS de 28 de enero de 2009”, trabajo inédito, del que he podido disponer gracias a la generosidad del autor.

12. Así lo denomina Camy Escobar en el comentario citado en la nota anterior.

13. Del mismo modo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009, se desestima el recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil que pretendía el reconocimiento de una indemnización por responsabilidad patrimonial. La sentencia confirma la resolución impugnada, argumentando que la obtención de las licencias urbanísticas por silencio positivo, no conlleva el hecho de que la entidad reclamante haya cumplido con las cargas urbanísticas para poder patrimonializar su derecho, ya que la actora inició las obras sin licencia, antes de la aprobación del proyecto de delimitación, y por lo tanto, no se puede trasladar las consecuencias de tal forma de actuar al Ayuntamiento, por el hecho de que posteriormente se aprobara con tales defectos formales y sustantivos, que merecieran la anulación por los Tribunales, pues la parte no actuó al amparo de tal acto administrativo, sino antes de que se produjera, con los riesgos que ello comporta.

14. En el informe “Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción (Fundación Alternativas, 2007), al describir los “mecanismos de la corrupción” y la “tipología de las irregularidades” se mencionan los casos de aprobación por silencio administrativo del plan cuando la Administración competente no se pronuncia en plazo sobre su aprobación definitiva, a pesar de que “un principio general básico de nuestro ordenamiento establece que no cabe entender aprobado por silencio administrativo todo acto jurídico que sea contrario al ordenamiento”. Aprovechando, se dice, una confusa alusión a la nulidad de actos presuntos a que hace referencia el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre... algunas sentencias (las menos) y algún sector doctrinal han apoyado, sin embargo, la posibilidad legal de aprobar actos jurídicos ilegales por silencio, sin perjuicio de que la Administración deba proceder a posteriori a la revisión de lo aprobado... agarrándose, consciente o inconscientemente, a la interpretación mencionada del artículo 62 de la Ley 30/1992, en muchos casos se entiende aprobado presuntamente el plan remitido a la Comunidad Autónoma con independencia de su contenido y de las presuntas ilegalidades contenidas”. Como se ve la inexactitud y confusión es notoria, al no distinguirse entre el régimen del silencio previsto para los planes y el previsto para las licencias.

15. Chinchilla Peinado, J.A., “El control municipal de los actos de uso del suelo y edificación a través de la figura de la comunicación previa como alternativa a la licencia urbanística. Análisis de la regulación legal y municipal de la aplicación judicial”, *RDU*, núm. 242, junio de 2008, pp. 13 a 85.

16. A este respecto, Sanz Rubiales (“Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias...”, p. 201, nota 63), se hace eco de la opinión de Boix Palop en el sentido de que la técnica más adecuada a la preexistencia de un derecho en el solicitante es posiblemente la comunicación previa con derecho de veto, indicando que la conveniencia de sustitución del silencio positivo por la comunicación previa con posibilidad de veto es manifiesta en el caso de las obras menores (“La discutible necesidad de la licencia de obras menores”, en VV.AA., *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José M. a Boquera Oliver*-coord. por Baño León, J.M. y Climent Barberá, J.-, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 1340 a 1342).

Ejemplo de lo que se dice es la Ordenanza reguladora de las actuaciones comunicadas del Ayuntamiento Amorebieta, aprobada al amparo del artículo 207.5 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, en el que se establece que: “Las ordenanzas municipales, podrán sustituir la necesidad de obtención de licencias por una comunicación previa, por escrito, del interesado al Ayuntamiento, cuando se trate de la ejecución de obras de escasa entidad técnica, para las cuales no sea necesaria la presentación del proyecto técnico, o para el ejercicio de actividades que no tengan la condición de molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, y para aquellas otras actuaciones que prevean las propias ordenanzas. El Ayuntamiento podrá verificar en cualquier momento la concurrencia de los requisitos exigidos y podrá ordenar, mediante resolución motivada, el cese de la actuación cuando no se ajuste a lo requerido”. En este sentido, la exposición de motivos de la Ordenanza se refiere a los “aspectos no resueltos de la burocracia administrativa que, en la práctica, suponen demoras y complicaciones en la tramitación de los expedientes de solicitudes de licencias”, añadiendo que su objeto es “la simplificación y reducción de trámites, agilizando procedimientos, disminuyendo comprobaciones y controles apriorísticos innecesarios, medidas compensadas con la actuación responsable que se presume de promotores, titulares y profesionales, en su deber-obligación de sujeción a la obtención de previa licencia o autorización administrativa, sustituyéndola por un acto de comunicación previa, una vez acrediten documentalmente el cumplimiento de determinados requisitos”. En su parte dispositiva, el artículo 2 fija el ámbito material de estas actuaciones modificadas, que comprende aquellas actividades, instalaciones u obras caracterizadas por la escasa entidad técnica, jurídica e impacto urbanístico o ambiental”, las cuales únicamente deberán ser puestas en conocimiento de la Administración municipal para su examen documental previo, antes de iniciar su ejecución o actividad a los efectos de constancia fehaciente de su realización y posible control posterior, para comprobar su adaptación a la normativa vigente que sea de aplicación en cada supuesto”.

17. Habría que preguntarse al respecto cuánto hemos avanzado, si es que lo hemos hecho de verdad de una manera efectiva, desde el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924, cuyo artículo 268 establecía como regla la “denegación tácita” o desestimación cuando no se dictare providencia o acuerdo de fondo sobre las peticiones o reclamaciones de los interesados, garantizando la impugnación frente a los oportunos recursos y la posibilidad de exigir, en caso de que estos prosperasen, “responsabilidad civil o gubernativa a las autoridades, funcionarios o corporaciones culpables de la demora”.

18. Morillo-Velarde Pérez, J. I.; “El silencio administrativo”, en *El procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado* (coordinador J. Barnés Vázquez), pp. 159 a 196. Afirma este autor que el problema no es en sí mismo el silencio, sino la situación de funcionamiento anormal que dicha institución pone de manifiesto cuando tantas veces se acude a ella. El silencio negativo sólo es remedio para conductas excepcionales y no cuando se abusa de esta institución colocando a los ciudadanos ante la desesperación y desconfianza frente a sus gobernantes. Sobre todo, dice en nota a pie de página, ante la perspectiva de tener que entablar un procedimiento judicial ante unos Tribunales no menos ineficaces que la Administración, litigando sin conocer los argumentos de la otra parte, que además no tiene nada que temer de las molestias, ni de los gastos del proceso. Si a esto se llega por la vía del silencio, con razón lo presenta Morillo-Velarde Pérez como un fracaso, como símbolo de una Administración que no funciona (p. 162). Más adelante expone que desde una perspectiva técnico-jurídica, la diligencia exigible en el funcionamiento de la Administración ha de ser suficiente para evitar declaraciones indebidas de derechos, por lo que si es preciso habría que reforzar los efectivos burocráticos antes que cargar a los particulares con el oneroso silencio negativo (191). En este sentido abunda después, en la p. 196, sosteniendo que lo que importa es la disminución de las posibilidades de silencio y una sustancial mejora de los recursos humanos y materiales. El mismo autor (“Hacia una nueva configuración del silencio administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 49, enero-marzo de 1986, pp. 65-83), había denunciado con anterioridad que el silencio constituye una verdadera lacra en el funcionamiento de las Administraciones Públicas, apelando al Informe del Defensor del Pueblo de 1983 (BOCG de 17 de mayo de 1984). En la página 65 de dicho trabajo subraya que el silencio administrativo negativo se utiliza muchas veces como una forma alternativa y no comprometida de resolución, cuando no esconde una ineficacia o mala fe verdaderamente inexplicables, y en la página 74 los califica como “institución garantizadora vergonzante”.

En esta dirección, García-Trevijano Garnica, E.; “El silencio administrativo en el Derecho español”, Civitas 1990, llega a referirse al “silencio administrativo expreso”, aludiendo a una práctica viciosa de la Administración que llega a entender el silencio como una forma normal de terminación del procedimiento. Una especie de alternativa frente a la

resolución expresa, que revela un modo de entender el silencio administrativo contra el que se ha manifestado desde antiguo la doctrina (al respecto, puede verse también la opinión de Baena del Alcázar, M., “Naturaleza jurídica del silencio de la Administración”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 121, 1962).

El propio legislador que aprobó la LRJ-PAC en 1992 y la reformó en 1999 viene a reconocer en la parte expositiva de ambos textos que el silencio no puede entenderse como una institución de frecuente aplicación.

19. García-Trevijano Garnica, E., “Silencio administrativo: términos y plazos (artículos 42 a 44 y 47 a 50)”, en *Administraciones Públicas y ciudadanos estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (coord. por Benigno Pendás García), ed. Praxis, Barcelona, 1993, pp. 353, 354 y 391.

20. Fernández Pastrana, J.M., se muestra escéptico al subrayar que en el origen de toda esta problemática está, sin ninguna duda, la “supuesta peligrosidad” del silencio para el interés público, que habría justificado la adversa posición de la doctrina frente al silencio positivo (y su mínima funcionalidad), antes y después de su recepción en la Ley de Procedimiento Administrativo. En otras ocasiones se refiere a ese temor a la “supuesta peligrosidad de silencio”, al “supuesto peligro para el interés general”, o a los peligrosos gigantes que supuestamente amenazan a los intereses públicos”, preguntándose retóricamente: “¿Supone acaso un peligro inconjurable para los intereses públicos que el acto tácito despliegue la plenitud de sus efectos, en igualdad de condiciones que el acto expreso?” (“Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas”, *RAP*, núm. 127, pp. 103, 130, 140 y 141).

Pero lo cierto es que junto a los trabajos antiguos que están en el origen de la cláusula preventiva, diversos autores, en estudios más recientes, alertan de que la exclusión del silencio positivo puede ser necesaria en algunos supuestos (en este sentido, cabe remitirse, entre otros, a los artículos de Guerra Ares, E., “Alcance del silencio positivo aplicado a las licencias urbanísticas”, *Actualidad Administrativa*, núm. 45, La Ley, Madrid, 2001, pp. 1429-1440; Gómez Melero, J.G., “Ensayo sobre el silencio administrativo en el Derecho urbanístico español. Solución a la inseguridad jurídica provocada por el silencio *contra legem*”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, *La Ley-Actualidad*, Madrid, 2003, pp. 1775-1786; y Bermúdez Palomar, V.: “El silencio administrativo *contra legem* y las licencias urbanísticas”, *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, núm. 2-2008, La Ley, Madrid, pp. 225-235).

En mi opinión el peligro es real y no supuesto. Distinto es que haya medios para evitar eventuales daños a los bienes jurídicos tutelados, de modo que la existencia de dicho peligro no puede servir de excusa para eliminar la virtualidad del silencio positivo en presencia de cualquier infracción del ordenamiento jurídico. Y en esto coincido con Fernández Pastrana, porque existen remedios como la suspensión cautelar de tales actos (p. 141), con lo que quedaría superada la objeción que se esgrime frente al silencio *contra legem*.

21. Seguramente muy condicionados por la realidad del tiempo que les tocó vivir, advierten de los peligros del silencio positivo Martínez Useros, “La teoría del silencio administrativo en el régimen jurídico municipal español”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 32, 1947, p. 169; Royo Villanova, S., *Elementos de Derecho Administrativo*, vigésimocuarta edición, Valladolid, vol. I, 1955, p. 110 (peligro para la cosa pública en caso de apatía o pasividad administrativa); y Garrido Falla, E., primero en “La llamada doctrina del silencio administrativo”, *RAP*, núm. 16, 1955, pp. 98 y ss., y después en “El silencio administrativo en la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 91, 1957.

Refiriéndose a un ejemplo de los pocos que entonces podía proporcionar el Derecho positivo, Garrido Falla alude a esta clase de silencio como “peligro hecho realidad”, afirmando que la solución es lógicamente absurda y que, además, puede conducir a perjuicios irreparables para la Administración Pública. Bastará, dice, que en muchos casos la negligencia o falta de celo de los funcionarios para que los particulares se conviertan en administradores; cualquier petición, incluso la más absurda, de un particular, puede convertirse en un título jurídico a su favor, por el solo hecho de que un plazo ha transcurrido. Además señala la inutilidad del silencio estimatorio, en la medida en que, una vez que se haya producido, el interesado en hacerlo valer no contaría con medios para obligar a la Administración a que ejecute dicho “acto administrativo tácito”.

Martín Mateo, R., considera fundadas la alarma y las objeciones de algunos autores frente al silencio positivo, por las graves consecuencias que para el bien público, en definitiva, puedan derivarse con el juego de tal automatismo, ante la desidia de un funcionario o el extravío de una documentación (“Silencio positivo y actividad autorizante”, *RAP*, núm. 48, p. 207) y se remite no sólo a los autores anteriormente citados en esta nota, sino también a Clavero Arévalo, “El Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955”, *RAP*, núm. 19, p. 290; Boquera Oliver, J. M.<sup>a</sup>, “Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo”, *RAP*, núm. 30, pp. 91 y 92 (“no es conveniente ni eficaz para la Administración, ni tampoco para el administrado”, al que no le proporcionaría una mayor garantía); Vivancos, *Comentarios a la Ley de Procedimiento administrativo*, Barcelona 1959, p. 158; y Cabal, *El procedimiento administrativo y sus formularios*, Madrid, 1964, p. 51. Al subrayar la lesión de los intereses de la comunidad que

puede ocasionar la peligrosa técnica afirmativa del silencio en materia autorizatoria, Martín Mateo (op. cit., p. 226) recuerda que Clavero Arévalo exhorta a los Ayuntamientos para que revisen sus ordenanzas, al objeto de impedir a toda costa el silencio administrativo, y se plantea algunos interrogantes aún no resueltos definitivamente, como en materia de los paradójicos “derechos adquiridos de un no-acto”, demoliciones, responsabilidades, lesividad, revocación (“El Reglamento de Servicios...”, p. 290). Prácticamente, dice Martín Mateo (op. cit., nota 112), está allí toda la problemática con que diez años después se enfrenta este trabajo. El propio autor hace notar la reciente jurisprudencia (se refiere a la sentencia de 24 de diciembre de 1964) que sale al paso “de las graves implicaciones encerradas en la artificial cáscara del silencio positivo” (op. cit., p. 209). Morillo-Velarde Pérez (“Hacia una nueva configuración del silencio administrativo”...) se refiere también a la afirmación de Baena del Alcázar, en el sentido de que “la pretensión más disparatada y perjudicial podría convertirse en un acto en virtud de la doctrina del silencio” (no he podido localizar este trabajo que se cita como publicado en *REVL*, núm. 123, p. 322).

Fernández Pastrana considera que el primer grupo de autores citados y Martín Mateo contribuyeron así al asentamiento de posiciones contrarias al silencio positivo (op. cit., p. 108), no obstante, hace notar que Royo Villanova también expuso algunas razones a favor del mismo en “El silencio positivo de la Administración y su interrupción en materia municipal”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 48, 1949.

El Tribunal Supremo llega a expresar que “la teoría del silencio debe ser objeto de interpretación estricta para evitar que más allá de lo debido se consumen situaciones que puedan notoriamente contrariar el interés público, dada la intrínseca dificultad de adaptar la solución positiva del silencio a la mecánica autorizatoria en cuanto la delimitación de los derechos, la ponderación y valoración de los intereses en conflicto no puede en muchas ocasiones ser soslayada sin incurrir en graves consecuencias” (STS de 17 de octubre de 1978).

22. Conviene subrayar que el correcto entendimiento del silencio positivo para la remoción de límites a derechos que se estiman preexistentes, pero pudieran no serlo, pasa por advertir, como, en su día hizo Martín Mateo que “tales derechos no son siempre perfilables sin el concurso expreso de la Administración”; supuestos en los que pasaría a un segundo plano la referida preexistencia de facultades (“Silencio positivo y actividad autorizante”, op. cit., p. 209 y 213).

23. De hecho este planteamiento no es nuevo, y ha sido asumido por el legislador. Así, por ejemplo, la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, reformada por la Ley 2/2010, de 25 de marzo, de medidas urgentes para la modificación de aquella, dispone en su artículo 41, en referencia al procedimiento para el otorgamiento de la autorización autonómica en suelo rústico, que transcurrido el plazo previsto sin resolución expresa, se entenderá denegada la autorización por silencio administrativo.

24. Por ello, la doctrina italiana subraya las importantes excepciones a la regla del silencio positivo en los procedimientos a instancia de parte, por exigencias de la tutela del patrimonio cultural y paisajístico, el medio ambiente, la defensa nacional, la inmigración, la salud, y otras (v., en este sentido, Casetta, E., *Manuale di diritto amministrativo*, X edizione, Giuffrè editore, 2008, p. 490 y ss.)

En efecto, algunos autores han subrayado el riesgo que puede comportar para el patrimonio cultural y otros bienes constitucionalmente protegidos la llamada “dichiarazione di inizio di attività” (quando sia necessaria l'autorizzazione pubblica di alcune attività private sulla base di requisiti certi, l'autocertificazione di tali requisiti -Dia- può sostituire il nulla-osta amministrativo, salvo che l'amministrazione competente vi si opponga entro 60 giorni”), tal y como fue concebida por el artículo 19 de la Ley 241/1990, transformada después en regla general. En este sentido, Silvio Martuccelli denuncia la inconstitucionalidad de una norma aprobada con desprecio del artículo 9 de la Constitución Italiana y afirma que se trata (se entiende perfectamente) de un “strano modo di utilizzare il silenzio-assenso”. Nato per tutelare il cittadino dinanzi all'inerzia della pubblica amministrazione, per una sorta di eterogenesi dei fini diventa un espediente tecnico attraverso il quale lo Stato, a danno della collettività, elude il vincolo di inalienabilità dei beni culturali” (Il Sole-24 ore, 9 maggio 2004). Señala dicho autor que el silencio no tiene en sí mismo ningún significado; es el legislador el que opta por atribuirle un determinado sentido y, tratándose de la enajenación de bienes públicos culturales, el legislador puede darle un significado negativo, haciendo prevalecer el interés colectivo. En esta línea, se llama ahora la atención sobre la modificación del “Codice Urbani dei beni culturali”, en relación a los bienes culturales y al paisaje, que rectifican la criticada orientación y eliminan el silencio positivo en este campo (Decretos Legislativos núm. 156/2006, en relación con los bienes culturales, y núm. 157/2006, en relación con el paisaje).

25. Esta es la opinión de Gutiérrez Colomina, V., “La incidencia de la Directiva de Servicios 2006/123/CE en el Urbanismo, disponible a texto completo en [webnueva.fecam.es](http://webnueva.fecam.es), p. 39.

26. Aunque no en todos los casos que se citan como merecedores de especial protección se haya contemplado el silencio negativo, quizá por un exceso de confianza en la generalidad de la cláusula preventiva.

27. De hecho es común que las prevenciones se extiendan en general al suelo no urbanizable (extremo sobre el que habrá que reflexionar a la luz del nuevo presupuesto —razones imperiosas...— del que parte el legislador básico). Ejemplo de lo que digo es la previsión de que las solicitudes de aprobación de proyectos de actuación en suelo no urbanizable se entiendan desestimadas si transcurre el plazo previsto sin haberse notificado resolución expresa (art. 43.2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, entre otros preceptos autonómicos con similar formulación).

28. Hay instrumentos suficientes para evitar “una situación de anarquía e ilegalidad en un ámbito tan sensible y de tanta trascendencia social como es el urbanismo”; anarquía que fue uno de los argumentos esgrimidos por el Ayuntamiento de Málaga en el recurso de casación para la unificación de doctrina que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009.

29. Desde esta perspectiva, procede traer a colación la siguiente afirmación de Santamaría Pastor: “...la posición del ciudadano es bastante peor en caso de silencio positivo, el encontrarse con el “dilema de hacer o no hacer uso del silencio”, si hace uso de él y lleva a cabo una inversión económica está expuesto a que la Administración le sorprenda con una imputación de ilegalidad (“Silencio positivo; una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada”, *Documentación Administrativa*, núm. 208, p. 112).

30. V. Rivas Andrés, R., “La obtención de licencias por silencio administrativo”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 111, 2005. Apunta a la posibilidad que estableció la disposición adicional quinta de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística de 1994, de notificar su intención de iniciar las obras acompañando los documentos acreditativos de que ha transcurrido el plazo de resolución, teniendo derecho a que la Generalitat le expida para su uso particular, “certificado de haber sido notificada del propósito de iniciar las obras o actuaciones y no haber advertido en ellas contravención grave y manifiesta de la ordenación urbanística”. De esta manera, dice el autor citado, puede el interesado preconstituir una prueba para el otorgamiento de la escritura e inscripción en el Registro de la Propiedad, subrayando que se suele requerir al Ayuntamiento mediante acta notarial para que emita certificación de la licencia ganada por silencio, bajo el apercibimiento de que si transcurren quince días (art. 43.5 de la Ley 30/1992) se procederá a la formalización del acto (obra nueva, división horizontal o segregación).

31. Hace dos décadas, tras la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 1990, pensando en la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, se introdujo un sistema de publicidad en casos de licencias urbanísticas impugnadas o en vía de revisión de oficio (art. 307, 3 y 6 TRLS), incluyendo la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de “la incoación de expediente sobre disciplina urbanística” y de la “interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación... de licencias”.

32. Ejemplo de lo que se dice —entre otras disposiciones autonómicas de contenido similar— es la regulación contenida en los artículos 176, 177 y 178 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, insertos en un capítulo cuya rúbrica es, precisamente, “las medidas de garantía y publicidad de la ordenación urbanística”. En concreto, el artículo 176 impone determinados requisitos para la formalización e inscripción de los actos de edificación, incluyendo la certificación expedida por técnico competente. Entre otros actos que en él se enumeran, el artículo 177 se refiere a la posibilidad de inscripción en el Registro de la orden de cese o de demolición de los usos y obras justificadas de carácter provisional; la suspensión de actos de construcción o edificación, instalación o de uso del suelo, del vuelo o del subsuelo, que se ejecuten, realicen o desarrollen sin licencia u orden de ejecución, o contraviniendo las condiciones señaladas en una u otra; la suspensión de la eficacia de licencias u órdenes de ejecución y la paralización de las obras que estén ejecutándose a su amparo; la iniciación del procedimiento de revisión de licencias u órdenes de ejecución; la ejecución de sentencias que hayan declarado la nulidad, así como la anulación administrativa de licencias u órdenes de ejecución; y el acuerdo de reposición de la realidad física alterada a su estado originario, incluida la demolición o reconstrucción. Importante es también destacar la información y publicidad en obras, regulada en el artículo 178, en orden a garantizar el efectivo y preciso reconocimiento por los ciudadanos en general de que las mismas cuentan con la preceptiva aprobación, autorización o licencia; información que creo debe conectarse con la acción pública en materia urbanística y con las posibilidades de los ciudadanos de acceder a las normas de planeamiento y de ordenación del territorio por vía telemática, con las que no podíamos ni soñar hace apenas unos años.

33. Rodríguez Segado, L.M., “la legitimación activa de las asociaciones para impugnar la actuación administrativa: doctrina constitucional”, *Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho*, núm. 10, 2010.

34. En efecto, señala la STC 11/1999 que el artículo 6 de la Ley Asturiana cuestionada da cobertura a la intervención de la Junta General del Principado, no sólo cuando la inactividad municipal impida o bloquee la suspensión de actos de edificación y uso del suelo realizados sin licencia, sino también en el supuesto de que hayan sido dictados “al am-

paro de una licencia incurso en nulidad de pleno derecho”. En este último supuesto, “la sustitución trae causa, para su habilitación, de un presupuesto que, como la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo no podría ser declarado por la propia Administración municipal ni tampoco por otra ajena, aunque su ámbito territorial fuera más extenso, por estarle vedado esa y cualquiera otra potestad que implique un control de legalidad”. En todo caso, aclara el Tribunal que es situación muy distinta la contemplada en el artículo 60, donde se trata de casos de “*incumplimiento de obligaciones legales que no se substancian en actos o acuerdos antijurídicos, sino en la mera y simple inactividad o parálisis funcional como hecho*”.

35. La doctrina advirtió en su día de la trascendencia del cambio de modelo que se operó a partir de la Ley 40/1981, y de los problemas que podían surgir a partir de la interpretación de que el sistema de suspensión directa previsto en el artículo 186.2 del TRLS de 1976 había sido sustituido por el de impugnación, previsto primeramente por el artículo 8 de la referida Ley 40/1981. La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1986 concluyó que debía considerarse derogado el primero de dichos preceptos “en cuanto se refiere a la forma procesal que rige dicho control de legalidad de las licencias municipales”, dado que el incumplimiento del nuevo sistema procesal del citado artículo 8 de la Ley 40/1981 “debe ser calificado de causa determinante de nulidad de la suspensión directa adoptada al margen del mismo, en cuanto que al constituir una más rígida protección de la autonomía municipal, garantizada por el artículo 140 de la Constitución, su inobservancia supone la utilización de un procedimiento derogado que el legislador ha estimado incompatible con el respeto debido a la concepción constitucional de dicha autonomía”. Al comentar esa sentencia, Fanlo Loras, A., señala que es claro que se trata de una materia que afecta a las Comunidades Autónomas “en virtud de las facultades de intervención que la legislación urbanística le reconoce”, y da su apoyo a la corriente jurisprudencial que entonces consideraba vigente el supuesto previsto en el meritado artículo 186 “por su especialidad, así como por constituir un supuesto en el que resultan afectados intereses generales”, añadiendo la “necesidad de contar con un mecanismo expeditivo de protección de la legalidad urbanística” (“La disminución de las medidas de protección de la legalidad urbanística: ¿Está derogado el artículo 186 de la Ley del Suelo?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 111, 1986, pp. 217-230). Lo que sucede después con la impugnación de determinadas leyes autonómicas ante el Tribunal Constitucional y la significación que éste atribuye a los preceptos que específicamente regulan la cuestión en la LBRL ya se ha expuesto.

36. Sobre estos conceptos, cabe remitirse a la exposición de García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, undécima ed., Civitas, Madrid, 2002, pp. 446 y ss.

37. L’istanza” in senso proprio, invece, proviene dal solo cittadino ed è espressione della sua autonomia privata. Mientras que la “iniziativa d’ufficio” opera nelle ipotesi in cui il tipo di interessi pubblici affidati alla cura di un’amministrazione, ovvero il continuo e corretto esercizio del potere-dovere...” (Casetta, E., op. cit., pp. 400 y 401).



## RESUMEN

Este trabajo sitúa el proceso judicial en el marco más amplio de los distintos procedimientos que atraviesan el orden jurídico. Partiendo de esa perspectiva, realiza una aproximación al valor instrumental o autónomo del proceso y a las posibles combinaciones de ambas variables. Esto es, se propone atender a aquellas teorías que relacionan de diferentes formas, las condiciones y rasgos de los procesos de decisión respecto a la corrección o la justicia de los resultados de los mismos. En este contexto, el proceso de participación política se erige como paradigma tanto respecto a su vinculación con los fundamentos de la legitimidad democrática, cuanto a la evocación que supone para el proceso judicial. En términos generales, una aproximación de este orden tiene que atender fundamentalmente a dos cuestiones: la relación entre el seguimiento de un procedimiento predeterminado y al justicia de los resultados, así como el valor que asignan al proceso las garantías personales y, entre ellas, especialmente el derecho a ser oído.

## PALABRAS CLAVE

PROCESO JUSTO, FUNDAMENTOS DEL PROCESO, DIGNIDAD, AUTONOMÍA, DERECHO A SER OÍDO

## ABSTRACT

This work places the judicial process in the broader context of the various procedures that run through the legal system. From this perspective, it looks at the instrumental or autonomous value of the process and the possible combinations of both variables. That is, the paper proposes to address those theories that in different ways relate conditions and characteristics of decision-making processes with respect to the correctness or fairness of their results. In this context, the process of political participation stands as a paradigm both in terms of its connection to the fundamentals of democratic legitimacy, and in terms of the evocation it implies for the judicial process. In general terms, an approximation of this type has to address primarily two issues: the relationship between monitoring a predetermined procedure and the fairness of the procedure's results, and the value that personal guarantees, especially the right to be heard, bring to the process.

## KEY WORDS

DUE PROCESS, BASIS OF THE PROCESS, DIGNITY, AUTONOMY, RIGHT TO BE HEARD

# EL DERECHO A SER OÍDO Y LA JUSTICIA DEL PROCESO\*

María José Añón

Catedrática de Filosofía del Derecho  
Universidad de Valencia

**Sumario:** 1. Proceso, procedimientos y garantías personales. 2. El valor intrínseco del procedimiento. 3. El valor instrumental del procedimiento. 4. El carácter complejo del proceso. 5. El mínimo común denominador: el derecho a ser oído. Nota bibliográfica.

## 1. PROCESO, PROCEDIMIENTOS Y GARANTÍAS PERSONALES

Es característico de los sistemas jurídicos que, cuando se habla de proceso el modelo paradigmático de decisión o de referencia, sea el de aplicación de normas jurídicas preexistentes, común a todas las modalidades de proceso judiciales, cuya principal finalidad es tratar una cuestión o proporcionar una respuesta a un caso, de acuerdo con parámetros jurídicos<sup>1</sup>. La fisonomía jurídica procedimental es, sin embargo, muy amplia y puede ser clasificada de acuerdo con distintos parámetros, como pueden ser la deliberación y aprobación por votación, el criterio de autoridad o el acuerdo entre las partes. A pesar de las evidentes diferencias entre ellos, pueden establecerse algunas ideas generales compartidas (Galligan 1996; 48-49): (i) una función normativa básica de los procedimientos es proveer los medios para la aplicación a casos concretos de valores y principios característicos de cada forma de proce-

so jurídico. (ii) El diseño del procedimiento responde a la articulación de instituciones, así como las previsiones necesarias para aplicar un amplio conjunto de normas relevantes en cada proceso. En esta arquitectura institucional, por otra parte, están imbricadas tanto cuestiones prácticas, de eficiencia y costes; cuanto cuestiones normativas, cuyos efectos, en términos de trasgresión de un principio o de determinados errores en el resultado, no constituyen sin más una marginalidad o un fallo externalizado, sino una auténtica violación de derechos fundamentales.

El proceso se desenvuelve en el marco de la jurisdicción a través de la articulación de garantías y derechos de dos órdenes: judiciales y personales. La jurisdicción entendida como función pública tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas que deben someterse a conocimiento de un órgano del estado, que decide estas controversias de manera imparcial e imperativa. Las garantías judiciales, de un lado, son entendidas como conjunto de instru-

\* Este trabajo se ha efectuado en el marco del proyecto de investigación DER2009-10869 financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia español. A su vez, se enmarca en el proyecto Consolider-Ingenio 2010: El tiempo de los derechos (CSD2008-00007).

mentos constitucionales con objeto de lograr la imparcialidad y la independencia del juzgador. Por ejemplo: estabilidad, responsabilidad. Las garantías de las partes, de otro, corresponden a aquellas que poseen los justiciables cuando acuden a solicitar una prestación jurisdiccional. Forman, pues, una realidad unitaria y compleja: la acción procesal, la defensa y el debido proceso que se ha visto incorporada en términos de derechos fundamentales en muchas constituciones actuales.

El valor y la función de las garantías personales del proceso precisa adoptar un punto de vista amplio, un contexto teórico más extenso integrado por toda la tipología jurídico procedimental. En él, el proceso de participación política se erige como paradigma o modelo procedimental en virtud, tanto de su vinculación estricta a los fundamentos del modelo democrático, cuanto a través del paralelismo entre la disciplina del proceso y el régimen constitucional en el que se desenvuelve, esto es, entre la figura del proceso, como escribe Calamandrei (1960; 154 y ss) y la estructura de los principios constitucionales, entre sistema de juicio y sistema de gobierno, entre autoridad y libertad<sup>2</sup>. La coherencia entre los fundamentos del modelo democrático-constitucional, la teoría de la justicia y los principios del proceso se muestra aquí en toda su evidencia.

La legitimidad democrática está compuesta por algunos elementos centrales que descansan sobre un presupuesto normativo: la concepción de la persona como sujeto moral que supone, como describe con precisión Bayón (2004; 67) que “todas las personas están igualmente dotadas de la doble capacidad de articular concepciones acerca de qué constituye una vida buena y de desarrollar un sentido de la justicia: el igual aseguramiento para todos de la primera, la capacidad de concebir e intentar realizar planes de vida requiere no sólo el trazado de una serie de espacios de acción no interferida, sino también la provisión de cada uno de los bienes instrumentales que hagan posible y significativa la elección autónoma; la segunda, la igual capacidad de las personas de formar concepciones acerca de cómo han de resolverse

los conflictos intersubjetivos y, por tanto, de intervenir en la esfera pública no sólo como valedoras de sus intereses privados, sino también como defensoras de concepciones de lo justo, reclama una distribución del poder político que reconozca a todos los miembros de la comunidad, al menos, el derecho a participar como iguales en su configuración. Esa raíz común permite afirmar la “co-originalidad” de ambos ideales y considerarlas componentes de un liberalismo político consecuente”.

Una teoría de la justicia, por tanto, tiene que integrar adecuadamente los derechos, los criterios de justificación de la autoridad y un diseño institucional coherente con ambos ingredientes<sup>3</sup>. Hablamos, en este sentido, de “justicia procedimental”; pero se trata de un sintagma cargado de ambigüedad y que precisa atender tanto a las teorías de la justicia, concretamente aquellas que denominamos “procedimentales”, esto es, aquellas que relacionan, de distintas formas, las condiciones y características de los procesos de decisión con la corrección o la justicia de los resultados de los mismos; cuanto a las concepciones de los procedimientos que se desarrollan en los sistemas jurídicos, paradigmáticamente aquellos que son la realización de la función jurisdiccional que se desenvuelve a través de un “proceso justo o razonable” como forma de garantizar —con justicia— los derechos e intereses de las personas.

Es común apelar a esta idea en términos de “debido proceso”. Pero el sintagma está cargado de imprecisión, puesto que, a pesar de la profusión con la que se utiliza la expresión, hay que ser conscientes de que se trata de un concepto jurídico extraordinariamente rico e intrincado, originario del *Common Law*<sup>4</sup> y cuya formación ha sido también depositaria de los procesos de aplicación e interpretación de la *Constitución de 1978* y de la historia del derecho constitucional norteamericano<sup>5</sup>. Hoy puede considerarse, sin embargo, patrimonio de las sociedades y estados democráticos en términos de “proceso razonable” (Sainz de Robles 2003; 134) o proceso con todas las garantías, como fórmula que sintetiza e integra un

amplio conjunto de garantías institucionales y de las partes en el proceso. Expresión de un conjunto de principios de carácter “suprapositivo” y “supranacional” (Bacigalupo 2005; 464), integrado en el *background* del Estado de Derecho. Se trata, además, de una categoría a la que se han atribuido tanto propiedades descriptivas como normativas. Como concepto descriptivo, ha sido utilizado para explicar y organizar una gran variedad de procedimientos y reglas jurídicas existentes; y se ha acudido a él en su vertiente normativa para justificar la existencia de reglas y procedimientos; así como para generar nuevos derechos y nuevas normas (Damaska 2000; 159-169).

El debido proceso es para Scanlon 1977; 94-97, 124) una de las condiciones de legitimidad moral de las instituciones que confieren poderes. Con ello quiere poner el acento en dos perspectivas básicas: la institucionalización del poder y la posición de los derechos. Porque el “debido proceso” forma parte de una constelación de instituciones vinculadas a garantizar el ejercicio del poder de toma de decisiones y asegurar la no arbitrariedad del mismo; al atribuir poderes de decisión, control e intervención por parte de ciertos sujetos respecto a la vida de otros, sobre sus derechos, oportunidades y recursos. Esta atribución de poderes de “control” es una característica de todo sistema plausible de instituciones sociales; si bien, la distribución de tales derechos y poderes constituye una de las características institucionales que mayor justificación precisan. Justificaciones que, en muchos casos, no pasan de ser limitadas y condicionales. De ahí, el abanico de garantías que constituyen esta institución: quien ejerce la autoridad debe justificar sus acciones previstas en un procedimiento público aduciendo razones de una forma adecuada; lo que presupone, por supuesto, un conocimiento público y razonable de reglas específicas con respecto a las decisiones que han de ser justificadas; procedimiento público, una posibilidad de apelación a una autoridad independiente, que presupone por parte del juez un fuerte compromiso con un ideal de justicia procedimental.

Por otro lado, las bases morales del debido proceso permiten teorizarlo, desde el punto de vista de los sujetos, como una pretensión legítima de los ciudadanos frente a las instituciones que hacen de ellos sujetos de los poderes institucionales de otros. Esta pretensión en sentido general y abstracto se concreta a través de un abanico de garantías y controles sobre el ejercicio del poder a lo largo de todo el espectro de un sistema jurídico y especialmente en todos los niveles de decisión judicial. Desde esta perspectiva, el debido proceso o proceso garantizado por el derecho parece consistir en un derecho a un procedimiento (Resnick 1977; 208), un derecho a tener un tratamiento determinado de acuerdo con algunos parámetros previos. Su fundamento reside en la idea de que las personas tienen derecho a ser tratados justamente por el estado. Sin embargo, se trata de un derecho conceptual y normativamente impreciso. Cuando hablamos de derechos nos referimos a tener un título de acceso a un estado de cosas; en este caso, a un trato justo por parte del estado y al procedimiento a través del cual se alcanza dicha finalidad. Indudablemente, el valor de los procedimientos se forja en la estrecha relación entre legalidad y legitimidad del estado de derecho, mediada por la autonomía moral de las personas como sujetos de derechos. A pesar de la imprecisión que aqueja al concepto, las formas relevantes del mismo se caracterizan por la existencia de bases normativas para alcanzar unos resultados, tanto unas como otros pueden tener la más diversa morfología y contenido, pero cualquiera que sea debe ocupar un lugar central la participación de las partes implicadas o afectadas.

Por ello, es relevante el procedimiento en general y el proceso judicial, en particular, desde el punto de vista de las garantías personales o de las partes. En este sentido no cabe duda del papel básico que el proceso puede desempeñar en términos de reconocimiento de capacidad a quienes están afectados por una decisión o son parte de la misma vinculada a la protección de la autonomía (Allan 1998; 479 y ss). De acuerdo con este principio una persona debería ser capaz de defender y promo-

ver sus propios intereses en el ejercicio de su propia responsabilidad (Galligan 1996; 141). Capacidad para participar en el proceso de toma de decisión, para comprender el *iter* y las razones del tratamiento recibido, para asumir su aceptación o para impugnarlo críticamente si puede ser considerado irrazonable o injusto. Capacidad, en definitiva, para vincular o proyectar la posición de los sujetos sobre la legitimidad del resultado.

Desde el punto de vista de la legitimidad de un sistema jurídico y de la configuración del proceso razonable en él<sup>6</sup>, nos cuestionamos o planteamos la valoración de los elementos integrantes de un proceso razonable. Una de las características que genera perplejidad del concepto de *proceso razonable* es la imbricación que expresa entre procedimientos y resultados, puesto que provee criterios para valorar la justicia de un procedimiento que, de alguna manera, parece ser una cuestión de resultados. La duda que genera en Resnick (1977; 208) es doble, aunque estrechamente relacionada. Primero, cuál es la relación entre seguir un procedimiento predeterminado y la justicia de sus resultados. Segundo, el valor moral del procedimiento mismo. La cuestión es qué papel cumplen las garantías personales, o algunas de ellas, en relación con el valor del proceso. Es decir, si lo que hace que el proceso no pueda entenderse como un elemento meramente instrumental está vinculado con la importancia o el peso de las garantías personales.

Podemos hablar de tres grandes posiciones a propósito del acceso a la justicia y, en sentido más amplio de la justicia procesal. En primer lugar, la tesis que atribuye a los procedimientos un valor intrínseco; en segundo término, la tesis que atribuye valor al resultado, y finalmente la tesis que considera que la justicia procesal se sustancia en una conjugación de ambos criterios. La justicia procesal es un tópico estrechamente unido al sentido del Estado de Derecho y parece pertinente interrogarse dónde reside exactamente su especial importancia (Allan 1998; 497).

## 2. EL VALOR INTRÍNSECO DEL PROCEDIMIENTO

Esta posición atribuye al procedimiento un valor intrínseco, por lo tanto no instrumental, directamente vinculado a la dignidad de los ciudadanos. Autores como Michelman o Mashaw son claros exponentes de la misma entre los constitucionalistas norteamericanos, donde esta tesis ha tenido mayor predicamento. El procedimiento justo nace o surge del principio básico del respeto a las personas o su dignidad. Los procedimientos jurídicos sirven directamente a ciertos intereses básicos, tales como la dignidad o la autonomía. La tesis se sustancia, sintéticamente, en proporcionar a las personas derechos procesales constitutivos del principio de respeto, independientemente de la justicia del resultado de la toma de decisiones y, por tanto, los valores procesales detentan una importancia propia e independiente del resultado (Mashaw 158-160). Esta perspectiva se apoya sobre la relación conceptual entre justicia procesal y la idea de dignidad humana —*Dignitary Theory*, como la denomina el propio autor—, al identificar las exigencias de un tratamiento o trato justo con el derecho (moral) de todo agente moral a ser tratado con igual dignidad y respeto.

El objetivo del Mashaw es articular la idea de dignidad humana, desde un compromiso con la teoría liberal-democrática, a través de una serie de valores fundamentales constitutivos del proceso, con más exactitud, de todo tipo de procesos<sup>7</sup>. Una “visión doctrinal coherente del debido proceso”, ensamblada por medio de un lenguaje sobre la dignidad humana más simbólico que formal o “científico”, con dos importantes proyecciones. De un lado, superar la antinomia que tiene lugar, en ocasiones, entre el principio de las mayorías y el valor de la dignidad humana. De otro, evitar la judicialización de todo tipo de procesos, entre otras razones, porque la práctica de la adjudicación a través del debido proceso ha dado lugar a una jurisprudencia muy voluminosa, pero que adolece de dos defectos generales; ser,

a la vez, “sobre invasiva” e “infraprotectora” (Carter 1986; 143).

El punto de partida es un argumento meramente intuitivo que avanza hacia conclusiones epistemológicamente un poco más complejas. Intuitivamente asumimos, en términos generales, —afirma Mashaw (1985; 162)— que las cuestiones procesales son independientes de los resultados o tienen poco que ver con ellos. Algo importante debe de tener el procedimiento como tal que permite distinguir entre perder un caso y ser tratados injustamente. La configuración borrosa de las características del proceso contiene un sentido de injusticia, cuando puede hablarse en términos de falta de respeto a la persona o cuando se pueden alegar razones por las cuales las personas no son tomados en serio<sup>8</sup>. Coincidiendo con ello, Tyler (1988) incide en este punto al afirmar que las normas y las expectativas relativas a los resultados deberían distinguirse de aquellas que conciernen a los procedimientos. Las cuestiones procedimentales deberían ser calibradas por su propio valor e independientemente de sus efectos sobre los resultados, porque los procedimientos expresan valores que son irreducibles a otros. Tyler considera, ejemplificativamente, partiendo de un amplio análisis, que las personas valoran: la expectativa de encontrarse con un funcionario o una autoridad neutral e imparcial, que esté motivado por la justicia, que actúe de acuerdo con las normas, porque todo ello es expresión de los valores que regulan las relaciones entre sujetos y autoridades.

El diseño de este conjunto de valores procesales capaces de mantener una adecuada concepción de la dignidad humana se sitúa en un contexto teórico atravesado por varios hilos conductores. Primero, se mueve en el ámbito de concepciones postpositivistas. Segundo, plantea la proyección de los valores a todos los procedimientos administrativos. Mashaw califica así la teoría dominante sobre el *due process* de instrumental y positivista (1985; 165). La corrección de un procedimiento, afirmaría esta tesis, viene determinada por su capacidad para una exacta determinación de los hechos y una aplicación adecuada de las normas ju-

rídicas sustantivas a los hechos probados. Las demandas a través de procesos de protección se convierten en pretensiones mediatas o instrumentales para facilitar la garantía de derechos sustantivos. Frente a ello y con el fin de responder también a las pretensiones relacionadas con derechos sociales dirigidas a la administración propone situar la dimensión procesal del debido proceso en el marco de los valores constitucionales básicos y los derechos a ellos vinculados (básicamente privacidad o intimidad, libertad de expresión, libertad religiosa) con la finalidad de elevar a categoría de derecho la dimensión procesal del debido proceso común a todos los procesos: judicial, administrativo y de participación en la formación de derechos. Argumenta Mashaw que los valores seleccionados constituyen el núcleo de las concepciones tradicionales de la democracia liberal. Allan (1998; 497) comparte la tesis central de que la definición judicial de la dignidad constitucionalmente significativa es la función nuclear del debido proceso de adjudicación; sin embargo destaca con fundamento que tal afirmación no permite dejar a un lado, como ocurre con esta argumentación, la cuestión de delinear un rol judicial adecuado a la determinación de los valores sustantivos en el proceso.

Por otra parte, a la hora de precisar el concepto de dignidad y los valores que ésta incorpora, centro de gravedad de esta posición, se captan ciertas ambigüedades. De un lado, sostiene que no se trata tanto de buscar valores intrínsecos o inherentes en los propios procesos, sino que considera más razonable interpretar la tesis central de su posición en relación a aquellos valores que se pueden considerar inherentes o intrínsecos a “nuestra común humanidad” (Mashaw 1998; 162, 169) valores tales como autonomía, auto-respeto o igualdad. Valores herederos de la tradición del derecho natural, tal y como lo asume el autor. De otro y creo que con mayor peso, afirma que el concepto de dignidad no responde a un modelo normativo abstracto y genérico, sino consistente con los derechos necesarios para mantener una democracia política liberal determinada,

coherente con la tradición constitucional y el principio de no dominación propio de la democracia liberal, de donde la dignidad se configura sobre todo como una definición política de la ciudadanía. Esta tesis es considerada por sus autores como suficiente para una articulación jurídica adecuada del debido proceso. Suficiente porque provee tanto las bases teóricas e históricas sobre la articulación de los valores del debido proceso, cuanto una metodología de la adjudicación que puede dar cuenta de las cuestiones cruciales de la legitimidad en el estado administrativo. El propósito de todo ello es especificar qué procesos definen a las personas como “dignificadas” o como agentes políticos y morales que se auto-respetan. Dado que los argumentos son sobre valores e ideales que un sistema constitucional debería afirmar, la comprobación o prueba sólo puede venir, a juicio de este autor, de la adecuación a la propia tradición constitucional particular. Los límites que puede comportar un esquema constitucional concreto se unen, además, a los obstáculos que puede encontrar la propia teoría y que el autor no evade. Entre ellos, es posible que, en el caso de que puedan determinarse con precisión un conjunto de valores plausibles, no puedan justificarse adecuadamente. Es posible también que, aunque pudiera ofrecerse de ellos una justificación coherente, su aplicación se encontrara con importantes escollos. La propuesta podría ser excesiva, si una matriz de valores robusta exige de los poderes públicos más de lo que puede admitir un mundo de recursos escasos. Pero también podría no ir suficientemente lejos si el conjunto de valores, aunque consistente constitucionalmente, diera lugar a una justiciabilidad anémica respecto a las posibilidades que puede desplegar un debido proceso desarrollado (1998; 167).

Afirmar, en definitiva, que el contenido de la dignidad humana coincide con el modelo político constitucional de ciudadanía, tiene una relación recursiva con el argumento, puesto de relieve, que atribuye al procedimiento de participación política ser el modelo procedimental y ser el modelo de valor intrínseco de los mismos<sup>9</sup>. En el procedimiento de par-

ticipación, señalan, la legitimidad de los resultados se encuentra, en la mayor parte de los casos, inextricablemente unida al procedimiento —el diálogo— que precede a la toma de decisiones. Un resultado justo es, entonces, aquel que ha sido acordado, dentro de límites razonables, en el marco de una discusión plena y franca. Estas condiciones deben reflejar el ideal de trato justo constituido por valores constitucionales y valores morales compartidos por parte de la comunidad política (Allan 1998; 510). En estas circunstancias, el proceso judicial podría configurarse analógicamente al de participación de los ciudadanos en el proceso político.

Existe una relación de continuidad, para los autores que comparen esta aproximación, entre el gobierno democrático y el procedimiento justo en general. En tanto hay bases morales para aceptar normas adoptadas por la mayoría de los ciudadanos de acuerdo con su convicción (cualquiera que sean sus motivaciones) sobre las exigencias del bien común, si en todo tipo de procesos a la parte afectada se le ha proporcionado una oportunidad real de influir en la mayoría —o en los funcionarios— a través de una libre expresión de su opinión en un foro apropiado. En todo caso, la participación individual en la práctica no plantea diferencias con el resultado; pero no es irrelevante si sus argumentos y opiniones han recibido un trato y un respeto debido, entre otras razones, por la importancia que esto tiene en las obligaciones jurídicas de los ciudadanos.

Esta toma de posición (Mashaw 1985; Michelman 1997; 126 y ss) sostiene que la existencia de los procedimientos justos encuentra su fundamento o justificación de modo primario en la protección que dispensa a los ciudadanos frente a la afectación de sus derechos e intereses por parte de los poderes públicos; protección que habrá de sustanciarse en aquella interpretación de las normas jurídicas que mejor se adecue a los valores morales que subyacen a ellas y les dan su fuerza y su significado. Todo ello lleva a afirmar que el ideal de procedimiento justo permite o favorece el debate moral sobre las exigencias de justicia

y del bien común, que debería caracterizar la esfera política, y que esto es extensible a aquellos procedimientos en los que finalmente se determina el tratamiento adecuado de los individuos (Allan 1998; 515). El valor del procedimiento justo consiste, en definitiva, en la combinación de nuestros compromisos con la justicia sustantiva y nuestra incertidumbre sobre su significado en las circunstancias de un caso particular. Una cuestión sobre la que la persona o personas más directamente afectadas pueden a menudo proporcionar información.

Partiendo de los presupuestos anteriores, Mashaw se refiere a dos tipos de valores: un primer grupo de valores fundamentales vinculados al proceso, “que emergen como núcleo de una aproximación *dignitary*: igualdad, implementado por el principio mayoritario, racionalidad y privacidad. Un segundo grupo comprende valores de tipo prudencial. Veamos algunos aspectos relativos al primer grupo

(i) A pesar de las ambigüedades del concepto de igualdad sobre todo en sus implicaciones procesales, Mashaw (1985; 180 y ss) sostiene que la exigencia de igual respeto e igual voz se encuentra asociada fuertemente a la regla de la mayoría. Asume el teorema conforme al cual, si se permite a toda persona participar en todas las decisiones bajo condiciones que aseguren que ninguna identidad ni las preferencias tienen status especiales y cada persona cuenta con una posibilidad o un voto igual, solo la regla de la mayoría puede emerger como criterio de decisión. Toda decisión judicial que impone procedimientos contrarios a aquellos a los que se llegó en el proceso político mayoritario conlleva un estigma antiigualitario incluso si esta intervención tiene lugar en el marco de premisas o acuerdos igualitarios. El principio de igual respeto no puede llevar a configurar un debido proceso constitucional que suplante las decisiones legislativas.

Con todo, el proceso de decisión adversarial no consiste en ejercer el voto, sino que la igualdad y el derecho a tener voz en ambos tienen condiciones y obstáculos adicionales. Proteger la igualdad de forma prudencial puede resultar complicado, entre otras razones, porque igual-

dad formal y material en ocasiones colisionan en el proceso. Puesto que se trata de que dos partes cuenten con igual voz, esto suele comportar la transformación de la igualdad formal, por ejemplo a través de la inversión total o parcial de la carga de la prueba, o el peso de las presunciones, o el aumento de costes de litigación para ciertas partes. La propia dinámica del proceso puede proporcionar ventajas y desventajas a ciertos tipos de demandantes. Si tenemos en cuenta las posibilidades de dominación en todos los tipos de procesos —legislativo, adjudicación, administrativo, investigación— es posible que la igualdad cuente con protección débil y la protección que merece el auto-respeto individual derivada del principio de igualdad ante la ley puede ser, de hecho modesta, pero irrenunciable.

(ii) Previsibilidad, transparencia y racionalidad (Mashaw 1985; 175). Estos valores tienen un aire de familia característicos del proceso y pueden realizar una contribución valiosa a todo proceso donde los participantes tienen sentido de auto-respeto. La confusión de los participantes es un sello de marca de un proceso decisorio que puede ser descrito como kafkiano. El proceso define implícitamente a los participantes como objetos, sujetos a una manipulación infinita por parte del sistema. Para evitar contribuir a este sentido de alienación, terror y odio, un proceso de decisión debe dar a los participantes información adecuada sobre las cuestiones a tratar y sobre cómo discurre o se desenvuelve el proceso. Finalmente debe proporcionar los elementos o las bases para valorar las cuestiones, las pruebas y el proceso que son significativos para la obtención de resultados. Estas razones son necesarias, tanto para compensar las promesas previas de racionalidad, como para proveer una guía para los planes futuros de la persona. En este último aspecto, las razones dadas confirman a los participantes, incluso en el caso de desacuerdos sobre aspectos sustantivos, como comprometidos en un proceso continuo de acción racional y autoestima o auto respeto.

(iii) Respecto al valor intimidad (*privacy*), intuimos, afirma Mashaw (1985; 180) que es

mejor un proceso que protege la intimidad que el que no lo hace. Esta exigencia forma parte de dos ámbitos de protección constitucional. Por un lado, protecciones específicas como la no incriminación o la limitación de indagaciones irrazonables. Por otro lado, forma parte de un esquema coherente de derechos sustantivos. Desde el punto de vista de los derechos, significa esencialmente el derecho a ser dejado en paz (*to be let alone*), ser respetado como un ser autónomo con pretensiones legítimas de mantener la independencia. Si bien, seguramente el deber de proteger la *privacy* entrará en conflicto, en ocasiones con valores como participación, la racionalidad e incluso igualdad.

La crítica más incisiva que ha recibido la posición que examinamos hace frente al argumento de que la aplicación correcta del derecho es un valor prudencial o derivado, respecto a un núcleo de valor cuya fundamentación, por otra parte, no es muy precisa. La explicación de la corrección como un medio prudencial de protección de la privacidad, la igualdad y la previsibilidad olvida o deja a un lado la vinculación o conexión entre corrección y tratamiento justo. Tratar a una persona de acuerdo con normas jurídicas determinadas es, a juicio de Galligan (1996; 77), defender expectativas normativas legítimas y, por tanto, es en sí mismo un elemento del tratamiento justo; afirmar que los derechos de una persona y otras expectativas normativas creadas por el derecho deben ser respetadas forma parte del respeto al titular del derecho. Es cierto que no es el único elemento ni es absoluto, pero es un ingrediente que no debería colisionar con otros valores como la privacidad. Valores que, sin duda, juegan un papel fundamental en la formación de las normas jurídicas.

La aplicación correcta del derecho siempre debe ser interpretada dentro de un esquema normativo orientado a asegurar el respeto a los derechos. Obviar, sin embargo, este extremo es olvidar una dimensión central. Quizá el objetivo del ataque sobre la corrección por parte de Mashaw iba dirigido a Bentham, puesto que para éste la rectitud de las decisiones es el primer objetivo de todo procedimiento jurídico

(Bentham 1823; 11-12). Si Bentham es el objetivo, el ataque ha fallado, porque Bentham elogió la virtud de la rectitud desde el punto de vista de la utilidad general; es decir, tenía en cuenta el bien social general, no el tratamiento justo de una persona individual. Lo que sirve al bien común y cómo los individuos deben ser tratados son cuestiones que se plantean en diferentes ámbitos del discurso.

En el debate sobre el valor del proceso se enfrentan dos tesis: aquella que entiende que el proceso tiene valor inherente en términos de respeto a las personas y que tiene un valor secundario si la adhesión a los valores del proceso alcanza o no un resultado correcto. La segunda se refiere al proceso como cauce o valor instrumental respecto a los resultados que se deben alcanzar. Las dos tesis extremas se mueven en planos no estrictamente homogéneos en tanto que se plantean dudas sobre las variables implicadas en ellas. Dudas que no siempre son resueltas con idénticos argumentos y respuestas. Así, la primera debilidad es el alcance de los valores implicados, si se trata de valores procesales que forman parte del proceso o si se trata también de valores externos al proceso, sean estos jurídicos y/o ideológicos. La segunda debilidad residen en la denotación del concepto de resultado. Este puede ser entendido de diversas formas: un resultado puede ser dirimir controversias de forma pacífica, lograr un resultado correcto, alcanzar objetivos sociales, lograr un tratamiento justo, adoptar una decisión de acuerdo con normas jurídicas sustantivas. Las tesis de Mashaw permiten, a juicio de L. Carter (1986; 145), dar lugar a varias visiones igualmente coherentes y, por otra parte, es posible argumentar a favor de la consideración de ciertos valores o garantías procesales como elementos de valor intrínseco, sin necesidad de tener que suscribir todos sus presupuestos.

### 3. EL VALOR INSTRUMENTAL DEL PROCEDIMIENTO

El proceso puede ser entendido con carácter instrumental en varios sentidos: (i) El proceso

es un medio a través de cual los órganos del Estado con potestad jurisdiccional cumplen la función que les viene atribuida constitucionalmente. Por lo tanto no tiene una función propia. (ii) El proceso es el instrumento con que cuentan todos los titulares del derecho a la tutela judicial para dotarla de efectividad. (iii) El proceso tiene valor instrumental porque está integrado por normas procesales o formales. Este planteamiento parte de la distinción entre normas sustantivas o materiales y normas procesales o formales, de modo que las formales califican de instrumentales tanto porque sirven como medio para la observancia de las primeras como porque no atribuyen de modo directo derechos subjetivos y obligaciones, al limitarse a regular el medio por el que se obtiene del Estado-Juez el cumplimiento de esos derechos y obligaciones. Así, la sustancia de una decisión se refiere al resultado buscado, mientras los procedimientos son escalones o pasos que conducen al resultado. Bentham distinguía ya entre derecho sustantivo y derecho adjetivo o procesal. El derecho sustantivo define el resultado al que se debe llegar y el derecho procesal los medios para alcanzarlo. Pero esta distinción ha ido perdiendo rigidez y hoy se habla más bien de grados de valores sustantivos o valores relacionados con resultados y valores procedimentales

La tesis de que el procedimiento tiene valor instrumental está representada básicamente por la posición de Galligan (1996; 55) que reacciona frente a argumentos sustantivos. Este autor tiene un concepto amplio de procedimiento, aunque se centra sobre el proceso judicial. Sustenta la idea de que los procedimientos son instrumentales y contingentes y que pueden servir a diversos fines, propósitos, por tanto no son justos o injustos en sí mismos. El instrumentalismo estricto o genuino entiende que la justificación de un procedimiento depende de la mayor o menor probabilidad de que a través de él se adopten decisiones justas. Para comprender el alcance de su argumento central conviene partir de su idea de “justicia procesal” en términos de la forma en la en un proceso justo se trata a las personas. Concepto

que, por una parte, relaciona procedimientos, normas jurídicas y tratamiento justo y, por otra parte, es acreedor de concepciones distintas sobre la justicia procesal; es decir, sobre qué normas, qué tratamiento y qué procedimiento se considera más adecuado.

La justicia está vinculada —en esta posición (1996; 52-57)— a un principio general según el cual una persona es tratada justamente, si es tratada de la forma adecuada en función de la pretensión o demanda justificada que tiene. Es decir, la justicia consiste en dar a una persona lo que le es debido o aquello a lo que tiene derecho. Tratar a una persona injustamente es, en cierto modo, rebajarla, negarle algo a lo que tiene derecho o que le es debido. Justicia en sentido amplio, aplicado a las relaciones entre personas, se refiere a lo que es debido dentro de una relación. Por lo tanto, las relaciones entre individuo y comunidad deberían ser reformuladas. El supuesto implícito consistente en tratar a las personas de acuerdo con el derecho es parte de un compromiso más amplio de tratarlos justamente, o al menos evitar la injusticia. El Derecho expresa así un compromiso con una serie de principios en el marco de los cuales se generan las expectativas sobre cómo se debe tratar a las personas<sup>10</sup>. El soporte básico del compromiso de tratar a las personas de acuerdo con el derecho, descansa en el principio de que las personas deben ser tratadas con consideración y respeto, como agentes morales autónomos y responsables. Se trata de un principio abstracto y dinámico que adopta formas y contenidos diversos en marcos institucionales y sociales concretos.

Esta posición asume una vinculación “modesta” entre las exigencias de la justicia procesal y el principio de dignidad. Galligan (1996; 76) parte de la tesis de que existen en nuestras sociedades algunas precomprensiones básicas sobre las relaciones entre la comunidad y cada uno de sus miembros, sobre el comportamiento de cada uno con respecto a los demás y sobre el trato debido. Especialmente aquellas precomprensiones o ideas relacionadas con los procesos políticos y en particular sobre cómo se deben producir las leyes. La primera idea

asumida es que la sociedad debe estar gobernada democráticamente, respetar ciertos derechos fundamentales y ciertos principios de tratamiento justo. La segunda precomprensión es que una vez se han elaborado las normas jurídicas en sentido amplio, cada persona será tratada de acuerdo con ellas. La tercera asunción de la comunidad hacia cada ciudadano es que ciertos valores importantes serán respetados en los procesos jurídicos, valores distintos a los valores sustantivos, vinculados a los resultados o de primer nivel. En línea de principio, una sociedad que trata a sus miembros de acuerdo con estos tres conjuntos de asunciones —continúa Galligan— trata a cada uno con dignidad y respeto. La realidad muestra, posteriormente, las distorsiones respecto a los ideales en diversos grados; por ejemplo, el funcionamiento de la democracia, la aplicación de las normas puede generar disputas genuinas, etc. Una sociedad, afirma Allan (1998; 498), que intenta realizar normas razonables, que provee recursos, instituciones y leyes, que respeta los valores básicos, es una sociedad que trata a sus miembros con dignidad y respeto. El compromiso de respeto a sus miembros comporta implícitamente los procedimientos necesarios para llevar esto a cabo. De ahí que Allan califique esta aproximación como “práctica y poderosa”. Su poder reside en mostrar que toda situación puede ser analizada a través de la identificación de los términos de un tratamiento justo y, por tanto, las bases de respeto. Su naturaleza práctica consiste en reconocer que los procedimientos son mecanismos costosos y necesitados de estar incardinados en objetos y valores que pueden ser identificados y justificados. Todo ello lleva a Allan a recomendar una aproximación instrumental en sentido amplio y flexible como una toma de posición práctica, robusta y con sentido común.

La idea es que las expectativas de los ciudadanos sobre cómo deben ser tratados se inspiran en un compendio de criterios normativos y valorativos que pueden ir más allá de los principios jurídicos establecidos, cuyas relaciones son complejas, abiertas y fluidas. La perspectiva instrumental (Galligan 1996; 41,

74-75, 82) asume que hablar de procedimientos, justicia procesal y debido proceso, supone, en un sentido, referirse a los valores que justifican estos procesos más que a las normas jurídicas que directamente los regulan. Pues bien, la tesis central del valor instrumental de la justicia procedimental afirma que los procedimientos deben estar diseñados y orientados a asegurar resultados correctos o apropiados. Esta función de los procedimientos jurídicos se desenvuelve en un marco de criterios y normas de tratamiento justo que incluyen valores. El objetivo primario de un proceso jurídico es la realización de estos valores y normas de acuerdo con su lugar en el sistema jurídico. Valores que se encuentran ordenados de acuerdo con una prelación. Algunos de estos valores están directamente relacionados con el resultado y otros son independientes de él<sup>11</sup>. Esta distinción, a pesar de ser central en el análisis de la justicia procedimental, sin embargo no es nítida.

Galligan se refiere a los valores que justifican el proceso agrupándolos en tres categorías por orden de prioridad.

(i) El primer conjunto de criterios o principios derivan de una fundamentación normativa, origen de valores específicos de cada forma de proceso, en términos de estándares y objetivos básicos del proceso penal, civil, administrativo, etc. En terminología jurídico continental, se trataría del derecho material o sustantivo. El principal valor del proceso y de todos los procedimientos es el principio de trato a las personas de acuerdo con normas pre-determinadas<sup>12</sup>.

Es difícil —señala Galligan (1996; 34)— encontrar una expresión que capte con precisión la naturaleza de las normas que integran este grupo, pero quizá podemos referirnos a ellas un poco torpemente como principios de primer orden relacionados con o basados en resultados. Este es uno de los puntos de mayor debilidad de esta tesis dado que parece considerar que todos los derechos sustantivos tienen una relación directa con los resultados, pero esto no queda suficientemente justificado, porque, entre otras razones, como señala

Allars (1997), no explica qué es un derecho de primer orden y, por otra parte, también hay valores procesales relacionados con los resultados. Hemos de pensar, en este sentido, que los criterios de trato justo reconocen derechos de primer orden en cada área del proceso; mientras que los derechos procesales son derechos a los procedimientos necesarios para realizar los derechos de primer orden.

(ii) Los valores o principios de segundo orden también se encuentran relacionados con resultados. Estos principios cualifican, modifican o modulan el alcance de los valores de primer orden. Galligan (1996; 37) los sitúa en segundo nivel por cuanto que aunque están relacionados con los resultados, lo están de un modo menos directo que en el primer caso. Se trata de valores procesales.

Son ejemplos: el principio de no discriminación, el principio de consistencia de la decisión; la posición del juez como tercero entre las partes; el principio de contradicción; las normas que establecen los criterios de aceptación de pruebas; las garantías de participación de todos quienes tienen intereses legítimos. En este último caso, por ejemplo, es más valiosa, desde el punto de vista de la justicia y la legitimidad, la participación que el resultado concreto, de acuerdo con la noción de justicia procesal pura rawlsiana.

Algunas reglas procesales estarán vinculadas a valores intermedios, tales como serían la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio, a un tribunal justo y a la defensa. El Derecho está repleto de valores intermedios como estos que pueden ser vistos como autónomos y relevantes en sí mismos; esto puede ser así, pero si preguntamos por qué estos valores son importantes y tratamos de rescatar una justificación, normalmente será más claro que ocupen un lugar intermedio en la realización de otro conjunto de valores más básicos. Algunos valores intermedios, el derecho a no declarar, por ejemplo, pueden ser complejos, formando parte de su justificación como instrumentos para resultados correctos y parte de otros valores tales como *privacy*. Sin embargo, el punto de interés es que la noción de debido

proceso o *procedural fairness* en su segunda y más amplia aceptación se refiere a un grupo o racimo de estos valores primarios e intermedios. Ahora bien, la cuestión sobre el lugar en el que esté incluido cada uno es una cuestión móvil.

(iii) El tercer peldaño o escalón de valores estaría integrado por principios y valores que actúan de modo independiente. Pueden actuar en distintas direcciones e incluso entrar en conflicto (Galligan 1996; 35). En este caso, hay principios que pueden tener mayor peso que la obtención de un resultado. Por ejemplo, la protección frente al abuso o frente a la violación de derechos, puede tener mayor peso que los bienes sociales que se alcanzan como consecuencia de una declaración de culpabilidad de un sujeto.

Galligan explicita como ejemplo de valor independiente la exigencia de que toda persona sea escuchada antes de adoptar una decisión sobre ella; puesto que toda persona tiene derecho a ser oída con independencia de los efectos que su intervención pueda tener en el resultado. Se trata, sin embargo, de un principio que comparte propiedades tanto con los valores relacionados con resultados como con los valores independientes. Aunque sobre ello volveremos por la importancia de este derecho en el contexto del acceso a la justicia.

El primer valor, desde el punto de vista de la persona sujeta a la decisión, es que el caso sea tratado sobre la base de criterios o normas establecidas previamente. Este principio provee certeza y estabilidad, y capacita a las personas para planificar sus acciones de acuerdo con unos esquemas normativos. El principio de trato a las personas de acuerdo con sus expectativas normativas está fundamentado en el trato justo y en la justicia procesal. El principal valor está a su vez suplementado por un abanico de otros valores. El objeto del procedimiento dentro de esta forma de proceso es asegurar que las normas jurídicas se aplican adecuadamente, respetándose a su vez otros valores; algo que se puede asegurar a través de formas procesales.

Por lo tanto, una de las cuestiones básicas afecta al diseño adecuado de procedimientos para este modelo de toma de decisión, y la segunda cuestión básica se centra en los resultados, en alcanzar un resultado correcto. El diseño de los procedimientos está afectado, por su parte, por la falta de certeza sobre qué debemos considerar como resultado correcto. Cuanto más exactos sean los procedimientos, es posible que sea menor el margen de error. El tipo de decisión, los derechos e intereses implicados, las consecuencias de los errores son todos ellos relevantes para la cuestión de la justicia procesal (Allars 1997).

El razonamiento a través del que se desenvuelven los dos ingredientes básicos de esta tesis; es decir, el diseño —en sentido abstracto y general— procedimental y la corrección del resultado; viene a matizar la tesis instrumental expuesta, al menos, en dos sentidos. Por un lado porque vincula el valor del procedimiento tanto a los valores que justifican los procedimientos como al resultado<sup>13</sup>. Por otro lado, porque considera que los procedimientos son, en parte instrumentales al modelo de trato justo y, en parte, autónomos e incluso, en cierto modo, algunos son necesarios (Galligan 1996; 62-65). Aun cuando reconoce, tal como se ha señalado, que ningún procedimiento o conjunto de ellos son necesarios, dado que las finalidades de los procedimientos pueden realizarse a través de muchas formas distintas. Partiendo, por tanto, de que el valor de cada uno depende de su contribución a los estándares del tratamiento justo, en este sentido todo procedimiento es instrumental<sup>14</sup>. Fortalece esta tesis al afirmar que las normas procesales —sobre la prueba, sobre la legitimación, sobre la defensa jurídica, etc.— son normas fijadas por el legislador y los tribunales como medios para conseguir resultados correctos, mientras respetan valores procesales. Lo que ocurre es que una vez está establecida la justificación de las mismos tiende a olvidarse y tienden a ser vistas como algo con un sentido completo. Sin embargo, su valor es aportar certeza y estabilidad, y ser medios efectivos para aplicar o ra-

tificar los principios de un tratamiento justo relevante para el proceso.

La idea de instrumentalidad se ha propuesto desde exigencias provenientes de la premisa fáctica y de la premisa normativa. A estos efectos, Alexander aborda el problema de la naturaleza de los derechos procesales como componentes de los derechos sustantivos, sin un status independiente. Parte de la tesis de que los derechos procesales, como el derecho a un juicio justo, el derecho a ser oído, el derecho de prueba más allá de toda duda razonable y el derecho a la defensa son parte de los derechos sustantivos caracterizados por proteger frente al riesgo a través de la adjudicación (Alexander 1998; 19-22).

En todo orden jurídico existen derechos sustantivos, tanto frente a la lesión intencional de nuestros intereses, cuanto frente a las acciones que puedan poner en riesgo a aquellos intereses. Cuando hay derechos que protegen frente al daño, se puede afirmar que el sujeto tiene derecho a que no se pongan en riesgo sin justificación intereses o valores de cierta magnitud. Es decir, que otros tienen deberes de no poner en riesgo los derechos de los demás y que, si amenazan con hacerlo, se pueden interponer inmunidades por parte del Derecho. En el contexto de los derechos procesales, esta tesis tiene una virtualidad distinta respecto a la premisa fáctica y en relación con la premisa normativa. En la dimensión fáctica la respuesta a las preguntas procede “oficialmente” a través del sistema jurídico. Se trata de respuestas que al final son autoritativas o últimas a efectos jurídicos; de forma que las respuestas son correctas incluso en el caso de pruebas que no lo son. Los derechos procesales son, en un sentido, secundarios respecto a los derechos sustantivos, porque son derechos sobre la determinación oficial de los hechos que guían la aplicación de los derechos sustantivos. Estos derechos, por ejemplo las normas sobre la prueba, serían innecesarios si la determinación oficial de los hechos fuera realizada por un ser infalible. Pero lo cierto es que los derechos y las reglas que regulan la prueba plantean riesgos; de ahí el principio de la racionalidad que subyace a mu-

chos de ellos es que la condena de una persona inocente es una lesión tan grave de sus derechos que el riesgo de que esto pueda ocurrir debe ser minimizado al máximo. En síntesis: la tesis de L. Alexander (1998; 24) atribuye a los derechos procesales el carácter de derechos sustantivos que tienen en cuenta la imposición de riesgos a través de la adjudicación.

Desde el punto de vista de la premisa normativa, Alexander considera muy positivo comprender la relación entre los derechos procesales y los derechos sustantivos. En su opinión, este enfoque contribuye a aproximarse adecuadamente al derecho al debido proceso que ha planteado tantas dudas al Tribunal Supremo. El Tribunal ha interpretado el contenido de la cláusula del debido proceso en términos de que ningún sujeto puede ser privado de sus derechos sin acudir ante un tribunal. Los derechos inicialmente protegidos son la vida, la libertad y/o la propiedad. Las dudas suscitadas ante el Tribunal cuestionan qué ocurre cuando se trata de otros derechos, incluidos derechos sociales o beneficios bienestaristas. El Tribunal se ha batido con esta cuestión durante décadas discutiendo, de un lado, el carácter opcional de estos últimos derechos por parte del poder público y, de otro, si los derechos procesales debían exigirse durante la tramitación y obtención de la resolución y posteriormente vía adjudicación<sup>15</sup>. El resultado es que el reconocimiento de derechos al bienestar requeriría procedimientos de adjudicación sólo si y hasta el punto que aquellos procedimientos estuvieran predeterminados. Alexander considera que esto es correcto sólo hasta cierto punto: los procedimientos a través de los que se asume administrar un bien o un derecho son parte de la sustancia de la norma que regula el derecho o el bien. No tiene sentido pensar el derecho creado por la norma que garantiza el acceso o la garantía de un bien como algo distinto o separado del procedimiento establecido para determinar los hechos materiales o los criterios de adjudicación. La constitución no impone, efectivamente, cómo se deber proveer un beneficio pero pone límites a cómo tiene que hacerse; por ejemplo a través de la cláusula

de igual protección. Por otro lado, Alexander reconoce que los procedimientos pueden modificar la sustancia, convirtiéndola en inconstitucional, incluso en el área de los beneficios constitucionalmente opcionales; pero ello es así porque, asegura, los derechos procesales constitucionales son parte y derivados de los derechos sustantivos constitucionales.

Con todo, para explicar por qué el procedimiento es justo, resulta preciso, a juicio de Galligan, contar con dos elementos: algunos valores —entre los que puede encontrarse la pretensión de corrección— así como los resultados<sup>16</sup>. Un buen test para valorar el procedimiento es preguntarse a qué valores sirve, puesto que es su vinculación significativa con estos lo que da la clave del tratamiento justo. Este trasfondo valorativo enmarca la idea de que “lo debido”, los derechos o la legitimidad para demandar lo que corresponde, surgen en un contexto normativo que hace nacer expectativas, la primera de ellas que el sujeto va a ser tratado de acuerdo con estas normas. En este sentido, los procedimientos tienen una dimensión instrumental respecto a los principios de trato justo y una dimensión autónoma o con valor intrínseco; por ello son considerados necesarios en algún contexto de toma de decisiones<sup>17</sup> cuya vulneración tiene consecuencias relevantes en la validez del proceso. Por ello Allars (1997) estima que, aunque Galligan tiene razón al criticar —frente a la tesis que subestima el valor instrumental de los procedimientos—, la importancia de asegurar resultados adecuados, existen algunos valores y principios de la justicia procedimental que pueden cumplir una función independiente. Es más, puede afirmarse que el diseño total de un proceso puede muy bien reflejar valores no instrumentales o de no menor importancia que aquellos que subrayan nuestro objetivo de corrección y fiabilidad; refiriéndose a estos efectos, en la exigencia de motivación de las decisiones.

Entre los argumentos más destacados en la defensa de una posición instrumental como la representada por Galligan, haré referencia a los siguientes:

En primer término, la consideración de que los procedimientos son instrumentales y contingentes en relación al objetivo de que una persona sea tratada de acuerdo con normas predeterminadas es consistente con la afirmación de que en ocasiones son expresión de valores intrínsecos. Galligan (1996; 71) considera implícita en esta afirmación la idea de que los procedimientos no son buenos ni justos ni justificables en sí mismos.

Segundo, en el diseño práctico de los procedimientos, algunos factores juegan un papel que influye en el proceso y hace más complejo que lo que la naturaleza contingente del proceso sugiere. Las razones son en parte prácticas, en parte epistemológicas y en parte afectan a la autoridad y la legitimidad que nace de tener confianza en los procedimientos y en los resultados de los procesos jurídicos.

Tercero: mientras los fines pueden ser realizados por normas generales procesales, la mezcla precisa de normas generales por una parte y juicios particulares en contextos específicos, por otra, depende mucho de factores prácticos relevantes en cada contexto. Por todo ello es difícil sostener la pretensión de que ciertos procedimientos son siempre necesarios para proveer el resultado correcto; escuchar a las partes, por ejemplo, normalmente es un elemento esencial porque las partes tienen información que de lo contrario no será accesible y su versión de los acontecimientos es importante para formarse una idea correcta de la situación. Pero ello no puede ser la base para formular una pretensión fuerte en el sentido de que escuchar a las partes es algo necesario. Puede decirse que es racional y defendible adoptar ciertos procedimientos sobre la base de que normalmente contribuyen a un mejor resultado.

Ahora bien, la tesis instrumental examinada también ve el procedimiento de participación como modelo o paradigma procedimental, asignando al procedimiento valor instrumental y también le ocurre como a las teorías instrumentales. Como pone de relieve Bayón (2004; 124), es un rasgo presente en las tesis instrumentales que en último término incorporan criterios que relacionan los proce-

dimientos con los resultados, transformando así su tesis central y aminorando su carácter genuino. Bayón (2004; 124-126) se detiene en el modelo instrumental representado por Dworkin (2003, 205 y ss). De acuerdo con el cual son dos los modos de concebir el ideal democrático: uno se centra en los resultados, en la decisión y en la estructura institucional que garantice la forma y el contenido de las decisiones —tratar a las personas con igual consideración y respeto—; otro centrado sobre los rasgos del procedimiento mismo, un procedimiento que garantice la distribución del poder político de un modo igual —algo que Dworkin considera un ideal ambiguo— y no sobre los resultados que previsiblemente se producirán.

Un planteamiento instrumentalista se vincula a los resultados de un procedimiento exclusivamente en términos de las decisiones que se adoptan a través de él y, en consecuencia, la justificación de un procedimiento depende de la mayor o menor probabilidad de que a través de él se adopten decisiones justas. Por lo tanto, desde estos presupuestos el derecho de participación en la toma de decisiones públicas en condiciones de igualdad no será un derecho sustantivo, sino instrumental. Esto es, tendrá valor en tanto que esa forma de tomar las decisiones públicas es la que con mayor probabilidad protege o realiza los derechos sustantivos. Este planteamiento, por otra parte, no atribuye suficiente entidad a las condiciones institucionales, las consecuencias indeseadas y otros factores relevantes del propio procedimiento. Por ello, un instrumentalismo que relacione de forma no contingente en todos los casos procedimiento y resultados; en definitiva, que amplíe el concepto de resultados es, como lo califica Bayón (2004; 122 y 127), un “instrumentalismo ensanchado”, posición en la que habitualmente termina el instrumentalismo genuino.

Una posición como ésta se mueve entre dos ideas básicas (Galligan 1996; 155-6): de un lado considera que no se debe minusvalorar el papel instrumental de los procedimientos, dado que la aplicación correcta de estándares

es un aspecto importante de lo que significa tratar a todo sujeto con respeto. De otro lado, sustenta la tesis de que la conexión entre procedimientos y resultados “es poderosa y convincente”. La analogía amplia entre juicio justo, procedimientos administrativos y jurídicos y participación política, pone de relieve ambos extremos. Afirmando así que de la misma forma que la participación democrática no puede garantizar la aprobación de buenas leyes, el juicio justo no siempre puede asegurar la aplicación correcta de estándares jurídicos autoritativos. Precisamente, los interrogantes que pueden plantearse respecto a la legitimidad de las decisiones democráticas surgen y se resuelven apelando a una combinación adecuada de elementos sustantivos y procedimentales de la misma (Martí, 2008; 133-6). En cada caso, sin embargo, reflexiona Galligan, el proceso recurre a principios o razones básicas para aceptar el resultado, incluso cuando éste es injusto. No se trata únicamente de la imperfección inherente a los procedimientos o la imposibilidad de garantizar siempre un resultado correcto; sino que se trata de algo de mayor calado, como es que el resultado es en sí mismo habitualmente una cuestión controvertida. Pueden darse distintos puntos de vista razonables sobre la justicia de las normas jurídicas y lo adecuado de su aplicación a un caso particular. En este sentido, el procedimiento es valioso si como tal permite una participación genuina sobre las normas, en el sentido de que las cuestiones de justicia pueden ser planteadas y debatidas y toda norma está abierta al acuerdo y a su posible modificación; si esto es así, las personas son tratadas con el respeto que su dignidad merece.

Sin embargo, en este caso, la analogía entre procedimientos y participación presenta ciertas debilidades, más allá de señalar genéricamente el valor de los procedimientos en tanto que expresan el compromiso de la sociedad con el principio de igual consideración y respeto. Inicialmente coincidiría con las teorías de la democracia que inciden en que son los procedimientos de participación los que producen resultados correctos; bien porque son

componentes esenciales y no contingentes de los resultados; bien porque no existen criterios objetivos de determinación de un resultado correcto, aunque se puede hablar de resultados legítimos como consecuencia de concretos procedimientos. Allars (1997) sitúa la debilidad de la posición de Galligan en este punto porque no existe una base empírica que pruebe el vínculo o la relación entre participación y respeto por las personas; que queda patente en la falta de atención a la literatura sobre el proceso deliberativo del republicanismo cívico o del feminismo en el proceso de toma de decisiones democráticas. Evidentemente, Galligan se sitúa entre aquellos que afirman que el procedimiento y la fundamentación de las decisiones gira en torno a un conjunto de principios y valores públicos estructurados y no a la dimensión deliberativa del proceso. Scanlon (1997; 97), por su parte, apunta otra insuficiencia en esta analogía cuando explica que la idea de un derecho al debido proceso es mucho más amplia en su aplicación que aquella que se refiere al derecho de participación o de representación; implica el reconocimiento de aquellos sujetos cuya posición está legitimada para pedir justificación por las decisiones y para la protección frente a un uso injustificado, pero no necesariamente legitimada para compartir la toma de decisiones que les afecten.

El procedimentalismo del que habla Galligan (1996; 29) se desenvuelve principalmente en contextos complejos, grupos, intereses y organizaciones que deben reducir y simplificar sus necesidades y demandas a través de la coordinación entre ellos y alcanzar soluciones coherentes a los problemas. Para alcanzar estos fines, es necesario estructurar procedimientos cuidadosamente. El principio común que subyace a ello es que la participación capacita a las partes para llegar a la noción de bien común; una noción que responde a los intereses privados e individuales, pero que va más allá de ellos. La participación es entonces no un instrumento que lleva a unos resultados, sino más bien a través de la participación: los sujetos —las partes— son capaces de ver más allá de sus propios intereses en orden a alcanzar el

bien común. Sin embargo, y esta es la tesis de Galligan, con ciertos matices, el procedimiento a través de la participación, como elemento esencial, que no precisa normas predeterminadas, no es un procedimiento separado y distinto al resto de procedimientos. Todos forman parte o son formas de procesos jurídicos que alcanzan decisiones jurídicas de diversas formas.

La consideración del proceso en clave meramente instrumental, como una suerte de cauce inerte por el que discurre el derecho verdadero o propio, forma parte de una concepción tradicional del proceso. Andrés Ibáñez (1999; 47) señala, en este sentido, que la dimensión instrumental, la dimensión del proceso que sirve para llegar a la toma de decisiones en las que toman cuerpo los derechos sustantivos está estrechamente vinculada con el modo de operar jurisdiccional concreto. La calidad del trato que en él reciben las pretensiones y los derechos materiales objeto de debate es constitutiva del proceso. “La forma condiciona cuando no predetermina aspectos esenciales del fondo, sobre todo en ausencia de determinadas exigencias”. Especialmente en el proceso penal de inspiración inquisitiva, “el *instrumento* se carga de implicaciones *materiales* convirtiéndose él mismo en una contradictoria especie de medio-fin, que anticipa desde el inicio consecuencias penalizadoras de carácter irreversible”. La relación instrumental con respecto al derecho material ha sido subrayada tradicionalmente por modelos históricos proclamados neutrales, fríos y asépticos. Cuando *más ofensivo* es el proceso en la práctica, mayor ha sido el énfasis en la adjetividad de su carácter. Frente a ello, la asunción de la no indiferencia de los instrumentos procesales y la apuesta por su fuerte conexión a un sistema de principios jurídicamente articulado, es lo que ha abierto la puerta a la posibilidad de reducir la significación penalizadora de aquéllos. Esta valoración está relacionada con las garantías del proceso.

#### 4. EL CARÁCTER COMPLEJO DEL PROCESO

La tercera posibilidad afirma que la justificación de un diseño institucional reside en un balance entre su valor intrínseco y su valor instrumental, que depende o está relacionado con las circunstancias específicas de la comunidad política (Bayón 2004; 106). Esta perspectiva coincide sustancialmente con la tesis de Rawls; si bien, como se ha puesto de relieve en numerosas ocasiones, precisamos contar con un criterio independiente para resolver la ponderación y esta es una cuestión que creo debe encontrar una respuesta también en el ámbito de los resultados.

Para Rawls (1971; 85-87), como es sabido, todo diseño institucional es un esquema de justicia procesal imperfecta. En *A Theory of Justice* propone su conocida distinción de tipos de justicia procesal con el fin de evaluar las instituciones y superar las limitaciones de un concepto de justicia formal. Define tres tipos fundamentales de justicia procesal en términos de la forma en la que se emplea el criterio de un resultado justo: justicia procesal pura, perfecta e imperfecta (Rawls 1993; 72-3).

En el caso de la justicia procesal pura, se considera justo un resultado por haber seguido un determinado procedimiento y, en este caso, no disponemos de criterio alguno independiente para juzgar la justicia del resultado. El resultado de un juego de azar es justo si se han seguido las reglas que señalan el procedimiento del juego seguramente porque en este caso no necesitamos un criterio independiente porque las reglas son constitutivas. Únicamente contamos con las reglas procesales —afirma Moreso (2000a; 29-30)— para evaluar la justicia del resultado. Los principios de justicia elegidos en la posición original son asimismo un caso de justicia procesal pura; se trata de principios adecuados, porque son los que elegiríamos si siguiéramos las reglas que configuran la posición original conceptualmente unida a la autonomía racional de quienes participan en ella (Rawls 1993; 72). Cabe sin embargo plantear algunas dudas relativas a esta interpretación,

porque en el caso de la formación de los principios de justicia está fijado el procedimiento y está predeterminado un principio normativo: las personas se conciben como libres e iguales en virtud de dos facultades de la personalidad moral, la capacidad para una concepción del bien y la capacidad para un sentido de la justicia<sup>18</sup>.

En el supuesto de justicia procesal perfecta, en cambio, disponemos de un criterio previo e independiente de lo que es justo, y el procedimiento es diseñado para asegurar que el resultado satisface tal criterio. El ejemplo de Rawls es la división de una tarta, si aceptamos que el resultado justo es que cada uno tenga una porción igual. El procedimiento consiste en que alguien corta la tarta en partes iguales y se queda la última porción.

La justicia procesal imperfecta también dispone de un criterio independiente para evaluar la justicia del resultado; pero no es posible establecer un procedimiento que asegure el logro de resultados en todos los casos. Rawls (1971; 85) ilustra este supuesto a través del proceso penal. El resultado reside en que un sujeto sea declarado culpable si y sólo si efectivamente ha cometido el delito por el que se le juzga. Sin embargo no siempre es posible diseñar un procedimiento que garantice este resultado.

Ahora bien, es posible cuestionar si, tanto desde el punto de vista del procedimiento como participación, cuanto en relación al proceso judicial, realmente nos encontramos exactamente ante un caso de justicia procesal pura y de justicia procesal imperfecta.

Atendamos primero a los argumentos relativos al procedimiento de participación. De acuerdo con Rawls (1971; 221), la justicia de un diseño institucional tiene dos componentes: ser “un procedimiento justo que satisfaga las exigencias de igual libertad” y ser el procedimiento que haga más probable que se alcancen resultados justos. Considerando central el principio de la mayoría. Como señala Moreso (2000a; 31), entre las exigencias de igual libertad se encuentran también el aseguramiento de un *status* común de igual ciudadanía; es de-

cir, el principio de libertad política como igual participación. Lo importante a nuestros efectos, es que esta libertad no es sólo un medio, sino que es un componente moral de la vida cívica, puesto que supone la determinación de las condiciones sociales básicas. Es decir, como afirma Bayón (2004; 106), un procedimiento que respete el principio de igual participación es intrínsecamente valioso.

Rawls (2006, 414-15) sostiene que la puesta en práctica de principio de justicia requiere la adopción de una serie de puntos de partida definidos en la cuarta etapa o paso. Imagina una secuencia de cuatro etapas en el establecimiento de las cuestiones de justicia por parte de seres racionales (Moreso 2000a; 32-33). La primera etapa consiste en la posición original en la que se eligen los primeros principios de justicia. La segunda etapa estipula las normas constitucionales que aseguran el principio de igual libertad para todos. La tercera tiene como objetivo establecer las reglas legislativas de acuerdo con los principios de justicia, respetando los derechos establecidos en la segunda etapa y el principio de la diferencia. La cuarta etapa consiste en la aplicación de las reglas generales a los casos individuales por parte de los tribunales.

Desde el punto de vista del proceso judicial como supuesto de justicia procedimental imperfecta, es comprensible que el derecho individual a un proceso razonable pueda dar lugar a resultado injusto; puesto que no es una institución de justicia procesal perfecta. Nos encontramos con dos variables o incógnitas. De un lado la pretensión —afirma D. Resnick (1977; 210)— de que el criterio de un resultado correcto o justo es independiente de la aplicación del procedimiento mismo, lo que le permite distinguir radicalmente de la justicia procedimental pura. Damaska (2000; 258) apunta que allí donde existe un criterio sustantivo independiente acerca de lo que debe ser un resultado adecuado, algo característico del proceso en los modelos de estado social, no puede haber una “justicia procesal perfecta” rawlsiana que por definición se basa en procedimiento que lleva a un resultado anhelado.

De otro lado, el significado de la categoría “resultado”.

En el caso del procedimiento judicial Rawls habla de “*natural justice*” como guía o líneas maestras dirigidas a preservar la integridad del proceso. Esto significa que un proceso judicial pautado de acuerdo con los criterios de la “*natural justice*” tendría las virtudes de la imparcialidad y regularidad, adecuándose a los requisitos de la justicia formal. Pero los criterios de justicia formal no son los únicos que se aplican al proceso judicial. En la medida en que contemos con un criterio independiente del resultado, podemos explicar por qué un resultado que satisface todos los criterios de justicia formal no es necesariamente justo. Es perfectamente aceptable cuestionarse si los resultados particulares de un proceso judicial son justos; un resultado imparcial no es lo mismo que un resultado correcto. Por otra parte, contar con un criterio independiente para los resultados justos permite que un resultado justo pueda ser alcanzado por medio de un procedimiento que viole el debido proceso. También cabe la alternativa opuesta: considerar que el resultado es injusto porque no ha sido alcanzado por medio del debido proceso.

El debido proceso, afirma Resnick (1977; 210), es una condición necesaria pero no suficiente del tratamiento justo. La necesidad de justificación (en caso de limitación de los derechos, ésta ha de ser justificada) contribuye a explicar por qué el debido proceso requiere un procedimiento que combina aspectos tanto de justicia procedimental pura como justicia procedimental imperfecta: un procedimiento provee una justificación o una buena razón para valorar que un tratamiento particular es justo si y sólo si realmente se cumple de terminada manera. Podríamos decir que cualquier tratamiento que debería ser correcto de acuerdo con un criterio independiente de valoración del resultado, es de hecho injusto si se produce sin seguir un adecuado proceso judicial. Por lo tanto, tiene dos funciones o vectores, como institución o sistema de normas expresa principios de justicia formal en tanto que aplicación imparcial y regular de esas reglas.

Como vector justificativo, provee razones para considerar que las reglas han sido aplicadas correctamente.

De todo ello concluye Resnick (1977; 19) una justificación moral del proceso que involucra tanto el procedimiento como el resultado. Respecto a este último, la justificación moral se centra en su capacidad para minimizar el número de tratamientos injustos. Los ingredientes o exigencias derivadas del debido proceso del que es depositario el proceso judicial razonable satisface dos funciones moralmente valiosas: en términos de probabilidades subjetivas, maximiza los resultados correctos y minimiza los errores. Respecto al primero, se plantea la justicia del procedimiento en sí mismo considerado. El proceso exige el cumplimiento de los fines del sistema jurídico, las prácticas procesales propias del proceso judicial y además otros valores propios que previenen de las prácticas invasoras de los agentes del estado. Las prácticas procesales injustas son aquellas que tienen consecuencias moralmente indeseables; la justificación las excluye de todo procedimiento justo con independencia de sus efectos y resultados.

Para un planteamiento rawlsiano, por tanto, hay dos dimensiones relevantes para la evaluación de un procedimiento —la calidad de los resultados que es probable que produzca y la calidad del modo en que se decide— y estas dos dimensiones son irreductibles. Rawls sostiene, en consecuencia, que la justificación de un diseño institucional depende de un balance entre su valor intrínseco y su valor instrumental; sin embargo no proporciona un criterio para dirimir el balance, probablemente porque, como señala Bayón (2004; 109), debería incorporar un cuarto modelo o principio de justicia donde se encontrarían las exigencias o diseños institucionales, los criterios independientes del procedimiento para evaluar los resultados del procedimiento.

La cuestión es si es posible un esquema teórico de justicia procesal pura que no implique ninguna consideración valorativa independiente del procedimiento; es decir, los valores a perseguir o “cuál es la vida más preferible”. Como

advierte Hierro (2002; 32), las teorías procedimentales de la justicia son teorías incompletas en dos sentidos: primero porque exigen o implican tácitamente un fundamento valorativo externo a la propia teoría procedimental, normalmente el valor de la imparcialidad; es decir, que los principios de justicia derivan de un acuerdo razonable, limpio o imparcial. La imparcialidad, por otra parte, como afirma este autor, no es independiente de cualquier concepción del bien y por ello Rawls (1993; 15-19) mismo reconoce que las condiciones de la posición original representan la igualdad entre los seres humanos como personas morales. Segundo, porque sólo ofrecen una justificación de las condiciones básicas para tomar decisiones, pero dejan indeterminados cuales sean los criterios para evaluar moralmente tales decisiones; por tanto resulta indeterminado qué es un resultado correcto.

En el ámbito del procedimiento, hay que relacionar tres aspectos: uno procedimental y otro material y la relación de ambos con el resultado. Alexy (1993; 472) interpreta como insuficiente la reducción de este análisis a las dos respuestas dicotómicas. De acuerdo con la primera, la corrección del resultado depende exclusivamente del procedimiento y, en virtud de la segunda, existen pautas de corrección independientes del procedimiento. El procedimiento es un medio para lograr esta corrección en la mayor medida posible, como así también para llenar los campos de acción que dejan libres estas pautas. Sin embargo, el autor agrega otro elemento central para lo que denomina “teoría procedimental general”; esto es, la relación entre procedimientos jurídicos y derechos fundamentales (Alexy 1989; 178). Sólo la segunda respuesta hace justicia a la idea de los derechos fundamentales. En algunos aspectos decisivos, los derechos fundamentales son no-procedimentales. Esto muestra su relación con el procedimiento legislativo democrático. Los derechos fundamentales aseguran la participación directa e indirecta en el procedimiento democrático. En esta medida son procedimentales; pero, por otra, al imponer límites materiales a este procedi-

miento, son no-procedimentales. La idea de que las exigencias jurídicas fundamentales del procedimiento no pueden sustituir las exigencias jurídicas del resultado vale para todos los procedimientos jurídicos. Primero porque las reglas procedimentales no garantizan ningún consenso de todos los participantes; segundo, no asegura que las autoridades después de la realización del procedimiento adopten siempre el resultado correcto. Sin embargo, aunque el procedimiento no garantice la corrección de un resultado conforme al derecho fundamental, aumenta la probabilidad de un resultado conforme al derecho fundamental, aunque eso no supone renunciar al examen judicial de la conciliación material de los resultados con las normas fundamentales.

La tesis de Alexy (1993; 473-4) puede sintetizarse en la exigencia de un modelo dual que reúna la dimensión material y procedimental y garantice el primado del aspecto material. El hecho de que en el ámbito de los derechos fundamentales las normas procedimentales no puedan proporcionar todo no significa que deban ser subestimadas. Allí donde pueden aumentar la protección de derechos fundamentales constituyen una exigencia *prima facie* derivada de principios fundamentales, y en tanto no primen principios opuestos existe un derecho definitivo a su vigencia. No se puede perder de vista, desde esta perspectiva, que el proceso tiene dos vertientes, pues si de un lado es el cauce por medio del cual los órganos jurisdiccionales adoptan decisiones aplicando el derecho, de otro, es el cauce a través del cual las personas alcanzan la tutela, la protección judicial o la realización de sus derechos.

Tiene sentido, en consecuencia, plantear el valor del proceso a partir de tres elementos básicos: el procedimiento, el resultado y los criterios de valor que permiten calibrar el balance entre los dos primeros elementos. El proceso tiene una impronta instrumental intensa, no sólo relativa al resultado, sino instrumental en sentido institucional, tanto en el diseño del modelo de estado de Derecho y, en concreto, la función de la jurisdicción en él, puesto que es su instrumento central; sino también es el

medio más importante con que cuentan las personas para conseguir la protección de sus derechos y ser tratadas con justicia.

La justicia consiste en dar a una persona lo que le es debido o aquello a lo que tiene derecho. Como ha subrayado Galligan (1996; 52, 57), el supuesto implícito consistente en tratar a las personas de acuerdo con el derecho es parte de un compromiso más amplio de tratarlos justamente, o al menos evitar la injusticia. El Derecho expresa así un compromiso con una serie de principios en el marco de los cuales se generan las expectativas sobre cómo se debe tratar a las personas. El soporte básico del compromiso de tratar a las personas de acuerdo con el derecho, descansa en el principio de que las personas deben ser tratadas con consideración y respeto, como agentes morales autónomos y responsables. Se trata de un principio abstracto y dinámico que adopta formas y contenidos diversos en marcos institucionales y sociales concretos.

A la hora de configurar los procesos en concreto, en el marco de una cultura jurídica determinada, el legislador no es enteramente libre. El valor instrumental del proceso no es análogo a neutralidad valorativa. El proceso está integrado por normas que se orientan a la preservación de valores y principios de distinto orden, unos constitutivos o con valor intrínseco, cuya ausencia tiene efectos sobre la propia validez del proceso. Asimismo está vinculado a principios y valores que no forman parte del proceso, pero que le dan sentido y lo justifican en el contexto de los principios básicos de un sistema jurídico y en el marco de una concepción de la justicia. Existen así tres círculos concéntricos de principios (Galligan 1996; 284). El del centro, el más pequeño, integra aquellos principios sin los cuales el proceso no es tal, estando incluso por encima del legislador constituyente; el segundo círculo sería el de las garantías constitucionales: aquellas que se considera que deben tener un reconocimiento y protección de esta índole, por participar de los valores políticos de la sociedad; el círculo mayor sería la regulación concreta de los procesos a través de la ley ordinaria. Las normas

que regulan el proceso, especialmente las restrictivas o limitativas de diversos ámbitos del mismo, se orientan a la preservación de valores jurídicos que se consideran importantes. De esta vinculación, Gascón (2005; 75) extrae dos ideas básicas. De un lado, el tipo de relación que media entre los valores y las normas del proceso, por cuanto que garantizar dichos valores no es sólo el sentido de la norma, sino también su justificación. De otro lado, la aceptación generalizada de tales valores; pues aun cuando su regulación concreta esté ligada a un ordenamiento jurídico determinado, su nivel justificatorio, es decir, los valores a los que van dirigidas las normas son comunes a ordenamientos que se inspiran en una misma cultura jurídica.

El proceso tiene una finalidad práctica, esto es, se encamina a resolver un conflicto mediante la aplicación de normas jurídicas. Todo el proceso se desenvuelve en un marco institucional y está orientado a la realización de unos valores. Estos valores envuelven el razonamiento jurídico tanto respecto a la premisa normativa cuanto a la premisa fáctica. Así, la finalidad central del conocimiento y fijación judicial de los hechos, como advierte M Gascón (1999; 118-20), es la formulación de enunciados fácticos verdaderos, esto es averiguar la verdad. Este no es, sin embargo, el único valor que debe perseguirse, pues la averiguación de la verdad debe tener lugar a través del cumplimiento de otros valores. La determinación de los enunciados fácticos se desenvuelve a través de las “garantías epistemológicas” (2005; 75) o reglas orientadas a la averiguación de la verdad, y a través de otros valores que pueden limitar el conocimiento de la verdad; todo ello en un marco institucional que limita en diversos sentidos el conocimiento, por ejemplo las reglas de limitación temporal, cosa juzgada, las presunciones en general (Gascón 1999, cap 3). Valores que esta autora considera de dos tipos: un valor *práctico* y una serie de valores que en sentido amplio pueden denominarse *ideológicos*.

El valor práctico del proceso, continúa la autora, es indudable, puesto que la finalidad

primaria del mismo es la resolución de un conflicto a través de la aplicación de normas jurídicas preexistentes; para lo que debe tener un conocimiento cierto en un plazo razonable de tiempo. En segundo término, al hablar de valores *ideológicos*, se refiere a valores extraprocesales, pero que se considera que son importantes (el interés público, la privacidad de ciertas relaciones, la dignidad humana, los derechos fundamentales). La mayoría de ellos son limitaciones o prohibiciones relativas a las pruebas que limitan el uso de ciertas fuentes o excluyen otras. Por tanto, el sistema jurídico desarrolla una serie de normas dirigidas a proteger estos valores y con ello establece limitaciones a las exigencias procesales de averiguación de la verdad. Son normas de este tipo, por ejemplo, la prohibición de utilizar ciertos documentos calificados como secreto de estado, las que dispensan del deber de declarar por razones de parentesco, las que limitan la declaración para proteger las relaciones abogado-cliente o la prohibición de admitir y valorar la prueba ilícita.

El papel, valoración y densidad de las garantías procesales está estrechamente relacionado con la concepción instrumental o sustantiva del proceso. El carácter instrumental del mismo tradicionalmente ha sido calificado como meramente adjetivo respecto al derecho sustantivo. Por el contrario, la valoración de la integración o conexión entre el proceso y algunos principios jurídicos básicos se produce a través de las garantías del proceso. La concepción también tradicional de las garantías ha sido, como subraya Andrés Ibáñez (1999; 48), sumamente reductiva, básicamente interna y limitada al proceso mismo. Las garantías son entendidas como un dispositivo interno al proceso, un elemento subalterno. Es decir, las garantías formarían parte de la constelación adjetiva del proceso con una relación “externa y episódica con lo *sustantivo*”.

Las garantías salen, como advierte Andrés Ibáñez (1999; 51), de la situación de confinamiento en un segmento marginal y subsidiario de la aplicación del Derecho para situarse en un espacio central de éste. Sin duda la teoría

desarrollada en el marco del *due process* por parte del Tribunal Supremo norteamericano ha sido fundamental en este avance. Las garantías no son solo ni fundamentalmente epistemológicas, sino también conceptuales; su función central precisamente es constituirse en límites y fronteras conceptuales del proceso y de los derechos, dado que el fundamento del proceso en el marco del estado de derecho centralmente sustantivo y no tanto epistemológico (Vives 2007). La dogmática del proceso está constituida y preordenada a la realización y tutela de los derechos fundamentales y el Derecho en general y el proceso penal también debe ser así, obviamente; de ahí la importancia de reconocer que en éste, el derecho penal sustantivo, solo es en realidad una pequeña parte del proceso, mientras que el mayor espacio está ocupado por las garantías. Todas ellas vinculadas de una forma u otra al principio rector del proceso penal en el estado de derecho, la clave de bóveda del sistema de garantías penales que no es otro que el principio de presunción de inocencia (Vives 2007).

En el proceso, la cuestión de las garantías se manifiesta en diversos planos. Presupone un nivel de garantías de carácter orgánico que tienen carácter de precondition de las propiamente procesales. La naturaleza verdaderamente jurisdiccional del juez dependerá de que el mismo se produzca en el marco y en la rigurosa observancia de las segundas. Las garantías orgánicas se orientan a la institucionalización de un modelo de juez independiente e imparcial. Por su parte, entre las garantías procesales, destacan las que en conjunto forman parte de lo que se denomina “derecho de acceso a la jurisdicción o a la tutela judicial efectiva”. Derecho configurado como fundamental por derivación, en la medida en que representa una garantía *sine qua non* de los derechos fundamentales. La efectividad del derecho a la tutela judicial, que es la libertad cívica de dirigirse a la jurisdicción, requiere un *prius* material y lógico de su satisfacción, un hacer positivo del Estado mediante la predisposición y puesta en servicio de una organización judicial eficaz.

Por otro lado, las garantías deben operar tanto en la puesta en marcha del proceso como dentro de éste y están orientadas, en todo caso, a la protección de las personas y sus derechos fundamentales. Ferrajoli (1995; 34) sitúa a las garantías como esquema epistemológico orientado a garantizar el grado máximo de racionalidad y fiabilidad del proceso. Las garantías se distinguen entre las garantías primarias o epistemológicas que comprenden la formulación de la acusación, la carga de la prueba y el derecho de defensa. Y las garantías secundarias, entre las que se encuentran las siguientes: publicidad, oralidad (inmediación y concentración), legalidad del proceso (nulidad) y motivación. Las segundas son condición de posibilidad de las primeras (1995; 606).

Debo hacer una referencia, aun cuando sea somera, al resultado del proceso. Estipula Allan (1998; 514) que los derechos morales de una persona le atribuyen un título para ser tratada justamente, tanto en el contenido de las normas jurídicas sustantivas como procesales, en virtud de la importancia de asegurar una aplicación justa y correcta de normas y principios. Pero nadie puede tener un derecho a un procedimiento perfecto: no existe un derecho moral a una aplicación correcta de las normas jurídicas; sólo los procedimientos que reflejan adecuadamente el peso de la injusticia implican una decisión equivocada o incorrecta. En ocasiones, puede darse incluso un derecho frente a una aplicación correcta de los estándares jurídicos, allí donde las reglas son injustas u opresivas.

Los autores más cercanos a las tesis instrumentalistas, incluso a versiones extensas del instrumentalismo, se refieren a los resultados de un procedimiento en términos exclusivamente de las decisiones que se adoptan a través de él. En este contexto separan y distinguen entre valores sustantivos y procesales que el derecho reconoce y otros que, no formando parte del derecho válido, podrían ser aplicables al razonamiento jurídico en los casos discretivos a través no de criterios de validez sino de aplicabilidad. El desacuerdo sobre si estos valores deben aplicarse a los procesos jurídicos,

sobre cuáles exactamente son los criterios de tratamiento justo en un contexto dado, plantea problemas prácticos sobre el diseño de las instituciones jurídicas, pero no un desacuerdo teórico sobre el lugar de los valores procesales autónomos.

Una tesis instrumental afirmará que los procedimientos son medios para realizar ciertos resultados; este es su propósito y su racionalidad y la base sobre la que deben ser juzgados. En este sentido, se afirma que el objeto primario del proceso jurídico, cualquiera que sea la forma que tenga, es realizar o alcanzar la justicia entre partes (Thibaut y Walter 1975). Esta postura estima que la justicia entre partes es una cuestión de resultados sustantivos, mientras que los aspectos procesales de la justicia están relacionados con el grado en el que cada parte tiene capacidad de control del proceso de decisión. Ninguna parte puede controlar directamente o dictar el resultado, pues este está en manos del decisor. Sin embargo, el resultado vendrá determinado ampliamente por los procedimientos seguidos, especialmente los procedimientos que regulan el flujo de información hacia el juzgador. La idea que subyace es simple: las personas implicadas en un proceso jurídico quieren obtener ciertos resultados; su capacidad para ello depende del grado de control sobre los procedimientos; procedimientos que son juzgados como justos o injustos de acuerdo a como permiten a las partes ejercer este control.

Por su parte, la posición que asume que la justificación de un diseño institucional como es el proceso es el resultado de un balance entre su valor intrínseco y su valor instrumental, establece una relación compleja y recursiva entre el procedimiento, el resultado y los criterios de valoración. El resultado es en definitiva una aplicación correcta de estándares normativos de diverso orden. Es precisamente el criterio de adecuación a los estándares normativos de orden justificatorio lo que es relevante respecto a la naturaleza normativa del proceso (Tayler 1988). La justicia del procedimiento depende de criterios normativos a partir de los cuales juzgan un supuesto determinado. Comprende

der la justicia procesal supone adoptar un punto de vista interno normativo distanciado. Este punto de vista, sostiene Galligan no sólo afecta a quien participa en un proceso jurídico, tanto como funcionario cuanto como ciudadano, sino que será una autentica representación de lo que ocurre en la práctica. Este punto de vista puede mostrar que la justicia procesal puede ser analizada subrayando tanto el valor inherente de ciertos valores y normas procesales —por ejemplo: el derecho a ser oído o la prohibición de discriminación sobre audiencia o ser escuchado y ausencia de discriminación— cuanto la idea de que su papel instrumental de defensa o mantenimiento de expectativas normativas esté relacionado con los resultados. Esta perspectiva puede dar la clave de la exacta relación entre procedimientos y resultados. En este sentido, Galligan afirma que el significado primario de los valores procesales autónomos o no instrumentales es su vinculación directa con los resultados. Son valores y categorías que contribuyen a asegurarnos de que el decisor no se encuentra sin parámetro para llegar a un resultado correcto. Ignorar la relación con los resultados a favor de otras posibles justificaciones, escribe este autor, es como afirmar que lo más importante que podemos decir sobre Shakespeare es que nació en Stratford (Galligan, 1996; 91). El punto de vista normativo distanciado faculta para identificar dentro de un contexto dado los criterios de tratamiento justo sin insistir en una división estricta entre aquellos sustantivos y aquellos relacionados con el procedimiento.

## 5. EL MÍNIMO COMÚN DENOMINADOR: EL DERECHO A SER OÍDO

Del análisis realizado hasta aquí es posible concluir que el derecho de participación en la toma de decisiones públicas encuentra su correlato en el derecho a ser oído en los procesos y procedimientos en los que un sujeto está implicado. Ambos pueden ser conceptualizados como derechos sustantivos, de modo similar a

los derechos que protegen la autonomía. Su valor no deviene de ser un medio adecuado para la realización y protección de otros derechos, sino de ser un derecho cuyo significado implica sustancialmente el derecho a tener derechos y verlos respetados o protegidos, el derecho a la existencia de un diseño institucional preordenado a un grado significativo de garantía de los derechos fundamentales. En esta arquitectura institucional el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y en general el principio de audiencia, tiene tal fuerza que el legislador no puede desconocerlo. Puede regular cómo se cumple, pero no ignorarlo. Forma parte de los principios considerados esenciales al proceso. Proceso que sólo puede darse cuando las partes se sitúan en una posición de dualidad, contradicción e igualdad.

El derecho a ser oído ha estado en el centro del debate de las tesis instrumentalistas y las tesis esencialistas. Creo, sin embargo, que no hay un desacuerdo básico sobre el derecho en cuestión, sino más bien un desacuerdo, tal como hemos visto, sobre la concepción del proceso. Mashaw parte, como analicé, del valor intrínseco de los valores que componen la idea de juicio justo, entre los que se encuentra este derecho. Esta teoría mantiene una tesis fuerte en virtud de la cual, cualquier papel que estos valores puedan tener como medios para una toma de decisiones correcta es incidental, porque su papel fundamental es expresar respeto por las personas de una manera directa y mediata. Pero sobre todo, para esta tesis es importante la idea de que los procedimientos jurídicos sirven como forum para explicitar los valores ligados a la idea de humanidad y para sustentar el sentido de los ciudadanos de su propio valor. De ahí, como afirma Michelman (1977; 204) “nosotros pensamos que las cuestiones relativas a los procedimientos jurídicos son independientes del resultado”.

Desde la perspectiva de las tesis más parca-mente instrumentales, Alexander considera que el derecho a ser oído, aun cuando pudiera interpretarse como un valor sustantivo con implicaciones fuertes procedimentales, no invalida su tesis general afirmativa de que

los derechos procesales son derechos derivados de los derechos sustantivos. Con todo, sugiere que se podría ser escéptico sobre el valor sustantivo de los derechos procesales; bien porque se considera que no existe un derecho original a ser oído cualesquiera que sean los intereses que se ponen en riesgo, o bien porque existen supuestos en los que la administración o las normas ponen en riesgo intereses sin que antes se haya oído a nadie sobre la determinación de los hechos; finalmente porque, si la “justicia lenta no es justicia”; si el retraso en la vindicación de un derecho significa que los derechos no son plenamente vindicados, entonces los derechos son denegados de una forma rutinaria e inevitable.

Quienes argumentan que el derecho a ser oído es un derecho procesal independiente, sostienen que el procedimiento debería ser juzgado en virtud de cómo sirve a los “valores procesales” entre los que están incluidos racionalidad procedimental, humanidad, dignidad y privacidad” (Summers 1974). La idea de que los procedimientos están orientados a minimizar los riesgos, no demuestra, sin embargo, la existencia de unos valores procesales independientes de unos valores sustantivos. Otros valores procesales tales como la imparcialidad e inteligibilidad, parecen estar vinculados sobre todo a la corrección en la determinación de los hechos. Otros valores como la participación o la igualdad son valores sustantivos que no limitan moralmente a los procedimientos, pero que son positivos o negativos como productos de ciertos procedimientos. Un ejemplo de este último es la participación. Deberíamos preferir el procedimiento que implica la participación de las partes y el derecho a ser oído sobre el procedimiento que excluye la participación.

Alexander (1998; 36) no niega que dos procedimientos que son igualmente correctos en la determinación de los hechos y que no violan los límites morales pueden diferir en la realización de otros valores. Y, si los procedimientos son no solo igualmente correctos, sino también igualmente intrusivos, por ejemplo en la privacidad, igualmente costosos en recursos, etc. Seguramente deberíamos elegir

el procedimiento que tiene más subproductos positivos y menos negativos. La cuestión importante es si tanto la corrección o precisión o los recursos sociales deberían ser sacrificados para realizar tales valores como la participación. Dada la ubicuidad de las ocasiones para la determinación de hechos a partir de los cuales volver sobre los derechos sustantivos y dado que solo una fracción minúscula de tales determinaciones sería “participación” y “el derecho a ser oído” factible, sería bueno ser cautos en inflar la importancia de estos valores.

En el contexto del derecho norteamericano procesal del debido proceso se ha argumentado a favor de un derecho constitucional independiente, se trata del derecho a ser oído como algo distinto de los derechos constitucionales sustantivos. Un argumento así fue una respuesta a la metáfora del Juez Rehnquist “amargo con el dulce”. Quienes se sitúan en esta posición sostienen 1. Que la constitución exige el debido proceso en relación con la vida, la libertad y la propiedad, pero esto se ha de interpretar en sentido amplio, incluyendo todos los intereses constitucionalmente significativos sean estos obligatorios u opcionales. 2. Los defensores de la teoría hablan de valores “*dignitary*” y asociativa para justificar que a nadie se le puede denegar un bien o un beneficio sin un derecho a ser oído.

Los autores que asumen un instrumentalismo amplio tienen otra concepción del proceso (Galligan 1996; 81) consideran que la tarea principal de un proceso es asegurar que las personas sean tratadas de acuerdo con estas normas. Puede que determinar las normas o los estándares sea una cuestión difícil, pero la idea es que dentro de todo contexto de decisión jurídica existe un núcleo de normas, tanto basadas en resultados como no basadas en resultados, y en ellas se basan los derechos y las expectativas normativas. El papel de los procedimientos es proteger estos derechos.

Estos autores reconocen que efectivamente existe una relación instrumental entre procedimientos y resultados; es indudable que también existen valores o principios que no están relacionados con los resultados, valores inde-

pendientes de la corrección o de la solidez de la decisión sustantiva o veredicto (Allan 1998; 498). Tribe discute sobre el valor intrínseco de los derechos integrados en la idea de juicio justo tal como los entiende Mashaw. De acuerdo con Tribe, tales derechos “expresan la idea elemental de que ser una *persona* y no una *cosa*, exige como mínimo ser *consultado* sobre lo que se hace con ella”. Dworkin (1986; 101-103), por su parte, critica las tesis esencialistas porque no explica bien por qué la ausencia de comparecencia, el incumplimiento del derecho a ser oído en un juicio implica una injusticia o un “daño moral” distinto, en algún sentido, del que supone una decisión sustantiva incorrecta. La aproximación de Mashaw es plausible, —escribe Allan (1998; 489)— para recordar que algunos valores que tienen peso en el proceso no están vinculados directamente con el resultado; sin embargo, no deberíamos aceptar al idea de que el valor de respeto a las personas genera directamente ciertas normas y procedimientos, sin referencia a los resultados. No hay nada nuevo en afirmar que los procesos jurídicos ocurren en contextos de valor sobre cómo deben ser tratadas las personas y que esos valores son tales por razones independientes del resultado.

El “derecho a ser oído” es, para un autor como Galligan (1996; 349-352), un buen ejemplo en la fijación de modelos paradigmáticos de solución de casos a través del proceso de generalización sobre los procedimientos. A través de este razonamiento, ciertos procedimientos son vistos como casos estándares de procedimiento justo, puesto que ha obtenido un reconocimiento como ingrediente necesario en distintos contextos. De ahí que se asuma su valor inherente y a dar por supuesta su justificación y su valor intrínseco. La tendencia es darles un soporte a través de su consolidación en un sistema jurídico incluso situándolos en la constitución; de modo que raramente consideramos su justificación más profunda. La regla *hearing* está bien asentada en muchas áreas del derecho y su ausencia supone la invalidez del proceso. Esto puede crear una paradoja porque, en un caso particular, el resultado

puede ser fiable sin audiencia. Pero tenemos razones a favor de las normas generales y las doctrinas sobre el procedimiento para crear criterios procesales intermedios: la razón menor no es intentar juzgar qué procedimiento necesitan producir un resultado correcto en un caso particular será a menudo no concluyente. Además, las ventajas de contar con procedimientos establecidos es considerable, en razón de la certeza y predecibilidad que crean.

El principio de participación igual en el procedimiento democrático de toma de decisiones tiene, como vengo sosteniendo, su equivalente en el derecho a ser oído en condiciones de igualdad del procedimiento judicial y administrativo. De ahí la propuesta de Bayón (2004; 123) cuando afirma que hay razones para sostener que el derecho a un igual poder político, entendido en concreto como el derecho a la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas, es un corolario de la idea de que todos somos merecedores de igual consideración y respeto, no sólo como individuos, sino también como ciudadanos. El principio de autonomía personal tiene valor porque es el valor que sostiene la posibilidad de desarrollar una vida autónoma, aunque las decisiones que se adoptan no sean correctas o incluso puedan erosionar o anular esa misma autonomía. El procedimiento democrático, por su parte, tiene un valor instrumental y también tiene valor en sí mismo “por lo que representa para la calidad moral de la vida cívica, porque supone sentirse parte de una comunidad cuyos miembros organizan la esfera pública a partir de su reconocimiento recíproco como iguales”. Una valoración estrictamente instrumental de un procedimiento pone en duda la existencia del derecho a la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas como derecho independiente, como algo distinto o derivado de los derechos sustantivos.

El derecho a ser oído da sentido al principio de contradicción o audiencia como parte integrante de la propia noción de sujeto, de respeto y como expresión del principio de participación<sup>19</sup>. De ahí la importancia, entre otras cuestiones de la amplitud con que las

distintas legislaciones han venido abordando la cuestión de la legitimación procesal (Scheinin 2007; 142-6). En el marco de un modelo de estado de derecho, este principio tiene dos dimensiones centrales, de un lado un mandato dirigido al legislador para que regule todo tipo de proceso, partiendo de la base de que las partes han de disponer de facultades durante todo el *iter* hasta llegar a una resolución y, de otro lado, un derecho fundamental de las partes a la defensa en todo tipo de procesos y que consiste básicamente en que las partes sean oídas; esto es, que puedan alegar y demostrar sus pretensiones necesarias para conformar la decisión final, en conocer y rebatir todos los materiales relacionados con los hechos y con las normas que puedan influir en la resolución (Calamandrei 1960).

Las dos dimensiones del principio son centrales. La primera es una indicación al legislador ordinario del contenido esencial del derecho. La segunda atiende al derecho fundamental desde las posiciones normativas protegidas a sus sujetos titulares. Desde el punto de vista de la vinculación del legislador el contenido del derecho se proyecta básicamente en dos ámbitos. El derecho a ser oído se proyecta sobre la regulación de las formas de citación, comparecencia, efectos de la rebeldía, derecho a los recursos, principio de igualdad de armas,

etc. Por otra parte, el conocimiento de todos los materiales tanto sobre los hechos como sobre el derecho. En este último supuesto se aplica el principio *iura novit curia* de acuerdo con el cual las alegaciones jurídicas de las partes no vinculan al juez porque él conoce el derecho. Si el juez considera que no es aplicable lo alegado por ambas partes, formula su propia calificación jurídica de los hechos a través de lo que se denomina "tercera opinión". La cuestión es cómo se hace valer esa opinión sin negar el principio de contradicción, especialmente en el proceso civil y administrativo (Bedaque 2010). Desde el punto de vista del derecho fundamental, hay autores que sostienen que se trata de un derecho de carácter autónomo que protege que las personas no sufran indefensión. No se trata de un derecho diluido junto a otras garantías procesales. No existe indefensión sin vulneración de normas procesales. De ahí la afirmación de Calamandrei de que la indefensión es un instrumento técnico muy eficaz. Es el dispositivo psicológico más apropiado para garantizar la aplicación exacta de la ley y la imparcialidad del juez, y ello no sólo para la mejor defensa de las partes, sino también para el interés público. Un derecho fundamental que sintetiza y protege el sustrato axiológico que da sentido al estado de derecho.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ABRAMOVICH V. (2006) "El acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política" *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Buenos Aires, Biblos, pp. 59-82.
- ALEXANDER, L. (1998) "Are procedural rights derivative substantive rights?", *Law and Philosophy*, 17, pp. 19-42.
- ALEXY, R. (1989) *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, traducción de M. Atienza e I. Espejo
- ALEXY, R. (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Fundamentales, traducción de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling.
- ALLAN, T.R.S. (1998) "Procedural Fairness and the Duty of Respect", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, n.º 3, pp. 497-515.
- ALLARS, M. (1997) "Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures", *The Sydney Law Review*, n.º 23
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1999) "Garantismo y proceso penal", *Revista Facultad de Derecho Universidad de Granada*, n.º 2, pp. 47-61.
- BACIGALUPO, E. (2005) "La noción de un proceso penal con todas las garantías", *Derechos procesales fundamentales*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 464.

BAYÓN, J.C. (2004) "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", *Constitución y derechos fundamentales*, J. Betegón, F. Laporta, J.R. De Páramo y L. Prieto (coords), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

Abstract:

BEDAQUE, J.R. (2010) "Juez, justicia proceso", *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, nº 8.

BENTHAM, J. (1823) *Tratado de las pruebas judiciales*, obra compilada por E. Dumot (1823), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, traducción de M. Osorio, vol. II.

CALAMANDREI, P. (1960) *Proceso y democracia*, traducción de H. Fix Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

CAPPELLETTI, M. (1994), *Dimensione sociale della giustizia*, Bologna, Il Mulino.

CARTER, L.H. (1986) "Jumping: Mashaw on Due Process in the Administrative State", *American Bar Foundation Research Journal*.

DAMASKA, M.R. (2000) *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, traducción de A. Morales Vidal y P. Ruiz-Tagle.

DWORKIN, R. (2003) *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Baecelona, Paidós, traducción de F. Aguiar y M.J. Bertomeu.

FERRAJOLI, L. (1995) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de: P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Mígal, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantanero, Madrid, Trotta, 1ª ed.

FULLER, L.L. (1964) *The Morality of Law*, New Haven-London, Yale University Press.

GALLIGAN, D.J. (1996) *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*, Oxford, Carendon 1996.

GASCÓN, M. (1999) *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.

GASCÓN, M. (2005) "¿Freedom of Proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", *Jueces para la democracia*, 2005, nº 52

GLOPPEN, S. (2006), "Courts and Social Transformation: An Analytical Framework", *Courts and Social transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, R. Gargarella, P. Domingo y Th. Roux (eds), Hampshire-Burlington, Ashgate, pp. 35-59.

GOLDSCHMIDT, J. (1961) *Principios generales del proceso. Teoría general del proceso*, Ejea, Buenos Aires.

HIERRO L. (2002) "Por qué ser positivista", *Doxa*. nº 25, pp. 5-92.

HIERRO, L. (2002) "El concepto de justicia y la teoría de los derechos", *Estado, justicia, derechos*, E. Díaz y J.L. Colomer (eds), Madrid, Alianza

MARTÍ, J.L. (2008) "La democrazia deliberativa e i diritti a garanzia della procedura", *Ragion Pratica*, nº 1, junio, pp. 131-150

MASHAW, J.L. (1985) *Due Process in the Administrative State*, New Have, Yale University Press,

MICHELMAN, F. I. (1977) "Formal and Assotiational Aimsin Procedural Due Process", *Due Process, Nomos xviii*, J.R. Pennock y J.W Chapman (eds), New Cork, New Cork University Press, pp. 126-171.

MICHELMAN, F.I. "Formal and Assotiational Aimsin Procedural Due Process".

MORESO J.J. (2000a), "Derechos y justicia procesal imperfecta", *Revista Discusiones*, nº 1, pp. 15-52.

MORESO, J.J. (2000b) "Sobre el alcance del precompromiso", *Revista Discusiones*, nº 1, pp. 95-107.

RAWLS, J. (1971) *A Theory Of Justice*, Harvard University Press. Edición Revisada en 1999 Oxford University Press. Traducción española de la 2ª edición revisada en Fondo de Cultura Económica, 2006.

RAWLS, J. (1993) *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press. Hay traducción española T. Doménech, Barcelona, Grijalbo-Crítica, 1996.

RESNICK, D. (1977) "Due process and procedural justice", *Due Process, Nomos xviii*, J.R. Pennock y J.W Chapman (eds), New Cork, New Cork University Press. "Due process and procedural justice", *Due Process, Nomos xviii*, J.R. Pennock y J.W Chapman (eds), New Cork, New Cork University Press.

SAINZ DE ROBLES, F. C. (2003) "El artículo 24 de la Constitución. Su poder transformador", *Constitución y Poder Judicial*, Madrid, CGPJ.

SCANLON, TH. (1977) "Due Process", *Due Process, Nomos xviii*, J.R. Pennock y J.W Chapman (eds), New Cork, New Cork University Press.

SCHEININ, M. (2007) "Access to Justice before International Human Rights Bodies: Reflectiones on the Practice of the UN Human Rights Committee abd teh Europeab Court if Human Rights", *Acceso tu Justice as Human Right*, F. Francione (ed), Academy of European Law, European University Institute, Oxford University Press, pp. 135-153.

SUMMERS, R. (1774) "Evaluating and Improving Legal Process – A Plea for Process Values", *Cornell Law Review*, 60/1.

TAYLER T.R. (1988) "What Is Procedural Justice", *Law and Society Review*, 103

THIBAUT, J. Y WALTER, L. (1975) *Procedural Justice*, Erlbaum, New Jersey.

TRIBE, L. (1988) *American Constitucional Law*, New Cork, Mineola.

TYLER, T.R. (2005). *Readings in procedural justice*. Volume I. Procedural justice and the dynamics of authority. Burlington, VT: Ashgate.

VIVES, T. (2007) “Más allá de toda duda razonable” *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, nº 2.

## NOTAS

1. Cuando la doctrina procesal se ocupa de la naturaleza jurídica del proceso, se interroga por la categoría jurídica general o el género en el que encuadrarlo o del que sería una especie. Sólo si la conclusión es que se trata de una categoría autónoma y no derivada, se pregunta por su razón de ser.

2. J. Goldschmidt, *Principios generales del proceso*, 1961, se refiere por primera vez a la relación entre la dialéctica del proceso y la doctrina política del liberalismo, único terreno sobre el que el autor considera que puede tener un lugar un proceso con garantías. La dialéctica del proceso es la dialéctica de la democracia parlamentaria reflejada en la posición de las partes en el proceso civil, a través del principio dispositivo que se plasma en la iniciativa y la responsabilidad de las partes de ser artífices de su propia victoria; puede tener muchas similitudes con las dinámicas de los parlamentos democráticos. Lo mismo ocurre, a juicio de Calamandrei, con el principio del contradictorio y la oposición parlamentaria. Ambos están basados en algunas ideas elementales pero básicas, la presunción de que los seres humanos saben ser razonables, capaces de persuadir con buenas razones y dejarse convencer por las ajenas, que la verdad sólo puede conocerse en su integridad si se analiza en todas sus vertientes. La aproximación de los sistemas procesal y parlamentario, apoyan el primero en el contradictorio y el segundo en el contraste entre la mayoría y la oposición (p. 158) no tiene un significado meramente teórico o estético. Los intentos totalitarios del siglo XX por transformar el proceso civil lo fueron en la línea de alcanzar un proceso “sin partes”, impulsado exclusivamente por la iniciativa del juez; del mismo modo que el nazismo había logrado liberar la vida política de los partidos. *Principios generales del proceso*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

3. No voy a profundizar en esta cuestión. Únicamente señalaré la tesis en virtud de la cual una teoría de la justicia basada en derechos es capaz de desarrollar un conjunto de criterios que responden tanto al contenido de lo que se debe mandar —los derechos— cuanto a los criterios de legitimidad de la autoridad. Posición defendida por E. Díaz y L. Hierro. Éste último se refiere a los derechos humanos como expresión del valor moral de la autonomía del individuo que ofrecen una respuesta completa a los tres grandes problemas de la teoría de la justicia: por qué es justo ordenar, quién está justificado para hacerlo y qué está justificado ordenar (“El concepto de justicia y la teoría de los derechos”, *Estado, justicia, derechos*, E. Díaz y J.L. Colomer (eds), Madrid, Alianza, 2002, p. 40). De otro lado, la tesis de J. C. Bayón cuyo argumento sostiene que los derechos sin otras premisas adicionales o implícitas, únicamente puede dar respuesta a la primera de las dimensiones, pero no contiene los ingredientes necesarios para afrontar el problema de la autoridad. No comparto esta idea, pero sí la siguiente: “no se puede presuponer sin más que de una teoría de la justicia que establece derechos básicos deriva la exigencia de un modelo institucional concreto, por ejemplo, el estado constitucional”. “Democracia y derechos: problemas de fundamentación ...” *cit.*, p. 94.

4. D.J. Galligan sostiene en este sentido que, aunque hoy el *due process* tiene connotaciones propias del derecho americano, originariamente era propio del *Common Law* originario. Es un concepto asociado a doctrinas sustantivas y procesales sobre la justicia procesal. Más tarde, para referirse a estas teorías, se acuñó la expresión *natural justice* y *procedural fairness*. En la actualidad, sobre todo en el ámbito del proceso penal y en las decisiones administrativas, se hace referencia a la idea de *due process*. *Due Process and Fair Procedure*, *cit.*, p. 73.

5. D. Resnick “Due process and procedural justice”, *Due Process, Nomos xviii*, J.R. Pennock y J.W. Chapman (eds), New York, New York University Press, 1977, p. 207. Resnick se hace eco de la forma de entender debido proceso por parte del Juez Frankfurter en el caso *Rochin v. California*: “El debido proceso, a diferencia de otros derechos, no es una concepción técnica con un contenido fijado sin vinculación con el tiempo, el lugar y las circunstancias. Expresa un análisis último de la aplicación por el derecho de lo que sentimos como tratamiento justo que ha sido desarrollado a través de la historia, la tradición y la civilización anglo-americana, no puede ser encerrado en los estrechos límites de una fórmula. Representa una profunda actitud de justicia entre seres humanos, y especialmente, entre los individuos y el estado, el debido proceso se compone de historia, razón, las decisiones previas, y una robusta confianza en la fuerza de la fe democrática” (Traducción propia).

6. J. Rawls “...el estado de derecho requiere algunas formas de debido proceso: que es un proceso razonable de averiguación de la verdad, de formas consistentes con los otros fines del sistema jurídico, si ha tenido lugar una violación y bajo qué circunstancias. Por ejemplo, los jueces deben ser independientes e imparciales y nadie puede ser juez y parte.

Los tribunales deben ser justos y abiertos, pero no perjudicados por el clamor público. Los preceptos de la justicia natural pretenden asegurar que el sistema jurídico se mantenga imparcial y regularmente”, *A Theory of Justice*, 1971, pp. 238-239.

7. Un argumento al que acuden muchos autores en este sentido es la similitud del proceso judicial con otros procedimientos jurídicos, especialmente el de participación política que en cierto modo se erige en paradigma. De éste se aprecia especialmente la idea de que participar en el proceso de toma de decisiones políticas, parece tener valor por sí mismo y no por los resultados que produce. J. L. Mashaw, *Due Process in the Administrative State*, New Have, Yale University Press, 1985, p. 162. En el mismo sentido, respecto de otros procesos Summers “Evaluating and Improving Legal Processes: A Plea for Process Values”, *Cornell Law Review*, 60. 1. 1974, pp. 1-30.

8. J. L. Mashaw cita en este contexto una reflexión del Juez Brennan que se encuentra también en la sentencia de White y Marshall (*Paul v. Davis*). “I have always thought that one of this Court’s most important roles is to (Project) the legitimate expectation of every person to innate human dignity and sense of worth”. *Due Process in the Administrative State*, *op. cit.*, p. 163.

9. Entre los autores que debaten sobre el valor de los procedimientos, Allan (1998: 498) acude al paralelismo entre procedimientos procesales y procedimiento participativo. Este nexo de relación proporciona argumentos a Allan para defender la tesis del valor intrínseco de los procedimientos; especialmente los de participación, en tanto que garantía democrática de la oportunidad de todos de participar en el proceso político. Curiosamente, sin embargo Allan defiende la tesis del valor intrínseco del procedimiento de participación, para concluir, no obstante, que en el caso del procedimiento judicial es más plausible una tesis que combine el criterio instrumental e intrínseco. “Procedural Fairness an the Duty of Respect”, *art. cit.*, p. 509.

10. Los argumentos aquí esgrimidos pueden relacionarse con las posibilidades que ofrece el mecanismo del precompromiso, tal y como señala Moreso. Mecanismo que se puede articular como un instrumento capaz de alcanzar decisiones racionales tanto individuales como colectivas o para alcanzar resultados de acuerdo con los principios de justicia, en el caso de las decisiones colectivas. Su dimensión instrumental está orientada a asegurar decisiones valiosas, no por el medio a través del cual se deciden, sino por la calidad del contenido de lo decidido; es decir, de su coherencia con principios de justicia. J.J. Moreso “Sobre el alcance del precompromiso”, *Revista Discusiones*, nº 1, pp. 95-107. En el mismo número véase del mismo autor “Derechos y justicia procesal imperfecta”.

11. Galligan (1996: 50-51) evita hablar en términos de valores sustantivos y procesales y lo hace en términos de “valores relacionados con el resultado” (fundamentalmente sustantivos) y “valores independientes del resultado” (fundamentalmente procesales) porque considera que este esquema provee argumentos para entender que la clasificación rígida y excluyente introduce mayores dificultades en los resultados.

12. Otra posible fuente de valores es la idea de que la discreción debe estar estructurada a través de ideas guía. Galligan estima esta idea vinculada con el sentido más amplio de estado de derecho y la idea de que la autoridad jurídica debe ser ejercida de acuerdo con normas claras y generales, prospectivas, conocidas, estables, públicas, no contradictoras, coherentes institucionalmente y de posible cumplimiento de acuerdo con los principios propuestos por L.L. Fuller *La moralidad del Derecho*, México, Trillas, 1981. Ahora bien, tengamos en cuenta que aun cuando Fuller propone estas exigencias en términos de un código moral interno al Derecho, tales exigencias son compatibles con normas que pueden ser absolutamente injustas. Sobre esta reflexión véase L. Hierro “Por qué ser positivista”, *Doxa* nº 25, 2002.

13. Allan considera ampliamente justificada la insistencia en conservar un nexo de relación entre procedimientos y resultados; sin embargo, considera que la posición instrumental del procedimiento, en última instancia no lo es tanto puesto que su desarrollo argumental precisa contar con aspectos relacionados con la naturaleza de la autoridad jurídica y las relaciones entre la autoridad y los valores morales más profundos. “Procedural Fairness an the Duty of Respect”, *Oxford Journal of Legal Studies*, *art. cit.*, pp. 497-8

14. Por ejemplo, afirma Galligan, en este punto, consideremos la controversia sobre si la naturaleza del proceso adversarial es preferible al inquisitorial en el *common law* frente al modelo continental. Cada uno puede ser tan efectivo como el otro en relación con el tratamiento justo; esto es, en alcanzar un resultado correcto y en respetar otros valores; no hay pruebas, además que demuestren que uno es mejor que otro en relación con estos fines. El debate real al comparar las dos aproximaciones no es cuál produce mejores resultados, sino qué valores son relevantes: una tradición considera más importante una litigación contradictoria y la autonomía de las partes; para la otra el control centralizado y las po-

sibilidades de investigación irrestricta por parte del juez. Las razones de adoptar uno u otro suelen ser más culturales e históricas que el resultado de la deliberación cuidada (1996: 65).

15. El Juez Rehnquist, contrario al argumento que reconoce derechos procesales a los derechos sociales, afirma que quienes reciben un beneficio constitucionalmente opcional deberían “tomar lo amargo (el procedimiento) con lo dulce (el beneficio opcional)”. La relación entre derechos sustantivos y procesales está bien ilustrada en el caso *Waters v. Churchill*, cuya conclusión fue que el derecho sustantivo de un empleado público a la libertad de expresión implica el derecho a un procedimiento administrativo razonable de determinación de los hechos. L. Alexander, art. cit. p. 29-30.

16. M. Allars incide, en este punto, en la idea de que, a pesar de los argumentos de Galligan, no hay realmente una separación tajante entre la teoría más sustantiva y la teoría instrumental. La distinción entre un proceso valioso de una forma inherente en virtud de preservar el respeto a las personas como algo enteramente separado de los procedimientos que son sólo de valor instrumental en tanto que promueven principios y normas de tratamiento justo que preserva el respeto a las personas, no parece una aproximación muy sólida “Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures”, art. cit.

17. Cuatro factores son especialmente significativos: primero, el proceso mismo de aplicar las normas jurídicas; segundo, la necesidad de tener confianza en los procedimientos y en las instituciones; tercero, las ventajas de contar con procedimientos jurídicos establecidos y cuarto, cómo el principio de respeto por personas da un enfoque especial a los procesos jurídicos y administrativos. Galligan se centra en los procesos que implican la aplicación de estándares que suponen ejercicio de discreción (1996: 65).

18. Este principio viene formulado por Rawls en numerosos pasajes de su obra. Citamos aquí *El Liberalismo Político*, traducción de T. Doménech, Barcelona, Grijalbo-Crítica, 1996, p. 65.

19. El proceso jurisdiccional se caracteriza para M Cappelletti por su naturaleza participatoria, en el sentido de que se trata de un procedimientos típicamente iniciado por demanda de parte, que también determinan su contenido, la *res judicata*, lo que Carnelutti denomina “soberanía vinculada”, la decisión de los jueces, en otros términos, también tienen lugar *super partes*, pero en los límites y a partir del impulso de la demanda y de las excepciones y alegaciones de las partes. La formación judicial del derecho es por tanto esencialmente participatoria y ello comporta la intervención, en la evolución-creación judicial del derecho, de las partes y, por tanto, de los ciudadanos más directamente interesados. En ello puede verse el carácter potencialmente democrático de la creación del derecho operada por los jueces: mientras es obvia la necesidad de elección de un juez que sea accesible a las partes y sensible, responsable en sus instancias individual y social y que tiene como reverso el aumento exponencial de la responsabilidad de los jueces, tanto mayor cuando más amplia sea la discrecionalidad de sus decisiones. *Dimensione sociale della giustizia*, op. cit., pp. 166, 177-178.





# TEMAS DE HOY

Sobre algunos aspectos de la contemplación penal de la sexualidad

*Fco. Javier Álvarez García*

El caso del matrimonio celebrado por el rito gitano: la discriminación étnica y racial a debate

*Mario Ruiz Sanz*

El transexualismo primario y su contemplación legal en el ordenamiento jurídico español

*Lucía Vázquez-Pastor Jiménez*

## RESUMEN

Este artículo trata de delimitar el significado y los caracteres de las conductas sexuales y su previsión en el ordenamiento jurídico, con objeto de identificar las conductas que colisionan con la libertad de obrar y, por tanto, con la norma constitucional. Ésta se concibe como el único límite que deben tener, respetando así el principio democrático. En este conflicto deben entenderse las discusiones acerca de aquellas disposiciones penales en las que se prohíbe una determinada conducta (sexual), especialmente tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010. Las incompatibilidades halladas en el orden penal ponen de manifiesto la dificultad de regular dichas conductas, en este ámbito mediante el establecimiento de prohibiciones, entre las que se encuentran las relaciones sexuales en las que participan menores o el ejercicio de la prostitución. La consideración del conflicto entre ambos supuestos confirman que el límite no puede ser otro que aquél establecido en la norma fundamental.

## PALABRAS CLAVE

MORAL SEXUAL, CONDUCTAS SEXUALES, LIBERTAD, BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, DERECHOS FUNDAMENTALES, CONSTITUCIÓN

## ABSTRACT

This article analyzes the meaning and characters of the sexual behavior in the legal system, in order to determine which sexual behavior collide to the freedom to act, and therefore to the constitutional law. This should be the unique limitation, and it respects the democratic principle, and within this conflict should be located the discussions about some criminal dispositions in which some (sexual) conducts are prohibited. Specially, after the legal reform of the Organic Law 5/2010. Some incompatibilities are found in the criminal law, and they expose the difficulties to regulate, in this field through the establishment of prohibitions, these conducts, among them those which are related to sexual intercourses with (or between) minors and prostitution. The consideration of the conflict between these both cases confirms that the limit should not be another one than that established in the constitution.

## KEY WORDS

SEXUAL MORALS, SEXUAL BEHAVIOUR, FREEDOM, LEGALLY-PROTECTED INTEREST, FUNDAMENTAL RIGHTS, CONSTITUTION

# SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DE LA CONTEMPLACIÓN PENAL DE LA SEXUALIDAD\*

Fco. Javier Álvarez García

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Carlos III de Madrid

1.- ¿Qué no se debe hacer en el ámbito sexual por chocar con nuestro Ordenamiento Jurídico fundamental (Constitución)? A mi modo de ver ésta es la única pregunta que nos puede conducir a prohibiciones en materia de sexo, y con ella pretendo dejar fuera de ordenación las conductas que meramente atenten contra la (determinada) moral sexual; y con ello, también, privo de legitimidad para imponer normas de conducta a todos esos centros de formulación de “morales” que actuando como grupos de presión han impuesto, e imponen, históricamente sus particulares visiones del mundo, en especial la Iglesia Católica (la gran perversora histórica en materia de moral sexual) y últimamente, para cientos de miles de ciudadanos españoles (o que viven en España), la religión musulmana.

Así pues, y esta sería una primera conclusión, sólo y exclusivamente el Constituyente —puesto que se trata de legitimar fuentes normativas limitadoras de derechos fundamentales: la libertad general de obrar— estaría ca-

pacitado para imponer límites generales a la expresión sexual. Cualquier otro planteamiento chocaría con el Principio Democrático<sup>1</sup>.

2.- Si de lo que se trata es de preservar frente a todos el ámbito de la libertad, claramente deben tipificarse como prohibidas todas aquellas conductas que consisten en la imposición de comportamientos sexuales acudiendo a la fuerza física o a la intimidación. Se trata de un planteamiento que no incorpora peculiaridad alguna frente a otros preceptos protectores de la libertad, ya que la imposición de conductas —o el impedimento para realizarlas— acudiendo a la fuerza física o a la intimidación están prohibidas con carácter general. La única particularidad en el caso de que las dichas imposiciones se lleven a cabo en materia sexual, tendrá que ver con el consentimiento, con la pena y con las dificultades probatorias<sup>2</sup>.

Tres dificultades se plantean en este punto. La primera en relación a qué deba entenderse por violencia o intimidación en las personas. A este respecto sólo decir<sup>3</sup> que cualquier discu-

\* Nota del Editor: Este artículo ha superado la evaluación por pares.

sión sobre intensidad necesaria a ese propósito huelga; basta con que la haya y sea causal respecto a la sujeción de la otra persona a conductas de contenido sexual, sin requerirse especiales cualidades en el comportamiento del sujeto pasivo más allá de su oposición.

El segundo problema se refiere a ¿por qué limitarse como medios comisivos a la violencia o intimidación<sup>4</sup> en las personas y no incluir, por ejemplo, fuerza sobre las cosas en sentido amplio<sup>5</sup>? A mi modo de ver esto sólo obedece a un, equivocado, planteamiento moral que es el mismo que se encontraba en el fondo del argumento según el cual o la mujer realizaba una resistencia heroica al acto sexual, o en realidad lo que estaba haciendo era consentir (*vis grata puellis* u oposición formularia). ¿Por qué no incluir entre las formas comisivas la *vis in rebus*?<sup>6</sup> Pues porque se considera que no se debe ceder a exigencias sexuales ante tan “trivial” amenaza, que la “entrega” sexual exige más alto precio y que este sólo puede ser el que implica lo personal<sup>7</sup>. Planteamiento que me parece absolutamente erróneo pues ¿Qué duda cabe que se puede ejercer una intimidación eficaz amenazando al sujeto con destrozar un bien mueble? Si lo fundamental es el torcimiento de la voluntad ¿qué problema existe en afirmar éste ante la amenaza de destrucción de una cosa<sup>8</sup>? ¿Quién ha determinado ante qué se puede ceder sexualmente y ante qué no? Obviamente hay intimidaciones de mayor gravedad —por la entidad de los bienes implicados en la amenaza—, pero ello no impide la afirmación de que ante intimidaciones que no se sitúan en la cúspide de la gravedad, por más que sean relevantes, el torcimiento de la voluntad también es posible.

La tercera cuestión —que enlaza directamente, en el fondo, con la anterior— es ¿por qué llevar a los meros abusos sexuales y no a las agresiones los casos en los que el sujeto anula la voluntad de la víctima con drogas, y a continuación lleva a cabo los actos sexuales?<sup>9</sup> ¿Cuál es la diferencia cualitativa entre anular la voluntad de la víctima acudiendo a la intimidación o a la fuerza física, o mediante el suministro de una droga que le hace perder

absolutamente la voluntad? ¿Cuál es, pues, el distingo entre acudir a lo físico o a lo químico para conseguir idéntico objetivo? A mi entender ninguno, pero el Legislador parece estar convencido —o en su pensamiento está de alguna manera latente— de la idea de que la violación o es con fuerza física o un cuchillo en el cuello o no es violación. Es decir, sigue teniendo presente la idea de que lo esencial no es contradecir la voluntad sino aplastarla, y ello sólo se consigue con medios violentos o intimidatorios. Lo realmente trascendente, pues, para el Legislador no es el que el sujeto haya conseguido anular (subrepticamente) la voluntad de la víctima y así lesionar el bien jurídico protegido, sino que esa anulación de la voluntad se haya logrado mediante medios físicos o intimidatorios (si se aplicara semejante planteamiento a los delitos contra la vida, el empleo de veneno para dar la muerte no debería considerarse típico respecto del asesinato, cuando resulta que si en esos casos se acude al tipo agravado es, entre otras razones, por la mayor debilidad del bien jurídico ante el ataque alevoso; justamente lo mismo que ocurre en el caso de las agresiones sexuales: ante la utilización de medios alevosos —obviamente si se obliga a la víctima por la fuerza física a ingerir una droga que anula su voluntad no hay problema para calificar el hecho como de fuerza en las personas— las posibilidades de defensa son menores, por ello no se entiende cómo el Legislador sanciona más levemente lo que, en realidad, es más grave).

3. El contenido, no la categoría misma, de los abusos sexuales como estructura diferenciada de la agresión sexual, también precisa de unas decisiones previas. La primera en relación a la cuestión de los menores. Es decir: ¿qué sexo se debe permitir a los mayores con los menores?, y ¿a partir de qué edad, de qué momento, si es que previamente se ha querido establecer alguna limitación, el sexo con menores no debe ser objeto de sanción?

3.1. Desde luego que esta pregunta exige alguna precisión precedente: nuestro ordenamiento constitucional consagra la libertad de todos (incluidos los menores) como valor supe-

rior del Ordenamiento (artículo 1.1), así como el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1) y exige una especial protección de la juventud e infancia frente a las libertades de pensamiento, creación, información, expresión y cátedra (artículo 20.4). Obviamente se refiere a la protección de la libertad y la personalidad de entes físicos reales; en ese sentido cuando la norma jurídica alude a entes imaginarios (a menores que no existen) tal protección no es exigible, y la limitación que se efectúe a la libertad de los que quieran implicarse con tales entes ficticios no sería conforme a la Constitución. En este sentido debe juzgarse una norma como la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil<sup>10</sup>, en la que se afirma en su artículo 1 b):

“A los efectos de la presente Decisión Marco se entenderá por:

- b) pornografía infantil, cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual:
  - ii) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i), o
  - iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i) [“a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona pública de un niño”],

Y en el artículo 189.7 CP, se asevera:

“Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada”.

Ambas normas chocan groseramente con nuestro Ordenamiento, pues ¿qué bien jurídico se protege al condenar, como patrocina la norma europea, a quien se “inventa” niños, a quien acude a la pornografía virtual? Ninguno en el sentido constitucional, pues no existe “niño” a quien proteger. En realidad lo que hace el Legislador europeo es sancionar una conducta que considera (él) inmoral, pero que ha transcurrido —tanto si el inventor de esos

niños virtuales ha mantenido en su intimidad su confección, como si la ha comunicado a terceros— al margen de lesión o puesta en peligro de la libertad o del libre desarrollo de la personalidad de menor alguno (en verdad lo que se está sancionando es la pornografía en efigie). Algo parecido, aunque de menor gravedad, sucede con el transcrito precepto del Código Penal español: en este supuesto tampoco son usados menores en la elaboración (venta, distribución, etc.) del material pornográfico, y únicamente su voz o imagen alteradas o modificadas son las utilizadas.

Es decir, el Legislador, tanto nacional como europeo, ha decidido que hay conductas que aunque no ponen en peligro bien jurídico alguno son, por razones morales, reprobables, y que ese reproche ha de llevarse al ámbito penal. Por lo tanto realiza una traslación de la moral al orden jurídico, prescinde del concepto mismo de bien jurídico, y, en consecuencia, restringe la libertad de los ciudadanos sin causa suficiente. En conclusión: estamos ante preceptos que contradicen nuestra Constitución e impiden el libre desarrollo de la personalidad de los sujetos.

3.2. ¿Hasta qué punto es admisible que un mayor de edad realice actividades sexuales consentidas con menores? Desde luego que para ilustrar este punto de poco, o de nada, sirve alegar que en la antigüedad las mujeres estuvieron contrayendo matrimonio a los doce años<sup>11</sup>, o que la Iglesia Católica se refiere a los catorce<sup>12</sup>, tampoco que hay “matrimonios” gitanos en los que la mujer no ha llegado ni siquiera a los doce años, o que en otras muchas naciones o comunidades la mujer es entregada en matrimonio cuando todavía es muy niña (hasta el punto de que el hombre tiene que adquirir, en algunos casos, el compromiso de no consumir el matrimonio hasta que la mujer madure mínimamente). Acudo al ejemplo del matrimonio ya que éste significa (especialmente para las religiones implicadas en semejantes prácticas) procreación; y si las relaciones sexuales se admiten con niños<sup>13</sup> en algunos casos, no hay razón ninguna —y el argumento de que cuando se admite es mediante matrimonio,

más que una razón es una mera justificación— para prohibir esas mismas relaciones sexuales con menores aunque no haya matrimonio (y siempre que fueran consentidas, claro está).

Señalaba que de nada sirve la argumentación más arriba desplegada porque es evidente la contingencia histórica de las manifestaciones sexuales, por lo que únicamente resulta pertinente reflejar aquí cuál sea el actual pensamiento, en nuestra sociedad, sobre la protección a los menores. A este respecto deben tenerse en cuenta las siguientes referencias: la mayoría de edad civil se adquiere a los 18 años<sup>14</sup>, la emancipación es posible a partir de los 16 años<sup>15</sup>, la edad penal comienza a los 14 años<sup>16</sup>, la escolarización es obligatoria hasta los 16 años<sup>17</sup>, la edad mínima para trabajar es la de 16 años<sup>18</sup>, se prohíbe a los menores de 16 años su participación en espectáculos públicos<sup>19</sup>, la edad mínima para votar es la de 18 años, es posible contraer matrimonio a partir de los 14 años, se puede otorgar testamento —excepto el ológrafo— a partir de los 14 años, es factible adquirir la condición de funcionario público a partir de los 16 años<sup>20</sup>, optar a la vecindad o a la nacionalidad a partir de los 14 años<sup>21</sup>, desde los 12 años deben ser oídos los menores en relación a medidas judiciales que les afecten en caso de separación de los padres<sup>22</sup>, así como en supuestos de acogimiento<sup>23</sup>, adopción<sup>24</sup>, tutela<sup>25</sup>, a los 16 años la mujer puede decidir sobre la interrupción de su embarazo<sup>26</sup>, etc. etc.

El sentido de las leyes está claro pero sólo en algunas direcciones como las siguientes:

a) Impedir el matrimonio antes de que los contrayentes alcancen una cierta edad. La cuestión, sin embargo, es la de ¿por qué impedir el matrimonio antes de esa edad? Desde luego que la respuesta es clara desde el Derecho de la Iglesia Católica y se evidencia en el texto de los siguientes cánones:

“1055 § 1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”.

“1061 § 1 El matrimonio válido entre bautizados se llama sólo rato, si no ha sido consumado; rato y consu-

mado, si los cónyuges han realizado de modo humano el acto conyugal apto de por sí para engendrar la prole, al que el matrimonio se ordena por su misma naturaleza y mediante el cual los cónyuges se hacen una sola carne”.

Pues bien, siendo la finalidad del matrimonio la procreación, la generación<sup>27</sup>, resulta evidente que autorizar el “sacramento” antes de que los contrayentes (especialmente la mujer) fueran capaces de engendrar, sería lo mismo que conceder una finalidad al matrimonio (la puramente gozosa con el placer sexual) por entero alejada de los fines sacramentales<sup>28</sup>.

Si contemplamos la cuestión desde la sociedad civil parece claro que la edad de contraer matrimonio está en relación con la procreación (incluso esos matrimonios celebrados entre niños que no llegaban a tener relación hasta que la mujer llegaba a la edad núbil, ad- vera esta idea). De ahí que se haya “jugado” históricamente con la edad de 12 años para la mujer. El inconveniente (y por eso el paulatino retraso en la edad mínima para contraer matrimonio) es que contraer el vínculo a edades tan tempranas, lleva consigo una gran cantidad de problemas para, especialmente, la mujer, la prole y la sociedad<sup>29</sup>. Pero en todo caso lo que me importa subrayar en este momento del discurso es que las prohibiciones para contraer matrimonio con anterioridad han estado, y están, unidas a la posibilidad de la concepción (y en este sentido el aumento producido de los 12 a los 14 como edad mínima, no posee gran trascendencia). Para nada ha jugado en el establecimiento del límite de la edad para contraer matrimonio, prohibición alguna de realización de actividad sexual.

Pero junto a posibilitar la generación los límites de edad han servido para imponer un cierto orden en la actividad económica y en la adscripción patrimonial. En ese sentido la falta de autorización para proceder a otorgar testamento antes de los 14 años a lo que contribuye es a evitar la dispersión del patrimonio fuera del núcleo familiar. Esa fuerte aspiración (la del incremento y conservación del patrimonio) es la que ha llevado también al Estado a limitar la edad de la incorporación al trabajo,

frenando, por una parte, la ambición de los padres y evitando, al mismo tiempo, que una gran cantidad de personas permanezcan con bajos niveles de formación. Pero esto tampoco tiene nada que ver con la posibilidad de realizar actividades sexuales con menores.

b) En realidad la única norma que establece una prohibición de realizar actividades sexuales con menores es la penal. Pero ¿por qué lo hace y hasta qué punto? Desde luego no porque se niegue capacidad sexual a los menores, pues cada vez se pone más de manifiesto la necesidad de introducir a los niños en la cultura sexual, en lo imperioso de enseñarles los “secretos” de la reproducción, en la normalidad del sexo, etc. Entonces ¿por qué la imposición de un cordón sanitario alrededor de los menores?

Antes de responder a la pregunta veamos cuál es la situación de la legislación penal en este momento y cuál ha sido en el pasado reciente: en el Código Penal de 1973 (que mantenía así una tradición de muchos años cuyo origen se encuentra, en la etapa codificada, en los artículos 354 del CP de 1848 y 671 del CP de 1822) el yacimiento con una menor de 12 años siempre tenía la consideración de violación a despecho del consentimiento —en el caso de que el sujeto pasivo fuera varón y como consecuencia de que la violación sólo podía cometerse, según la tipicidad del artículo 429, con una mujer, la sanción sería la correspondiente al viejo delito de abusos deshonestos. En el Código Penal hoy vigente —escribo estas líneas en agosto de 2010— el yacimiento consentido con un menor de trece años se tipifica como “abusos sexuales” con una pena inferior a la correspondiente al delito de agresiones sexuales (donde se comprende la violación). Finalmente señalar que tras la reforma operada por la LO 5/2010, ha desaparecido del Código Penal la cláusula que presumía, *iuris et de iure*, abusos para todos los contactos sexuales que se mantuvieran con menores de 13 años, de manera que el régimen penal respecto a esta última situación no está, ni mucho menos, ní-

En efecto, según el artículo 183.1 CP (que es el que disciplinará la materia tras la entrada en vigor de la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010):

“El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años...”

La clave para la interpretación de este artículo está en desvelar qué significa “atentar” en el contexto del artículo 183.1 CP. Pues bien una de las posibles opciones interpretativas es entender que cualquier comportamiento de contenido sexual, el que sea, que se realice sobre la persona de un menor de trece años, se considera que ataca su indemnidad sexual<sup>30</sup> —con independencia de que haya prestado o no consentimiento— y que realiza el tipo. Naturalmente para esta interpretación por “atentar” se entiende “cualquier conducta, la que sea”; es decir, sería indiferente que se emplee el engaño, el prevalimiento, la fuerza sobre las cosas, la sorpresa, la incapacidad para resistir: “lo que sea”. Es decir, estaremos ante un tipo absolutamente indeterminado a la vista de la descripción de los elementos típicos. Así pues para esta opción hermenéutica “atentar” significaría esa gran inconcreción que se traduce en “todo”, absolutamente “todo”, cualquier modalidad de acción u omisión (con excepción de la que se lleve a cabo con violencia o intimidación, por ser estas modalidades objeto del tipo del artículo 183.2 CP), sin límite alguno.

Sin embargo esa manera de entender el “atenten” legal no constituye una forma de tipificación compatible con los principios penales más elementales (de hecho cuando en los artículos 550 y ss. CP se habla de “atentados” a la autoridad, etc., se da contenido a esa expresión aclarando —artículo 550— que “Son reos de atentado los que acometan a la autoridad..., o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave...”); y no lo es por conculcar groseramente los Principios de legalidad, de determinación de las normas penales y de proporcionalidad.

Entonces ¿qué significa “atentar”? Si acudimos al DRAE —que es lo que debe hacerse y es inevitable llevarlo a cabo, es decir indagar sobre el significado de las palabras que sirven para construir los tipos—, nos encontramos con que “atentar” (del latín “*attentare*”) tiene una primera acepción de “emprender o ejecutar algo ilegal o ilícito” (que no es aceptable a los efectos que aquí persigo, pues se incurriría en petición de principios), un segundo de “intentar, especialmente tratándose de un delito” (también inútil en este contexto, pues no sirve para definir el verbo típico), y un tercero (intransitivo) de “cometer atentado”; y este último comprendería los siguientes significados (y despreciando algunos que no interesan ahora y que se declaran en desuso): “agresión o desacato grave a la autoridad u ofensa a un principio u orden que se considera recto; agresión contra la vida o la integridad física o moral de alguien; delito que consiste en la violencia o resistencia grave contra la autoridad o sus agentes en el ejercicio de funciones públicas, sin llegar a la rebelión ni sedición; procedimiento abusivo de cualquier autoridad”. De estos significados el único utilizable sería el de “agresión contra...la integridad...moral de alguien”, pero aún en ese caso ¿qué se entiende por “agresión”? ¿“indemnidad” es equivalente a “integridad moral”? Pareciera que no, que los ámbitos son distintos. Acudiendo de nuevo al DRAE decir que por agresión, en el ámbito sexual, se entiende: “La que por atentar contra la libertad sexual de las personas y realizarse con violencia o intimidación es constitutiva de delito”, definición que, obviamente, no sirve<sup>31</sup>. En conclusión: o se prescinde del significado que tienen las palabras en el idioma, así como de los principios de legalidad, etc., o hay que concluir que mantener la totalizadora interpretación más arriba reflejada no es posible. Ciertamente algún “intérprete” pudiera decir (tras un discurso sobre la continua innovación del lenguaje y el cambio de significados a medida que contextualizadamente se utilizan los conceptos) que “atentar” significa “atacar”, “agredir” (significación que incluso pudiera, de alguna manera, engarzarse con alguno de los significantes señalados por la DRAE); el

problema, entonces, radicaría en precisar —y ahí el Derecho Penal ha de ser inflexible...o renunciar a los principios liberales— cuándo se ataca, cuándo se agrede, cómo debe comportarse un sujeto para entenderse que está “atacando” o “agrediendo” (quizás pudiera concluirse que se “ataca” cuando inopinadamente —abuso sexual “por sorpresa”— alguien realiza un tocamiento sobre el cuerpo de otra persona y en zonas consideradas “sexuales”, pero ¿y si el tocamiento se realiza con consentimiento? ¿Puede entonces considerarse que hay “ataque”? Entiendo que esto último sólo es posible cuando normativamente se cambia el significado al concepto de “ataque”...y eso es, precisamente, lo que hace el Legislador cuando acude a presunciones *iuris et de iure* —lo *iuris tantum* permiten, en cambio, el pacto sobre los contenidos; por eso, sin presunción el contenido del concepto vuelve a lo convencional).

¿Por qué hermenéutica optar entonces? De entrada no debe olvidarse que el Legislador ha querido eliminar una cláusula que incluía —sin duda y en lenguaje claro y directo— la prohibición absoluta de mantener contacto sexual con menores de trece años, declarando *ex lege* no consentido cualquier contacto sexual aunque hubiera mediado consentimiento del menor, al que con esa cláusula se le declaraba incapaz de consentir en materia sexual; se trata del aún vigente artículo 181.2 CP:

“2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años...”.

y a esa supresión, a esa modificación, hay que darle algún alcance (no tendría sentido que el Legislador hubiera prescindido de una regulación absolutamente indubitada respecto a la prohibición de mantener contactos aun consentidos con menores, y que a ningún operador le había planteado problemas de comprensión, y la hubiera sustituido por otra en la que desaparece la presunción...si quisiera decir lo mismo).

Para avanzar hermenéuticamente, lo indicado es ir “trazando un mapa” de conductas prohibidas en materia sexual, para, acudiendo a una interpretación sistemática, ayudarnos a

fijar —respetando el ámbito de lo posible gramaticalmente— el contenido de ese artículo 183.1 CP. En este sentido habría que decir:

1º) Se prohíbe la actividad sexual llevada a cabo con violencia o intimidación —artículos 178 y 179 CP—. Tómese cuenta que en estos preceptos se acude también al verbo “atentar”, pero en esta ocasión semejante uso del lenguaje se compadece perfectamente con uno de los significados más arriba referenciados (agresión en materia sexual violenta o intimidatoria, o el alternativo más neutro de “atacar”), y además se limita la conducta típica a la llevada a cabo con violencia o intimidación, es decir: se determina, qué contenido quiere otorgarse al “atentado”, a la “agresión”, al “ataque”.

2º) En los abusos sexuales del artículo 181.1 CP el verbo típico vuelve a ser “atentar contra la *indemnidad sexual*” pero en esta ocasión se fija el significado del verbo desposeyéndolo expresamente de uno de sus significados lingüísticamente atribuidos: sin violencia ni intimidación. Además se precisa —*a contrario sensu*— que no se considera que haya “atentado contra la *indemnidad sexual*” si los actos de contenido sexual se han llevado a cabo con consentimiento del sujeto pasivo.

Por último ha de tenerse en cuenta que la conducta típica se refiere a realizar actos “que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona”; ciertamente —y a la vista del contenido del artículo 183 CP— no es fácil determinar a la indemnidad sexual de quién se refiere este precepto (dado que en caso de concurso de leyes, y aplicando especialidad —artículo 8.1ª—, el artículo 183 tendrá preferencia sobre el artículo 181, ambos del CP), aunque pareciera lógico suponer que es a los mayores de trece años y menores de diez y seis (límite del estupro engaño), de todo lo cual se desprende una conclusión: indemnidad no es igual a prohibición absoluta de “tocar”, sino a hacerlo con determinados medios o a través de ciertos pronunciamientos.

En todo caso nótese que para la delimitación de la conducta típica el Legislador —y a pesar de la referencia a la indemnidad— se apresura a anotar que si los actos sexuales son

consentidos la conducta resultará atípica (es decir, que se entiende que no atenta a la indemnidad sexual de nadie). Por lo tanto, el consentimiento resulta relevante; por ello, precisamente, en la legislación penal vigente (anterior todavía a la entrada en vigor de la LO 5/2010), y como el Legislador quería castigar los actos sexuales aun consentidos que se realizaran con menores, se tuvo que introducir la más arriba aludida presunción *iuris et de iure* de irrelevancia del consentimiento.

3º) En el artículo 181.2 CP se ha incorporado, con la reforma realizada con la LO 5/2010, el siguiente texto (sustituyendo a la vieja presunción de irrelevancia del consentimiento de los menores de trece años):

“A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.

Con este texto se establece: a) El rechazo de la existencia de cualquier clase de consentimiento presunto en los privados de sentido —el tácito no cabe en esa situación, no pueden estar presentes sus requisitos; b) La equiparación, *iuris et de iure*, de los supuestos de abuso de trastorno mental<sup>32</sup> a la ausencia de consentimiento; c) La asimilación de la anulación de la voluntad de la víctima directamente querida por el sujeto activo, a la inexistencia de consentimiento.

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que la consideración de ilícito penal en el comportamiento sexual va anudada al dato de entender nulo o inexistente el consentimiento de la víctima.

4º) En fin, en el artículo 182.1 CP, tras la reforma de 2010, se castiga a:

“El que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis...”

Se trata de la figura heredera del viejo estupro engaño sirviendo los límites de edad uno (trece años) para diferenciar esta figura de al-

guna de las contenidas en el artículo 183 CP (agresiones o abusos, según los casos), y el otro como frontera de la atipicidad.

A la vista de todo lo expuesto ¿cómo debe interpretarse el “atenten” del artículo 183.1 CP? Opto por una interpretación que integre la expresión “atentare” en atención a los otros injustos definidos en los capítulos anteriores del mismo Título, lo que está plenamente justificado no sólo para evitar las consecuencias negativas que se desprenden de la ruptura de principios penales básicos a las que acabo de aludir, sino que entra en la lógica de la redacción del propio artículo 183 CP donde se acogen las categorías definidas en los artículos anteriores (abuso sexual e indemnidad). El problema de esta interpretación es que conduce a resultados político-criminales considerados mayoritariamente inaceptables, pero ello no autoriza a prescindir de la legalidad. Así, únicamente serán típicos —como abusos sexuales<sup>33</sup>— los atentados contra la libertad o indemnidad sexual a los que se refiere el artículo 181.1 CP<sup>34</sup>, los abusos de prevalimiento y el estupro engaño<sup>35</sup>. Como consecuencia puede decirse que a partir de que entre en vigor la reforma de la LO 5/2010, las relaciones sexuales consentidas con menores no serán típicas sino se han utilizado los medios del artículo 181.1 CP (sorpresa o incapacidad para resistir), el sujeto activo se haya prevalido “de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima” (artículo 181.3 CP), o emplee engaño. Con lo cual o los Tribunales de Justicia pasan a presumir que siempre que haya contacto sexual con un menor de trece años se da una de aquéllas situaciones y de esa forma “corrigen” al Legislador, o habrá de convenirse que se ha producido una modificación en la legislación sexual auténticamente revolucionaria a la vista de nuestra legislación histórica, y sin parangón en el Derecho Comparado<sup>36</sup>.

Pues bien, esta reforma va mucho más allá de solucionar el problema de cómo tratar los casos en los que una persona que acaba de cumplir los catorce años (límite de la imputabilidad penal) mantiene relaciones sexuales con otra de doce años y trescientos sesenta y

cuatro días, con la que viene relacionándose de forma íntima desde hace dos años<sup>37</sup>. No, la reforma lo que viene es a liberalizar completamente (con las únicas limitaciones a las que me he referido más atrás: prevalimiento, engaño, sorpresa e incapacidad para resistirse) las relaciones sexuales con todo tipo de personas e independientemente de la edad de las mismas. A partir del momento en que entre en vigor la norma el yacimiento de una persona de cincuenta años con otra de doce, siempre que medie consentimiento, no será constitutiva de delito (y todas las conductas que se hayan llevado a cabo en ese sentido hasta el momento aunque hayan sido realizadas bajo la ley penal actualmente vigente serán atípicas —si la condena no se ha ejecutado—, lo que no es más que un efecto normal del principio de retroactividad. Eso sí, lo que carece completamente de sentido es que cohabitar con una niña de diez años pueda resultar atípico, y, sin embargo, fotografiar a esa misma niña en posturas lascivas esté sancionado (de la misma forma que animar a esa niña a que antes de realizar el coito se exhiba en un espectáculo privado destinado a excitar sexualmente a la pareja)<sup>38</sup>.

Pero volvamos a la pregunta que planteaba al inicio de este apartado ¿Por qué prohibir —en aquellas legislaciones que lo hacen que, como hemos visto, no va a ser el caso de la española— cualquier relación sexual con menores de determinada edad<sup>39</sup>? Desde luego que una explicación pudiera ser la de la incapacidad de consentir, la cual se deduciría bien de la falta de conocimiento del significado del acto sexual desprendido de cualquier connotación de procreación, bien de la ausencia de controles en el sujeto pasivo, debido a su temprana edad, que le permita adecuar su conducta a lo comprendido. No creo, sin embargo, que ninguna de esas ilustraciones sea suficiente: pues una buena parte de los menores (los que más se acercan a la frontera de los trece años, grupo que, como consecuencia de la educación sexual que actualmente se imparte en las Escuelas —excepto en las pertenecientes a distintas sectas religiosas—, tienen conocimientos sobre sexualidad que, seguramente, superan los

que tenían los adolescentes hace treinta años, a los que, sin embargo, se les permitía casarse a edades más tempranas que las actuales) tiene conciencia suficiente del significado del acto sexual y de sus implicaciones, y tampoco es necesariamente cierto que no sean capaces de “comportarse de acuerdo a lo que han comprendido” sobre la sexualidad.

Otra explicación pudiera ser la de que a edades tan tempranas el sexo no tiene que formar parte del universo inmediato del menor, pero esto tampoco es aceptable (amén de que contradiría una de las aportaciones más señeras de FREUD: “El acto que consiste en chupar el seno materno se convierte en el punto de partida de toda la vida sexual”). En efecto no haría falta citar a ningún especialista en psicología, por tratarse de algo suficientemente conocido, para negar la oportunidad de mantener a los menores alejados del sexo —reprimidos— hasta que entren en la adolescencia (se ponga ésta donde se desee); más aún: si los actores del sexo son ambos menores de la edad de frontera (niños de diez, once, doce años realizándose tocamientos) nada hay que reprochar, ninguna sanción debe caer sobre ellos (ni penal ni de ninguna otra índole). El placer sexual forma parte de la vida de los niños<sup>40</sup>, la única discusión aceptable es la de quiénes deben ser los actores de ese placer (además del niño).

La cuestión es que la visión de la sexualidad por parte del niño no se corresponde exactamente con la propia que sobre el mismo objeto posee el adulto e incluso el adolescente (en el mundo sexual infantil todo se vuelve erotizable, lo que no sucede en la sexualidad adulta). Sus universos sexuales son distintos —por más que haya presencia de la sexualidad infantil en la vida del adulto—, y la cuestión sería la de evitar que ese universo sexual del niño encuentre la respuesta propia del adolescente o del adulto<sup>41</sup> al entrar en contacto con éste. Es decir, no se cuestiona el derecho a la sexualidad de los menores, no se plantea ninguna duda acerca de la posibilidad de que los niños tengan placer sexual, no se impugna la posibilidad de que el contacto sexual de un mayor de edad con un menor pueda hacer tener a éste

sensaciones sumamente placenteras desde el punto de vista de la sexualidad, etc., etc. Sencillamente lo que sucede es lo siguiente: una de las notas que distinguen el actual pensamiento sobre los niños y el Derecho que a estos les afecta, es la de “alargar” la “etapa de niños”, la de no obligarles a ser “hombres” o “mujeres” a muy temprana edad; de ahí la prohibición del trabajo de menores, del ejercicio de la prostitución infantil, de la prolongación de su tiempo de estudios y preparación. Es decir, no se quiere seguir “quemando” la “etapa de niño” con demasiada celeridad, no se desea su incorporación demasiado temprana al mundo de los adultos, se quiere prolongar su etapa de “niño” y su maduración lenta como persona, se desea, en definitiva y por lo que ahora importa, evitar intromisiones que alteren la paulatina formación de la personalidad sexual del menor<sup>42</sup>.

¿Quiere eso decir que toda relación sexual consentida de un adulto<sup>43</sup> con un niño tiene potencialidad para alterar la aludida “formación de la personalidad sexual del menor”? Creo que eso ocurrirá únicamente en los supuestos en los que esa relación se lleve a cabo en un plano de desigualdad, como sucede de modo general en los casos de muy corta edad del menor, o en los de prevalimiento (que serán los mayoritarios), engaño y aquéllos a los que se refiere el artículo 181.1 CP. Pero nada más.

Merece la pena, sin embargo, detenerse algo más sobre la cuestión de la desigualdad en las relaciones sexuales con niños. Voy a prescindir en el discurso que sigue a continuación de los gravísimos abusos llevados a cabo en todo el mundo por los sacerdotes católicos, especialmente, pero no sólo, en sus internados e instituciones educativas; los casos de Irlanda, Estados Unidos y Alemania están en la primera página de muchos periódicos desde hace ya algunos años, y en esos territorios la Iglesia Católica está teniendo que hacer frente a altísimas indemnizaciones, y muchas de sus numerosísimas víctimas padecen graves trastornos del comportamiento. En España los casos son también abundantes pero buena parte de ellos no han salido a la luz y la Iglesia Ca-

tólica reacciona airadamente, y naturalmente sin compasión, cuando se pone alguno de ellos sobre el tapete. Mayor atención merece, sin embargo, lo ocurrido en determinados círculos de la izquierda europea durante los últimos años sesenta así como en los setenta y ochenta del pasado siglo, especialmente en Alemania y Francia. Por lo que se refiere al primer país estos días está apareciendo en la prensa alemana —impulsada por *Tageszeitung*— el debate sobre la responsabilidad de alguna izquierda en, también, graves abusos a menores sucedidos en instituciones laicas y supuestamente progresistas<sup>44</sup>, y protagonizados algunos de ellos por referentes de aquella izquierda incluso sobre alguno de sus propios hijos<sup>45</sup>.

El origen teórico que sirvió de puerta de entrada y de legitimación de esos abusos, parte de un conocido análisis de clase sobre la represión sexual y sus consecuencias a efectos de dominación/deshumanización; debate en el que se mezclaron argumentos e intereses pedófilos<sup>46</sup>. La profundización en la sexualidad de los niños y el intercambio en ese campo con los adultos, plantea los problemas más agudos por la repercusión que pudiera tener sobre la psicología del menor. A ese propósito a finales de 1978<sup>47</sup> tuvo lugar un esclarecedor debate en Francia en el que participaron, entre otros, FOUCAULT, J. DANET y G. HOCQUENGHEM<sup>48</sup>; el primero ante la afirmación de que el mantenimiento de relaciones sexuales de un niño con un adulto podía ser traumatizante para aquél, incluso aunque no manifestara hacia el exterior el trauma y quedara en el subconsciente, respondió irónicamente en una contestación que se hizo célebre: “Pudiera ser que la sexualidad del niño, deseosa hacia la del adulto, consintiera en la relación, incluso que fuera el niño quien realizara el primer movimiento y sedujera al adulto. Sin embargo nosotros los especialistas, gracias a nuestro conocimiento psicológico, sabemos perfectamente que aun en esas situaciones un niño seductor corre el riesgo de ser dañado y traumatizado [...] Por lo tanto hay que proteger al niño hasta de sus propios deseos, incluso cuando estos le inclinan hacia el adulto”.

El debate se terminó centrandose en buena medida en el consentimiento, que es donde está, también, ubicado en nuestro país. Yo entiendo, sin embargo, que no es cuestión de consentimiento, o que éste, su existencia o ausencia, no nos llevará hacia el núcleo del problema. Más aún —y prescindiendo ahora de la vigencia o no de presunciones de falta de validez o existencia del consentimiento—, no hay problemas en reconocer tanto la validez del consentimiento del menor, en algunos supuestos, para mantener relaciones sexuales con adultos, como que, en algún caso, haya sido el menor el provocador de esa “situación sexual”<sup>49</sup>; sin embargo, insisto, el problema no está ahí, sino en la situación de desigualdad en la relación que terminará provocando una vinculación de abuso entre el adulto y el menor. Pues, por supuesto que el niño tiene manifestaciones y deseos sexuales, naturalmente que dirige sus acciones a la búsqueda del placer, y evidentemente que en esa “edad frontera” entre la niñez y la pubertad esos deseos sexuales pueden explotar y manifestarse en alguna ocasión en requerimientos hacia el adulto<sup>50</sup>; indudablemente también que la represión de la sexualidad, la sujeción de ésta al poder médico/psiquiátrico (argumento favorito de FOUCAULT) contribuye decisivamente a la preparación del hombre para la explotación de clase. Sin embargo de lo que se trata es de evitar que esa situación de explotación se adelante al momento en el cual se realiza la supuesta “práctica liberadora” (adiestramiento en sexualidad), pues confrontar sexualmente al adulto con el niño [al menos hasta casi, pero sólo hasta casi, la “edad de frontera”] situará a este último en una posición de desventaja en la relación. El problema fundamental es de igualdad y no de consentimiento<sup>51</sup>.

Pues bien, ante posiciones de desigualdad real entre sujetos el Ordenamiento Jurídico está plenamente autorizado (artículo 14 CE) a accionar aquellos mecanismos que considere precisos, y por esa vía acudir a medios que en otras circunstancias serían ilegítimos (incluso desde el punto de vista penal). Así pues, ajustado a Derecho estaría la inclusión de la pre-

sunción *iuris et de iure* (que no debe olvidarse: implica prescindir de lo que quiera o no quiera un ciudadano, e impedirle realizar ciertos comportamientos cuyos resultados pudieran serle gratos; es decir: una interferencia máxima en la libertad), o la declaración como delictivas de ciertas conductas llevadas a cabo en situaciones de desigualdad.

A la vista de todo lo dicho ¿cómo deben aplicarse los preceptos relacionados con los menores de trece años en materia de sexo tras la reforma operada por la LO 5/2010? Pues habrán de tenerse en cuenta, en mi opinión, las siguientes consideraciones:

1ª) Ha desaparecido la presunción *iuris et de iure* de ausencia de consentimiento; por lo tanto no existe, *per se*, una edad por debajo de la cual haya una prohibición de mantenimiento de relaciones sexuales.

2ª) Como consecuencia de lo anterior los tribunales deberán hacer una evaluación caso por caso a la vista de los medios comisivos empleados y de las circunstancias que rodeen, y relacionen, a los sujetos. El punto central de la dicha evaluación tiene que girar, en la mayoría de los supuestos y necesariamente, alrededor del establecimiento o no de una situación real de desigualdad entre los sujetos, que es lo que puede llegar a originar la afectación del bien jurídico.

3ª) “Indemnidad” no significa “intangibilidad” sino sencillamente “no dañar”, con lo que se abre en cada caso a discusión si se ha “dañado” o no; parecidos problemas plantea la intelección de la expresión “atentare”, que necesitará ser precisada en el correspondiente ámbito normativo.

4ª) La evaluación deberá realizarse a la vista del bien jurídico protegido, lo que permitirá una solución más justa y equilibrada de numerosas situaciones<sup>52</sup>, aunque originará incertidumbre en otras<sup>53</sup> y desigualdad en la aplicación de la ley en muchas<sup>54</sup>.

3.3. ¿Qué sexo les está permitido a los mayores de trece años y menores de diez y ocho? Por lo que importa a la implicación personal, directa y consentida en actos sexuales no debe

existir ninguna limitación, más allá de las que incidan sobre vicios del consentimiento (prevalimiento, engaño, sorpresa o incapacidad para resistir). Ello es consecuencia directa de la valoración positiva, como no puede ser de otra manera excepto para el radicalismo religioso, que merece la actividad sexual<sup>55</sup>. Ninguna restricción, ningún límite está justificado para la actividad sexual de los adolescentes, más allá de los que inciden sobre su voluntad.

Sin embargo persisten algunas incongruencias. En efecto, como ya ha sido señalado más atrás, el Ordenamiento Jurídico considera lícito el mantenimiento de relaciones sexuales plenas entre una mujer de diez y siete años y un hombre de veinte y uno, y sin embargo considera constitutivo de delito el exhibirse previa y obscenamente ante ese mismo menor antes de realizar el acto sexual. Es decir, no hay injusto en el acto de la penetración pero sí lo hay si previamente el hombre le muestra orgulloso su pene a la mujer. Semejante planteamiento no tiene sentido y resulta contrario al derecho a la sexualidad que va más allá de los tocamientos o la penetración<sup>56</sup>.

Una segunda limitación a considerar es la referida al estupro engaño y que afecta a los menores de entre trece y dieciséis años (artículo 182-183 de la redacción vigente CP). Se trata de una figura que ha ido perdiendo “fuelle” en los últimos treinta años, a medida que ha variado la consideración acerca de la sexualidad fuera del matrimonio, de manera que actualmente su presencia en la Jurisprudencia penal es muy escasa<sup>57</sup>. Debe en todo caso ponerse de manifiesto que no en escasas ocasiones la Jurisprudencia confunde el engaño para llevar a la víctima a un lugar o para situarla en una determinada circunstancia, con la oposición de ésta a la realización del acto sexual<sup>58</sup>. En efecto, entiendo que el engaño, de la misma forma que en la estafa, debe ser causal de la disposición sexual misma, no siéndolo así la conducta fraudulenta carecería de relevancia penal.

La cuestión de Política Criminal en relación al estupro engaño —y una vez establecida la precedente limitación a efectos de la tipicidad— es la de decidir qué engaños han de

considerarse típicos como eslabón del fraude sexual. A mi modo de ver cualquier engaño que pueda llegar a tener la consideración de “suficiente<sup>59</sup>” para llevar a la víctima a un error sobre la decisión acerca de su disponibilidad sexual, será típico. En ese sentido resultará irrelevante que se trate de ofrecer a unas muchachas casarse, un papel en una película, la oportunidad de ser cantantes, participar en un desfile de modelos o, directamente, dinero (y al margen de posibles concursos de leyes), sin entrar en esta materia en problemas morales: basta que la voluntad de la persona se haya construido defectuosamente como consecuencia del ardid empleado por el sujeto activo. Todos esos supuestos serían de engaño, con lo que se manifiesta, en definitiva, una y otra vez que el referente esencial es la debida construcción de la decisión de la voluntad (por ello y como planteaba más atrás ¿por qué no integrar los supuestos de fuerza sobre las cosas en el delito de agresiones sexuales?).

Una tercera limitación a los menores de diez y ocho años en materia sexual se refiere al ejercicio de la prostitución. En efecto, la punición —no del ejercicio de la prostitución que constituye una actividad sin significación penal— de las conductas consistentes en inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución —incluido el cliente— de un menor de edad, implica, lógicamente, una limitación para los menores en el ámbito sexual. La cuestión es, ahora, evaluar si esa restricción resulta aceptable.

Pues bien hay una parte del problema que enlaza directamente con la admisión o no de la prostitución como fenómeno. Otra parte del conflicto, sin embargo, afecta directamente al menor en cuanto tal, y a este respecto hay que decir:

1º) Hay tipos delictivos que se manifiestan como meramente instrumentales en relación a otros fines (por ejemplo, la represión del falso testimonio se vincula directamente a la posibilidad de realización de la Justicia, o la tenencia de armas en relación a la seguridad de personas y bienes); en este sentido, la dura represión de la prostitución de menores dificulta extraordi-

nariamente la trata de personas (de menores de edad), puesto que deja de ser rentable para el traficante al no contar con clientes para uno de los destinos principales de la trata: la explotación sexual. De ahí, precisamente, que tanto la trata de niños como la prostitución de menores se haya desplazado a países con escaso control al respecto; naturalmente ello no impide que también la haya en los países de nuestro ámbito cultural, pero ello se produce en un número menos significativo —algunos trabajos proporcionan la cifra de cinco mil menores practicando la prostitución en España.

Ciertamente hay que decir que este argumento, por sí sólo, no sería capaz de justificar la sanción de la prostitución de menores, pues como planteamiento general daría lugar a la tesis de cambiar libertad por seguridad; sin embargo, sí debe contarse con él para evaluar la efectividad de otras prohibiciones.

2º) En segundo término hay que tener presente que aunque el ejercicio de la prostitución en sí no merezca una evaluación negativa y constituya únicamente el ejercicio de ámbitos de libertad del sujeto (al igual que el consumo de drogas), es lo cierto que a tempranas edades y mientras el sujeto no haya alcanzado una total madurez (y de la misma forma que se hace con el alcohol o el tabaco) puede resultar estragador de la personalidad del menor y le impida recorrer otros ámbitos vitales.

3º) No debe olvidarse, por otra parte, que la prostitución de menores se lleva a cabo (entre otras razones por la represión a la que está sometida y la rentabilidad económica de la misma) bajo el control de organizaciones criminales, lo que determina generalmente la privación de libertad de la menor, ser sometida a violación, su introducción en el mundo de la droga, la imposición de castigo físico bien como medio de obtener placer sexual o como forma de mantener a la menor en la disciplina del grupo criminal, etc. Es decir, la prostitución infantil pone en serio riesgo al menor de ser víctima de otros muchos delitos, por lo tanto se manifiesta, por una parte y como se ha indicado en el punto anterior, como productora de peligro para el desarrollo de su per-

sonalidad y como posible origen de variados injustos.

En conclusión, si lo acabado de decir es acertado —y los estudios al respecto así lo aseveran— debería apostarse no sólo por la criminalización de la conducta sino por la imposición de una pena que se corresponda con la enorme gravedad del comportamiento. En ese sentido una opción obligada es la de imponer una pena en la que se represente la subida gravedad de la conducta, y ella sólo puede ser una que en su grado mínimo implique en todo caso la entrada en prisión (no tiene sentido que tipos patrimoniales que suponen un menor peligro para la vida o la salud de las personas que la prostitución infantil —como el robo con violencia—, se sancionen con una pena mayor que esta última en su grado mínimo, o que ocurra lo mismo con los abusos sexuales a menores de trece años —edad que en muchas ocasiones no alcanzan las víctimas de la prostitución infantil) y en el máximo tenga la suficiente dureza —ya en el tipo básico— como para que cause importantes efectos de prevención general negativa.

4. Una consecuencia inmediata del matrimonio monogámico<sup>60</sup> (o mejor, de las concepciones sexuales actualmente imperantes que conllevan la represión de las tendencias sexuales: una sola pareja y para toda la vida<sup>61</sup>) puede ser la prostitución, pues ésta constituye la vía de escape frente a deseos sexuales insatisfechos.

El actual reflejo jurídico penal de la prostitución<sup>62</sup>, y más allá de problemas de tipificación mal resueltos, tiene que ver, desde la perspectiva penal, con la protección de los menores (artículos 187 y 188. 2 y 3 CP) y con la defensa de los mayores frente a la imposición de prostituirse (artículo 188 CP).

A lo dicho hay que unir el “destilado moral” que incorporó el Legislador mediante la LO 11/2003, de 29 de septiembre, como último inciso del artículo 188.1 CP, según el cual:

“En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”.

Mediante esta fórmula el Legislador<sup>63</sup> ha venido a dictar un juicio moral sobre la prostitución que no le correspondía, y a enlazar con el viejo delito de rufianismo; y es que la cuestión es ¿Por qué castigar al que con consentimiento de la persona prostituida se lucra con el ejercicio sexual ajeno? ¿Cuál es el bien jurídico protegido? En verdad sólo hay una explicación: se considera inmoral vivir de la prostitución (sexual); sin embargo, esa no es una razón que legitime la incriminación penal y habla más de un Derecho Penal de autor que del acto (confunde lo que pudiera parecer repugnante a los ojos de algunos o de muchos —es irrelevante esa cuestión— con lo ilícito penal)<sup>64</sup>.

En todo caso, lo que resulta fuera ya de toda medida es equiparar en la pena vivir de la explotación con determinar mediante violencia al ejercicio de la prostitución<sup>65</sup>; en realidad lo que ha hecho el Legislador, rompiendo toda la sistemática que ha seguido en los tipos contra la libertad sexual, es proceder a realizar una amalgama de formas comisivas y de tipos que carece de racionalidad alguna.

En lo que importa a la prostitución en general sólo decir que fuera de los supuestos en los que ésta es, de una forma u otra, impuesta o forzada —y especialmente en los casos de “trata”—, ningún inconveniente debería ponerse a su plena integración en la vida social y laboral. Las alegaciones de algunas monjas/feministas/integristas de que todo ejercicio de la prostitución es forzado resulta, sencillamente, falso, pues sobradamente está demostrado que no pocas personas deciden, libremente, optar por el ejercicio de la prostitución como medio de vida o para afrontar ciertos lujos.

Entiendo que, como en tantos otros casos, se trata de una discusión sobre ámbitos de libertad y sobre los límites de intromisión del Estado en las decisiones individuales. A decir verdad el verdadero núcleo del problema penal está aquí, pues la resolución en un cierto sentido de alguna de estas cuestiones haría descender extraordinariamente el número de delitos sin que ello tuviera que significar ruptura alguna en las condiciones mínimas de la convivencia.

Un claro ejemplo de lo que estoy diciendo afecta a los delitos de tráfico de drogas. Como es conocido uno de los muchos precios que el Presidente estadounidense Wilson cobró a las potencias europeas a cambio de la intervención americana en la 1ª Guerra Mundial, fue que dentro del Pacto de la Sociedad de Naciones firmado en el marco del Tratado de Versalles<sup>66</sup>, se apoyara su “ley seca” en materia de drogas (en lo que hasta ese momento había fracasado). La prohibición de esas sustancias (y en EE.UU, además, la del alcohol en lo que representó uno de los mayores errores jamás cometidos por un Estado en la historia de la criminalidad) ha sido, y es, la culpable de buena parte de los delitos cometidos actualmente<sup>67</sup>, la responsable de la constitución y fortalecimiento de la mayoría de las organizaciones criminales, y la que ha posibilitado el nacimiento de narco-estados. Con la falta de regulación de la prostitución está ocurriendo algo parecido aunque con un matiz: en el

tráfico de drogas el objeto es, precisamente, la droga; en la prostitución el objeto son personas, y su falta de regulación provoca que miles de ellas sean víctimas cotidianas de delitos (violaciones, lesiones, detenciones ilegales, y un largo etcétera) de todo tipo; y alrededor las organizaciones criminales, el dinero negro, el lavado, la trata, etc.

Pues bien, es evidente que tanto en un caso como en otro la única salida lógica a la situación (para defender la libertad personal —la libertad de decisión de cada persona para elegir aquellas opciones que personalmente más le interesen— y para “ahogar” a la criminalidad) sea su regulación, lo cual traerá enormes beneficios para los ciudadanos (ampliaremos nuestro ámbito de libertad), para las prostitutas (estarán más protegidas frente a la explotación y podrán acceder a los mismos derechos que cualquiera otro trabajador) y para la sociedad en su conjunto (que verá descender extraordinariamente los índices delictivos).

## NOTAS

1. No debe olvidarse que cuando en la Constitución Española se ha hecho alusión a la “moral” ello se ha llevado a cabo en un contexto determinado y más como protección de ámbitos del individuo (integridad moral) que como fuente generadora de normas de conducta. Así sucede en el artículo 15 (“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...”), y en el 27.3 (“Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones...”), únicos preceptos que incluyen referencia expresa a la moral.

2. Que es lo que provoca que, generalmente, estemos ante delitos únicamente perseguibles a instancia de parte, pues no siempre es posible —prescindiendo de la opinión al respecto de los participantes en la conducta sexual— determinar si el acto fue consentido o no (las relaciones llamadas sado masoquistas, o ciertas costumbres sexuales peculiares pero perfectamente legítimas). Incluso más allá de la existencia de una conducta impuesta (lo que incluso puede haber sido manifestado por el sujeto pasivo), el Ordenamiento sigue “dando la palabra” a la víctima para que autorice o no la persecución, y ello porque tratándose de una agresión a bienes tan personalísimos el orden jurídico sigue optando por conceder la máxima relevancia a la decisión de la víctima y a su valoración global sobre el hecho, lo que puede llegar a tener especial significación cuando han preexistido relaciones sexuales “normalizadas” entre ambos sujetos (véase en este sentido la STS 433/2009, de 21 de abril).

3. Por lo demás remito a GARCÍA RIVAS, N en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ (dir.) *Derecho Penal Español. Parte Especial (I)*, Valencia, 2009, pp. 408 y ss.

4. Debe tenerse en cuenta, además, que el artículo 178 CP se refiere a atentar “contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación”, y no como hace el artículo 242 CP al “robo con violencia o intimidación en las personas”, o de modo más genérico el artículo 237 CP “empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas”. Es decir: que no hay por qué referir la violencia o intimidación exclusivamente a las personas.

5. Lo que, paradójicamente y sin embargo, sí se admite por la Jurisprudencia en relación al delito de coacciones (artículo 172 CP).

6. Además, mientras que como abusos sexuales se admiten los “tocamientos al descuido” (artículo 181.1 CP), sin embargo no se aceptan supuestos gravemente intimidatorios que no tengan un referente personal sino que graviten sobre una cosa; y esto no tiene sentido, pues ¿qué duda cabe que es más grave —tanto desde el punto de vista del sujeto activo como del pasivo— el quebrar expresamente una voluntad que el sorprenderla? En todo caso y a la vista de la Jurisprudencia sobre el delito de coacciones a la que se acaba de aludir, una imposición sexual realizada con fuerza en las cosas sería típica en relación a este último injusto.

7. Téngase en cuenta a ese respecto que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que la amenaza del mal ha de tener “entidad suficiente” para doblegar la voluntad de la persona (STS 1796/2002, de 25 de octubre), y consistir en “cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado” (STS 373/2008, de 24 de junio).

En el caso de que la intimidación recaiga sobre niños el Tribunal Supremo acude a un concepto más amplio, e incluye casos que no serían realizadores del elemento típico si el sujeto pasivo fuera un mayor de edad —y por más que la edad de la víctima no sea un elemento del tipo del artículo 178 CP; véase en este sentido STS 667/2008, de 5 de noviembre, en la que se exponen distintas situaciones que pueden dar origen a la intimidación (como amenazar con contar o dar publicidad a determinados hechos que conciernen al menor). En todo caso, y refiriéndome al último supuesto, debe decirse que esta aplicación esquizofrénica del tipo —que varía en dependencia de que el sujeto pasivo sea mayor o menor— no resulta aceptable; es decir: o se admite un concepto amplio de intimidación —aunque luego tenga mayor o menor ámbito teniendo en cuenta las peculiaridades subjetivas— o si se construye sólo desde lo personal (entendido como riesgo para la vida, la integridad, la salud o la libertad ambulatoria de la víctima, un tercero e incluso el propio sujeto activo —STS 1396/1999, de 1 de octubre) no es posible —el Principio de Legalidad no lo permite— variar de interpretación por ser la víctima menor.

8. No hay que olvidar en este sentido que en relación a otros injustos —y al margen de las coacciones— la Doctrina viene entendiendo que la intimidación acoge supuestos de fuerza sobre las cosas; es el caso del artículo 242 CP (robo violento o intimidatorio) en el que para PÉREZ MANZANO cabe la intimidación cuando la amenaza tiene como referencia un objeto material (en BAJO FERNÁNDEZ, M y otros *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Volumen II, Madrid, 1998, p. 396).

9. Véase a ese respecto el contenido del nuevo artículo 181.2 CP.

10. Diario Oficial de la Unión Europea L 13/44, de 20 de enero de 2004.

11. Se trataba de una herencia del Derecho justiniano. La mayoría de edad en la Edad Media estuvo situada, en no pocos ordenamientos, en los 12 años. En nuestra legislación, los artículos 46 y 48 del Código Civil —ya desde el texto de 1889— disponen que la edad mínima para contraer matrimonio es a partir de la mayoría de edad —actualmente los 18 años—, salvo que el menor estuviera emancipado o a partir de los 14 años con dispensa del Juez de 1ª Instancia. En todo caso en la referencia “a la antigüedad” no debe comprenderse a la Grecia Clásica, donde con argumentos que unían lo biológico y lo ético postulaban el casamiento a edades mucho más avanzadas (especialmente en el caso del varón): “Por ello, está bien que ellas se casen en torno a los dieciocho años de edad, y ellos a los treinta y siete o un poco menos. A tales edades y cuando están los cuerpos en su plenitud se realizará la unión...” (ARISTÓTELES, *Política*, trad. Manuela García Valdés, Madrid, 2000, VII, 16, 1335a, p. 403).

12. Véase el canon 1083.1 del Código Canónico.

13. Debe tenerse en cuenta que el artículo 1 de la Convención sobre los derechos del niño define a éste como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

14. Artículos 12 CE y 314 CC.

15. Véase el artículo 317 CC.

16. Artículo 1.1 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

17. Artículo 22.1 LO 2/2003, de 3 de mayo, de Educación.
18. Artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores.
19. Artículo 6.4 del Estatuto de los Trabajadores. Esa mínima edad es dispensable por la Autoridad Laboral en casos excepcionales siempre que no haya peligro para la salud física ni para la formación profesional y humana del menor.
20. Artículo 56.1 c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
21. Artículos 14.3, 20.2 b) y 21.3 b).
22. Artículo 92, II Código Civil (véase también los artículos 156, II y 159 del mismo cuerpo legal).
23. Artículo 173.2 Código Civil.
24. Artículo 177.1 y 3.3º Código Civil.
25. Artículo 231 Código Civil.
26. Artículo 13.Cuarto LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
27. Afirmación que admitiría matizaciones a la vista del contenido del canon 1084 del *Codex*.
28. Para alguna doctrina no sería el indicado el objeto del consentimiento para el Derecho Canónico, sino más bien la pura unión sexual, ello explicaría la admisión del matrimonio entre ancianos o entre estériles (que no pueden procrear) pero no entre impotentes (que no pueden realizar el acto sexual); o que el único matrimonio entre católicos que pueda ser disuelto sea el no consumado (véase IBÁN PÉREZ, IC “Notas para una propuesta de definición del matrimonio”, en *Revista de Derecho Privado*, 1993, pp. 577 y ss.).
29. Empezando por esto último señalar (y hay experiencias suficientes al respecto en países como la India, algunos árabes y en no pocas comunidades indígenas latinoamericanas) que cuando la mujer contrae matrimonio muy joven sus inmediatas obligaciones con la maternidad la llevan a abandonar todo proyecto de educación, de modo que su posterior incorporación al mercado de trabajo (si es que llega a producirse en algún momento) será respecto de tareas sin ninguna especialización. De esta forma la sociedad prescinde, de un plumazo, de la mitad de la población en su creación de “inteligencia”, lo que supone una rémora difícilmente asumible, y queda facilitada la tarea de someter a la mujer a los deseos del varón.
30. “Indemnidad” significa, según el DRAE: “Estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio” (“Situación del que está libre de riesgo de sufrir daño”, MARÍA MOLINER). Es decir: “indemnidad” no expresa que un sujeto sea intangible, sino que no se le causa daño; la cuestión a continuación es determinar cuándo se estima que a alguien se le causa daño. En este sentido y si tomamos como guía lo recogido en el artículo 181.1 CP, no se entiende que se ataque la indemnidad en todos los supuestos en los que los sujetos hayan consentido en los actos sexuales. Por tanto lo que se entienda por “indemnidad” variará, dependiendo de contextos normativos. Indemnidad no es sinónimo de intangibilidad.
31. Para MARÍA MOLINER atentar significa “(del lat. ‘attentare’; ‘a’: ‘a la seguridad del Estado’; ‘contra’: ‘contra su vida, contra el jefe del Estado’) intr. Intentar causar un \*daño grave a una persona o a una cosa. Significar menoscabo para los derechos, la dignidad, etc., de alguien: ‘Esa medida atenta a los derechos de los ciudadanos’. Desatentar. Hacer algo con que se pone en peligro la cosa que se expresa: ‘Estás atentando contra tu salud’.
32. No es típica, por tanto, la mera conducta de mantener relaciones sexuales con una persona que sufra trastorno mental —sin prevalerse de ese estado; en caso contrario se estaría negando el derecho a la sexualidad de los enfermos mentales, lo que chocaría claramente con derechos constitucionales básicos.
33. Prescindo ahora de otras posibilidades de tipificación.

34. Cuyo *modus operandi* se restringe a los “actos lúbricos cometidos por sorpresa” y a la incapacidad para resistirse (por todas, STS 1097/2007, de 18 de diciembre).

35. Obviamente, y aunque el tipo de estupro engaño sea un delito especial por razón del sujeto pasivo, si la obtención del consentimiento mediante engaño se entiende relevante en los mayores de trece años, con la misma o mayor razón ha de entenderse significativa en los menores de esa edad (y ello con independencia de la tipificación concreta que mereciera la captación de la voluntad del menor; en ese sentido no debe olvidarse que el Tribunal Supremo ha entendido en algunos casos que si el sujeto pasivo es un niño de muy corta edad habría que tipificar la conducta como violación, STS 1084/2001, de 9 de junio).

36. Véanse el párrafo 176.1 del StGB y el artículo 609 *quater* del Código Penal italiano.

37. A este respecto resulta de interés el artículo 609 *quater*.2, II del Código Penal italiano: “No es punible el menor que, fuera de las hipótesis previstas en el artículo 609 bis, realiza actos sexuales con un menor que haya cumplido los trece años, si la diferencia de edad entre los sujetos no es superior a los tres años”.

38. Véase VENTURA PÜSCHEL, A en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ *Derecho Penal español. Parte Especial (I)*, ob. cit., p. 463.

39. Que en España se refieren a menores de trece años, pero se trata de una frontera muy variable en los distintos países; así en el StGB se establece en los catorce años (párrafo 176.1) y lo mismo sucede en el italiano (artículo 609 *quater*.1), aunque con alguna excepción (artículo 609 *quater*.2).

40. Obviamente esta afirmación ha sido duramente atacada por el pensamiento conservador, que ha desarrollado una guerra de siglos ya no solamente contra las relaciones sexuales entre menores sino contra la sexualidad realizada sobre el propio cuerpo. En este sentido pocas afirmaciones más ridículas, insensatas y estúpidas que las utilizadas en la guerra librada contra el onanismo por las instancias reaccionarias (con el clero a la cabeza, naturalmente, que utilizaban en pleno siglo XX los argumentos de Aristóteles e Hipócrates al respecto). Obviamente esta batalla contra la masturbación también lo era “de clase”, y en este sentido apunta FOUCAULT (*Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber*, trad. Ulises Guíñazú, 5ª ed., Madrid, 1987, p. 147) “En cuanto al adolescente que dilapidaba en placeres secretos su futura sustancia, el niño onanista que preocupó tanto a médicos y educadores...no era el niño del pueblo, el futuro obrero, a quien habría sido necesario inculcarle las disciplinas del cuerpo; era el colegial, el jovencito rodeado de sirvientes, preceptores y gobernantas, y que corría el riesgo de comprometer menos una fuerza física que capacidades intelectuales, un deber moral y la obligación de conservar para su familia y su clase una descendencia sana”.

41. Es decir, no es aceptable desde mi punto de vista una concepción de la sexualidad que tenga en cuenta exclusivamente la perspectiva del adulto. Porque la cuestión no es solamente si sexualidad infantil sí o no (lo que ya ha sido suficientemente respondido) sino qué sexualidad, si sólo la infantil, la propiamente infantil, o si debe ser ya la del adulto.

42. Debe tenerse en cuenta que el mantenimiento de relaciones sexuales supone una implicación personal tan intensa que convierten en absolutamente rechazables, de plano, algunas tesis interesadas sobre la supuesta neutralidad de las relaciones sexuales con niños: no es lo mismo relacionarse sexualmente —más aún, pero no sólo, si hay penetración— que asistir a una comida o a una sesión cinematográfica. En efecto, si bien es cierto que cuando hay suficiente consciencia sobre la sexualidad y consentimiento acerca de esas relaciones, las consecuencias no sólo no son negativas sino que aparecen como altamente positivas, también es verdad que la realización sexual sin pleno conocimiento de sus implicaciones no sólo coloca a los sujetos en planos distintos sino que puede resultar gravísimamente perturbadora para el menor, para su propia individualidad y para su ser social.

43. Cuando se dice “adulto”, y en nuestro sistema legal, también estamos haciendo referencia a otros niños: los de catorce años en adelante. ¿Debe considerarse delictiva una relación sexual plenamente consentida —y sin vicios en el consentimiento— entre un niño de catorce años y una niña de “casi trece”? Creo que no necesariamente debe ser así —aunque en algún caso pudiera serlo—, que hay que tener en cuenta —como viene haciendo el Tribunal Supremo cuando de valorar la existencia de prevalimiento se trata— las edades de ambos sujetos y todo tipo de circunstancias que rodeen al hecho.

Obviamente hay algunos problemas más difíciles de solventar como el de los pedófilos. Sin embargo esta cuestión hay que plantearla en términos adecuados: 1º) No acogiendo juicios morales como causa de tipicidad. Por el hecho de que toda una serie de personas obtengan su placer sexual sólo o predominantemente en su relación con niños, no hay que convertirlos sin más en objeto penal (no hay que resucitar en los pedófilos la experiencia de la homosexualidad y la per-

secución que han sufrido sus adeptos —de la misma forma que la que sufrieron los heterosexuales que en sus prácticas sexuales “se salían” de lo que se consideraba “decente” o “normal”); es decir: el mero hecho de “ser” pedófilo —de sentirse atraído por los niños hasta el punto de obtener satisfacción sexual únicamente en el campo de esa atracción— no es constitutivo de delito (además no hay que olvidar que buena parte de los pedófilos se “detienen” en fantasías, en el mero “acompañar” a niños, “estar” con ellos, participar en sus juegos, sin pasar a la realización de concretos hechos sexuales con niños; únicamente en el campo de la pornografía infantil es posible, en muchos casos, tipificar sus conductas), sí lo sería la realización de actos de contenido sexual con niños. 2º) La razón del castigo penal hay que vincularlo con el ataque al bien jurídico en los términos expuestos y con la realización de las modalidades de conducta correspondientes: y ello con independencia de que sean o no pedófilos los sujetos activos (no debe olvidarse, por otra parte, que no pocos casos de sexo con niños —por ejemplo, del que se lleva a cabo en algunos países del sureste asiático o en otras naciones de destino de turismo sexual— no está protagonizado por pedófilos sino por sujetos heterosexuales que habitualmente desarrollan una sexualidad que pudiéramos considerar “normal” y plenamente consentida con adultos). 3º) Habría que valorar con mayor detenimiento la aplicación o no de circunstancias que afecten a la culpabilidad en el caso de los pedófilos. En efecto, el Tribunal Supremo ha rechazado la apreciación de alteración mental (en cualquiera de sus configuraciones) en pedófilos por estimar que éstos mantienen intactas sus facultades mentales: “no supone ausencia de los mecanismos de dirección de la conducta ni de los frenos inhibitorios” (SSTS 947/2009, de 2 de octubre; 873/2009, de 23 de julio, y 210/2003, de 17 de febrero); y sólo ha apreciado alguna atenuación en supuestos graves, asociada la pedofilia a trastornos psíquicos relevantes como alcoholismo, toxicomanía o neurosis depresiva (SSTS 768/2004, de 18 de junio; 285/2003, de 28 de febrero, y 144/1995, de 8 de febrero). Resulta en todo caso llamativo algún posicionamiento de los tribunales, como el plasmado en la SAP, Madrid, 23, 99/2008, de 9 de julio, en la que se afirma:

“la mera existencia de una perversión sexual, aunque la misma obligue a considerar personalidad psicopática a quien la presenta, no debe llevar, sin más, a la apreciación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Determinados atentados contra la libertad sexual descritos en la Ley penal apenas son concebibles en sujetos que no sean sexualmente perversos; y no tendría sentido que se hubiesen tipificado como delitos, es decir, como hechos máximamente reprobables, conductas en las que necesariamente hubiere de apreciarse una disminución mayor o menor de la culpabilidad”.

Me llama la atención especialmente esta Sentencia porque pareciera que en ella se parte de las teorías de los tipos criminológicos de autor (¿cómo aplicar en delitos contra la libertad sexual determinadas circunstancias atenuantes que revelan problemas de personalidad en los sujetos, cuando los tipos penales de que se trata sólo son realizables por perversos?), lo que no parece que case exactamente con los principios que informan nuestro Derecho Penal.

En fin, sólo insistir en que se trata de una cuestión especialmente importante si se tiene en cuenta que vinculada a la caracterización como pedófilos está, o puede estar, la adopción de medidas como la de libertad vigilada a imponer tras el cumplimiento de la pena (véase el artículo 192.1 CP, y la reciente Sentencia del TEDH caso De Schepper contra Bélgica, de 13 de octubre de 2009); por ello resulta preciso reevaluar la cuestión con ayuda de psiquiatras, para poder determinar si cierto grado de pedofilia debería ser encuadrado en las alteraciones mentales (hace ya años en alguna sentencia del Tribunal Supremo —16 de julio de 1991, que se recuerda posteriormente en otras como la 768/2004, de 18 de junio— se planteaba la posibilidad de afectación a la imputabilidad por pedofilia en casos de “pasión desbordada”).

44. Caso del Odenwaldschule, una escuela laica alemana muy prestigiosa que desde su fundación en 1910 se implicó en los movimientos de reforma de la educación (los abusos sexuales han sido denunciados por el *Frankfurter Rundschau* —véanse las declaraciones efectuadas por la Directora del Colegio, Frau Kaufmann, a este periódico en la edición de 7 de abril de 2010, asimismo el relato de una antigua alumna, Amelie Fried, en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 12 de marzo de 2010—, y han causado una profunda conmoción en Alemania; véase, también, una narración de los hechos en *The Guardian* de 17 de marzo de 2010).

45. Me refiero, por ejemplo, al caso de Reinhard Röhl (que fue pareja de Ulrike Meinhof, y cuya común hija ha sido quien ha denunciado al padre por abusos) editor de la revista *Konkret*.

46. Véase TAMARIT SUMALLA, JM *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Cizur Menor, 2002, pp. 18 y ss.

47. Con motivo de la discusión que se estaba desarrollando en el Parlamento francés sobre la reforma del Código Penal en materia de sexualidad.

48. Véase “La loi de la pudeur”, *Recherches*, núm. 37, abril 1979, *Fous d'enfance*, pp. 69 y ss.; FOUCAULT, M *Dits et écrits 1954-1988*, vol. III 1976-1979, París, 1994, pp. 766 y ss.

49. Naturalmente que cuando hago referencia a que en alguna ocasión muy aislada el niño puede haber sido el provocador, no pretendo, antes al contrario, mostrar mi acuerdo con esa práctica justificativa, habitual entre los pederastas, según la cual son los niños los culpables y los que han arrastrado al adulto a la realización de los actos sexuales. Un magnífico ejemplo de lo que digo, de la citada práctica, se recoge en la SAP, Madrid, 5ª, 121/2008, de 20 de octubre, en la que se plasma el relato del procesado —rechazado por la Sala— según el cual “... fue ella quien tomó la iniciativa de comenzarla y quien, en resumen, tomó todas las iniciativas: desde manifestar la primera su deseo e impaciencia, hasta superar los obstáculos materiales para reunirse con él, idear la forma de poder ambos comunicarse y buscar el sitio para celebrar sus citas, burlando la vigilancia de otros adultos —y sobre todo de sus padres—, hasta ser ella también, desde luego, quien tomó la decisión de que tuvieran relaciones sexuales completas, pues, dijo, ‘ella llevaba la voz cantante en la relación’. Pero como digo hay casos en los que los tribunales entienden que, efectivamente, han sido los niños los provocadores de la situación sexual; véase a este respecto, la STS 401/2010, de 6 de mayo, que, incluso, utiliza este dato —junto con otros— para disminuir la pena al condenado, lo que no deja de resultar fuertemente llamativo pues parece conceder una cierta relevancia al consentimiento otorgado por la menor.

50. Eso sí, cuando el Obispo de Tenerife declaró (véase El País de 27 de diciembre de 2007), con gran escándalo de la opinión pública española, que: “Puede haber menores que sí lo consientan y, de hecho, los hay. Hay adolescentes de 13 años que son menores y están perfectamente de acuerdo y, además, deseándolo. Incluso si te descuidas te provocan. Esto de la sexualidad es algo más complejo de lo que parece”, estaba empleando un inaceptable argumento justificador de la pederastia, en general y en lo concreto. ¿Por qué los poderes públicos no intervienen contra esos sujetos cuando efectúan declaraciones como la transcrita, siendo así que los empleados de la Iglesia Católica están protagonizando continuos escándalos en esta materia? ¿Es que sólo comete delito el cura musulmán cuando predica sobre la conveniencia de pegar y disciplinar a la propia esposa y no el jerarca católico cuando justifica la pederastia? No, lo que sucede es que el Estado sigue mostrando una debilidad (en todos los ámbitos) intolerable frente a la Iglesia Católica.

51. Consideración que debe proyectarse más allá del momento de inauguración de la edad adulta; en ese sentido el propio CP ante situaciones de desigualdad entre adultos en las que se llevan a cabo relaciones sexuales, no duda en acudir a la tipificación (abusos sexuales de prevalimiento, en los que se concluye normativamente que el consentimiento está viciado, cuando en no pocas ocasiones se trata de una aseveración difícil de precisar y que está más cerca de la desigualdad que del vicio del consentimiento).

52. Como por ejemplo las ya referidas (y otras muchas similares) de sujetos que cuando todavía eran menores de edad empezaron a mantener relaciones sexuales, cosa que siguieron haciendo cuando uno de ellos alcanzó la mayoría de edad penal y el otro aún no la de trece años.

53. Por ejemplo ¿Cómo calificar la conducta del sujeto que con finalidad sexual acaricia insistentemente los genitales de un niño de dos meses? Desde luego que en un supuesto como éste resulta muy difícil, por no decir imposible y a la vista de la escasa edad del sujeto pasivo, hablar de que se haya podido afectar a la correcta formación de su personalidad en el plano sexual. La legislación anterior —en realidad la aún vigente— con la cláusula del artículo 181.2 CP permitía, sin embargo, una respuesta penal más automática (aunque, quizás, conculcadora del Principio de Lesividad).

54. Pues los tribunales ante situaciones idénticas dictarán resoluciones contradictorias.

55. W. REICH (*La revolución sexual*, trad. Paulino García Moya, México, 1976, p. 91) advertía sobre el hecho de que “La ideología conservadora no ha podido en ningún dominio influir en la sexología tanto como en el de la sexualidad del adolescente. El alfa y el omega de todas las ‘investigaciones’ ha consistido siempre en saltar, de la afirmación de que la pubertad es ante todo la madurez sexual, a la exigencia de la continencia para los adolescentes”.

56. Este hecho fue comprendido perfectamente por la Iglesia Católica a la hora de construir la tecnología propia de la confesión: el confesor debía tener en cuenta, e inquirir, no solamente por el acto sexual mismo (la penetración), sino por todo lo que lo rodeaba en tanto entendían (lógicamente) que formaba parte de ello (pensamientos, representaciones, imágenes, etc.). El castigo (la penitencia) así lo era por un todo. Pues bien a la hora de llevar ese escenario al mundo penal se desgaja lo que, en la naturaleza de las cosas, está unido, y mientras la penetración resulta impune los actos que la acompañan (y que pueden ser condición necesaria en lo concreto para la misma) se sancionan.

57. Como es conocido la promesa de matrimonio ha constituido históricamente el engaño prototípico, y alrededor del cual la Jurisprudencia construyó su doctrina sobre la figura del estupro engaño. Pero no hay más que leer la argumentación de alguna sentencia para poder percatarse de que semejantes planteamientos se encuentran absolutamente alejados de la actual mentalidad social; véase, por ejemplo, lo afirmado en la SAP, Murcia, 3ª, 3/2001, de 14 de febrero:

En el caso de la promesa de matrimonio se exige que la misma se produzca formalmente, dentro de una relación estable y duradera que la haga digna de crédito, o pueda considerarse una argucia poderosa o suficiente para inducir a error y como consecuencia del mismo a otorgarle su consentimiento a la realización del acto sexual.

Recientemente en alguna resolución se califican como abusos sexuales por engaño hechos —en el primer caso que se cita confusamente expuestos tanto en la sentencia de instancia como en la de casación— como los de captar a jóvenes con el señuelo de llegar a ser cantantes (STS 293/2005, de 7 de marzo), o la de suplantar a la persona del novio (STS 1192/2005, de 14 de octubre), o más antiguamente se aludía a la ocultación del estado de casado (SSTS de 11 de noviembre de 1976 y 20 de enero de 1972).

58. Un ejemplo de lo acabado de exponer se manifiesta en la SAP, Toledo, 2ª, 16/2009, de 28 de abril; en esa ocasión la mujer acompaña al sujeto activo hasta un puente porque éste le dice que allí se encuentran unas “pintadas” que desea exponerle, llegados al lugar resulta que no hay tales pintadas y el sujeto activo procede, con la oposición de la menor, a desprenderla de la ropa y a penetrarla. Se condenó por un delito de estupro engaño del artículo 183.2, siendo así que: 1º) Si hubo oposición de la menor y esta se venció a la fuerza —como se declara en los “hechos probados”—, la calificación debería haber ido por vía de la violación; 2º) Si hubo oposición y la mujer no se resistió al verse en un lugar solitario, la calificación hubiera debido encaminarse o bien por la violación por intimidación o concluir con la absolución. Es decir, la cuestión relevante en el estupro engaño es que la sugestión esté directamente enlazada con el consentimiento para la realización de actos de significado sexual, no meramente para trasladarse o acudir a un determinado lugar (este mismo problema se plantea en otros casos, véase por ejemplo la STS más arriba citada 293/2005, de 7 de marzo).

59. En este sentido y en relación, por ejemplo, a la promesa de matrimonio, los tribunales vienen refiriéndose a que la misma se produzca formalmente, dentro de una relación estable y duradera que la haga digna de crédito (SAP, Murcia, 3ª, 3/2001, de 14 de febrero), o la realizada después de un año de relaciones y aplazando el enlace a cuando la víctima alcanzase la mayoría de edad (SAP, La Coruña, 5ª, 29/1999, de 26 de febrero), no cupiendo apreciar engaño en meras relaciones de amistad pero sí de noviazgo (STS de 10 de octubre de 1976).

60. Por cierto, que el matrimonio monogámico cumple una función esencialmente económica, estando muy lejos la monogamia de constituirse en la esencia del matrimonio. Tanto es así que en momentos en los cuales las necesidades económicas lo exigían, no ha habido mayores dificultades para que *de iure o de facto* se pospusiera la monogamia. Así, es suficientemente conocido cómo tras la Guerra de los Treinta Años (que se desarrolló, como es sabido, entre 1618 y 1648, y donde se empeñaron todas las potencias europeas) que llevó la destrucción a Centroeuropa y el despoblamiento especialmente a Alemania que perdió hasta un tercio de su población, se dictó por la Dieta de Núremberg el Decreto de 14 de febrero de 1650 con el siguiente contenido:

“Puesto que las necesidades del Santo Imperio Romano exigen que se reemplace la población diezmada por la guerra, el hambre y la enfermedad, todo varón tendrá derecho, durante los próximos 10 años, a desposar a dos mujeres” (SAPETTI, A *Los varones que saben amar*, Buenos Aires, 1996, p. 103).

Algo parecido, pero sólo desde el punto de vista de los hechos, ocurrió en Paraguay tras la Guerra de la Triple Alianza (1864-1870) en la que aquél país perdió —en su contienda con Brasil, Argentina y Uruguay— además de la Guerra la mitad de su población, con el agravante de que la relación entre sexos quedó en tres a uno a favor de las mujeres (hay otros cálculos según los cuales la proporción era de diez a uno, habiéndose dado la pérdida de población en la misma proporción, pasando de un millón trescientos mil siete años antes de la guerra a doscientos cuarenta mil diez y siete años después), siendo además buena parte de los varones supervivientes niños pequeños (debe tenerse presente que de la parte de Paraguay fueron enviados a los combates todos los varones mayores de diez años), ancianos o inválidos. La necesidad de repoblación llevó a que, de hecho, cada varón tuviera acceso, y se reprodujera, con varias mujeres (algún historiador apunta a que lo sucedido tras la guerra tenía una base sólida en la peculiar estructura social del Paraguay pre bélica, donde por razones económicas, del servicio militar, religiosas y por el intenso mestizaje, era ya muy habitual que un alto porcentaje de hogares tuviera como único jefe a una mujer y que muchas de ellas tuvieran descendencia de distintos hombres fuera del matrimonio; lo único que ocurrió tras el 1870 es que con la catástrofe bélica, política, demográfica, económica y con la ocupación —con los soldados de la ocupación, especialmente brasileños—, se potenciaron estas tendencias; véanse en este sentido POTTHAST, B “Hogares dirigidos por mujeres e hijos naturales. Familias y estructuras domésticas en el Paraguay del siglo XIX”, en CICERCHIA, R (compilador) *Formas familiares, procesos históricos y cambio social en América Latina*, Quito, 1998, pp. 131 y ss., y bibliografía allí indicada, y DOMINGUEZ, R *El valle y la loma y Culturas de la selva: comunicación entre comunidades rurales*, Asunción, 1995, *passim*).

Para mayor *inri* cuando la población daba muestras de una buena recuperación Paraguay entró con Bolivia en la crudelísima Guerra del Chaco (1932-1935), y aunque salió victoriosa volvió a sufrir un durísimo castigo en su población masculina. Todo ello, mezclado con posteriores hechos bélicos —guerra civil— han terminado creando una cierta cultura tendente a la poligamia de hecho.

61. Referente éste que continúa de actualidad por más que el divorcio se haya convertido en una institución normalizada, pues vigente un matrimonio (el primero o el cuarto) la exigencia de exclusividad sexual sigue siendo absolutamente mayoritaria.

62. Para los antecedentes históricos inmediatos véase ÁLVAREZ GARCÍA, FJ y VENTURA PÜSCHEL en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ *Derecho Penal español. Parte Especial* (I), ob. cit., pp. 399 y ss.

63. El “Legislador unido” podríamos decir, ya que el texto fue introducido por una Enmienda presentada por “la parte católica” de un Grupo Parlamentario (el de CiU), pero que fue apoyada por todo el Congreso (con la excepción de cuatro votos). Uno de los argumentos, sino el principal, manejado para la reforma fue que España con la despenalización del rufianismo se había apartado del contenido del Convenio de Naciones Unidas de 2 de diciembre de 1949 (para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena); esta opinión sobre el incumplimiento del Convenio venía reforzada por las conclusiones del XVI Congreso Estatal de Mujeres Abogadas. Efectivamente es cierto que el párrafo tercero del artículo 1 del Convenio de 1949 obliga al castigo de la explotación aún consentida de la prostitución, pero también lo es que la contemplación de nuevas perspectivas llevan a realizar otra lectura de esos Convenios (lo que es posible por la peculiar naturaleza jurídica de estos actos internacionales).

64. Tiene, sin embargo, toda la lógica declarar la irrelevancia del consentimiento tal y como lo hace la Decisión Marco 2002/629/JAI, del Consejo, de 19 de julio de 2002, en su artículo 1.2.

65. Lo que es, incluso, seriamente criticado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, véase en este sentido la STS 445/2008, de 3 de julio, que invoca como vulnerado el principio de proporcionalidad.

66. “Artículo 23

Con la reserva y de conformidad con las disposiciones de los convenios internacionales existentes en la actualidad o que celebren en lo sucesivo, los miembros de la Sociedad:

...

c) Confiarán a la Sociedad la inspección general de la ejecución de los acuerdos relativos a la trata de mujeres y de niños, y al tráfico del opio y demás drogas perjudiciales”.

67. Si se consultan las estadísticas penitenciarias españolas (excluida Cataluña), se podrá comprobar que en el mes de mayo de 2010 de un total de 59.577 reclusos 16.579 (un 27,8%) lo eran por delitos de tráfico de drogas; si a esta cifra le sumamos parte de los 22.980 que estando clasificados como internos por la comisión de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, en realidad se trata de delitos conectados con el tráfico de drogas (ataques contra el patrimonio con objeto de comprar droga, fundamentalmente), obtendremos que más del 40% de los internos lo son por delitos vinculados con el tráfico de drogas (en la criminología de otros muchos delitos podemos observar también relación con el tráfico de drogas, es el caso de no pocos homicidios y lesiones causados como consecuencia de ajustes de cuentas o de lucha por el territorio, delitos fiscales, cohecho, etc.).

**Fecha de recepción: 7 de septiembre de 2010**

**Fecha de aceptación: 11 de octubre de 2010**

## RESUMEN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha dictado una sentencia en contra del Estado español con fecha de 8 de diciembre de 2009, que revoca una sentencia de su Tribunal Constitucional (STC 69/2007, de 16 de abril) en la que se desestimó el recurso de amparo de una ciudadana española a la que se había denegado una pensión de viudedad por estar unida en matrimonio celebrado por el rito gitano. Los pronunciamientos judiciales sobre este polémico caso pueden ser objeto de análisis y estudio desde el punto de vista de su argumentación jurídica y sus fundamentos teóricos. A partir de las razones expuestas en ambas sentencias, es posible reflexionar sobre el concepto de discriminación racial o étnica y advertir transformaciones en el Estado de Derecho actual vinculadas a la multiculturalidad y al conflicto de derechos fundamentales.

## PALABRAS CLAVE

MATRIMONIO GITANO. PENSIÓN DE VIUEDAD. DISCRIMINACIÓN RACIAL Y ÉTNICA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. MULTICULTURALIDAD

## ABSTRACT

The European Court of Human rights has pronounced a sentence in opposition to the Spanish State, dated on December 8, 2009, which revokes a judgment of its Constitutional Court (STC 69/2007, April 16), in which there was scorned the resource of protection of a Spanish citizen, whose widowhood allowance had been refused for being joined in marriage celebrated by the gypsy rite. The judicial pronouncements on this polemic case can be an object of analysis and study from the point of view of its juridical argumentation and its theoretical foundations. From the reasons exposed in both judgments, it is possible to think about the concept of racial and ethnic discrimination and to warn transformations in the current Rule of Law linked to the multiculturality and to the conflict between fundamental rights.

## KEY WORDS

GYPSY MARRIAGE. WIDOWHOOD ALLOWANCE. RACIAL AND ETHNIC DISCRIMINATION. SPANISH CONSTITUTIONAL COURT. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. MULTICULTURALITY

# EL CASO DEL MATRIMONIO CELEBRADO POR EL RITO GITANO: LA DISCRIMINACIÓN ÉTNICA Y RACIAL A DEBATE\*

Mario Ruiz Sanz\*\*

Profesor Titular de Filosofía del Derecho  
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)

**Sumario:** 1. Relato de los hechos y planteamiento del caso. 2. Los argumentos del Tribunal Constitucional español y sus críticas. 3. Los argumentos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el "reajuste" de la situación de no discriminación. 4. Las uniones gitanas: un largo camino por recorrer. Nota bibliográfica

## 1. RELATO DE LOS HECHOS Y PLANTEAMIENTO DEL CASO

María Luisa Muñoz Díaz, apodada "La Nena", de nacionalidad española y etnia gitana, se casó por el rito ancestral de su pueblo en noviembre de 1972, con sólo quince años de edad, con Mariano Dual Jiménez, también gitano de diecinueve años. El matrimonio no fue

inscrito en el Registro Civil, práctica habitual en tantos otros casos similares. La pareja convivió veintinueve años, hasta que el marido falleció en 2000 tras haber cotizado ininterrumpidamente durante diecinueve años, tres meses y ocho días a la Seguridad Social por su trabajo de albañil de la construcción. La pareja tuvo seis hijos y cinco nietos. Disponían de todos los requisitos que se les pedía a un matrimonio

\* Nota del Editor: Este artículo ha superado la evaluación por pares.

\*\* Este trabajo se ha efectuado en el marco del proyecto de investigación SEJ2007-63476 sobre "Garantías jurídicas frente a la discriminación racial y étnica: estudio de casos y medidas de protección", financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia español. A su vez, se enmarca en el proyecto Consolider-Ingenio 2010: El tiempo de los derechos Huri-Age (CSD2008-00007).

en regla: su correspondiente Libro de Familia y la cartilla sanitaria de la Seguridad Social, en la que figuraba María Luisa como cónyuge y sus hijos como beneficiarios. Además, en 1986 el Ministerio de Trabajo les otorgó el título de familia numerosa.

Tras la muerte del marido, en diciembre de 2000, la demandante solicitó una pensión de viudedad por la cotización de su marido a la Seguridad Social durante esos diecinueve años. El Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS), a través de la Resolución de 9 de mayo de 2001, le denegó la prestación aduciendo que su matrimonio no tenía efectos legales: *“al no haber sido cónyuge del fallecido”*. No había, pues, ningún precepto legal que amparase la situación de viudo/a hacia la persona que hubiere convivido con el causante como presupuesto para conceder la prestación de viudedad establecida dentro del sistema español de la Seguridad Social.

A través de un abogado de oficio, María Luisa interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Social número 12 de Madrid. En la demanda, en la que se invocaban los artículos 9.2, 14 y 39.1 de la Constitución española, se sostenía que María Luisa Muñoz tenía la condición de esposa del fallecido, reflejada en la cartilla de la Seguridad Social, según *“los ritos y normatividad del ámbito cultural gitano”*, cumpliéndose los requisitos para la existencia del tradicional matrimonio gitano como son un acto formal, el deber de fidelidad, un comportamiento conyugal exigible, afecto, heterosexualidad y comunidad de vida, *“no siendo inscribible en el Registro Civil por una defectuosa exégesis jurídica”*. A finales de mayo del año 2002, el Juzgado de lo Social número 12 de Madrid dictó una resolución favorable a la demandante. La sentencia de 30 de mayo de 2002 resultó sorprendente pues era la primera de este tipo en la que se argumentaba a favor del pueblo gitano. La jueza de lo social encargada del caso reconoció el derecho de María Luisa Muñoz a recibir la prestación, al interpretar que el matrimonio celebrado a través del rito gitano se celebró en territorio español, se ajustó a la *“ley personal de los contrayentes”* y además era una *“forma válida y admitida por la costumbre y*

*usos de dicha etnia, por lo que hay que considerarlo válido y debería promoverse su inscripción en el Registro Civil”*. Se añadía en la misma que no considerar el matrimonio gitano como válido implicaba *“un trato discriminatorio por razón de etnia contrario al artículo 14 de la Constitución”*. Esta sentencia permitió que recibiera una pensión de viudedad durante seis meses de 903,29 euros mensuales.

El Instituto Nacional (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social recurrieron dicha sentencia de forma inmediata mediante recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que fue tramitado con el número 4445-2002 por la Sección Cuarta de su Sala de lo Social. En este caso, la resolución del recurso no fue favorable a la demandante, ya que mediante sentencia de 7 de noviembre de 2002 se le denegó de nuevo la prestación. Entre otras razones, la sentencia decía en su FJ 5º, que no existe discriminación jurídica alguna por la pertenencia de la recurrente a la etnia gitana y que el supuesto matrimonio celebrado conforme a este rito no presenta tal condición: *“El matrimonio gitano no participa en la actual conformación de nuestro ordenamiento jurídico”*, añadiendo que *“ha de distinguirse entre lo que es legalidad vigente y aplicable en cada momento de aquélla que puede entenderse deseable por parte de un sector de la sociedad”*. Cualquier español puede contraer matrimonio en los términos establecidos por la ley, pero que en ninguno de los supuestos legales contemplados *“se encuentra el matrimonio celebrado única y exclusivamente conforme al rito gitano, porque aunque se trate de una etnia, no por ello sus normas o formas trascienden jurídicamente de su propio ámbito, ni están consagradas en el ordenamiento jurídico en el que se prevé la pensión litigiosa, de modo y manera que teniendo su relevancia y reconocimiento social en dicho ámbito, no por ello excluyen, ni sustituyen actualmente, a la normativa general vigente y aplicable al efecto, en cuanto se trata de un matrimonio entre españoles celebrado en España”*. Por lo tanto, la sentencia concluyó que no se atribúan efectos civiles al matrimonio celebrado mediante el rito gitano.

Tras esta segunda decisión judicial, los abogados de la demandante, apoyados por la Fundación Secretariado General Gitano (FSGG), interpusieron en diciembre de 2002 recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC). En el mismo se aducía que se había vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por motivos de raza y condición social del art. 14 de la Constitución española. En el escrito presentado se comparaba esta situación a la de una pareja de hecho, debido al “*convencimiento absoluto de la validez del consentimiento que prestó en su día y respetando todos los demás elementos de orden público afectos al matrimonio regulados por la legislación*”. Esto sería óbice para sostener que aunque el matrimonio gitano sea “*algo menos que un matrimonio civil, debe también ser considerado como algo más que una pareja de hecho y recibir un tratamiento adecuado a ello*”. Además, se indicaba en el recurso de amparo la falta de libertad de la pareja para contraer matrimonio con efectos civiles en el año 1971, ni tampoco con posterioridad a 1981 al no haber regulado el legislador el consentimiento matrimonial a través del rito gitano. Por último, se sostuvo la existencia de discriminación sobre la no aplicación de la analogía con respecto a la situación de los matrimonios nulos a los que se les había permitido acceder a la prestación de viudedad.

La Sala Primera del TC dictó sentencia el 16 de abril de 2007 (STC 69/2007) en la línea de la resolución anterior del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Los magistrados constitucionales sostuvieron que la exigencia de que exista un matrimonio válido para poder percibir una pensión de viudedad “*en ningún caso supone tomar como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas*”. Además, indicaron que la regulación legal del matrimonio no contiene discriminación alguna por razón de etnia y que, por lo tanto, María Luisa Muñoz y su marido, si hubieran querido, podían haber formalizado su matrimonio. Los argumentos utilizados en la sentencia serán explicados con mayor detenimiento en el apartado siguiente. La sentencia concluyó con la sugerencia de

que se impulsara una legislación para que las uniones gitanas tuvieran efectos civiles.

Fue a partir de esta sentencia del TC cuando los abogados de la demandante, junto a la Fundación Secretariado General Gitano, decidieron acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (en adelante, TEDH), órgano que frente a la resolución anterior, ha dictado sentencia el 8 de diciembre de 2009 a favor de María Luisa Muñoz y en contra del Estado español, en la que se considera que se ha producido una violación de la prohibición de discriminación racial (art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos) junto al derecho al respeto de los bienes del art. 1 del Protocolo Adicional Primero, tal y como veremos con mayor profusión unas páginas más adelante. Se señala, además, una indemnización de 70.000 euros por daños y perjuicios.

## 2. LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y SUS CRÍTICAS

En la STC 69/2007, de 16 de abril de 2007, se esgrimen básicamente dos líneas argumentales de diferente intensidad con respecto a la posible vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por motivos de raza y condición social explícitamente mencionados en el art. 14 de la Constitución española (en adelante, CE). En los fundamentos jurídicos aparecen entremezcladas dos tipos de razones para decidir relacionadas entre sí pero de importancia desigual, que a efectos expositivos pueden agruparse en un tipo de argumentación débil o de carácter formal en el sentido de que apela básicamente a decisiones anteriores o precedentes del propio TC<sup>1</sup>, y otro tipo de argumentación fuerte o sustantiva que excede a la anterior al incidir directamente sobre la configuración del principio de discriminación racial, la igualdad de trato y su alcance constitucional. Veamos ambos bloques por separado.

1. La primera línea argumental (débil o formal) para motivar la decisión gira en torno a resoluciones anteriores del propio TC que son citadas en la sentencia. En ellas no se encuentran coincidencias sino divergencias con el caso planteado porque debido a diversas causas y motivos, el Tribunal argumenta que no se dan posiciones jurídicas equiparables que justifiquen la existencia de una situación de discriminación<sup>2</sup>.

La amplia jurisprudencia mencionada se resume en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, en la que se concluyó que “*no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia*”. Se refería esta sentencia al caso de un viudo de mujer funcionaria con matrimonio no inscrito en el Registro Civil. En aquélla se declaró vulnerado el derecho a la igualdad del viudo tras acreditar la existencia de una relación conyugal con la fallecida, a partir de la cual obtuvo su pensión<sup>3</sup>. En cambio, en el supuesto de la boda gitana, el Tribunal Constitucional argumenta que “*no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia*” (FJ 3º) o que “*no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido excluyendo otras uniones o formas de convivencia (...) la unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio, no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos*” (FJ 4º). En esta sentencia, el TC no otorga los mismos efectos a una relación matrimonial que a la convivencia *more uxorio*, y lo fundamenta sobre la aplicación, entre otros, de los artículos 174.1º de la Ley General de la Seguridad Social que exige vínculo matrimonial para acceder a la pensión de viudedad<sup>4</sup>, y del art. 49 del Código civil que delimita las formas admitidas para contraer

matrimonio, entre las que no se encuentra la boda gitana<sup>5</sup>.

En los párrafos de la sentencia que acaban de ser citados, el TC utiliza una argumentación *a contrario*. Este tipo de argumentación es aplicable a supuestos de hecho respecto a los cuales una norma jurídica guarda silencio o que no se incluyen en una determinada regulación, esto es, cuando no aparece mención expresa a ellos en la norma, sin que se trate de una situación de laguna legal (García Amado: 2001, 91). Tanto el art. 174.1º de la LGSS como el art. 49 del Código civil no introducen la boda gitana entre las uniones matrimoniales con efectos jurídicos, por lo que al quedar fuera del ámbito de aplicación de dichos preceptos, se entiende que no se despliegan las mismas consecuencias jurídicas que para las formas de matrimonio incluidas, es decir, que *a sensu contrario* la boda gitana no puede ser considerada matrimonio válido a pesar de que no hay una prohibición expresa en esas normas ni en otras. De esta manera, frente a la solicitud de la demandante, para el Tribunal no se produce una situación discriminatoria por falta de igualdad de trato. Aquí, tal y como suele suceder pues se trata de su función habitual, el argumento *a contrario*, al sostener que las normas son lo que son o significan y no otra cosa diferente, sirve de “*respaldo a la legalidad vigente frente a los intentos de obviarla con consideraciones o argumentos sustanciales (de justicia, etc.)*” que de alguna manera alterarían ese carácter eminentemente legalista (García Amado: 2001, 92).

A pesar de su indiscutible corrección formal pues se aplica un criterio de legalidad estricto, sorprende hasta cierto punto que inmediatamente antes del fallo de la sentencia, el propio Tribunal se encomiende al legislador para “*en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles matrimoniales...*” (FJ 5º). Es cierto que la legislación española en ningún

momento se pronuncia de forma expresa sobre la legalidad y/o legitimidad de la boda gitana, ni en contra ni a favor, pero algo no debió de quedar del todo claro en la conciencia de los jueces constitucionales puesto que de otra manera no se entendería la inclusión en la sentencia de un párrafo como el anterior.

En relación a las argumentaciones desarrolladas a partir de precedentes, cabe hacer dos apreciaciones críticas: en primer lugar, la posible “contra argumentación” que también se recoge la sentencia en el voto particular del magistrado Jorge Rodríguez-Zapata; y en segundo lugar, que podían haber sido utilizados otros precedentes judiciales del propio TC para sostener una decisión contraria a la que se tomó.

Respecto a la primera cuestión, si bien el pronunciamiento de la sentencia coincide con decisiones anteriores tomadas en otras instancias judiciales<sup>6</sup>, el voto particular también hace mención expresa a la STC 199/2004, de 15 de noviembre, ya citada en los fundamentos jurídicos de la propia sentencia, que equiparó la validez del matrimonio canónico inscrito en el Registro civil con el no inscrito. Al contrario que el resto de miembros del tribunal, en opinión del magistrado que emite el voto particular, los dos casos coinciden entre sí “*de forma decisiva*”: ambos son matrimonios no inscritos en los que el demandante es cónyuge, y por lo tanto el TC debería haber fallado a su favor y concederle la pensión de viudedad. Nos encontramos, pues, ante dos soluciones completamente diferentes a partir de la invocación del mismo precedente judicial, lo cual no deja de ser significativo sobre el sentido débil, en los términos expresados, de la argumentación formal llevada a cabo por el TC.

En relación a la segunda objeción suscitada, esto es, que se podría haber recurrido a otros precedentes que hubieran llevado a una solución distinta o al reconocimiento de una situación de discriminación, las SSTC 155/1998 y 180/2001 contenían argumentos suficientes para que así fuera. En ambas sentencias se reconocen derechos en principio aplicables al matrimonio celebrado entre convivientes

en situación de unión libre (Gavidia: 2010, 1 ss.)<sup>7</sup>. La presunción doctrinal contenida en las mismas de que, de haber podido contraer matrimonio, la pareja se habría casado indetectiblemente, no es acertada. En este sentido, presumir la voluntad de contraer matrimonio no deriva directamente del deseo de hacerlo, sino que la pareja puede decidir mantenerse en situación de unión libre sin la más mínima intención de contraerlo. En cualquier caso, si el TC argumentó de esta manera en estas dos sentencias, resulta bien cierto que podía haberlo hecho de la misma forma en la STC 69/2007 y así considerar discriminatorio no reconocer el derecho a la pensión de viudedad de alguien que convivió en unión libre con el cotizante desde el año 1971 hasta el 2000.

2. La segunda línea argumental (fuerte o sustantiva) se refiere a la interpretación que se hace del principio de discriminación y a su alcance constitucional desde su desarrollo a partir del art. 14 de la CE. A pesar de que la STC 69/2001 no indaga de forma profusa sobre la diferencia de trato y prácticamente se justifica la decisión a partir de los aspectos formales y no sustanciales (Gavidia: 2010, 3), sí que pueden extraerse algunas apreciaciones interesantes sobre los conceptos de igualdad de trato y discriminación, a mi juicio superficialmente manejados por el Tribunal. Resulta bastante habitual en la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución, no establecer una diferencia tajante entre el principio genérico de igualdad y el mandato antidiscriminatorio, ambos establecidos en los dos incisos del art. 14 CE a partir del art. 9.2 de la misma<sup>8</sup>. La mayoría de las sentencias constitucionales argumentan desde la idea de igualdad de trato para decidir sobre cuestiones vinculadas a los rasgos específicos señalados en dicho artículo (Ruiz Miguel: 2006, 61). Este caso no es una excepción a esa tendencia general, como tendremos ocasión de comprobar.

En resumen, en la sentencia se sostiene que la no admisión del matrimonio gitano realizado según sus propios ritos a través de formas no previstas ni aceptadas por la legislación vigente en España, no es discriminatoria por

motivos étnicos o raciales puesto que las formas admitidas distintas al matrimonio civil obedecen a consideraciones religiosas y no de carácter étnico. Ahora bien, las referencias en la sentencia a la “(no) discriminación” podrían ser agrupadas en cuatro puntos básicos: a) en primer lugar, se produce a una alusión al principio general de discriminación (FJ 3º); b) a continuación se realiza una reflexión muy básica sobre las discriminaciones “directa” e “indirecta” (FJ 3º); c) en respuesta a la solicitud de la parte demandante que arguye a partir de una “discriminación por indiferenciación”, se afirma en la sentencia que aquélla no se da en este caso (FJ 4º); y d) en último lugar, también se mantiene una contraposición entre una situación de discriminación o trato diferencial y algo así como un “principio de neutralidad racial” presuntamente ejercido por los poderes públicos (FJ 4º y FJ 5º). Veamos los inconvenientes y posibles críticas hacia cada uno de estos aspectos por separado.

En relación al principio general de discriminación enunciado en la sentencia, se puede afirmar que la argumentación jurídica aportada por el Tribunal es deficiente, por varios motivos. Se dice textualmente que *“la virtualidad del art. 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad, sino que contiene, además, una prohibición explícita de que se dispense un trato discriminatorio con fundamento en los concretos motivos o razones que dicho precepto prevé (por todas, STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ4), entre los que se incluye expresamente la discriminación racial y étnica, criterio “sospechoso” respecto del que este Tribunal ha afirmado tajantemente su carácter odioso y de perversión jurídica contrario tanto al art. 14 de la Constitución española como al art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.”* (FJ 3º). Las expresiones “carácter odioso” y “perversión jurídica” son usadas de forma impropia. Lo “odioso” corresponde a una fórmula retórica a la que acude el Tribunal de forma asidua en casos de discriminación<sup>9</sup>. Por otro lado, una “perversión” casi siempre es algo fáctico; sólo es jurídica si la provoca una norma o decisión por motivo de la incorrecta protección o reparación de una

discriminación, que no es el caso (Rey Martínez: 2008, 19, nota 77).

Sobre las alusiones a la discriminación “directa” e “indirecta”, el Tribunal se refiere a ambos tipos a través de las siguientes afirmaciones: *“... se ha destacado que la prohibición del art. 14 CE comprende no sólo la discriminación directa o patente derivada del tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de una personas respecto a otras, sino también la encubierta o indirecta consistente en aquel tratamiento formal aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto a la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo...”* (FJ 3º). En las anteriores palabras, el Tribunal asimila una discriminación directa con aquélla que muestra algún tipo de evidencia, mientras que la indirecta permanece más o menos encubierta. Se trata de un error conceptual porque ambas pueden ser tanto patentes como solapadas. Por un lado, se produce una discriminación directa o de trato cuando una norma o acto dispensa un trato diferente y perjudicial por la pertenencia a una u otra etnia o raza; en cambio, acontece una situación de discriminación indirecta o de impacto a partir de regulaciones jurídicas neutras, pero de las que se extraen con motivo de una desigualdad fáctica entre individuos de diferente etnia, consecuencias desiguales que perjudican por su impacto diferenciado y desfavorable sobre los miembros de una u otra etnia o raza (Rey Martínez: 2010b, 78 ss.). Así, un buen criterio que permite distinguir entre discriminación directa e indirecta es la no neutralidad o en cambio la presunta neutralidad, respectivamente, de las medidas adoptadas que producen una situación discriminatoria (Rubio: 2001, 773). La directa o manifiesta establece un tratamiento desfavorable, no racional y explícito; en la indirecta, en cambio, no se tiene en cuenta las

diferencias, sino que a partir de una situación inicial de igualdad (neutral) se generan efectos discriminatorios de unos sujetos frente a otros. Tanto la una como la otra pueden ser deliberadas o inconscientes, por lo cual el criterio de intencionalidad no es determinante para su definición (Barrère: 2007, 25). Probablemente, el Tribunal debería haber valorado de manera más pormenorizada la posibilidad de que se diera en este caso una discriminación indirecta al concurrir un elemento externo y neutro a las propias causas discriminatorias como era la exigencia de matrimonio válido para acceder a la pensión de viudedad, del que estaban excluidas por norma legal todas las mujeres gitanas<sup>10</sup>.

En tercer lugar, la discriminación por “indiferenciación” es alegada por la parte demandante al pretender que se aplique el mismo trato jurídico a dos situaciones diferentes, esto es, las medidas legales previstas para las parejas de hecho a las uniones celebradas a través del rito gitano. Ante ello, el TC señala que el art. 14 de la CE no protege frente a la discriminación por indiferenciación o por igualación, como también se la denomina, esto es, por haber tratado la unión de la pareja como libre cuando la propia demandante admitió que no era un matrimonio reconocido legalmente. El Tribunal rechaza tal pretensión a través de las siguientes palabras: “(...) este Tribunal ya ha reiterado que resulta ajeno al núcleo de protección del art. 14 CE la discriminación por indiferenciación, al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual ...” (FJ 4º). Analicemos con cierto detenimiento las afirmaciones anteriores. La discriminación por indiferenciación, indiscriminación o igualación, supone tratar jurídicamente de forma idéntica situaciones fácticas diferentes. Por lo tanto, consistiría en aplicar la desigualdad para los desiguales, esto es, dar un trato “justo” al caso<sup>11</sup>. La discriminación por indiferenciación es sistemáticamente rechazada por el Tribunal Constitucional porque la vincula directamente

a la ruptura del principio general de igualdad recogido en el art. 14 CE (Cobrerros: 2007, 102 ss.) cuando lo que probablemente debería haber hecho es implicarla en la prohibición de discriminar en sentido estricto, que también forma parte de la norma constitucional en su calidad de derecho fundamental. Separar los dos incisos del art. 14 y referirse en exclusiva al segundo, esto es, la prohibición de discriminar por motivos raciales o étnicos, hubiera sido lo correcto. Ahora bien, es cierto que “no es lo mismo (...) el mandato de prohibición de trato (jurídico) desigual a quienes estén (de hecho) en situación igual o semejante, un mandato de perfiles bastante precisos, que el mandato de prohibición de trato (jurídico) igual a quienes estén (de hecho) en situación desigual, un mandato de formato impreciso por definición” (Rey Martínez: 2008, 22, nota 82). La decisión de que la boda gitana no tiene los mismos presupuestos ni está en las mismas condiciones que una pareja de hecho y por lo tanto que no hay trato discriminatorio, no oculta que la discriminación por indiferenciación es algo difícilmente cuantificable pues abre la discrecionalidad judicial hasta límites inadmisibles. En realidad, la decisión de establecer si las situaciones son discriminatorias es cuestión de política legislativa y no forma parte de las potestades jurisdiccionales. En este sentido, la argumentación y decisión del TC sobre esta cuestión no deja de ser consecuente y razonable, dentro de los márgenes de apreciación de los que disponía. Otra cosa es reducir al mínimo la operatividad de este tipo de discriminación, como hace por regla general, ya que podría llegar a ser un criterio útil en la valoración de situaciones susceptibles de ser comparadas.

Por último, en dos ocasiones aparece la referencia a un innecesario o prescindible por redundante “principio de neutralidad étnica” ejercido por parte de los poderes públicos, sobre el cual se apoya la decisión del TC de que no existe trato discriminatorio en este caso. Así se dice que: “(...) el Ordenamiento jurídico no sólo garantiza una forma de acceso civil al vínculo matrimonial con una escrupulosa neutralidad desde el punto de vista racial, sino que, incluso, en

los casos en que se ha optado por dotar de efectos civiles a las formas de celebración confesional de uniones matrimoniales, tampoco es posible apreciar connotaciones de exclusión étnica alguna, tampoco de la gitana” (FJ 4º), al tiempo que a continuación se sostiene de manera semejante que: “(...) tomando otro presupuesto, en primer lugar, que el Ordenamiento jurídico establece con alcance general una forma civil de acceso al vínculo matrimonial que es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica y, en segundo lugar, que cuando el legislador ha decidido otorgar efectos legales a otras formas de acceder al vínculo matrimonial, lo ha hecho sobre la connotación étnica, no cabe apreciar el trato discriminatorio por razones étnicas alegado” (FJ 5º). Este pretendido principio de neutralidad no deja de ser superfluo pues resulta vacío en el sentido de que el enunciado del art. 14 CE ya se muestra de por sí suficientemente claro para entender que cualquier discriminación por razón de raza o etnia está prohibida. Dar una vuelta de tuerca al principio de no discriminación étnica afirmando la neutralidad del Estado respecto al tratamiento de diferentes etnias no significa nada más que plantear la misma cuestión con otras palabras; por lo tanto, se trata de un argumento redundante. No obstante, la finalidad de su uso resulta evidente y hasta puede que eficiente: con estas afirmaciones se trata de reforzar argumentalmente la improcedencia de una situación discriminatoria.

La cuestión que subyace en el fondo de este asunto es que el TC no ha demostrado la misma actitud sobre la discriminación por motivos políticos o ideológicos —por ejemplo, en la STC 180/2001— que hacia las creencias arraigadas en una etnia minoritaria como es la gitana (Gavidia: 2010, 11). De hecho, el TC ha producido hasta el momento una “escasa (y discutible) jurisprudencia” sobre discriminación racial<sup>12</sup>, en la que mantiene una postura estricta y cerrada de *race blind* (Rey Martínez: 2003, 61 ss.; 2008, 20).

### 3. LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: EL “REAJUSTE” DE LA SITUACIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN

Tras dictarse la sentencia comentada, los abogados de la parte demandante en coordinación con al Fundación Secretariado General Gitano, decidieron acudir al TEDH, órgano que ha dictado sentencia el 8 de diciembre de 2009 a favor de María Luisa Muñoz y en contra del Estado español. El Tribunal Europeo, en esta resolución, ha decidido conceder la pensión de viudedad a la demandante y una indemnización, pues se considera que se ha producido una violación de la prohibición de discriminación racial (art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos) junto al derecho al respeto de los bienes del art. 1 del Protocolo Adicional Primero (ap. 89.1º)<sup>13</sup>. Sin embargo, no admitió la solicitud de la parte demandante sobre la validez del matrimonio gitano en las mismas condiciones que las formas matrimoniales aceptadas por la legislación interna española, esta vez al considerar el art. 14 del Convenio en combinación con el art. 12 del mismo (ap. 89.2º)<sup>14</sup>.

Después de describir los hechos, citar y comentar las resoluciones anteriores sobre el caso, enumerar la legislación y jurisprudencia interna y europea aplicables y recoger las posiciones de los actores en disputa, en los fundamentos jurídicos de la sentencia encontramos dos niveles de discusión que dan lugar a las conclusiones anunciadas. A un primer nivel, el TEDH se centra casi con exclusividad en los intereses patrimoniales a partir de la discusión abierta por la parte demandante sobre la validez del matrimonio celebrado a través del rito gitano; mientras que a un segundo nivel se profundiza algo más en el concepto de discriminación y sus repercusiones o consecuencias sobre la minoría gitana en general, sobre la cual se hacen unas consideraciones interesantes. Simplificando ambos aspectos, el Tribunal se ocupa del tema discriminatorio desde

un enfoque vinculado de forma exclusiva con la diferencia de trato, a partir del reclamo de una pensión de viudedad fundamentado sobre la presunta validez de una boda gitana, en un primer nivel, para dedicarse también a argumentar sobre la discriminación y los derechos de la minoría gitana desde otro enfoque más general, a continuación. No obstante, cierto desorden expositivo y redacción asistemática por parte del Tribunal conduce a que ambos aspectos aparezcan en bastantes ocasiones entremezclados, confusos y hasta redundantes en el desarrollo expositivo de la sentencia.

No cabe duda de que el gran atractivo de cara a la opinión pública de esta sentencia es el primer aspecto citado, esto es, el resarcimiento económico (70.000 euros más costas) que se le hace a María Luisa Muñoz. Esto ya supone un éxito para la parte demandante. Pero la sentencia no se agota, ni mucho menos, en ello, puesto que interesa sobre todo analizar las razones utilizadas por el TEDH para apoyar, rebatir o ajustar, en su caso, la argumentación previa del TC en relación a su decisión de no admitir una situación discriminatoria en el caso de la boda gitana con respecto a otras uniones matrimoniales y sus consecuencias sobre la extensión del art. 14 CE en comparación a la aplicación del art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el fondo de la argumentación, subyace una cuestión fundamental: el *estatus* jurídico de la discriminación étnica y racial más el ámbito de protección de los derechos de la minoría gitana. Para ello, me ocuparé primero de comentar los aspectos concretos sobre la pretendida validez del matrimonio gitano y las consecuencias pecuniarias de la decisión, para después referirme a ese tema de fondo, siguiendo al mismo orden y formato expositivo que ya utilicé para comentar los aspectos referidos a la (no) discriminación que sistematicé a partir de la STC 69/2007, de 16 de abril de 2007.

1. La primera cuestión gira alrededor de la validez del matrimonio gitano y de los intereses patrimoniales en juego. El TEDH se plantea de forma muy sucinta la validez o no validez del matrimonio gitano a partir de los

argumentos contrapuestos esgrimidos por la parte demandante y el gobierno español, respectivamente. El TC no reconoció el rito gitano como una forma de matrimonio válido. El TEDH, en cambio, recurre a una argumentación que divaga y oscila al respecto, aunque tampoco pone excesivos obstáculos a la no aceptación de su validez formal de acuerdo a la solución previa arbitrada por el TC; así señala que *la cuestión a resolver en el presente asunto es si el hecho de haber denegado a la demandante el derecho a percibir una pensión de viudedad refleja un trato discriminatorio basado en la pertenencia de la interesada a la etnia gitana, en relación a la forma en que la legislación y la jurisprudencia tratan situaciones análogas, estando, los interesados, convencidos de buena fe de la existencia de su matrimonio aun no siendo éste legalmente válido* (ap. 54)<sup>15</sup>. Además, se establece que los requisitos de validez del matrimonio dependen exclusivamente del derecho interno de cada Estado. Por lo tanto, no supone una situación discriminatoria el hecho de que no se admita el rito gitano como forma válida de matrimonio, pues la legislación interna no lo hace. El TEDH lo deja bien claro al decir que *el Tribunal observa que el matrimonio civil en España vigente desde 1981 está abierto a todos, y considera que su reglamentación no comporta discriminación por razón de religión u otra. La misma fórmula ante un Alcalde, un Juez u otro funcionario designada al efecto se aplica a todos del mismo modo. No se requiere ninguna exigencia de declaración de religión o creencias, o de pertenencia a un grupo cultural, lingüístico, étnico u otro* (ap. 79). Esto mismo reitera y concluye a continuación cuando admite que las uniones gitanas no originan efectos civiles y que no se produce una discriminación ilegal derivada del art. 14 del Convenio. La demanda es, en este sentido, rechazada (app. 80 y 81).

Unas líneas más arriba, el Tribunal había realizado otras apreciaciones que no eran tan nítidas y rotundas como las anteriores, sino que abren cierto margen de confusión. En ellas se respeta pero también se matiza la legalidad desde otro punto de vista, ya que poco más o menos se manifiesta que si bien no tiene lugar

una situación de discriminación por no observar las formas legales admitidas en el ordenamiento jurídico español, ello no quiere decir que la existencia de otra forma distinta de celebración nupcial como es la gitana, aunque no se equipare al matrimonio civil o religioso, no haya de ser tenida en cuenta. Al menos en dos ocasiones hace el Tribunal alusiones a la legitimidad de la boda gitana, a pesar de no admitir su legalidad. En la primera oportunidad explica que *para apreciar la buena fe de la demandante, el Tribunal debe tomar en consideración su pertenencia a una comunidad en la que la validez del matrimonio según sus propios usos y costumbres no ha sido nunca cuestionado y que nunca ha sido considerado contrario al orden público por el Gobierno o por las autoridades internas, que incluso han reconocido en ciertos aspectos, la calidad de esposa de la demandante. Considera que la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada* (ap. 59). Lo que parece claro es que el concepto de “validez” que maneja el Tribunal en el párrafo anterior no es el mismo que ha utilizado en otros apartados de la sentencia. Aunque no se explique qué se entiende por válido o no válido, desde luego aquí no equivale a legal o alegal como sí que sucede en otros párrafos de la misma. Y en una segunda ocasión se dice que *el Tribunal considera que, aunque la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicar esas Leyes. El Tribunal ha tenido ocasión en la Sentencia Buckley (ciertamente, en un contexto diferente) de subrayar que la vulnerabilidad de la etnia gitana, por el hecho de constituir una minoría, implica prestar una especial atención a sus necesidades y a su modo de vida, tanto en el ámbito reglamentario admisible en materia de regulación como en el momento de la adopción de la decisión en casos particulares* (ap. 61). Desde la reiteración sobre el cumplimiento de la legalidad pero esta vez proponiendo cierta flexibilidad, de forma moderada el TEDH no deja de dar un toque de atención al TC no tanto sobre el aspecto particular de no admitir la situación de discriminación, lo que no hace, sino sobre la falta de consideración suficiente del respeto

a la cultura, forma de vida y hecho diferencial de la etnia gitana. Esta matización ya alcanzará otros tintes más profundos en el otro nivel de argumentación, con respecto al cual hay un salto cualitativo pero que, debido a la confusa y poco cuidada formulación de la sentencia, no aparece bien definido o precisado.

Antes de entrar en otro tipo de detalles sobre el concepto de discriminación utilizado por el TEDH, conviene precisar que el gobierno español ha sido condenado por una discriminación que no está en la ley, sino en su aplicación, de acuerdo a lo que el propio Tribunal había decidido en otros casos similares (Gavidia: 2010, 12). En la sentencia, el TEDH considera que *el no reconocimiento del derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato en relación al trato dado, por la Ley o la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como el convencimiento de buena fe de la existencia de un matrimonio nulo (artículo 174 de la LGSS), situación equiparable a aquella en la que se encontraría si no se hubiera producido la violación del Convenio* (ap. 85). No cabe duda de que la discusión sobre la validez del matrimonio gitano era el *leit motiv* que justificaba el interés patrimonial de la demandante para solicitar la pensión de viudedad. Sobre ello, tal y como acaba de ser comentado, el TEDH expresa una opinión negativa con matices. En cambio llega a la conclusión de que en este caso *es suficiente* para reconocer esa pensión la aplicación del art. 1 del Protocolo Adicional del Convenio, relativo al derecho de propiedad en relación al art. 14 del Convenio, y así da la razón a la parte demandante (ap. 46). Por este motivo en exclusiva apoyado en decisiones anteriores respecto a las que se aprecia *“diferencia de trato”* y no desde la admisión de una situación discriminatoria por la celebración del matrimonio gitano, María Luisa Muñoz ha de recibir una cantidad de 70.000 euros *“en concepto de indemnización por todos los daños y perjuicios causados, en su conjunto”* (ap. 86).

La sentencia trata de resolver un caso “más allá” de la legalidad, pues resulta hasta intuiti-

tivo reconocer que se produjo una situación injusta al no conceder la pensión de viudedad a la demandante. De ello ya era consciente el TC, que aun habiendo aplicado con una exquisita formalidad el Derecho interno, había advertido al final de aquella resolución sobre la necesidad de legislar al respecto. El TEDH no pone en entredicho las normas reguladoras de la institución matrimonial, es más, apoya la idea de la no equiparación del rito gitano a otras formas matrimoniales admitidas por la legislación vigente, en las condiciones actuales. A pesar de que no se expresa con claridad, lo que hace es poner en cuestión la idea de (no) validez del rito gitano que sitúa a medio camino entre la legalidad de las normas estatales y la legitimidad de prácticas consuetudinarias que deben ser aceptadas y protegidas en virtud de los derechos de la propia minoría gitana. De ahí la apelación a la existencia de una discriminación por diferencia de trato con respecto a los asuntos patrimoniales ligados a la denegación de esa pensión, ya que esos efectos no pueden ser diferentes a los producidos mediante un matrimonio civil o religioso. Ahora bien, la sentencia trasciende en buen medida a lo anterior. A través de la consideración de precedentes o decisiones anteriores, y aunque se hace de manera bastante imprecisa y en ocasiones camuflada, el TEDH abre una vía importante para que el TC modifique su doctrina en torno a la discriminación étnica y racial, que todavía es incipiente.

2. El segundo nivel de discusión planteado engloba los diversos aspectos que son tratados por el TEDH en torno a la prohibición de discriminación del art. 14 del CR entendida desde una perspectiva general. En el ámbito del Derecho antidiscriminatorio y sobre todo ante la variedad de clasificaciones y tipologías del concepto de discriminación que aporta la dogmática jurídica, la contribución de los órganos jurisdiccionales resulta bastante limitada pues las referencias a las formas discriminatorias son escasas o imprecisas. Así se manifiesta una evidente desconexión entre la terminología usada por la doctrina y los contenidos de las normativas y decisiones jurisprudenciales

estatales o europeas en torno a la extensión y aplicación de la idea de discriminación (García Añón:1999, 5 ss.).

Para seguir cierto orden expositivo, voy a reproducir la estructura que ya utilicé con respecto a la STC 69/2007, de 16 de abril de 2007. esto es, los cuatro puntos básicos que señalé en el apartado anterior de este trabajo: primero, qué se entiende como principio general de discriminación; segundo, si cabe aplicar las ideas de discriminación “directa” o “indirecta”; en tercer lugar, si hay alguna referencia que permita hablar de discriminación por “indiferenciación”; y en cuarto y último lugar, si se mantiene alguna idea similar a aquel pretendido “principio de neutralidad racial” como rasgo característico de los poderes públicos. Veamos de nuevo cada uno de estos aspectos por separado desde la óptica del TEDH en comparación con el TC, y así podremos extraer algunas conclusiones críticas.

En relación al primero de los puntos señalados, esto es, sobre una definición más o menos aproximada de la discriminación, las ideas expuestas por el Tribunal pueden resumirse en tres puntos básicos: qué significa “discriminar” (ap. 47); qué margen de apreciación tienen los Estados al respecto (ap. 48); y cómo se invierte la carga de la prueba (ap. 49). En realidad, el único aspecto tenido en cuenta por el Tribunal es el primero de los indicados, ya que los otros dos no son problemáticos (Rey Martínez: 2010a, 2-3). La noción de discriminación utilizada parte exclusivamente del principio general de igualdad y no de la prohibición de discriminación, como hubiera sido preferible. Ante casos anteriores resueltos de determinada manera, el Tribunal aprecia que se ha producido una “*diferencia de trato*” en la celebración del matrimonio gitano con respecto a aquellos otros. Así construye la conclusión a partir de la carencia de trato formal como equiparación. Para el TEDH, discriminar supone “*tratar de manera diferente, excepto justificación objetiva y razonable, a personas en situaciones similares*” (ap. 47). Aunque a priori no lo parezca, pues llega a un resultado distinto, el TEDH comete el mismo error en el que ya incurrió el TC, tal

y como fue advertido, por no derivar los efectos oportunos de un reconocimiento explícito de la existencia de una discriminación étnica y racial y en cambio hacerlo desde la mera formalidad del principio de igualdad. Así, el Tribunal tan sólo *considera probado que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, esta situación constituye una diferencia de trato desproporcionado con respecto a la demandante en relación al trato reservado al matrimonio de buena fe* (ap. 65). Con ello aporta razones suficientes para resolver el caso con cierta solvencia. Por otra parte, no se añade nada nuevo al concepto de discriminación al indicar que los Estados tienen un margen de apreciación para determinar y justificar en su caso las diferencias de trato. La carga de la prueba la tendrán, en ese caso, las autoridades nacionales que han establecido ese tipo de medidas de política legislativa, lo cual es lógico y razonable.

Decíamos al comentar la sentencia STC 69/2007, de 16 de abril de 2007, que en ella se manejan las categorías de discriminación directa e indirecta, aunque no se habían entendido ni aplicado de forma correcta. A pesar de que el TC expuso que en este caso no se daba ninguna de las dos formas, cabe hacer algunas apreciaciones al respecto. La discriminación directa tiene lugar ante un tratamiento desfavorable y explícito, que no es el caso puesto que las normas que regulan las uniones matrimoniales en el Derecho español, en concreto el art. 49 del Código civil, no dispensa un trato diferente y perjudicial al matrimonio gitano, sólo que no lo incluye y por lo tanto no considera una situación discriminatoria derivada de la norma. La discriminación indirecta se origina en una situación de igualdad a partir de la cual se generan efectos discriminatorios de unos sujetos frente a otros. Precisamente, no hay inconveniente en considerar que la situación discriminatoria que se produce ante el no reconocimiento de los mismos efectos al matrimonio gitano en relación a otros tipos de matrimonio válidos entra dentro del ámbito de la discriminación indirecta, aunque no se haga alusión explícita a esta cuestión en la sentencia del TEDH. Por lo tanto, se justifi-

caría la posibilidad de que los Estados adoptaran acciones positivas (*affirmative actions*) en favor de las mujeres gitanas no casadas por los medios ortodoxos delimitados por el Derecho interno de cada Estado, para la consecución de una igualdad real y efectiva. El TC español no aceptó una evidente situación de discriminación indirecta característica de una determinada posición personal y social, que es la de una mujer gitana. Sin embargo, tampoco el TEDH hace una apuesta clara en favor del reconocimiento en este caso de una discriminación étnica y racial, sino que lo reduce a la vulneración de la igualdad de trato.

Por ello, y a pesar de que la jurisprudencia nunca lo ha utilizado, hubiera sido interesante que se planteara en este caso si se produce una “discriminación múltiple” en cuanto a que a la condición de mujer (género) se le une la condición de gitana (etnia), e incluso se podría añadir una tercera condición: la temprana edad a la que contrajo matrimonio. Esa combinación de factores produce un resultado distinto al que se obtendría de considerar cada uno de ellos de forma aislada (Rey Martínez: 2008, 18 ss.; 2010a, 7-8).

Idéntica crítica y conclusión puede hacerse y extraerse, respectivamente, del interrogante sobre si es aplicable a este caso una discriminación por “indiferenciación”. Tal y como se decía en el apartado anterior, la discriminación por indiferenciación o igualación supone aplicar el mismo o idéntico trato jurídico a dos situaciones fácticas diferentes, esto es, si ésta fuera admisible, sería discriminatorio no aplicar las medidas legales previstas para las parejas de hecho a las uniones celebradas a través del rito gitano. Esto es precisamente lo que solicitó la parte demandante y lo que fue rechazado por el TC, quizás de forma adecuada. Ahora bien, si el matrimonio gitano no es formalmente válido, como ha quedado demostrado, pero la demandante está convencida “de buena fe” de que su unión conyugal era válida, el error es dispensable, tal y como argumenta el TEDH en varias ocasiones<sup>16</sup>. El propio TEDH no se pronuncia sobre la discriminación por indiferenciación en esta sentencia; por lo tan-

to no utiliza esta categoría antidiscriminatoria para adoptar su decisión porque además no le hace falta ya que le basta con alegar la “pura y simple discriminación en sentido general” (Rey Martínez: 2010a, 6). No obstante, no habría estado de más incluir alguna apreciación sobre la misma, puesto que en algún momento la jurisprudencia tendrá que pronunciarse de forma más directa para establecer pautas interpretativas sobre la construcción teórica de la diferenciación como criterio para la obtención de la igualdad, esto es, de aquéllas políticas dirigidas a tratar de forma desigual a aquellos individuos o colectivos menos favorecidos con la finalidad de equipararlos a los más favorecidos<sup>17</sup>, entre cuyos afectados se encuentra, sin lugar a dudas, el pueblo gitano.

Y en cuarto lugar, cabe poner en duda la idea de “neutralidad” étnica o racial que había manejado de forma difusa y forzada el TC español en su sentencia. A diferencia de los dos aspectos anteriores que son obviados, aquí el TEDH sí que realiza unas cuantas observaciones, que si bien no se refieren expresamente a esa pretendida actitud neutral por parte de los poderes públicos, puede deducirse de ellas una crítica a la postura del TC español. El TEDH, de alguna manera, apela a la intervención del Estado para garantizar y favorecer los derechos de la minoría gitana, lo que no puede considerarse un reclamo hacia la neutralidad, sino más bien todo lo contrario: parece que el TEDH se postula a favor de una intervención positiva del Estado en materia étnica o racial.

Las tímidas apreciaciones sobre la comunidad gitana vertidas por el TC, diluidas bajo el tinte de una pretendida neutralidad de los poderes públicos en cuestiones étnicas y raciales, se tornan conflictivas bajo las argumentaciones del TEDH. Tanto el TC como el TEDH, el primero de forma mucho más comedida y difuminada que el segundo, recurren a enriquecer la sentencia con leves aportaciones en comentarios y reflexiones de contenido social, a favor del reconocimiento de derechos y garantías para la minoría gitana. El TC se refería a ello en su sentencia con vagas palabras y trasladaba la responsabilidad al legislador en el FJ

40<sup>18</sup>. En cambio, el TEDH va algo más allá y otorga relevancia y respeto a las creencias del pueblo gitano pues *conviene subrayar la importancia de las creencias que la demandante arrastra por su pertenencia a la comunidad gitana, etnia que posee sus propios valores establecidos y arraigados en la sociedad española* (ap. 56), o en este mismo sentido, considera que *la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada* (ap. 59). Otro paso más da a continuación al sostener que *en el seno de los Estados contratantes del Consejo de Europa surge un consenso internacional para reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida* (ap. 60), o que *la vulnerabilidad de la etnia gitana, por el hecho de constituir una minoría, implica prestar una especial atención a sus necesidades y a su modo de vida, tanto en el ámbito reglamentario admisible en materia de regulación como en el momento de la adopción de la decisión en casos particulares* (ap. 61). Según el TC, el Estado se encuentra ante un contexto aparentemente neutral con respecto a la raza o etnia de la demandante. No parece que el TEDH, a la luz de sus comentarios anteriores, apoye tal punto de vista, sino más bien la implicación de los poderes públicos en las políticas de integración del pueblo gitano, aunque lo hace de manera comedida y en todo caso a través de una leve advertencia hacia quién debe de adoptar ese tipo de medidas.

En síntesis, hubiera sido oportuno concretar qué ha de entenderse por discriminación por indiferenciación, simplemente por alusiones a la misma en la sentencia previa del TC español, aunque puede que éste no sea el caso más clarificador para esos menesteres. A partir de ello y frente a esa pretendida neutralidad estatal sobre etnia o raza, se podría argumentar sobre la necesidad de articular políticas de discriminación inversa ya que en ocasiones puede estar justificado tratar de forma desigual a través de medidas de acción positiva u otras fórmulas hacia grupos desaventajados (Ruiz Miguel: 1994a, 77 ss.; 1994b, 288 ss.; Rey Martínez: 1995, 85 ss. Barrère: 1997, 81 ss.).

También cabría considerar y este sí que parece un caso idóneo, la existencia de una discriminación de grupo, que es aquella que sufre un individuo, aquí una mujer gitana, por razón de su pertenencia a un colectivo, lo que la sitúa en posición de desventaja con respecto a otros individuos del grupo. E incluso no estaría de más plantearse la posible existencia, más allá de la mera individualidad, de una discriminación estructural, sistémica o institucional, no sólo por tratarse de una cuestión de género, sino además por pertenecer a la minoría gitana<sup>19</sup>. Quizás hubiera sido mucho pedir tales aclaraciones a pesar de ser una sentencia de tintes bastante concretos, pero no cabe duda de que era una ocasión adecuada y oportuna para realizar un discurso más abierto y clarificador sobre algunos aspectos polémicos en relación a las formas y tipos de discriminación en general y en particular sobre los derechos de las minorías étnicas y raciales.

#### 4. LAS UNIONES GITANAS: UN LARGO CAMINO POR RECORRER

El pueblo gitano ha sido objeto de persecuciones, reclusiones y expulsiones en el Occidente europeo a partir de su asentamiento durante la Edad Media hasta nuestros días. La marginación social siempre ha acompañado al colectivo romaní sin apenas paréntesis históricos<sup>20</sup>. En el caso español, desde comienzos del siglo XV, momento en el que llegan los primeros gitanos a la península, han sufrido reiterados y graves procesos de estigmatización social y exclusión que oscilan entre una actitud tolerante con intenciones integradoras o asimiladoras hasta su criminalización más descarnada<sup>21</sup>.

Entre otros aspectos referentes a su presencia actual, el desarrollo de una cultura propia mantenida durante mucho tiempo en el ostracismo más absoluto, o sus costumbres y prácticas cotidianas rechazadas por la mayoría, han sido una de las constantes que los ha

convertido en un colectivo discriminado. En muchas ocasiones, sus formas de vida han sido reducidas a meras actuaciones folklóricas y populares observadas desde un punto de vista externo, que sin embargo son extremadamente vinculantes u obligatorias desde un punto de vista interno al propio grupo. La identidad del pueblo gitano se ha construido a partir de elementos de diverso cariz con una característica en común: su “anormalidad” e incluso rebeldía en relación a la mayoría, en el sentido de no seguir los parámetros “normales” o aceptados en las sociedades de las que han formado parte, rasgo mucho más acentuado en cuanto a que se trata de un pueblo de tradicional raigambre nómada y fuertes lazos intergrupales; por lo tanto, de difícil integración.

No cabe pasar por alto que la realidad de la etnia gitana es bastante más compleja y menos superficial de lo que a través de algunos estereotipos se defiende. Las diferencias étnicas entre gitanos y “payos” no se encuentran, hoy en día, en un presunto pero erróneo nomadismo o en la falta de vínculos territoriales<sup>22</sup>, el desarraigo o gusto por el trabajo independiente u otros detalles de raigambre más popular (cante, baile, vestuario, etc.); tampoco están en la falta de estructuración social, y sobre todo, en las peculiaridades de sus propias normas sobre género, matrimonio y parentesco. Todos estos elementos han sido utilizados para sostener una “lucha identitaria” repleta de equívocos y visiones deformadas de su vida cotidiana (Gammella: 2000, 12).

Por encima de la discusión sobre la validez o invalidez del matrimonio gitano a través de la celebración de un rito específico y propio de su cultura autóctona en los términos en que lo hizo el TCE y el TEDH, cabe plantearse tres cuestiones básicas: primero, en qué consiste una boda gitana y cómo se configura a partir de ahí un matrimonio gitano; segundo: de qué manera y en qué condiciones sería factible integrar ese matrimonio en el ordenamiento jurídico español desde el punto de vista de su posible legalidad o validez; y tercero: si esa forma conyugal plantea problemas de límites, esto es, si podemos considerar que se trata de

una práctica cultural “contraria” a los derechos humanos, y que por lo tanto carece de legitimidad democrática en una sociedad plural. Veamos los tres interrogantes por separado.

1. En primer lugar, una ceremonia de boda gitana es todo un conjunto de actos sociales que crean un vínculo no sólo entre los cónyuges, sino que se extiende a las familias o parientes y de la que participa activamente toda la comunidad gitana durante varios días. Tras los prolegómenos oportunos (noviazgo corto, consejos de los padres, “pedimento” de la novia, etc.) tiene lugar el acto de celebración propiamente dicho de acuerdo a la tradición ancestral de la etnia<sup>23</sup>.

A partir de la boda, el matrimonio afecta a todas las ámbitos de la vida de los cónyuges y de sus parientes, desde la educación hasta la salud. Es la institución que permite entender la condición de la mujer gitana y el sistema de género de esta minoría. El matrimonio gitano puede explicarse a partir de cinco rasgos diferenciales (Gamella: 2000, 27 ss.): a) la unión entre hombre y mujer es una necesidad social, no una opción, sobre todo para la mujer que presenta bajísimos índices de soltería; b) tiene lugar a muy temprana edad, prácticamente en la adolescencia; los hombres suelen ser algunos años mayores que las mujeres; c) se producen situaciones de endogamia étnica, esto es, la unión de miembros del propio grupo étnico con bastante frecuencia, lo que ha dado lugar a una elevada tasa de matrimonios consanguíneos, sobre todo entre primos de diversa proximidad; d) El objetivo prioritario es la reproducción, es decir, procrear y educar hijos que son el “patrimonio” mayor que tienen los padres; y por último, e) la virginidad femenina es una condición del matrimonio. Como ha sido descrito, esto se traduce en la exigencia de demostración pública a través del rito gitano y la ceremonia del pañuelo. Las consecuencias son evidentes: se refuerza la tendencia de que las mujeres se casen pronto, ya que el riesgo de no ser virgen aumenta con la edad; hay un mayor control sobre las niñas y adolescentes, se favorece la endogamia y ello condiciona todo su sistema de género. A fin de cuentas, se pro-

duce una identificación entre sexo y matrimonio que “contribuye a considerar la feminidad como una condición peligrosa, y su sexualidad como amenazante para sí y para el grupo hasta que es concentrada o recluida en el matrimonio” (Gamella: 2000, 32). Las consecuencias, además de demográficas (alta fecundidad y alto crecimiento de población gitana), son socioculturales: la creencia en la inferioridad de la mujer, ya que son “seres a proteger y por cuya posesión o defensa surgen violentas disputas” o los cambios acentuados en el ciclo vital femenino. Afortunadamente, en las últimas décadas los indicadores van cambiando (por ejemplo, menor fecundidad de las mujeres gitanas que controlan su período reproductivo mediante el uso de preservativos), pero todavía se encuentran graves deficiencias en temas como la integración en el mercado laboral sobre todo en puestos importantes de decisión y responsabilidad, el aumento de participación en sectores informales e ilegales o de economía sumergida (venta de drogas, prostitución), dependencia de subsidios públicos o el espectacular aumento de población gitana femenina en las cárceles, etc. (Gamella: 2000, 42-49).

2. La boda gitana contiene todos los ingredientes, ya sean espontáneos o reglados, para comprender que se crea un vínculo normativo entre los cónyuges cuya unión tiene carácter matrimonial. En este sentido, podemos encontrar argumentos jurídicos en contra y a favor del reconocimiento legal del matrimonio celebrado a través del rito gitano (Ramírez Heredia: 2005, 247-255; Pérez de la Fuente: 2008, 132-138). Las posiciones negativas oscilan en torno a aspectos formales: para considerar válido un matrimonio se exige el cumplimiento de unos requisitos legales establecidos por la ley, que son de difícil o imposible cumplimiento en el caso del matrimonio gitano<sup>24</sup>. En cambio, en un sentido positivo o de su aceptación se dice que no debería haber inconveniente en incluir el matrimonio gitano entre las formas válidas de matrimonio, ampliando la variante religiosa de la normativa civil a las minorías étnicas (Félix Ballesta: 2003, 439). Una actuación legislativa —tal y como ya proponía el

TC al final de la sentencia 69/2007, de 16 de abril— incluyendo en la normativa aplicable otras uniones matrimoniales en las condiciones y con los requisitos que se determinen, sería la fórmula técnica más adecuada. En este sentido positivo parece que se ha decantado parte de la doctrina civilista<sup>25</sup>. Pero la cuestión no es de estricta técnica jurídica, sino que su rechazo presenta más bien un perfil político y moral, por no decir ideológico, aunque el discurso pretenda disfranzarse con alegatos a la vulneración del orden público o la dificultad de articular los trámites oportunos para la comprobación de que ha habido consentimiento matrimonial.

3. El caso del matrimonio gitano es un claro ejemplo de pluralismo cultural y también jurídico. De hecho, si se reconoce la existencia de una pluralidad cultural también ha de hacerse con la pluralidad jurídica (De Lucas: 1994, 62). En cuanto a ésta, es fruto de una autonormación social no coincidente con el derecho oficial o estatal, lo que resulta bastante habitual en las sociedades pluralistas contemporáneas (De Sousa: 2009, 52 ss.). A partir de ello, la vigencia de variados códigos culturales abre la duda sobre la exigencia del respeto y reconocimiento a las categorías diferenciales. La minoría gitana, en este sentido, no es una excepción, ya que además y en su inmensa mayoría son ciudadanos de pleno derecho del Estado en el que residen.

Ya bien se trate de nacionales o extranjeros, existe un componente racial, étnico y de confrontación que llega a tenerse en cuenta en la discusión sobre la multiculturalidad en las sociedades contemporáneas (De Lucas: 1999, 273-283; 2001: 59 ss.; Añón Roig: 2001b, 217 ss.). Hay sectores dentro de la población que insisten en la imposibilidad de conciliar otras formas de entender las prácticas jurídicas y culturales con un cierto orden y uniformidad social proveniente del derecho oficial o de la cultura mayoritaria asentada, respectivamente, y que ven en la diversidad cultural una amenaza para la homogeneidad social, idea general que va acompañada por una lista de prejuicios y vulgarizaciones, de imágenes y representa-

ciones negativas, alimentadas en parte por el etnocentrismo característico de los países europeos económicamente desarrollados que postulan la “globalización” a través de procesos de aculturación como logro “civilizador” que impide cualquier intento de desarrollar pautas culturales diferentes a las estandarizadas (De Lucas: 2003, 28 ss.; Solanes: 2009, 47 ss.). Pero el significado de la cultura es mucho más que eso<sup>26</sup>.

El pluralismo cultural concibe la sociedad global como el resultado de la comunicación e interacción de las culturas particulares que conviven en un espacio común y que dan lugar a una unidad más amplia; es un modelo con una función heurística que sirve de guía para tomar decisiones y desarrollar acciones frente a las relaciones entre culturas. A la perspectiva pluricultural no puede ser ajeno el derecho, y en concreto, los poderes del Estado sobre todo cuando se produce la necesidad de legislar, reglamentar y en último término, resolver controversias jurídicas que en muchas ocasiones implican conflictos de derechos fundamentales. El diálogo intercultural es un presupuesto básico para la aproximación discursiva. He aquí uno de los aspectos más delicados de la multiculturalidad: el acercamiento entre culturas. Se insiste en que las prácticas culturales y las formas de vida son dignas de protección y defensa sólo si no vulneran los derechos de los individuos (Garzón Valdés: 1993, 519-540; 2001, 233-271)). La necesidad de reconocer las diferencias y las identidades culturales no ha de suponer que todas las culturas contengan aportaciones igualmente valiosas para el bienestar, la libertad o la igualdad de los seres humanos. Hay que distinguir entre pretensiones dignas de reconocimiento jurídico y aquellas que se estima no son acreedoras de protección, bien porque no la necesitan, o bien porque no la merezcan (De Lucas: 1994, 110; 2003, 82 ss.).

De acuerdo con una perspectiva multicultural, el argumento más fuerte que obstruye de alguna manera el reconocimiento del matrimonio gitano y su inclusión en el ordenamiento jurídico español no proviene de causas

técnicas o formales, todas ellas superables, sino del conflicto entre derechos fundamentales y la valoración de la situación de discriminación sobre la que se reflexionó en los apartados anteriores de este trabajo. Hay aspectos como la “sacralización” de la virginidad de la mujer o su sometimiento a los dictados de la dominación masculina observables en muchas manifestaciones de la vida de los gitanos que, aunque no sean exclusivas de su cultura<sup>27</sup>, obligan a discutir sobre la superación de algunas prácticas y costumbres de dudosa legitimidad, por muy ancestrales que sean. Pero el discurso ha de hacerse desde la propia identidad gitana, no a través de mecanismos compulsivos externos de eliminación o prohibición drástica mediante la aplicación de normas jurídicas. No obstante, perduran varios interrogantes a los que habría que dar respuestas sosegadas: ¿cabe establecer límites al principio de igualdad ante la ley en relación con los miembros de la etnia gitana?; ¿tienen derecho a desarrollar su propia cultura incluso si se produce una situación de “discriminación dentro de otra discriminación” no sólo por actos concretos sino en el contexto social? esto es, la de ser gitana (como minoría étnica) y ser mujer (en un entorno machista), lo que agrava sobremanera la situación de discriminación. A fin de cuentas, ¿cabe la aceptación de prácticas culturales “contrarias” a los derechos humanos por parte de la etnia gitana o hay límites a su admisión en una democracia

plural? Se trata de preguntas de hondo calado que no tienen una respuesta sencilla.

Por contestar de forma urgente sobre todo a la primera de las cuestiones y en relación al caso aquí analizado, cabe decir que los legisladores y lo jueces deberían tener en cuenta que no es suficiente la proclama de la igualdad ante la ley, pues no basta con defender la igualdad de trato formal como diferenciación, que, aunque satisfactoria, se muestra insuficiente en términos de la protección jurídica de las minorías étnicas y nacionales (De Lucas: 1996, 499). Además, si la no aceptación del matrimonio gitano deriva únicamente de razones débiles o instrumentales que proceden del incumplimiento de formalidades, éstas no han de ser tenidas en cuenta como obstáculo insalvable para conseguir su validez jurídica. Tampoco conviene detenerse en alusiones retóricas de tinte superficial a que el rito gitano atenta contra la “seguridad jurídica” puesto que afectaría al “orden público” o rompería la “homogeneidad social”, expresiones mucho más complejas del uso que pretende dársele en este contexto. En cambio, la defensa de la dignidad de la mujer gitana y la constatación de una evidente situación estructural y múltiple de discriminación, o si se va más allá, la discusión sobre el derecho del pueblo gitano a mantener y desarrollar su propia cultura desde lo igual y sobre todo desde lo diferente, son razones que sí han de tomarse en serio.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- AÑÓN ROIG, M<sup>a</sup>. J. (2001a), *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México D. F., Fontamara.
- AÑÓN ROIG, M<sup>a</sup>. J. (2001b), “La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos”, en VV.AA. (J. de Lucas, dir.), *La multiculturalidad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 217-270.
- AÑÓN ROIG, M<sup>a</sup>. J. (2006), Igualdad y procedimiento administrativo especial para los inmigrantes, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* núm. 14, pp. 1-34 (<http://www.uv.es/CEFD/>).
- ARDÉVOL, E. (1986), “Vigencias y cambio en la cultura de los gitanos”, *Entre la marginación y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos* (San Román, Teresa, comp.), Madrid, Alianza Universidad, pp. 61-108.
- BARRÈRE UNZUETA, M<sup>a</sup> Á. (1997), *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas.
- BARRÈRE UNZUETA, M<sup>a</sup> Á. (2001), “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 60, mayo-agosto, pp. 145-166.
- BARRÈRE UNZUETA, M<sup>a</sup> Á. (2008), “Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio. Hacia la igualdad por la discriminación”, en *Mujeres, derechos y ciudadanías* (R. Mestre, coord.), Valencia, Tirant lo blanch, pp. 45-71.
- CALVO BUEZAS, T. (1990), *¿España racista? Voces payas sobre los gitanos*, Barcelona, Anthropos.

- COBREROS, E. (2007), "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, pp. 102-108.
- DE LUCAS, J. (1994), *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a la sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy.
- DE LUCAS, J. (1996), "La igualdad ante la Ley", en *El derecho y la justicia* (Garzón, E.; Laporta, Francisco J., eds.), Madrid, Trotta, pp. 493-499.
- DE LUCAS, J. (1998), "Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías (los derechos de las minorías en el 50 aniversario de la declaración universal de los derechos humanos)", en *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural* (J. de Lucas, dir.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 251-312.
- DE LUCAS, J. (2001), "La(s) sociedad(es) multiculturales y los conflictos políticos y jurídicos", en VV.AA. (J. de Lucas, dir.), *La multiculturalidad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 59-102.
- DE LUCAS, J. (2003a), *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Barcelona, Icaria.
- DE LUCAS, J. (2003b), "¿Qué quiere decir tener derecho a la cultura?", en VV:AA. (V. Abramovich, M<sup>a</sup>. J. Añón, C. Courtis, comps.), *Derechos sociales. Instrucciones al uso*, México D.F., Fontamara, pp. 297-319.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2009), *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta.
- ECHEVARRÍA DELGADO, J. (2000), "Materiales sobre la proposición de ley del reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano", *RDCA-2000-VI* núm. 2, pp. 289-322 (<http://www.unizar.es>).
- FÉLIX BALLESTA, M<sup>a</sup>. Á. (2003), "Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil", *Revista Jurídica de Catalunya*, año CII núm. 2, pp. 407-440.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (1993), *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos.
- GAMELLA, J. F. (2000), *Mujeres gitanas. Matrimonio y género en la cultura gitana de Andalucía*, Secretaría para la comunidad gitana. Consejería de Asuntos Sociales. Junta de Andalucía.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2001), "Sobre el argumento contrario en la aplicación de derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* núm. 24, pp. 85-114.
- GARCÍA AÑÓN, J. (1999), "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* núm. 2, pp. 1-20 (<http://www.uv.es/CEFD>).
- GARCÍA AÑÓN, J. (2004), "Medidas antidiscriminatorias y derechos de los inmigrantes", en *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración* (M<sup>a</sup>. J. Añón, ed.), Valencia, Tirant lo blanch, pp. 171-197.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1993), "El problema ético de las minorías étnicas" (1992), en *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 519-540.
- GARZÓN VALDÉS, E. (2001), "Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural", en *Filosofía, política, derecho. Escritos seleccionados* (edición a cargo de J. de Lucas), Universitat de València, pp. 233-271.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. (2010), "Matrimonio gitano, pensión de viudedad y discriminación en la aplicación de la ley", en *Diario La Ley*, núm. 7380, 14 de abril de 2010, ed. La Ley 1603/2010, pp. 1-17 (<http://diariolaley.laley.es>).
- GIMÉNEZ GLÜCK, D. (2004), *Juicio de igualdad y Tribuna Constitucional*, Barcelona, Bosch.
- LEBLON, B. (1993), *Los gitanos en España. El principio y el valor de la diferencia*, Barcelona, Gedisa (versión del original en francés: *Les gitanes d'Espagne*, Press Universitaires de France, 1985).
- MESTRE I MESTRE, RUTH (2006), *La caixa de Pandora. Introducció a la teoria feminista del dret*, Valencia, Servei de Publicacions de la Universitat de València.
- MUSOLES CUBEDO, M<sup>a</sup>. C. (2008), "El matrimonio contraído por el rito gitano ante el ordenamiento jurídico español. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007", *Iustel.com, Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado (RGDCEE)* núm. 16, enero de 2008, pp. 1-24.
- PÉREZ DE LA FUENTE, Ó. (2008), "Mujeres gitanas. De la exclusión a la esperanza", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* núm. 7, enero 2008, pp. 109-146. (<http://universitas.idhbc.es>).
- RAMÍREZ HEREDIA, J. de D. (2005), *Matrimonio y boda de los gitanos y de los "payos"*, Barcelona, CPEDA.
- RAMÍREZ HEREDIA, J. de D. (2009), "Resumen del Escrito de Alegaciones presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre y sobre el que versó la exposición que hizo el presidente de la Unión Romaní en la vista oral celebrada en el Alto Tribunal de Estrasburgo el día 26 de mayo", *I Tchatchipen: lil ada trin tchona rodipen romaní (Revista trimestral de investigación gitana)* núm. 67, pp. 12-20.
- REY MARTÍNEZ, F. (1995), *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw Hill.
- REY MARTÍNEZ, F. (2003), "La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y España. El caso de la minoría gitana", *Revista de Derecho Político de la UNED* núm. 57, pp. 61-109.
- REY MARTÍNEZ, F. (2008), "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo", Comunicación presentada al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Europeo Económico y Social y al Comité de las Regiones, el 2 de julio de 2008, pp. 1-25 (<http://www.integralocal.es>). Publicado en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 84, pp. 251-283.

- REY MARTÍNEZ, F. (2010a), “La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto “Muñoz Díaz vs. España”: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?”, *Diario La Ley* núm. 7344, 17 de febrero de 2010, ed. La Ley 193/2010, pp. 1-8 (<http://diariolaley.laley.es>).
- REY MARTÍNEZ, F. (2010b), “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho Público*, (M. Mora Ruiz, dir.), Barcelona, Atelier, pp. 77-110.
- RUBIO, A. (2001), “Las medidas antidiscriminatorias: entre la igualdad y el control”, en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería* (M. Moya, coord.), Granada, Comares.
- RUIZ MIGUEL, A. (1994a), “Discriminación inversa e igualdad”, *El concepto de igualdad* (A. Valcárcel, comp.), Madrid, Fundación Pablo Iglesias, pp. 77-93.
- RUIZ MIGUEL, A. (1994b), “La igualdad como diferenciación”, en VV.AA., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid, Escuela Libre ed., pp. 283-295.
- RUIZ MIGUEL, A. (1996), “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* núm. 19, pp. 39-86.
- RUIZ SANZ, M. (2009), A propósito de lo digno y no discriminatorio: comentarios al caso Wakenheim v. Francia sobre el ‘lanzamiento de enano’, *Teoría & derecho* núm. 5, Tirant lo blanch, pp. 182-201.
- SÁNCHEZ ORTEGA, M<sup>a</sup>. H. (1986), “Evolución y contexto histórico de los gitanos españoles”, en *Entre la marginación y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos* (T. San Román, comp.), Madrid, Alianza Universidad, pp. 13-60.
- SOLANES CORELLA, Á. (2009), “¿Integrando por ley?: de los contratos europeos de integración al compromiso de la Ley autonómica valenciana 15/2008”, *Revista de derecho migratorio y extranjería* núm. 20, pp. 47-75.
- VILLORO, L. (1998), *Estado plural. Diversidad de culturas*, México D.F., Paidós.

## NOTAS

1. Me refiero con la expresión “débil” o “formal” a que la argumentación llevada a cabo por el TC a través de precedentes judiciales se integra en el razonamiento jurídico a consecuencia del criterio de universalización, que es una regla formal de la argumentación (Gascón: 1993, 30 y ss.). Con el precedente se trata de alcanzar la solución más racional posible para un caso, acudiendo a otros “casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable” (STC 497/1982, de 14 de julio, FJ 2º). Como técnica de control de racionalidad de las decisiones, opera en un sentido débil en cuanto a que se convierte en una garantía suplementaria que refuerza otras razones para decidir de forma correcta. Como tendremos ocasión de comprobar, en esta sentencia objeto de comentario son utilizados precedentes que admiten una solución distinta; y en cambio, no son utilizados otros posibles precedentes que también habrían llevado a esa solución diferente a la adoptada. La cuestión que trataré de discutir a continuación es si los precedentes citados para negar la pensión de viudedad a la presunta cónyuge gitana son o no “casos sustancialmente iguales”, y al respecto, si se ofrece una “fundamentación suficiente y razonable” en los argumentos utilizados por el Tribunal para rechazar la solicitud de la demandante.

2. En concreto, las STC 184/1990; STC 29/1991; STC 30/1991; STC 31/1991; STC 35/1991; STC 38/1991; STC 77/1991; y STC 69/2007.

3. Se trataba de un ejemplo de los llamados “matrimonios en la fe”. Una pareja había contraído matrimonio canónico en 1977 sin inscribirlo por expreso deseo de ambos. Tras fallecer la esposa en 1990, el marido solicitó la pensión de viudedad. La Audiencia Nacional denegó en 2002 su petición al considerar que no era cónyuge legítimo. El viudo recurrió al Tribunal Constitucional en amparo por vulneración del derecho a la igualdad ya que la inscripción del matrimonio no es un requisito legal para otorgar validez al vínculo. Había, pues, un matrimonio legítimo y no una pareja de hecho.

4. Convendría precisar que la reforma de la Ley de la Seguridad Social de diciembre de 2007 (Ley 40/2007), de medidas en materia de Seguridad Social, en su art. 174.3 extendió la pensión de viudedad a las parejas de hecho, aunque con requisitos diferentes a los matrimonios. Además, en su Disposición Adicional Tercera recoge la posibilidad de retroacción, bajo ciertas condiciones, si la pensión se solicita dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la Ley. La unión conforme a los usos y tradiciones gitanas no ha sido reconocida por el legislador, aunque la STC 69/2007 concluye en su FJ 4º con una recomendación al legislador para que tales uniones puedan tener efectos civiles matrimoniales. Así, el TC no contempla una prohibición expresa de extender una prestación de viudedad a uniones no matrimoniales, sino

todo lo contrario pues dispone de un amplio margen de interpretación; y como tendremos ocasión de comprobar, así lo ha hecho en algunos supuestos también controvertidos.

5. Antes de entrar a motivar, la sentencia aclara que la recurrente interpuso demanda de amparo con fundamento en el art.174.1º de la LGSS, alegando discriminación por considerar equiparable su situación al matrimonio legal, con vulneración del art.14 de la CE. Sin embargo, el Tribunal considera en el FJ 2º que la demanda de amparo sólo plantea la “validez” del matrimonio gitano sin explicar nada sobre un eventual reconocimiento del derecho a la percepción de la prestación a partir de la imposibilidad legal de haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha de fallecimiento del causante, lo que podía haber alegado a partir de la Regla segunda de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica el Código civil. Así, el Tribunal expone que “*el objeto de este amparo debe quedar limitado al análisis de la vulneración aducida del art. 14 CE en relación con el primer aspecto destacado por la recurrente en su demanda, esto es, con el alegado trato discriminatorio que supondría equiparar su situación jurídica con la convivencia more uxorio para denegar la prestación de viudedad*”. Tampoco entró el Tribunal en la alegación de la demandante de trato discriminatorio al no haber aplicado la analogía respecto a lo establecido para los matrimonios nulos, ya que no fue solicitado en la demanda. En realidad, hay más incorrecciones en las posibles omisiones argumentales de la parte demandante que en la propia argumentación del TC, que formalmente es inobjetable.

6. Es el caso de la sentencias de 7 de octubre de 1999 (núm. 6818/1999) y de 12 de diciembre de 2002 (núm. 7949/2002), de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; o de la sentencia de 7 de noviembre de 2002 (núm. 637/2002), de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En todas ellas, no se reconocieron efectos civiles al matrimonio gitano al solicitar la prestación de viudedad. Las demandas también se fundamentaban sobre la vulneración del principio de igualdad y discriminación por razón de raza o etnia.

7. En la STC 155/1998 se decidió que era discriminatorio no reconocer a un ex conviviente en situación de unión libre, el derecho a subrogarse en el arrendamiento de una vivienda. Uno de los miembros de la pareja estaba previamente casado y no había podido divorciarse al no contemplar la legislación vigente entre los años 1973 y 1979 tal posibilidad, ni por tanto pudo contraer matrimonio con su posterior pareja. La STC 180/2001 consideró discriminatorio no reconocer al conviviente superviviente de un represaliado político de la Dictadura, la compensación prevista legalmente para el cónyuge viudo (según la Disposición Adicional de la Ley 4/1990), puesto que en el año 1971, momento en el que falleció el sujeto, no les fue posible contraer matrimonio en condiciones constitucionales. Ambos convivientes estaban bautizados en la Iglesia católica y tenían o bien que acreditar el abandono de la fe católica, o bien declarar que no la profesaban, aunque su unión databa de 1931 cuando podían haber contraído matrimonio civil según la Ley republicana de matrimonio civil de 1932, constitucionalmente admisible.

8. El TC ha utilizado parámetros para evaluar las normas desde la igualdad. Así ha dividido el juicio de igualdad en la ley en dos partes sucesivas: primero, el caso se somete a un “juicio de racionalidad” ya que la diferenciación ha de tener una justificación objetiva y razonable; y segundo, ha de pasar un “juicio de proporcionalidad” puesto que la diferencia de trato ha de ser proporcionada, esto es, ajustada de medios a fines. El juicio de racionalidad sirve para comprobar si los supuestos de hecho de la norma en cuestión son diferentes o se trata de situaciones homogéneas. En cambio, el juicio de proporcionalidad procede tras la exigencia de una diferencia de trato y se comprueba que se da una relación debida entre los medios empleados y la finalidad perseguida para poder aplicar a continuación los (sub)principios de congruencia o idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Sólo se requiere el juicio de proporcionalidad una vez se ha superado el juicio de racionalidad, esto es, cuando se ha decidido que las situaciones jurídicas son diferentes (Giménez Clück: 2004, 55 ss.; Añón Roig: 2006, 15 ss.).

9. La aplicación del mandato antidiscriminatorio de manera restringida por parte del TC hace que la discriminación no sea interpretada como simple desigualdad, ni siquiera injusta, sino que da lugar a un tipo especial de ésta que el propio Tribunal ha calificado en varias ocasiones de “odiosa” cuando se refiere a un motivo de prohibición que atenta de forma gravosa a la dignidad e igualdad de los afectados por un determinado rasgo (Ruiz Miguel: 2006, 53), entre los que se encuentra el sexo (de manera notable) y la etnia (todavía por consolidar en la jurisprudencia constitucional).

10. Además de que los conceptos que maneja el TC para caracterizar ambas formas de discriminación son confusos, también pecan de insuficientes porque no son los únicos que podrían haber sido aplicados a este caso. Por ejemplo, la discriminación puede ser además de directa o indirecta, individual o de grupo (Barrère: 1997, 26-29; 2001, 147-148; Añón Roig: 2001a, 29-31, Ruiz Sanz: 2009, 197-198). El TC no consideró la posibilidad de que se diera una discriminación de grupo. Frente a la discriminación individual exclusivamente *ad personam*, la grupal es aquella que sufre un individuo por razón de su pertenencia a un grupo (en este caso una etnia distinta) y que lo sitúa en posición de desventaja en relación a otros individuos (de otras etnias). En realidad, sólo entendió que no procedía una discriminación en un

supuesto concreto sin plantearse como argumento de fondo la situación global de la minoría gitana, salvo algunas alusiones de carácter general y bienintencionadas hacia ésta. Así se dice que: “... *Cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferente de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales o efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. En este sentido pudieran tomarse en consideración las peculiaridades y el carácter de la minoría étnica de la comunidad gitana, en línea con los principios del Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial del 21 de diciembre de 1965...*” (FJ 4º). Al menos en las palabras anteriores se deja entrever cierta comprensión hacia situaciones de discriminación grupal, pero que se recomienda sean afrontadas desde el poder legislativo.

11. En sentido aristotélico, supone aplicar un criterio de justicia geométrica o proporcional frente a la igualdad aritmética que consiste en tratar igual lo que es igual. Es por ello que algunos autores prefieren hablar de “desigualdad por indiferenciación”, pues debería reservarse el término discriminación para referirse a desigualdades especialmente odiosas: “... no resulta tan chocante decir que el trato igual de lo que es desigual produce una desigualdad injusta que reclama la igualdad (proporcional) dispensada mediante una desigualdad justa, como que el trato igual de lo que es desigual constituye una discriminación o distinción injusta” (Ruiz Miguel: 2006, 76). Aunque parezca lo contrario, tratar desigualmente a los desiguales no se convierte en un trato igual, sino en un trato justo. La confusión proviene de identificar lo igual con lo justo (Ruiz Miguel: 2004, 285-286).

12. Sólo existe una sentencia anterior del TC a partir de un recurso de amparo por discriminación étnica. Se trata de la STC 13/2001, de 29 de enero. En aquel caso se valoraba una actuación de la policía española que solicitó en un transporte público la identificación de una mujer de raza negra, mientras que al resto de pasajeros, todos ellos blancos, no se les pidió que se identificaran. El Tribunal declaró que no había discriminación patente ni encubierta. Sin embargo, había indicios suficientes para entender que se trataba de un conducta racista de las fuerzas del orden público como “indicador de criminalidad” (García Añón: 2004, 192 ss.). Curiosamente, aquella decisión ha sido declarada por el Comité de Derechos Humanos (caso Willians, Comunicación núm. 1493/2006, de 27 de julio de 2009) contraria al art. 26 junto al art. 2.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (Rey Martínez: 2010a, 2).

13. El art. 14 del Convenio reza lo siguiente: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”: Por su parte, el art. 1 del Protocolo núm. 1 se refiere a que: “Toda persona física o moral tiene derecho al respecto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional (...)”.

14. El art. 12 del Convenio dice que: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

15. Con el objeto de evitar la excesiva extensión de este trabajo, omitiré las referencias textuales a la versión original de la sentencia en francés, para hacerlo directamente en castellano en letra cursiva.

16. En los apartados 54, 58, 59, 64 y 65 de la sentencia, el TEDH alude de forma expresa a la “buena fe” y al consentimiento de la demandante, a pesar de contraer un matrimonio no válido formalmente.

17. Me refiero exclusivamente a lo que se ha denominado “diferenciación para la igualdad”, esto es, la actuación política sobre una sociedad más igualitaria que exige acciones más justas y redistributivas que ayuden a los más perjudicados o desamparados. Otra cosa diferente es la “diferenciación como igualdad” cuya idea básica gira en torno a un modelo ideal de sociedad igualitaria en la que prima de diferenciación o diversidad grupal sobre la dominación o desigualdad injusta entre esos grupos (Ruiz Miguel: 1994, 286 ss.).

18. Con mayor claridad y rotundidad se expresa el magistrado Jorge Rodríguez-Zapata en su voto particular al indicar que: “(...) *En los supuestos de protección de minorías étnicas, la consecución de la igualdad exige, a mi juicio, medidas de discriminación positiva a favor de la minoría desfavorecida y que se respete, con una sensibilidad adecuada, el valor subjetivo que una persona que integra esa minoría muestra, y exige, por el respecto a sus tradiciones y a su herencia e identidad cultural*”. Unas líneas más adelante, precisamente, se refiere a que no es suficiente con seguir la “*escrupulosa neutralidad*” de una norma cuando se da una situación como ésta.

19. Aunque el concepto de discriminación estructural surge de las teorías feministas, en concreto de los trabajos de E. Frazer, N. Lacey, C. MacKinnon o I.M. Young, entre otras (Barrère: 2001, 152; Mestre: 2006, 111 ss.), al considerar la discriminación por motivos de género con la intención de dar un paso más de lo que supone el reconocimiento de discriminaciones indirectas sobre las mujeres, se trata de una categoría perfectamente aplicable a la discriminación étnica y racial. De manera muy básica, consiste en una situación de opresión, marginación o explotación que sufre un colectivo o minoría, que se refleja en las instituciones sociales, económicas y culturales de una sociedad. Es una discriminación que recibe varios nombres: “intergrupala, estructural, social, institucional, difusa o sistemática”, que también es jurídica (Barrère: 2008, 45 ss.).

20. Lamentablemente, los recientes acontecimientos en Francia así lo atestiguan y aseveran. Una circular del gobierno, a finales de julio de 2010, ordenaba el desalojo y expulsión de grupos de personas de etnia gitana del territorio francés. Durante el mes de agosto de 2010, las autoridades francesas han expulsado del país alrededor de un millar de gitanos roma, ciudadanos rumanos y búlgaros al desmantelar alrededor de un centenar de campamentos. En total, durante el año 2010, han sido expulsados por el gobierno de Sarkozy más de 8.000 ciudadanos europeos de etnia gitana. Unos diez millones de gitanos viven en Europa, de los catorce millones que hay en todo el mundo, principalmente en Rumanía, Bulgaria, Hungría, Grecia, República Checa, Eslovaquia, Serbia y España, donde viven aproximadamente unos setecientos mil gitanos. Desde París se aseguraba que no se trataba de expulsiones forzadas, sino de personas que se habían acogido a la ayuda del retorno voluntario. Los que aceptaron irse recibieron 300 euros más 100 euros por cada uno de sus hijos, muchos de ellos nacidos y escolarizados en Francia. Los argumentos han girado en torno a la excusa de la falta de seguridad ciudadana; se ha equiparado a los gitanos expulsados a presuntos delincuentes sin haber sido juzgados por delito alguno conocido. Su condición de ciudadanos europeos no ha sido tenida en cuenta. En cambio, su etnia sí que ha sido relevante para ser tratados de manera discriminatoria. El Comité de las Naciones Unidas ha declarado con matices, en relación a la *Convención Internacional Contra Todas Las Formas de Discriminación Racial* (CERD), que los desalojos forzados y obstáculos al acceso a una vivienda adecuada y a la segregación de gitanos suceden también en otros países como Bulgaria, República Checa, Grecia, Italia, Lituania, Rumanía y Eslovaquia, entre otros. La *Agencia de Derechos Fundamentales de la UE* ha estimado que las personas de etnia gitana se enfrentan a los más altos niveles de discriminación dentro de la UE. La Comisión Europea ha lanzado políticas de integración a través de la *Plataforma Europea para la Inclusión de los Roma-Gitanos* y la adopción de los *Principios Comunes Básicos para la Inclusión de los Roma-Gitanos* en la *Conferencia de Revisión de Durban contra el Racismo*, celebrada en 2009. Fuente: Diario *El País*, 3 de septiembre de 2010, p. 4; y de la misma fuente, Navy Pillay: “Gitanos: los otros europeos” (artículo de opinión), 22 de octubre de 2010, p. 31. Para un visión general sobre el tema, puede verse: *La población romaní: EU-MIDIS, encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación*, Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Viena, 2009.

21. Tras un “periodo idílico” al comienzo de su llegada a España, sin apenas conflictos, es a partir de la Pragmática dictada por los Reyes Católicos en 1499 cuando se extiende el Decreto de expulsión que pesa sobre ellos hasta 1633, año en el que una nueva Pragmática de Felipe IV intenta integrarlos mediante su sedentarización. Es Carlos III quien les declaró en 1783 iguales al resto de sus súbditos. A partir de este momento, “puede hablarse de la incorporación definitiva de la minoría a nuestro país, y se caracteriza por su asentamiento y la adquisición de unos rasgos socioculturales típicos del grupo en España” (Sánchez Ortega: 1986, 18 ss.). Ahora bien, la integración nunca ha sido pacífica ni definitiva. Además, siempre han sido tratados como vagabundos, truhanes o proscritos, han sido asimilados a los delincuentes habituales, se les ha tratado de individuos descarriados que viven al margen de la ley, de vida ociosa, escandalosa, con prácticas contrarias a la moral y al orden público (Leblon: 1993; Calvo Buezas: 1990).

22. Cabría matizar respecto al caso español que a partir de la política de asimilación propuesta durante el reinado de Carlos III, en los siglos XVII, XVIII y XIX se produjo un fuerte y exitoso proceso de sedentarización de la población gitana en España (Sánchez Ortega: 1986, 44 ss.). Más tarde, en el siglo XX, cíngaros oriundos de otros países de Europa de vida nómada (llamados “húngaros”) han ido llegando a España, pero no se han mezclado con el resto. Los gitanos españoles que hoy en día practican el nomadismo ancestral son prácticamente inexistentes. Además, los procesos de sedentarización fueron rápidos en algunos lugares, como es el caso de la Baja Andalucía, y lentos en otros, como sucedió en Cataluña. Por otro lado, el sedentarismo gitano no es uniforme, ya que “abarca desde el rico comerciante propietario de lujosas tiendas hasta el pequeño chatarrero de chabola” (Leblon: 1993, 78).

23. Según la costumbre gitana, sucede lo siguiente (Ardévol: 1986, 102-103): “*Si el matrimonio decide celebrarse por el ritual gitano, toda la ceremonia girará en torno a la virginidad de la novia. Este ritual tiene un marcado carácter festivo. La comprobación de la virginidad de la novia suele realizarla un ‘ajuntaora’, anciana con experiencia reconocida en estos menesteres, y presencian la ceremonia la madre, la suegra y todas aquellas mujeres casadas de ambas familias que quieran participar en el acto. Mientras tanto, los hombres esperan fuera. Una vez pasada la prueba de la virginidad o ‘prueba del pañuelo’*”

*empieza la fiesta, a la cual están invitados la familia del novio y de la novia, así como todos aquellos que tengan conocimiento de la ceremonia y quieran sumarse a ella. Durante las primeras horas de la tarde, al inicio de la fiesta, está presente todo el grupo familiar; niños y ancianos forman corros, y en el centro salen a bailar 'mozuelos' o 'mozuelas', los novios y los 'casados'. Una vez que ha anochecido, suelen retirarse los más viejos y los más jóvenes. La fiesta sigue con el lanzamiento de peladillas; algunas dirigidas a los novios, otras hacia los propios invitados y otras muchas son lanzadas al aire en señal de alegría. Luego, mientras se alza a la novia en brazos y 'se la baila', los hombres rompen sus camisas o las de sus familiares. Llegados a este punto, ya al filo de la madrugada, se canta la Alboaré, pudiendo la fiesta seguir hasta el día siguiente o incluso por espacio de varios días más". Este ritual es el que aporta un "estatuto matrimonial más sólido" y en él participan todos los miembros importantes de la estructura social gitana. Es de carácter público y aceptado por toda la comunidad, aunque se admitan otras formas de unión matrimonial entre los gitanos que también son reconocidas (por ejemplo, "la fuga" de la novia a casa de familiares del novio).*

24. Entre otras razones de carácter formal para negar validez jurídica al matrimonio gitano están las siguientes (Musoles: 2008, 22-23): es una cultura ágrafa y deberían nombrar un representante que informara de la celebración de la boda; los contrayentes pueden casarse sin o contra su voluntad, además de hacerlo a temprana edad; la práctica de comprobar la virginidad de la mujer es indigna y contraria a los derechos fundamentales; el celebrante del acto no se identifica con claridad; se pueden plantear problemas de identificación pues no hay registros propios, o de regulación registral y jurisdicción aplicable en supuestos de crisis matrimonial. En esta misma línea, resulta de sumo interés consultar los "Materiales sobre la proposición de ley de reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano" (Delgado Echevarría: 2000, 289-322), donde se incluye unas breves reflexiones del autor ("El matrimonio no es el rito", 289-291) con argumentos en contra de su reconocimiento basados en la "difícil armonización con los principios de libertad e igualdad" de todos los españoles y la puesta en cuestión de valores constitucionales. Pueden verse también las razones sostenidas por la Letrada de las Cortes de Aragón (pp. 291-295) en un sentido parecido, y a continuación, la discusión parlamentaria sobre la Proposición de Ley de las Cortes de Aragón, única que ha tenido lugar en España para reconocer el matrimonio gitano, que finalmente no prosperó.

25. Al respecto, conviene consultar el escrito de alegaciones presentado ante el TEDH sobre el que versó la exposición que hizo el presidente de la Unión Romani en la vista oral celebrada el día 26 de mayo de 2009, donde se contienen citas y referencias a las opiniones de varios civilistas a favor del reconocimiento del matrimonio gitano (Ramírez Heredia: 2009, 12-20).

26. Según la definición, ya clásica, de E.B. Taylor, la cultura o civilización es "todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, las leyes, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el individuo en cuanto miembro de una sociedad", que coincide prácticamente con otras definiciones como la propuesta por la Conferencia Mundial de Políticas Culturales organizada por la Unesco en 1982 en México que se refiere al "conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos, que caracterizan a una sociedad o grupo social; engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias" (Villoro: 1998, 35 ss.; De Lucas: 2003, 298). Aunque delimitar lo que significa o de qué elementos se compone una cultura resulte ciertamente complejo, puede decirse que han de cumplirse unos criterios mínimos que son cuatro (Villoro: 1998, 82 ss.): a) autenticidad, que comprende la consistencia y adecuación a las necesidades, deseos y creencias de los individuos y grupos humanos; b) autonomía, en cuanto a que las personas aceptan esa cultura sin imposiciones externas; c) sentido, que supone la posibilidad de perfeccionamiento personal y colectivo a través de la elección de formas de vida que hagan la existencia más valiosa; y d) eficacia, que permite decidir sobre el carácter más justificado y racional de la elección de una creencia y de los medios adecuados para alcanzar determinados objetivos. De forma muy sintética, el derecho a la cultura es uno de los contenidos de los "derechos culturales" (De Lucas. 2003, 303). Habría dos maneras de entender la "cultura" como un derecho: en primer lugar, lo que podría llamarse el "derecho de acceso y participación en la cultura" entendida ésta como un bien primario para el desarrollo y emancipación individual; y en segundo término, el "derecho a la propia identidad cultural, propio patrimonio y herencia cultural" con la finalidad prioritaria de preservar la cultura propia en una sociedad multicultural. Ambas opciones tienen aspectos bien distintos de comprender las identidades y diferencias entre los seres humanos. La primera fórmula corresponde a aquellas tendencias que buscan la integración de los ciudadanos desde su autonomía frente al Estado, que debe dotar de reconocimiento jurídico a ciertos grupos minoritarios para alcanzar cuotas de igualdad política respecto al resto de ciudadanos. Frente a éstas, se encuentran las posiciones "diferencialistas" que propugnan la prioridad de preservar la cultura propia como un fin en sí mismo. En escueto resumen, para los primeros, todos debemos ser iguales; para los segundos, lo importante es la diferencia (De Lucas, 2003: 305). Así pues, el "derecho a la diferencia" parte de una pretensión de los individuos a ser reconocidos como miembros de cierto grupo social y a gozar de determinados beneficios en virtud de tal reconocimiento. Su fundamento se sustenta sobre la dignidad humana, la

identidad personal y la autonomía de los sujetos para elegir sus planes de vida. Ambas fórmulas deberían ser compatibles, y especialmente protegida la segunda.

27. Así también el catolicismo postula por la virginidad hasta la celebración del matrimonio. La tradición católica siempre ha considerado el estado de virginidad o celibato preferible al estado de matrimonio. El Concilio de Trento (Ses. XXIV, Can. 10) pronunció un anatema contra la doctrina opuesta. Mucho más cercana en el tiempo es la Encíclica del Papa Pío XII "*Sacra Virginitas*" (25 de marzo de 1954) que incluye una Sección titulada "El aprecio del matrimonio y la virginidad". Esta, según la Encíclica, es una "virtud angélica", y citando, entre otros, a Cipriano (*De habitu virginum*, 22-P. 4,462: "Vosotras comenzáis a ser ya lo que algún día hemos de ser todos. Ya en este mundo gozáis la gloria o la resurrección, pues a través de él pasáis sin contaminaros con su corrupción. Mientras perseveráis castas y vírgenes, sois iguales a los ángeles de Dios" (esta cita de Cipriano que utiliza Pío XII está extraída de la obra *De habitu virginum*, escrita en el 249 d.C.) Véase al respecto Denzinger, H., Hünermann, P., *El Magisterio de la Iglesia. Enchiridion, Symbolorum, definitiorum et declarationum de rebus fidei et morum*, Barcelona, Herder, 2000 (2ª ed.), n. 3911-3912.

**Fecha de recepción: 21 de octubre de 2010**

**Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2010**



## RESUMEN

Cuando se produce en una persona una disociación entre el factor biológico o genético de su sexo y la realidad sexual psicosocial que vive y siente, tiene lugar una quiebra en su identidad sexual; es lo que la medicina y la sexología oficial califican de transexualidad o disforia de género. En contra de lo que se piensa habitualmente, éste no es un problema que se manifieste exclusivamente en la edad adulta; también los menores padecen dicho trastorno con las correlativas repercusiones emocionales, sociales y de otra índole. La finalidad del presente trabajo es la de examinar cómo contempla nuestro Ordenamiento jurídico el transexualismo en la minoría de edad, especialmente en la adolescencia. Nuestro estudio nos permitirá constatar la ausencia de respuesta legal a un problema humano que, no obstante su reducida incidencia, es una realidad social y científica necesitada a todas luces de una regulación específica que le proporcione seguridad jurídica.

## PALABRAS CLAVE

TRANSEXUALIDAD. DISFORIA DE GÉNERO. MENOR DE EDAD. REGISTRO CIVIL. MENCIÓN RELATIVA AL SEXO. TRATAMIENTO DE REASIGNACIÓN SEXUAL

## ABSTRACT

When a dissociation is produced in a person between the biological or genetic factor of gender and the psychosocial sexual reality in which he is living and feeling, a breach takes place in his sexual identity; is what medicine and official sexology describe as transsexualism or dysphoria gender. Against the general thought, this problem doesn't only show up in adulthood, children also suffer from this disorder, with the related emotional, social and other impacts. The purpose of this study is to examine how our legal system provides for transsexualism in the underaged, especially in adolescence. Our study will allow us to verify the absence of legal response to a human problem that, despite its low incidence, is a social and scientific reality that clearly needs a specific regulation to provide legal certainty.

## KEY WORDS

TRANSSEXUALISM. GENDER DYSPHORIA. CHILD. CIVIL REGISTRY. VITAL RECORDS. SEXUAL REASSIGNMENT TREATMENT

# EL TRANSEXUALISMO PRIMARIO Y SU CONTEMPLACIÓN LEGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL\*

Lucía Vázquez-Pastor Jiménez

Profesora Ayudante Doctora  
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Regulación legal de la transexualidad en España: el antes y el después de la ley 3/2007, de 15 de marzo. 3. ¿*Quid* del menor de edad transexual en el derecho español? A) Consideraciones preliminares. B) El menor de edad adolescente ante el tratamiento de reasignación sexual. a) Intervenciones psicológica, psiquiátrica y hormonal. b) La cirugía de reasignación sexual; a propósito del primer cambio de sexo de una adolescente en nuestro país.

## 1. INTRODUCCIÓN

El modernamente denominado derecho a la identidad sexual se considera como una concreta manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad personal (art. 10.1 CE), en estrecha conexión asimismo con la protección de la salud (art. 43.1 CE), el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE)<sup>1</sup>. Hablamos, pues, de uno de los derechos inherentes a la persona con la importancia suficiente como para que el Ordenamiento articule los mecanismos tendentes a su reconocimiento, tutela y garantía. Así las cosas, cuando se produce en una persona una disociación entre el

factor biológico o genético de su sexo y la realidad sexual psicosocial que vive y siente, tiene lugar una quiebra en su identidad sexual: es lo que la medicina y la sexología oficial califican de transexualidad, transexualismo o disforia de género<sup>2</sup>; se trata, en última instancia, de términos análogos que se emplean para designar la forma más grave de presentación de los trastornos de la identidad de género<sup>3</sup>.

Esta conceptualización de la transexualidad como un trastorno es ciertamente la más difundida en la actualidad por ser la que recogen los dos referentes clínicos más divulgados internacionalmente; el *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales* en su última versión (en adelante DSM-IV-TR)<sup>4</sup>, y la Clasificación Internacional de Enfermedades (en

\* Nota del Editor: Este artículo ha superado la evaluación por pares.

adelante CIE-10)<sup>5</sup>, y por tal razón es la que aquí reflejamos. No obstante ello, conviene apuntar, siguiendo a BUSTOS MORENO, que existen dudas sobre su conceptualización futura, pues se da la circunstancia de que cada vez se pronuncian más expertos en la materia (sobre todo sexólogos) a favor de la no patologización de la transexualidad<sup>6</sup>.

De acuerdo con el especialista en Endocrinología y Nutrición BECERRA FERNÁNDEZ, las personas transexuales tienen la convicción de pertenecer al sexo opuesto al que nacieron, con una insatisfacción mantenida por sus propios caracteres sexuales primarios y secundarios, con un profundo sentido de rechazo y un deseo manifiesto de cambiarlos médica y quirúrgicamente<sup>7</sup>. Su identidad sexual psicológica es distinta a su fenotipo genital. Son mujeres que se sienten "atrapadas" en cuerpos de hombre, y hombres que se sienten "atrapados" en cuerpos de mujer; sin trastornos psiquiátricos graves que distorsionen la percepción de la realidad, que necesitan ser aceptados social y legalmente en el género elegido<sup>8</sup>. Hasta la fecha se desconoce la etiología de este fenómeno, no habiéndose descrito ninguna alteración del sexo genético en las personas transexuales, y siendo el cariotipo el que corresponde al sexo biológico. Es por ello que la causa de la transexualidad sigue siendo hoy día fruto de teorías y conjeturas diversas<sup>9</sup>. Y precisamente por carecer de un conocimiento exacto sobre su etiología, el único tratamiento posible en el transexualismo es rehabilitador; esto es, la reasignación de sexo, adecuando de la manera más completa y rápida posible el fenotipo al sexo que el sujeto se siente pertenecer mediante intervenciones psicológica, hormonal y quirúrgica<sup>10</sup>. Los numerosos estudios publicados en los últimos tiempos sobre la transexualidad ponen de manifiesto cómo ha mejorado la detección o diagnóstico de este desorden de la identidad de género y su tratamiento integral.

Dentro de este contexto, el tema que nos ocupa específicamente en estas páginas es el trastorno de la identidad de género cuando se manifiesta en la persona menor de edad. A

decir verdad, nuestro interés por este tema en cuestión proviene de una noticia que saltó a los medios de comunicación en noviembre de 2009, según la cual una menor transexual de dieciséis años de edad había solicitado la autorización judicial para poder someterse a una operación de reasignación sexual. Posteriormente, en enero del año en curso es noticia nuevamente el caso de esta menor, esta vez suscitando una mayor polémica, pues es sabido que el Juez concedió finalmente la autorización solicitada y que la menor fue operada con éxito.

Como veremos, la transexualidad puede aparecer a edades muy tempranas: se habla entonces de transexualismo primario, que afecta a aquellas personas que presentan alteraciones en la identidad de género desde la infancia. De hecho, los trastornos de la identidad de género en la adolescencia y en la infancia se incluyen como diagnósticos específicos en el DSM-IV-TR y en la CIE-10, que establecen una serie de criterios estándares para su determinación y tratamiento. No obstante, es cierto que las dificultades del diagnóstico correcto de la disforia de género son aún mayores en la época puberal, ya que implica la atención a pacientes con gran complejidad en su expresión clínica y en sus posibilidades etiológicas<sup>11</sup>. Esto ha generado mucha controversia sobre el tratamiento, pues hay diversos estudios según los cuales la mayoría de los niños que presentan trastorno de identidad de género no desarrolla transexualidad en la edad adulta<sup>12</sup>. Mas, sin perjuicio de ello, existen asimismo estudios epidemiológicos que revelan que la prevalencia de la transexualidad en adolescentes es incluso superior a la esperada<sup>13</sup>.

No puede afirmarse, por tanto, que la disforia de género es un problema que se manifiesta exclusivamente en la edad adulta; también los menores padecen dicho trastorno con las correlativas repercusiones emocionales, sociales<sup>14</sup> y de otra índole. Ahora bien, dentro esta etapa vital de la minoría de edad conviene diferenciar en un trabajo como éste entre la infancia y la adolescencia, pues los rasgos clínicos de la transexualidad en una y otra fase difieren nota-

blemente. Pero, sobre todo, la oportunidad de esta diferenciación se explica primordialmente por la divergencia en el tratamiento a seguir según el paciente transexual sea niño o adolescente. En efecto, cuando se detecta en un niño un trastorno de la identidad de género, destacan los especialistas que la actitud debe ser expectante y dirigida únicamente a favorecer la adaptación del niño a su entorno y a orientar a su familia. Habrá que esperar hasta la adolescencia para consolidar el diagnóstico de la transexualidad; de confirmarse dicho diagnóstico, el tratamiento se orientará a la reasignación de sexo requiriendo un enfoque interdisciplinar<sup>15</sup>. Es precisamente con relación a este tratamiento del adolescente debidamente diagnosticado de disforia de género donde se nos plantean, como veremos, las principales cuestiones que serán objeto de reflexión en las siguientes páginas.

En líneas generales, se pretende en este trabajo examinar cómo contempla nuestro Ordenamiento jurídico el transexualismo en la minoría, especialmente en la adolescencia, o en otros términos, cuál es actualmente la regulación legal atinente al adolescente transexual en nuestro país. Se podrá constatar de esta forma, cabe anticipar, la ausencia de respuesta legal a un problema humano que, no obstante su reducida incidencia, es una realidad social y científica necesitada a todas luces de una regulación específica que le proporcione seguridad jurídica, y ello con independencia de la valoración moral que dicho problema pueda merecer a cada uno.

## 2. REGULACIÓN LEGAL DE LA TRANSEXUALIDAD EN ESPAÑA: EL ANTES Y EL DESPUÉS DE LA LEY 3/2007, DE 15 DE MARZO

Al margen del amplio tratamiento médico, psiquiátrico y psicológico que existe actualmente sobre la transexualidad, no cabe duda que ésta requiere igualmente una respuesta legal, un tratamiento específico por parte del

Ordenamiento jurídico con la finalidad primordial de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que han nacido, así como el principio de no discriminación (arts. 10.1 y 14 CE). No obstante, lo cierto es que la respuesta del legislador se ha hecho esperar, pues hasta hace relativamente poco tiempo ha existido un importante vacío legal al respecto. Concretamente, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (en adelante LRR), comúnmente conocida como Ley de identidad de género, disciplina por primera vez en España el cambio de sexo que se produce en los casos de disforia sexual. Empero, antes de centrarnos a examinar lo que proceda de esta regulación actualmente vigente, considero oportuno recordar, siquiera sea muy sucintamente, cuál ha sido la respuesta jurídica que ha merecido la materia que abordamos hasta la aprobación de dicha Ley o, dicho sea de otro modo, cómo se ha suplido en nuestro país ese notable vacío legal existente en materia de transexualidad<sup>16</sup>.

Conviene apuntar, en primer lugar, que hasta el año 1983 las operaciones de cambio de sexo se tipificaban en el Código penal como un delito de lesiones. A partir de ese año tiene lugar una reforma del referido Código que despenaliza este tipo de intervención dotándolo de una cierta cobertura legal (Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código penal). Concretamente, el art. 428 párrafo 2º disponía: “el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo”. Posteriormente, en 1995, se reforma otra vez el Código penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal), aunque en este aspecto no hay modificación alguna; de hecho, el nuevo art. 156 párrafo 1º reproduce casi literalmente el antiguo art. 428. Por consiguiente, la base que legitima esta intervención

de cambio de sexo es el consentimiento libre y voluntario de la persona que quiera realizarse tal operación<sup>17</sup>, si bien el legislador se ha preocupado de establecer expresamente que dicho consentimiento no será válido cuando sea prestado por un menor de edad; no obstante, sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Por lo que respecta a la materialización de dicho cambio de sexo en el ámbito registral y los efectos legales que se derivan del mismo, es esencialmente destacable la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, que reconoce por primera vez el derecho de una persona transexual a que se rectifique la mención relativa al sexo en el Registro Civil<sup>18</sup>. Con todo, la resolución acude a un argumento no exento de controversia, cual es la teoría de la *fictio iuris*, al objeto de fundamentar la posibilidad de rectificación registral y el cambio de nombre. En puridad, dispone que “esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad; porque el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caractereologías psíquica y emocional propias de este sexo”. Y añade que “el transexual tiene un primigenio derecho a cambiar de nombre de varón por el de hembra; pero sin que tal modificación registral suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto”. Como vemos, el Alto Tribunal limita expresamente los efectos de tal rectificación tan sólo al reconocimiento del derecho a cambiar el nombre, prohibiendo al transexual realizar los demás actos propios de su nuevo sexo; esencialmente, contraer matrimonio con persona de distinto sexo registral (es decir, personas de su mismo sexo biológico) y adoptar. Además, la sentencia destaca entre sus fundamentos que sólo es posible autorizar esta rectificación registral cuando la persona que lo solicita se ha sometido previamente a una completa cirugía de resignación sexual.

Con posterioridad a esta resolución que marcó un hito en el tema de la transexualidad, el Tribunal Supremo dicta otras tres sentencias que terminan de conformar su línea jurisprudencial; concretamente, las sentencias de 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989 y 19 de abril de 1991. A partir de las mismas, la doctrina jurisprudencial sobre la rectificación registral del sexo de las personas transexuales se basará fundamentalmente en las siguientes consideraciones:

– El sometimiento a la operación de reasignación sexual como requisito *sine qua non*. En efecto, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo el presupuesto básico para autorizar la rectificación registral es que el transexual se haya sometido a todo el proceso quirúrgico de cambio de sexo no siendo, por tanto, suficiente una exteriorización propia de una asignación social de género. En este sentido, el Alto Tribunal ha sido taxativo al exigir la verificación médico-forense de la finalización de un proceso transexualizador que, además, debía ser cubierto por el propio el demandante. No obstante, se ha de destacar que paralelamente —e incluso con anterioridad— a las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo se dictaron algunas otras resoluciones en tribunales inferiores que quedaron firmes por no ser recurridas, las cuales admitieron el cambio de la mención registral relativa al sexo aun cuando la persona que lo demandaba no se había sometido a una completa cirugía de reasignación sexual. Precisamente, el mismo Tribunal Supremo hace mención a estas resoluciones favorables a las demandas de cambio de sexo en los siguientes términos: “Sin embargo, y con anterioridad, es curioso destacar la prosperabilidad de la transexualidad por avatares puramente procesales. Así, según se desprende de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 15 de septiembre de 1980, un Juez de Primera Instancia de Málaga dictó sentencia el 29 de septiembre de 1979 favorable al transexual. En el supuesto enjuiciado en dicha resolución se trataba de una persona inscrita en el Registro Civil como varón, operada del síndrome de transexualidad en Londres, pre-

sentando, además, caracteres netamente psicológicos de índole femenina. El fallo quedó firme al no haber sido impugnada la sentencia por el Ministerio Fiscal. Las pruebas médicas demostraban que la dotación cromosómica era normal del varón. Esa misma Memoria apunta que el fundamento de la sentencia está en relación con los derechos de la personalidad, consagrados en la Constitución, que pueden llevar a la consecuencia de que nadie puede ser obligado a mantenerse dentro de los márgenes de un sexo que psíquicamente no le corresponde o que repele. En la misma línea y con iguales avatares, ha de inscribirse una sentencia dictada en supuesto análogo por uno de los Jueces de Primera Instancia e Instrucción de Madrid. Otro caso enjuiciado en nuestra patria es el de una persona, inscrita como varón en el Registro Civil, que a lo largo de su vida mostró una psiquis femenina, con una necesidad psíquica y física hacia el otro sexo y, en orden a evitar su deterioro mental, se sometió en Londres a una operación de transexualidad, asumiendo así el fenotipo del sexo femenino. El Juez de Primera Instancia de Zamora dictó sentencia el 8 de noviembre de 1984 desestimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Valladolid lo estimó y dio lugar a la demanda por sentencia de 10 de mayo de 1986. Al consentir el Ministerio Fiscal el fallo, la transexualidad quedó legalizada” (STS de 2 julio 1987).

– La teoría de la ficción y correlativa limitación de los efectos que corresponden al nuevo sexo. Desde la pionera sentencia de 2 de julio de 1987, el Tribunal Supremo ha continuado recurriendo a este argumento de la ficción para autorizar el cambio de nombre y la rectificación registral del sexo en posteriores resoluciones<sup>19</sup>. No obstante ello, se ha de resaltar la controversia que ha suscitado desde el primer momento el recurso a la referida técnica<sup>20</sup>; controversia, por otra parte, plenamente justificada si tenemos en cuenta que con la misma el cambio de sexo registral autorizado judicialmente no implica en rigor un auténtico cambio de sexo<sup>21</sup>.

– El derecho al libre desarrollo de la personalidad como argumento para acceder a la

rectificación registral. Es destacable, por otro lado, que el Tribunal Supremo pronto comienza a alegar este derecho como fundamento para autorizar el cambio de sexo en el Registro Civil. El art. 10.1 CE garantiza, como es bien sabido, el libre desarrollo de la personalidad, y cabe interpretar como incluidos dentro de la previsión del precepto constitucional los cambios físicos de forma del ser humano que no impliquen o supongan un delito<sup>22</sup>.

Esta doctrina jurisprudencial se ha mantenido, como se verá, durante largo tiempo, si bien matizando alguna de sus consideraciones<sup>23</sup>. No en vano, hay que remitirse a otras instancias inferiores para encontrar resoluciones en sentido diverso. Así, por un lado, encontramos sentencias como la del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, de 13 de diciembre de 2004, que ha admitido el cambio registral sin exigir el sometimiento a una cirugía de reasignación completa, disponiendo que “aparte del riesgo y el elevado coste económico que ello [la reasignación total del sexo] supone, es una cuestión estrictamente personal por afectar exclusivamente a la esfera emocional, sentimental e íntima del individuo, sin quebranto alguno del interés u orden público; no debiendo pues supeditarse el cambio de sexo solicitado a la plena asimilación morfológica con mutación plena de los órganos sexuales pues el sexo responde a una carga genética, biológica y psicológica que supera el criterio meramente físico o morfológico”<sup>24</sup>.

Por otro lado, se comienza a apreciar también en algunas resoluciones, especialmente de la Dirección General de los Registros y del Notariado, una mayor disponibilidad a aceptar la ampliación de los efectos de la rectificación registral del sexo más allá del mero cambio de documentación, llegando a extender éstos incluso al *ius connubi*. En este sentido fue precursora la sentencia del Juzgado núm. 7 de Primera Instancia de Lleida de 21 septiembre 1999. Con posterioridad a esta sentencia nos encontramos con tres resoluciones de la Dirección General que son clave. La primera resolución, de 8 de enero de 2001, resuelve el recurso interpuesto frente a la denegación de la autorización

para contraer matrimonio por el Juez encargado del Registro Civil a un transexual (MaH) que había obtenido por sentencia la rectificación registral del sexo —que ya era el masculino— y también había cambiado el nombre de acuerdo con su nuevo sexo. Textualmente, dispone: “es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado contraria a reconocer al transexual aptitud para contraer matrimonio [...]. Ahora bien, estas afirmaciones jurisprudenciales no constituyen la ‘*ratio decidendi*’ de los respectivos fallos en los que se ordena la rectificación en el Registro Civil del dato sobre el sexo y, lo que es más importante, en la Sentencia de 3 de marzo de 1989 se deja a salvo que la extensión de los efectos a producir por los cambios de sexo judicialmente acordados pueda ser precisada por los órganos jurisdiccionales [...]. Se deja, pues, abierta la puerta para que una decisión judicial declare la capacidad del transexual para contraer matrimonio [...]. Siendo esto así y si, como se ha apuntado, la sentencia de cambio de sexo no contiene en el supuesto una declaración sobre la falta de capacidad matrimonial, no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coincidan los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes. Desde el momento que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos. Si el principio constitucional de desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución justifica, tras el síndrome transexual, la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento médico oportuno, el cambio de sexo judicialmente declarado, sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua al modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos”. La segunda resolución, también de la misma fecha, parte del supuesto contrario (transexual HaM) llegando igualmente a autorizar el matrimonio civil de la recurrente. La tercera resolución, de 31 de enero de 2001, concluye lo mismo y autoriza el matrimonio

civil del transexual que recurre. Ante dicho panorama, la DGRN emite la Nota doctrinal de 21 de marzo de 2001 (publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 1 abril 2001, núm. 1890), relativa al posible matrimonio civil de un transexual en la que hace una serie de observaciones, entre las que destacaremos únicamente las siguientes: “- Parece que, si una sentencia ha decidido el cambio de sexo y éste ha sido inscrito, el cambio debería operar a todos los efectos. - Es grave negar el ‘*ius nubendi*’ de un modo total a los transexuales. - Las afirmaciones de las Sentencias del Tribunal Supremo sobre la nulidad del matrimonio del transexual son ‘*obiter dicta*’, es decir, declaraciones meramente incidentales, no fundamentadoras de fallo de la sentencia, que se limita a declarar el cambio de sexo. Técnicamente, por tanto, no tienen carácter jurisprudencial [...]”.

Mas, sin perjuicio de esa tendencia favorable a las demandas de cambio de sexo que se comenzaba a vislumbrar en las referidas instancias, lo cierto es, como apunta ESPÍN ALBA, que el Tribunal Supremo no alteró su línea jurisprudencial, especialmente por lo que respecta al criterio de exigencia de cirugía completa, hasta la entrada en vigor de la Ley de rectificación registral de 2007<sup>25</sup>, sobre la que nos centraremos a continuación.

Por fin, a través de esta Ley se reconoce el derecho de la persona transexual a que su verdadera identidad sexual acceda al Registro Civil. Con ello se cumple el objetivo de regular legalmente un tema del derecho de la persona que, como apunta LLOVERAS FERRER, se encontraba hasta ahora perdido y maltratado en lugares indeterminados de los derechos de la personalidad —entre la integridad física y el denominado derecho a la identidad sexual—<sup>26</sup>.

Tal como señala su Exposición de Motivos, la Ley tiene por objeto regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se aviene con su verdadera identidad de género. Contempla también la modificación del nom-

bre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado. Incide asimismo el legislador en la necesidad imperiosa de una regulación legal expresa de la transexualidad con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas. De acuerdo con la regulación que se establece en esta Ley, la rectificación registral del sexo y del nombre se dirigen a constatar como un hecho cierto el cambio ya producido de la identidad de género, de manera que queden garantizadas la seguridad jurídica y las exigencias del interés general. Para ello, dicho cambio de identidad habrá de acreditarse debidamente, y la rectificación registral se llevará a cabo de acuerdo con la regulación de los expedientes gubernativos del Registro Civil. Y añade la referida Exposición de Motivos que mediante esta Ley España se suma a aquellos países de nuestro entorno que cuentan con una legislación específica que da cobertura y seguridad jurídica a la necesidad de la persona transexual, adecuadamente diagnosticada, de ver corregida la inicial asignación registral de su sexo, asignación contradictoria con su identidad de género, así como a ostentar un nombre que no resulte discordante con su identidad<sup>27</sup>.

A tenor de su art. 1.1, está legitimado para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello. La mayoría de edad es, pues, requisito indispensable para pedir la rectificación registral del sexo, lo que excluye consiguientemente la posibilidad de que el menor de edad transexual pueda instar el referido cambio registral. Se puede entender que la finalidad básica de dicha prohibición es la de garantizar que la decisión de la rectificación registral sea una decisión firme y coherente evitando así cambios arbitrarios o no fundados en el sexo. Mas, al margen de cuál sea su finalidad, la Ley es paladina: se requiere la mayor edad para reclamar el cambio. Ahora bien, es cierto que el legislador se centra únicamente en la conse-

cuencia jurídica final de todo un proceso —la rectificación registral—, más que en el propio proceso de disforia en sí y de su tratamiento, cuestión ésta que no regula. Es, precisamente, esta ausencia de regulación unida a una reciente resolución judicial que autoriza a una menor de dieciséis años transexual a someterse a una operación de reasignación sexual lo que suscita la cuestión que a continuación se plantea.

### 3. ¿QUID DEL MENOR DE EDAD TRANSEXUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL?

#### A. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Ya hemos visto que con la nueva Ley 3/2007 queda vedada al menor de edad la posibilidad de solicitar el cambio de la mención registral relativa al sexo. No obstante, otra cosa diferente es que el menor pueda haber sido diagnosticado de disforia de género y sometido con las garantías precisas al tratamiento médico oportuno antes de alcanzar la mayoría<sup>28</sup>.

Tengamos presente que, como se ha avanzado, la transexualidad puede aparecer a edades muy tempranas, incluso a los dos o tres años; se habla entonces de transexualismo primario o *core* que afecta a aquellas personas que presentan alteraciones en la identidad de género desde la infancia: éstas explican que se han sentido del otro género “desde siempre”, “desde la niñez”, o “desde que tenían uso de razón”. Habitualmente tienen una historia infantil de conductas propias del sexo opuesto, aunque con frecuencia no son conscientes claramente de lo que les sucede hasta la adolescencia<sup>29</sup>.

La opinión médica especializada es unánime sobre las dificultades del diagnóstico correcto de la disforia de género y más aún en la época puberal, ya que implica la atención a pacientes con gran complejidad en su expresión clínica y en sus posibilidades etiológicas; además, se trata de una época de continua evolución y desarrollo<sup>30</sup>. Con todo, resulta suma-

mente importante el diagnóstico precoz y el correcto abordaje del trastorno<sup>3</sup>. En este sentido, cuando un niño presenta los rasgos clínicos del trastorno de la identidad de género, la actitud debe ser expectante y dirigida únicamente a favorecer la adaptación del niño a su entorno y a orientar a su familia, como apuntamos inicialmente<sup>32</sup>. Mas, si la identificación del menor con el otro sexo persiste al final de la adolescencia, el riesgo de remisión es prácticamente nulo<sup>33</sup>. No se puede, por tanto, retrasar el tratamiento de la persona debidamente diagnosticada de disforia de género por no tener la mayoría de edad, si bien es cierto que el protocolo terapéutico deberá lógicamente adaptarse a su especial estado de desarrollo. Teniendo en cuenta, como se ha dicho, que se ha de esperar hasta la adolescencia para que se pueda iniciar el tratamiento orientado a la reasignación de sexo, nos centraremos en lo que sigue únicamente en el menor adolescente.

## B. EL MENOR DE EDAD ADOLESCENTE ANTE EL TRATAMIENTO DE REASIGNACIÓN SEXUAL

En primer término, se ha de advertir que la mayoría de los especialistas se muestran contrarios a practicar en el menor de edad, siquiera sea adolescente, cualquier intervención de carácter irreversible. Conviene, pues, diferenciar dentro del tratamiento integral del transexualismo las intervenciones psicológica, psiquiátrica y hormonal, por un lado, y el tratamiento quirúrgico, por otro. Se podrá constatar cómo difiere en cada caso la capacidad o autonomía del menor para poder ser tratado. Pero, antes de ello, veamos sucintamente en qué consisten cada una de las intervenciones clínicas referidas.

El tratamiento psicológico y psiquiátrico tiene como objetivos realizar el diagnóstico preciso, orientar al paciente y a la familia, tratar cualquier patología psiquiátrica comórbida y favorecer la adaptación a los cambios durante todo el proceso de reasignación sexual, principalmente durante toda la fase de Test o

Experiencia o de la Vida Real. Dicho Test es una prueba diagnóstica de la transexualidad muy importante que consiste en vivir de forma permanente en el rol del sexo deseado durante un mínimo de un año antes de proceder a la cirugía. El objetivo del mismo es que el paciente sea plenamente consciente y capaz de soportar las consecuencias familiares, sociales, económicas y legales que conllevan el cambio, y durante este período resolver cualquier duda diagnóstica antes de realizar los cambios físicos irreversibles<sup>34</sup>.

De otro lado, el tratamiento hormonal o endocrinológico consiste en la administración de hormonas con el objetivo de eliminar los caracteres sexuales del sexo original e inducir los del sexo contrario (barba, vello, desarrollo mamario, cambios de voz, redistribución de la grasa)<sup>35</sup>. En cuanto al tratamiento quirúrgico, hay que diferenciar si el paciente es transexual de hombre a mujer (HaM) o de mujer a hombre (MaH). En el primer caso, el tratamiento incluye cirugía de aumento de mamas, cirugía genital o vaginoplastia, y en ocasiones cirugía estética facial de la nariz o de las nalgas. Los transexuales de mujer a hombre son sometidos a mastectomía, pero no siempre a cirugía genital (la faloplastia o bien la metaidoioplastia) por ser más compleja y de peores resultados<sup>36</sup>.

### a) Intervenciones psicológica, psiquiátrica y hormonal

Respecto a las referidas intervenciones, no se plantea actualmente ninguna duda desde el punto de vista médico, ni tampoco jurídico, sobre la posibilidad de que un menor pueda someterse a las mismas. Ciñéndonos exclusivamente al plano legal, dicha posibilidad se apoya, con carácter general, en el art. 162.1º CC conforme al cual el menor de edad que reúna las condiciones de madurez precisas podrá realizar por sí los actos relativos a sus derechos de la personalidad, lo que incluye, en lo que ahora nos interesa, las decisiones atinentes a su estado de salud. Y, descendiendo más concretamente a la cuestión que nos ocupa, se ha de traer a colación el art. 9.3 c) de la Ley 41/2002,

básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante LDP), en base al cual puede afirmarse que cuando el menor goza de la capacidad para comprender los pros y los contras del tratamiento que se le ha de practicar, así como el alcance y las consecuencias de su decisión<sup>37</sup> y, en todo caso, a partir de los dieciséis años, posee capacidad natural de obrar para actuar por sí en la esfera de su salud, de manera que será él mismo, necesariamente, quien preste el consentimiento informado para que el facultativo proceda a realizar dicho tratamiento. DE LAMA AYMÁ, aporta, además, diversos argumentos que apoyan la posibilidad de que el menor de edad con capacidad de autogobierno preste por sí mismo el consentimiento a las intervenciones y tratamientos médicos. Resumiendo éstos brevemente, destaca, en primer lugar, la tendencia actual en nuestro Ordenamiento jurídico de permitir que el menor de edad participe y tenga la máxima autonomía en todas aquellas decisiones que le conciernen. En segundo lugar, señala que cualquier limitación de la capacidad de obrar del menor debe ser interpretada restrictivamente, tal y como establece el art. 2 *in fine* de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. En tercer lugar, hay que tener presente que cuando se tiene que tomar una decisión sobre una intervención médica en un menor de edad se está afectando a sus derechos fundamentales, pues la salud forma parte del derecho fundamental a la vida y a la integridad física, pero también al derecho fundamental a la intimidad<sup>38</sup>.

En consecuencia, el menor de edad con capacidad natural de obrar diagnosticado de disforia de género podrá autorizar por sí solo el sometimiento al tratamiento médico y psicológico prescrito por los facultativos. Cuestión distinta es que, generalmente, lo más aconsejable en este tipo de situación es, sin duda, que el menor cuente con el apoyo y la ayuda de los padres, lo que conlleva lógicamente el asentimiento de éstos con el proceso terapéutico; empero, insisto, no por ello su autorización se debe entender como un requisito legal

para que el menor pueda recibir el tratamiento oportuno. No obstante, se ha de advertir que esta afirmación que postulamos sobre la autonomía del menor se ciñe al plano de lo legal, pues es cierto que en la totalidad de los protocolos de actuación terapéutica que han sido consultados para la elaboración del presente trabajo se recoge entre los requisitos para administrar tratamiento hormonal a menores de dieciocho años que la familia otorgue su consentimiento y participe en todo el proceso terapéutico<sup>39</sup>.

Además de lo anterior, cabe aludir a otro argumento adicional que permite sostener la posibilidad de que el menor de edad pueda someterse a tratamiento médico de reasignación sexual, siquiera sea excluyendo la intervención quirúrgica. Así, entre los presupuestos que ha de cumplir previamente la persona que solicite el cambio registral, el art. 4 LRR requiere que la misma acredite que se le ha diagnosticado disforia de género<sup>40</sup> y que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, sin exigir en ningún caso que el tratamiento médico incluya cirugía de reasignación sexual. Consecuentemente, el transexual, antes de solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, debe haberse sometido a los tratamientos de hormonación pertinentes, para lo cual no se exige la mayoría de edad. Pensemos, además, que un transexual de dieciocho años está legitimado, según hemos visto, para solicitar el cambio registral, de lo que cabe aducir, por tanto, que el tratamiento médico previo puede llevarse a cabo con anterioridad a esa edad. Frente al silencio de la Ley estatal en este punto en lo referente a la edad, cabe destacar la Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, recientemente aprobada por el Parlamento de Navarra. Ésta dedica expresamente el art. 5 a la "Atención de menores transexuales". A tenor del citado artículo, "Las personas transexuales menores de edad tienen pleno derecho a recibir el oportu-

no diagnóstico y tratamiento médico relativo a su transexualidad, especialmente la terapia hormonal<sup>41</sup>.

De otra parte, dejando al margen la ausencia de regulación expresa sobre este particular, al menos en el ámbito estatal, conviene poner de relieve que los trabajos elaborados por la distintas unidades especializadas en trastornos de la identidad de género que existen en nuestro país revelan que los pacientes diagnosticados de disforia de género comienzan el tratamiento endocrinológico a partir de los dieciséis años de edad<sup>42</sup>.

Hay, finalmente, una cuestión a la que quisiera aludir en relación con el menor de edad diagnosticado de disforia de género que está recibiendo tratamiento hormonal para adecuar sus caracteres sexuales primarios a los del sexo deseado pero, lógicamente, aún no ha culminado el proceso de reasignación. Sabemos bien que este menor no puede solicitar la rectificación registral de la mención relativa al sexo, ni tampoco sus representantes legales podrán hacerlo en su nombre (*ex art. 1.1. LRR*). Es por ello que quizás debiéramos plantearnos, tal como ya han puesto de manifiesto algunos autores, la posibilidad de regular para estos supuestos una “pequeña solución legal” al estilo del derecho alemán. Nos referimos, concretamente, a la Ley alemana de 10 de septiembre de 1980 (*Transsexuellengesetz, TSG*). Como explica MORENO TORRES, esta Ley “sobre el cambio de nombre y la constatación de la pertenencia a un sexo en casos particulares” se caracterizó por incluir dos posibles respuestas al síndrome transexual. Una más limitada, la *kleine Lösung* (solución pequeña), que conlleva únicamente el cambio de nombre del transexual y otra de mayor envergadura, en cuanto comporta la rectificación de la mención del sexo en el Registro Civil, conocida como *große Lösung* (solución grande). Esta última sólo puede acordarse previa sentencia de un tribunal competente que deberá comprobar que el interesado es definitivamente incapaz de procrear, que lleva al menos tres años viviendo como una persona del sexo contrario al que se refleja en el asiento de su nacimiento, y que

ha existido una intervención quirúrgica que ha modificado los caracteres externos de su sexo originario y le ha dado la apariencia física del otro sexo. Cabe resaltar asimismo en este orden de ideas que, de acuerdo con la redacción originaria de esta Ley, en principio, sólo estaban legitimados para plantear esta demanda los mayores de veinticinco años. Sin embargo, este requisito fue declarado inconstitucional posteriormente por el Tribunal Constitucional alemán (sentencia de 16 de marzo de 1982). Más recientemente se ha suscitado otra polémica en torno a esta Ley después de que una sentencia del citado Tribunal Constitucional, de 27 de mayo de 2008, rechazara la norma que obliga a que la persona transexual casada se divorcie para poder acceder a la *große Lösung*<sup>43</sup>.

En esta línea, estamos de acuerdo con ESPÍN ALBA sobre la conveniencia de idear algún mecanismo que permitiera un cambio de nombre del menor, mientras no se produce la rectificación registral de sexo, para evitar violaciones de su derecho a la intimidad personal y familiar<sup>44</sup>.

#### **b) La cirugía de reasignación sexual; a propósito del primer cambio de sexo de una adolescente en nuestro país**

Hasta aquí, según lo expuesto, bien puede deducirse que el menor transexual deberá esperar a cumplir la mayoría de edad legal para someterse a la cirugía de reasignación sexual o cirugía transexual genital; sin embargo, tal afirmación no puede hoy mantenerse, al menos no sin las debidas matizaciones.

En efecto, hace poco tiempo conocíamos a través de los medios de comunicación que una adolescente transexual de dieciséis años ha sido sometida a una operación de cambio de sexo tras recibir la oportuna autorización judicial. Para ser más precisos, fue en noviembre de 2009 cuando un Juez de Instrucción de Barcelona accedió a la solicitud de esta menor, tras analizar los informes forenses que se mostraban favorables a la intervención quirúrgica.

La operación finalizó con éxito. Se puede aducir, en consecuencia, que actualmente sí es posible en nuestro Ordenamiento que un menor de edad sea sometido a un proceso quirúrgico de reasignación sexual. Dicho esto, debemos atender a continuación a la regulación atinente al supuesto en cuestión para tratar de dilucidar si la misma se aviene con tal resolución o, al contrario, debiera ser modificada, o incluso plantearnos si tal normativa resulta demasiado dispersa avocando en última instancia a un vacío legal que, ahora más que nunca, demanda una respuesta legal expresa.

Por un lado, es cierto que la cirugía transsexual no se encuentra entre las expresamente prohibidas a los menores de edad *ex art.* 9.4 LDP. Por medio de este precepto, el legislador excluye expresamente la capacidad del menor de edad en todo caso, cualquiera que sea su grado de madurez o desarrollo, para prestar su consentimiento a determinadas intervenciones médicas como la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, las cuales se registrarán “por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”. Sin embargo, no podemos deducir *a sensu contrario* la capacidad de los menores para someterse a la referida operación. Y ello por una razón fundamental: el art. 156 del Código penal sólo permite practicar este tipo de intervención quirúrgica si media el consentimiento libre y voluntario de la persona que se quiera realizar tal operación. Empero, este consentimiento no es válido, como sabemos, cuando lo presta un menor de edad o sus representantes legales. En conclusión, a tenor de dicho artículo la cirugía de reasignación sexual no cabe practicarla en pacientes menores de edad. Ahora bien, teniendo en cuenta la recientísima resolución judicial que hemos citado con anterioridad, dicha prohibición requiere, efectivamente, ser matizada.

En este sentido, conviene recordar, en primer lugar, la regla general sobre la capacidad de obrar del menor de edad en sede de derechos fundamentales, habida cuenta los derechos implicados en este supuesto; esencialmente,

como apuntamos inicialmente, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad personal (art. 10.1 CE), el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Además, aunque no se incluya en la esfera de los mencionados derechos fundamentales, también resulta especialmente destacable en este caso el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE). Como sabemos, el menor podrá ejercer por sí los actos concernientes a sus derechos fundamentales si tiene madurez suficiente o capacidad natural de obrar para ello, y siempre y cuando no haya límites legales en la edad para el ejercicio eficaz de los mismos. Estos límites se justifican, como ha puesto de manifiesto señaladamente la doctrina, por la protección del menor; así, siguiendo a GETE-ALONSO, en ocasiones, por su trascendencia y como medida de protección al menor, la ley veta la posibilidad de prestación de su consentimiento en la esfera de los derechos de la personalidad<sup>45</sup>, lo que resulta aplicable en idénticos términos a los derechos fundamentales de los que es titular, pues unos y otros derechos constituyen una misma realidad jurídica<sup>46</sup>. Entre los ejemplos que cita la autora, destaca precisamente la cirugía transsexual.

No obstante lo anterior, se ha de considerar la posibilidad de permitir el ejercicio por parte del menor de sus derechos fundamentales, siempre que tenga las condiciones de madurez necesarias, incluso cuando existe una prohibición legal al respecto, si dicha prohibición resultara en algún supuesto contraria a otros intereses del menor que deben preponderar en relación con su futuro. En tal caso, deberá ser el Juez el que autorice la actuación del menor en defensa de su interés (*ex art.* 158.4 CC). Por consiguiente, se ha de valorar si la prohibición del legislador responde efectivamente al interés o beneficio del menor, ya que puede ocurrir que el límite legal no siempre resulte beneficioso. Y ello sucede, precisamente, en el supuesto que nos ocupa; en efecto, a tenor de los informes de los facultativos que tratan a la adolescente, la demora de la intervención qui-

rúrgica hasta la mayoría de edad sólo le provocará aún más perjuicios. Cabe entender, pues, que el límite legal a la capacidad de la menor que se establece expresamente en el art. 156 CP deberá ceder en este caso ante la protección de su interés.

Interés que, según la doctrina mayoritaria, se identifica, en términos generales, con la protección y garantía de sus derechos fundamentales, el libre desarrollo de su personalidad, así como su propio beneficio<sup>47</sup>. Con este planteamiento, cabría esgrimir como argumentos legales para autorizar judicialmente la operación de reasignación sexual a un menor de edad, primordialmente, el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la protección de la salud, y el derecho a la integridad física y moral (arts. 10.1, 43.1 y 15 CE). Así, en primer término, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad requieren que se autorice al menor debidamente diagnosticado de disforia de género para que pueda someterse al tratamiento prescrito por los médicos, lo que ha de incluir la cirugía de reasignación sexual, si éstos la consideran una necesidad inaplazable para su bienestar físico y psíquico y, en definitiva, para su desarrollo armónico. Ello enlaza asimismo con el derecho del menor a la salud. En efecto, recordemos que la salud no consiste únicamente en no padecer afecciones o enfermedades, sino más genéricamente, de acuerdo con el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 1946, en el disfrute de un completo bienestar físico, mental y social, que ayude a un pleno desarrollo personal<sup>48</sup>. Partiendo de tal premisa, el diagnóstico de la disforia de género en los términos anteriormente señalados puede ser motivo suficiente para permitir al menor la cirugía de reasignación sexual en aras a que se garantice ese derecho a la salud entendido como el disfrute de un bienestar general. En cuanto al último de los derechos citados, hacemos nuestras las palabras de LÓPEZ-GALIACHO según las cuales, si se parte de una concepción dinámica del sexo, donde el elemento psicológico adquiere un papel fundamental, la persona transexual, en nuestro caso

menor de edad, una vez hecha su elección existencial de pertenecer a uno u otro sexo, tiene el derecho a someterse a una intervención quirúrgica de reasignación morfológica de su sexo que le resulte “psicológicamente liberadora”; el transexual se libera así de lo que le oprime y alcanza un equilibrio en su integridad física y moral de la que antes carecía<sup>49</sup>.

Consecuentemente con lo que hasta aquí se ha expuesto, se puede afirmar que en nuestro Ordenamiento es posible practicar la cirugía de reasignación sexual antes de la mayoría de edad cuando así lo prescriban los facultativos, requiriéndose asimismo la oportuna autorización del Juez. En relación con esta autorización, hay que apuntar que desde diversos sectores se ha criticado que se haga depender la operación del menor de una decisión judicial. Así, por ejemplo, la Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales (FELGTB) reivindica que en este tipo de caso no sea necesaria la autorización de un Juez. Literalmente “reclama para las y los menores de edad transexuales el derecho a la cirugía de reasignación sexual si así lo desea y cuenta con un estudio profesional favorable y el apoyo de su familia. El trámite judicial retrasa inexplicablemente la realización de la cirugía de reasignación y vulnera el derecho al libre desarrollo del o la menor”<sup>50</sup>.

Sin embargo, la prohibición legal que establece expresamente en este sentido el art. 156 CP explica la necesidad ineludible de obtener dicha autorización, a lo que cabe añadir también la complejidad y el alcance de la operación que justifican aún más, si cabe, este control judicial. Ello no obstante, es cierto que este requisito puede llevar a pensar en una excesiva intervención judicial que retrasará finalmente la realización de esta operación a transexuales menores de edad. Empero, la escasa incidencia de los casos como el que nos ocupa permite fácilmente aplicar esta solución legal que requiere analizar cada supuesto *in concreto*, lo que en última instancia favorece una valoración por parte de la autoridad judicial de los riesgos de la operación y también de los beneficios y repercusiones a título individual;

esto es, sin duda, lo más apropiado dentro del ámbito en que nos movemos, en el que los intereses en juego son sumamente trascendentes y, por ende, debe procederse también de forma sumamente cautelosa. Por otra parte, prescindir de este requisito abocaría finalmente a que la decisión quedase en manos de la medicina y la psicología clínica privada, y esto sí sería más criticable, puesto que el sometimiento de un menor de edad a una cirugía de reasignación sexual constituye una cuestión con la suficiente entidad como para que deba someterse a un control público obligatorio.

Hay, además, otra cuestión que se nos plantea al hilo de esta primera resolución judicial que ha autorizado la operación de reasignación sexual de una adolescente. Si, como en este supuesto, se realiza efectivamente la intervención quirúrgica, ¿podrá instar el menor afectado el cambio en el Registro Civil de la mención relativa al sexo? Es bien sabido que la Ley 3/2007 requiere expresamente la mayoría de edad legal para ello (art. 1.1). Como ya se dijo, la finalidad básica de dicha prohibición es la de garantizar que la decisión de la rectificación registral sea una decisión firme y coherente evitando así cambios arbitrarios o no fundados en el sexo. Sin embargo, el hecho de que la menor se haya sometido a una reasignación sexual integral nos obliga a reconsiderar dicha prohibición tendente a garantizar la seriedad de la petición.

En este sentido, cabe traer a colación los argumentos que recogía el Ministerio Fiscal en un informe que presentó en un proceso instado por un transexual, aun siendo ambos supuestos de hecho diferentes. En concreto, por lo que aquí nos interesa, el Ministerio Público destacaba lo siguiente: “la situación en que se encuentra el solicitante no permite apreciar un riesgo de labilidad del estado civil en que pudiera prevalecer el arbitrio de un particular en una materia de orden público, sino que se prueba una seriedad en la petición de rectificación registral, así como se ha acreditado plenamente que el interesado se siente psicológicamente perteneciente al sexo distinto al que le corresponde biológicamente [sic]” (STS de 17

septiembre 2007). En nuestro caso, el hecho de que la menor se haya sometido a una compleja intervención quirúrgica para cambiar su sexo biológico, después de dos años de tratamiento hormonal, se puede subsumir perfectamente en esta consideración. Cabe añadir, además, que mantener dicha prohibición de rectificación hasta la mayoría de edad sólo serviría para prolongar innecesariamente el sufrimiento de esta adolescente que, debido a la discordancia entre lo real y lo registral, en cada acto que exigiera una identificación pondría abiertamente de manifiesto su situación de transexual (dato perteneciente al ámbito de su intimidad personal), con el consiguiente perjuicio emocional y social que ello implica<sup>51</sup>. En consecuencia, prohibir la rectificación registral del sexo a esta menor se podría entender como una vulneración de su derecho fundamental a la intimidad personal.

En definitiva, poco se puede discutir sobre la conveniencia de regular expresamente la materia que nos ocupa. Como hemos visto, se trata de una casuística que, pese a no ser habitual, existe y, además, tiene especial entidad<sup>52</sup>; de ahí la necesidad urgente de una normativa que la contemple de forma explícita. Y nuestra particular propuesta de *lege ferenda* en este sentido, concluyendo de todo lo que ha sido expuesto, se concreta en admitir, con carácter excepcional, la posibilidad de que un menor de edad diagnosticado de disforia de género pueda someterse a una operación de cirugía transexual siempre que los facultativos apoyen la necesidad de efectuarla —aun siendo menor— por entender que su demora hasta la mayoría sólo le provocará mayores perjuicios, requiriéndose en todo caso la oportuna autorización del Juez (*ex art. 158.4 CC*). Ello precisa asimismo contemplar una excepción en la norma que regula la legitimación para instar la rectificación registral del sexo exigiendo la mayor edad (art. 1.1 LRR), incluyendo en dicha norma al menor sometido a una intervención quirúrgica de reasignación sexual. Por último, propugnamos también la posibilidad legal de cambiar de nombre al menor de edad transexual debidamente diagnosticado que

haya recibido un tratamiento hormonal para adecuar sus caracteres sexuales a los del sexo al que se siente pertenecer, en tanto culmina el proceso de reasignación sexual.

En estrecha conexión con esta propuesta favorable a la autonomía del menor con capacidad natural de obrar para instar la rectificación registral del sexo, siquiera sea excepcionalmente, y para cambiar el nombre, cabe hacer un último apunte. Como sabemos, existen determinados supuestos taxativamente previstos por la Ley del Registro Civil y su Reglamento en los que se permite el cambio de nombre (arts. 57 LRC y 209 RRC), y la legitimación activa para solicitar dicho cambio compete al propio interesado. Pues bien, lo que nos interesa destacar aquí es que el menor podrá promover el cambio de su nombre siempre que tenga la madurez suficiente para ello. Así lo ha expresado con indudable acierto la Dirección General de los Registros y del Notariado, en concreto, en la resolución 1ª de 15 de abril de 2000, cuyo fundamento jurídico tercero dispone que “los actos relativos a derechos de la personalidad están excluidos del ámbito de la representación legal de los padres (*cf.* art.162.1º CC) y el derecho al nombre forma parte integrante, sin duda alguna, de los derechos de la personalidad, de modo que no hay obstáculo para que una persona de dieciséis años de edad pueda promover el expediente de cambio de su nombre propio, una vez que, conforme a su edad, haya alcanzado las condiciones de

madurez necesarias. Esta conclusión, que se deduce del texto del artículo 162.1º CC, se ve reforzada porque, de acuerdo con el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores han de interpretarse de forma restrictiva”. Como se puede apreciar, en este caso la Dirección General reconoce al menor la capacidad de obrar para actuar por sí solo sin asistencia o complemento alguno de su capacidad. No obstante ello, también hemos de considerar la posibilidad, si finalmente el legislador habilitase expresamente al menor para instar la rectificación registral del sexo o para cambiar el nombre en los términos que han sido expuestos, de que exigiera asimismo la asistencia o el concurso de los padres o el tutor del menor para llevar a cabo los referidos actos, tal como sucede, por ejemplo, para optar por la nacionalidad española de acuerdo con los arts. 20.2 b) y 21.3 b) CC; en esta línea, estamos de acuerdo con GARCÍA GARNICA cuando afirma que el reconocimiento de la capacidad de obrar del menor es compatible con la previsión legal de requisitos adicionales (formales o de asistencia de terceras personas) que controlen, bien la efectiva concurrencia de su capacidad natural en el caso concreto, bien la conveniencia para sus intereses del acto que se pretende celebrar, todo lo cual es particularmente conveniente en un ámbito como el de los derechos de la personalidad, dada la relevancia de los bienes jurídicos afectados y su difícil reparación *in natura* en caso de lesión<sup>53</sup>.

## NOTAS

1. Véase, por todas, la STS de 18 julio 2008.

2. Campos Rubio, A., “La transexualidad y el derecho a la identidad sexual”, disponible en <[http://www.transsexualitat.org/InfoTrans/Arantxa\\_Campos\\_Valencia\\_2001.pdf](http://www.transsexualitat.org/InfoTrans/Arantxa_Campos_Valencia_2001.pdf)>, p. 20. Siguiendo a Otero Camprubí, A., Gómez Gil, E., “Trastornos sexuales. Trastornos de la identidad de género”, *Tratado de Psiquiatría*, vol. II, Ars Medica, Barcelona, 2004, pp. 1550-1551, la primera definición del término transexualidad data de 1953 y fue acuñada por Harry Benjamin, endocrinólogo alemán afincado en Nueva York, quien describe la asociación entre normalidad biológica con la convicción de pertenecer al otro sexo y con el deseo de cambio de sexo. En 1969, Green y John Money publican la obra *Transexualidad y reasignación de género* en la que se realiza la primera descripción sistemática desde los puntos de vista clínico, psicológico, antropológico y sociológico del trastorno, y acuñan el término “identidad de género”. En 1973, Fisk propone el término “síndrome de disforia de género” para designar el malestar resultante de la discordancia entre la identidad sexual y el sexo asignado. En el *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales* (DSM-IV-TR) se

habla de trastorno de la identidad de género y en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10) se conserva el término de transexualismo. En 1979, se constituye la Asociación Internacional de Disforia de Género Harry Benjamin (*Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association*) y se aprueban unos protocolos estándares de tratamientos para las personas transexuales, que se revisan periódicamente y sirven de guía asistencial. Se ha de apuntar que en la actualidad dicha entidad se conoce como Asociación Profesional para Salud Transgénera (*The World Professional Association for Transgender Health* WPATH); en su página web <<http://www.wpath.org/>> puede consultarse la última versión de los estándares de atención para los trastornos de la identidad de género.

3. De acuerdo con las referidas autoras, Otero Camprubí, A., Gómez Gil, E., “Trastornos sexuales. Trastornos de la identidad de género”, cit., p. 1549, la identidad sexual y el sexo anatómico habitualmente coinciden, pero cuando ello no ocurre se produce la aparición de los denominados trastornos de la identidad de género, también designados como trastornos de la identidad sexual. Éstos se caracterizan básicamente por la presencia de un intenso malestar o disforia con el sexo asignado. Entre los mismos se incluyen diversos diagnósticos, de los cuales la transexualidad constituye, efectivamente, la forma más extrema. Con este planteamiento, a lo largo de este trabajo haremos referencia indistintamente a la identidad de género y la identidad sexual porque, tal como afirma Arroyo I Amayuelas, E., “Sexo, identidad de género y transexualidad”, *Matrimonio homosexual y adopción*, Navas Navarro, S. (Dir.), Reus, Madrid, 2006, p. 116, aunque se diferencian en cuanto el tipo de sexo a que cada una de ellas se refiere (la primera expresión aludiría a la anatomía y la segunda al rol social y cultural que corresponde a cada sexo), en realidad el transexual sufre un trastorno que afecta a las dos cuestiones.

4. Este Manual, editado por la Asociación Psiquiátrica Americana, constituye una referencia internacional para el diagnóstico y la evaluación de los trastornos psiquiátricos.

5. Se trata de la Clasificación Internacional de Enfermedades elaborada por la Organización Mundial de la Salud.

6. Bustos Moreno, Y., *La transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 40. Estos expertos, añade la autora, abogan por eliminar los trastornos de la identidad de género de la última edición del citado DSM. En esta línea, se manifiesta expresamente Nieto Piñeroba, J. A., *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2008, pp. 233 y ss. Entre sus críticas al respecto, afirma que en el DSM-IV-TR, la transexualidad, es decir, “la identificación acusada y persistente con el otro sexo” se contempla como “trastorno de la identidad sexual”, y a los transexuales, es decir, a los individuos que, en consecuencia con la definición anterior, muestran “trastorno de la identidad sexual” como aquellas personas que manifiestan “malestar” con su identidad corporal. ¿Por qué no se usa discordancia, disconformidad, desajuste o rechazo, que son términos más neutros, de contenido más social y, consecuentemente, menos “enfermizos”, menos clínicos?. En sentido contrario, se pronuncian Gómez Gil, E., Esteva de Antonio, I., Bergero Miguel, T., “La transexualidad, transexualismo o trastornos de la identidad de género en el adulto: concepto y características básicas”, *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de enlace*, núm. 78, 2006, p. 11. Según las citadas autoras, se puede decir que en prácticamente todos los casos, en mayor o menor grado, la transexualidad, previamente a la reasignación sexual, *per se* provoca sufrimiento significativo, y dificulta el funcionamiento de quien lo padece en la mayoría de áreas de su vida, tanto laboral, social, familiar o de pareja. La inclusión de la transexualidad como un trastorno, aunque ha sido cuestionada desde algunos sectores, ha proporcionado diversas ventajas. En primer lugar, el ser adoptado como criterio internacional ha posibilitado la investigación, educación y comunicación entre los profesionales de todos los países desde el punto de vista médico-clínico. En segundo lugar, ha favorecido la puesta en marcha de la cobertura sanitaria de estas personas. Y finalmente, está generando numerosas investigaciones en muchos países que permitirán en un futuro proporcionar más efectivos y estudiar sobre sus causas.

7. Becerra Fernández, A. (Coord.), *Trastornos de identidad de género. Guía clínica para el diagnóstico y tratamiento*, Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición, Grupo de trabajo sobre trastornos de identidad de género, mayo de 2002, p. 7. Asimismo, *vid.*, Gómez Laplaza, M. C., “Transexualidad”, *Anarzádi Civil*, núm. 1, 2004, pp. 2-3, consultado en <<http://www.westlaw.es>>, ref. BIB 2004/248; Toldrá Roca, M. D., *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La Transexualidad*, Cedecs, Barcelona, 2000, p. 117.

8. Becerra Fernández, A. (Coord.), *Trastornos de identidad de género. Guía clínica para el diagnóstico y tratamiento*, cit., p. 7. En esta línea, Bustos Moreno, Y., *La transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*, cit., p. 20, explica que transexual masculino (MaH) es quien, siendo mujer biológicamente, se siente hombre y socialmente adopta el rol masculino, tanto si se encuentra en el proceso de cambio como si ya lo ha efectuado. Mientras que transexual femenina (HaM) es quien siendo hombre biológicamente se siente mujer y socialmente adopta el rol femenino.

9. Puig Domingo, M., Halperin Rabinovich, I., "Papel del endocrinólogo en el diagnóstico y tratamiento de la transexualidad", *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de enlace*, núm. 78, 2006, p. 25. Un resumen de las distintas hipótesis etiológicas sobre la transexualidad puede verse en Otero Camprubí, A., Gómez Gil, E., "Trastornos sexuales. Trastornos de la identidad de género", cit., p. 1552.
10. Becerra Fernández, A. (Coord.), *Trastornos de identidad de género. Guía clínica para el diagnóstico y tratamiento*, cit., p. 16.
11. Esteva De Antonio, I. *et al.*, "Epidemiología de la transexualidad en Andalucía, atención especial al grupo de adolescentes", *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de enlace*, núm. 78, 2006, p. 67.
12. Otero Camprubí, A., Gómez Gil, E., "Trastornos sexuales. Trastornos de la identidad de género", cit., p. 1556.
13. Esteva De Antonio, I. *et al.*, "Epidemiología de la transexualidad en Andalucía, atención especial al grupo de adolescentes", cit., p. 69.
14. Sobre estas repercusiones emocionales y sociales, Otero Camprubí, A., Gómez Gil, E., "Trastornos sexuales. Trastornos de la identidad de género", cit., p. 1554, destacan que en ocasiones, el rechazo o las burlas de compañeros y la desaprobación familiar provocan que el paciente intente asumir un rol sexual acorde con su sexo anatómico, pero habitualmente estos intentos son infructuosos y por lo tanto temporales. A menudo la familia consulta o envía al hijo a un centro médico por no entender su comportamiento, o por presentar síntomas depresivos o aislamiento social. Al respecto, puede verse también Godás Sieso, T., "Repercusiones personales, familiares, sociales y laborales de la transexualidad", *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de enlace*, núm. 78, 2006, pp. 21-23.
15. En efecto, su abordaje necesita de un equipo multidisciplinar porque precisa, como se podrá constatar en este trabajo, de diversas intervenciones. Como nos explican Puig Domingo, M., Halperin Rabinovich, I., "Papel del endocrinólogo en el diagnóstico y tratamiento de la transexualidad", cit., p. 24, el tratamiento de los pacientes con transexualismo requiere de la actuación concertada, coordinada y secuencial de un equipo terapéutico multidisciplinar que incluye psiquiatra, psicólogo, endocrinólogo y cirujano plástico como mínimo, además de eventualmente asistente social y soporte jurídico.
16. Nuestra doctrina se ha ocupado del tema con extensión y rigor. *Vid.*, por todos, Gómez Laplaza, M. C., "Transexualidad", cit., pp. 1 y ss.
17. Grau Pineda, C., "Nuevos horizontes para las personas transexuales: ¿fantasía o realidad?", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2007, pp. 1421 y ss.
18. Comenta pormenorizadamente esta sentencia Gordillo Cañas, A., "Transexualidad. Rectificación de sexo en el Registro Civil. Admisibilidad jurídica del cambio de sexo. Ficción de feminidad", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 14, 1987, pp. 4721-4746. Asimismo, puede verse Elósegui Itxaso, M., *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*, Comares, Granada, 1999, pp. 160-177.
19. Si bien es cierto que en todas ellas se insiste en la necesidad de regular legalmente la materia. Véase Gómez Laplaza, M. C., "Transexualidad", cit., p. 21.
20. Puede verse, al respecto, el voto particular que formula el Magistrado Jesús Marina Martínez-Pardo en la STS de 3 marzo 1989.
21. Espín Alba, I., *Transexualidad y tutela civil de la persona*, Reus, Madrid, 2008, p. 883.
22. Fernández Campos, J. A., "Transexualismo. Cambio de sexo en las resoluciones de la DGRN, TEDH y TS", *Aranzadi Civil*, vol. I, Parte Estudio, 1997, consultado en <<http://www.westlaw.es>>, ref. BIB 1997/59.
23. *Vid.*, Espín Alba, I., *Transexualidad y tutela civil de la persona*, cit., pp. 84-85.
24. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid de 13 diciembre 2004, confirmada posteriormente por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 23 mayo 2005. En esta línea, *vid.*, las sentencias de la Audiencia

Provincial de Barcelona de 17 febrero 2004; de la Audiencia Provincial de Cádiz de 20 abril 2005 y de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 julio 2004.

25. Espín Alba, I., *Transexualidad y tutela civil de la persona*, cit., p. 88.

26. Lloveras Ferrer, M. R., “Una ley civil para la transexualidad”, *inDret*, núm. 1/2008, disponible en <[http://www.indret.com/pdf/510\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/510_es.pdf)>.

27. Bustos Moreno, Y., *La transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*, cit., p. 20, menciona como ejemplos más recientes la Ley belga relativa a la transexualidad, de 10 de mayo de 2007, la *Gender Recognition Act* del Reino Unido, de 1 de julio de 2004 y la Ley japonesa de identidad de género, que entró en vigor el 16 de julio de 2004.

28. Espín Alba, I., *Transexualidad y tutela civil de la persona*, cit., p. 122.

29. Gómez Gil, E., Esteva de Antonio, I., Bergero Miguel, T., “La transexualidad, transexualismo o trastornos de la identidad de género en el adulto: concepto y características básicas”, cit., p. 8. Asimismo, Gisbert Calabuig, J. A., Gisbert Grifo, M., “Problemas médico-legales del transexualismo”, en *Medicina Legal y Toxicología*, Gisbert Calabuig, J. A., Villanueva Cañadas, E., Masson, Barcelona, 2005, pp. 653-654, citan entre las diversas clasificaciones de los cuadros transexuales aquélla que diferencia a los transexuales primarios de los secundarios. En el denominado transexualismo primario se incluyen las personas que muestran un continuo y alto grado de disforia de género desde edades tempranas, mientras que los transexuales secundarios son aquellos que se dan cuenta de su condición o sentimientos mucho más tarde, alrededor de los veinte o treinta años, y que sólo se plantean un tratamiento en edades muy avanzadas.

30. Esteva De Antonio, I. *et al.*, “Epidemiología de la transexualidad en Andalucía, atención especial al grupo de adolescentes”, cit., p. 67. Asimismo, puede verse Becerra Fernández, A. “Tratamiento hormonal de los trastornos de identidad de género: efectos beneficiosos y efectos adversos”, *Transexualidad. La búsqueda de una identidad*, Becerra Fernández, A. (Coord.), Díaz de Santos, Madrid, 2003, p. 75; Moraga Guerrero, I. *et al.*, “Aspectos psiquiátricos de los trastornos de identidad de género”, *Transexualidad. La búsqueda de una identidad*, cit. *supra*, pp. 202-203.

31. Como explican Esteva De Antonio, I., Cano Oncala, G., “Trastornos de identidad de género en la infancia y la adolescencia”, en Gómez Gil, E., Esteva De Antonio, I., *Ser transexual*, Glosa, Barcelona, 2006, p. 329, en las series estudiadas en unidades especializadas en trastornos de identidad sexual en la infancia y la adolescencia, la detección precoz y el tratamiento integral ha mejorado su disforia, la cormobilidad asociada y la calidad de vida general.

32. Otero Camprubí, A., Gómez Gil, E., “Trastornos sexuales. Trastornos de la identidad de género”, cit., p. 1556.

33. Gómez Gil, E., Esteva de Antonio, I., Bergero Miguel, T., “La transexualidad, transexualismo o trastornos de la identidad de género en el adulto: concepto y características básicas”, cit., p. 9.

34. Otero Camprubí, A., Gómez Gil, E., “Trastornos sexuales. Trastornos de la identidad de género”, cit., p. 1556. Sobre este tratamiento, puede verse también Moraga Guerrero, I. *et al.*, “Aspectos psiquiátricos de los trastornos de identidad de género”, *Transexualidad. La búsqueda de una identidad*, cit., pp. 199-205.

35. Otero Camprubí, A., Gómez Gil, E., “Trastornos sexuales. Trastornos de la identidad de género”, cit., p. 1556. Asimismo, véase al respecto Becerra Fernández, A. “Tratamiento hormonal de los trastornos de identidad de género: efectos beneficiosos y efectos adversos”, *Transexualidad. La búsqueda de una identidad*, cit., pp. 65-77.

36. Otero Camprubí, A., Gómez Gil, E., “Trastornos sexuales. Trastornos de la identidad de género”, cit., p. 1556. Más concretamente, pueden verse Monstrey, S. J., Hoebeke, P., “Cirugía de reasignación de sexo en transexuales de hombre a mujer” y “Cirugía de reasignación de sexo en transexuales de mujer a hombre”, ambos artículos dentro de la obra colectiva *Transexualidad. La búsqueda de una identidad*, cit., pp. 143-161.

37. Romeo Malanda, S., “Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes (I) (y II)”, *La Ley*, núm. 1, 2003, pp. 1522-1539, consultado en <<http://www.laley.net>>.

38. De Lama Aymá, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 310-312.

39. *Vid.*, entre otros, Esteva De Antonio, I. *et al.*, “Epidemiología de la transexualidad en Andalucía, atención especial al grupo de adolescentes”, cit., p. 67; Otero Camprubí, A., Gómez Gil, E., “Trastornos sexuales. Trastornos de la identidad de género”, cit., p. 1556; Becerra Fernández, A. (Coord.), *Trastornos de identidad de género. Guía clínica para el diagnóstico y tratamiento*, cit., p. 27. Sobre este particular, Bustos Moreno, Y., *La transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*, cit., p. 71, apunta que la imprecisa frontera —en cuanto si tienen o no capacidad para prestar el consentimiento informado— que supone la valoración del riesgo para la salud y la existencia de la madurez y suficiente juicio del menor ante el tratamiento médico a suministrar, suscita dudas en la práctica ordinaria de los centros sanitarios por lo que, muchas veces, se termina por recabar la autorización de los padres o representantes legales para el comienzo de dicha actuación o, en su caso, decidir su retraso hasta la mayoría de edad del transexual.

40. Siguiendo a Becerra Fernández, A. (Coord.), *Trastornos de identidad de género. Guía clínica para el diagnóstico y tratamiento*, cit., p. 8, para el diagnóstico de la transexualidad debe cumplirse lo siguiente: una escrupulosa historia clínica orientada al desarrollo de la identidad de género, desarrollo psicosexual (incluyendo orientación sexual), y aspectos de la vida cotidiana; una exploración física desde el punto de vista ginecológico, andrológico/uroológico y endocrinológico; y una evaluación clínica desde el punto de vista psiquiátrico/psicológico que detecte problemas psicopatológicos (adicción, tendencias suicidas, perversiones, trastornos de personalidad, cuadros psicóticos, enfermedad mental orgánica o retraso mental).

41. Y añade: “La atención sanitaria que se les preste, en tanto que menores, se hará de acuerdo con lo dispuesto en la Ley foral 11/2002, de 6 de mayo sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica de Navarra y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”.

42. *Vid.*, Esteva De Antonio, I. *et al.*, “Epidemiología de la transexualidad en Andalucía, atención especial al grupo de adolescentes”, cit., p. 67. De acuerdo con estos autores, para decidir la conveniencia de llevar a cabo una experiencia de la vida real o una terapia hormonal, el psicólogo debe haber mantenido una relación con el paciente y su familia al menos durante seis meses. Para administrar tratamiento hormonal a adolescentes menores de dieciocho años, es necesario, además, cumplir los siguientes requisitos (Asociación Internacional de Disforia de Género Harry Benjamin): 1.- Que a lo largo de la infancia hayan demostrado un fuerte sentimiento de identidad con el sexo opuesto y aversión a las conductas habituales en el propio; 2.- Que el grado de disconformidad con su sexo haya aumentado significativamente con la pubertad; 3.- Que su desarrollo social, intelectual, psicológico e interpersonal esté limitado como consecuencia de su trastorno de identidad de género; 4.- Que no concorra ninguna otra psicopatología grave, salvo las que se produzcan como consecuencia del trastorno de identidad de género; 5.- Que la familia otorgue su consentimiento y participe en todo el proceso terapéutico.

43. Moreno Torres, D., “Situación legal de la transexualidad en España, perspectivas legislativas y situación legal en países de nuestro entorno”, en Gómez Gil, E., Esteva De Antonio, I., *Ser transexual*, cit., p. 432. Esta última solución, la *grösse Lösung*, sólo puede acordarse previa sentencia de un tribunal competente que deberá comprobar que el interesado es definitivamente incapaz de procrear, que lleva al menos tres años viviendo como una persona del sexo contrario al que se refleja en el asiento de su nacimiento, y que ha existido una intervención quirúrgica que ha modificado los caracteres externos de su sexo originario y le ha dado la apariencia física del otro sexo. Cabe resaltar asimismo en este orden de ideas que, de acuerdo con la redacción originaria de esta Ley, en principio, sólo estaban legitimados para plantear esta demanda los mayores de veinticinco años. Sin embargo, este requisito fue declarado inconstitucional posteriormente por el Tribunal Constitucional alemán (sentencia de 16 de marzo de 1982). Más recientemente se ha suscitado otra polémica en torno a esta Ley después de que una sentencia del citado Tribunal Constitucional, de 27 de mayo de 2008, rechazara la norma que obliga a que la persona transexual casada se divorcie para poder acceder a la *grösse Lösung*. Al respecto, véase Espín Alba, I., *Transexualidad y tutela civil de la persona*, cit., pp. 59-60.

44. Espín Alba, I., *Transexualidad y tutela civil de la persona*, cit., p. 139. En este orden de ideas, pueden servirnos asimismo las palabras de Arroyo I Amayuelas, E., “Sexo, identidad de género y transexualidad”, cit., pp. 154-155, a tenor de las cuales es verdad que el cambio de nombre sin cambio de sexo legal va contra el art. 54.2 LRC y, además, de lo dispuesto en el art. 59.2 LRC. Pero lo cierto es que en casos de transexualidad avanzados no puede decirse que el uso de un nombre masculino o femenino, según el caso, para designar a quien, aun no habiéndose sometido a la intervención de reasignación sexual, ya ha sido sometido a un proceso de conversión que incluye tratamiento hormonal y/o cambio de voz y/o extirpación de mamas, induzca a confusión en cuanto al sexo real.

45. Gete-Alonso Y Calera, M. C., en Puig Ferriol, L. *et al.*, *Manual de Derecho civil, I. Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 165.

46. Se trata, en definitiva, de manifestaciones varias de la dignidad de la persona y de su esfera individual que todo ordenamiento jurídico debe respetar. Así lo afirma Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho civil, tomo I, Parte General y Derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 195.

47. Roca Trias, E., *Familia y cambio social (de la "casa" a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 220. Sobre este particular, véase asimismo la interesante concreción del interés del menor en nuestro Ordenamiento que realiza Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 158-169.

48. *Vid.*, el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, entrando en vigor el 7 de abril de 1948. La definición de salud que recoge dicho Preámbulo no ha sido modificada desde 1948.

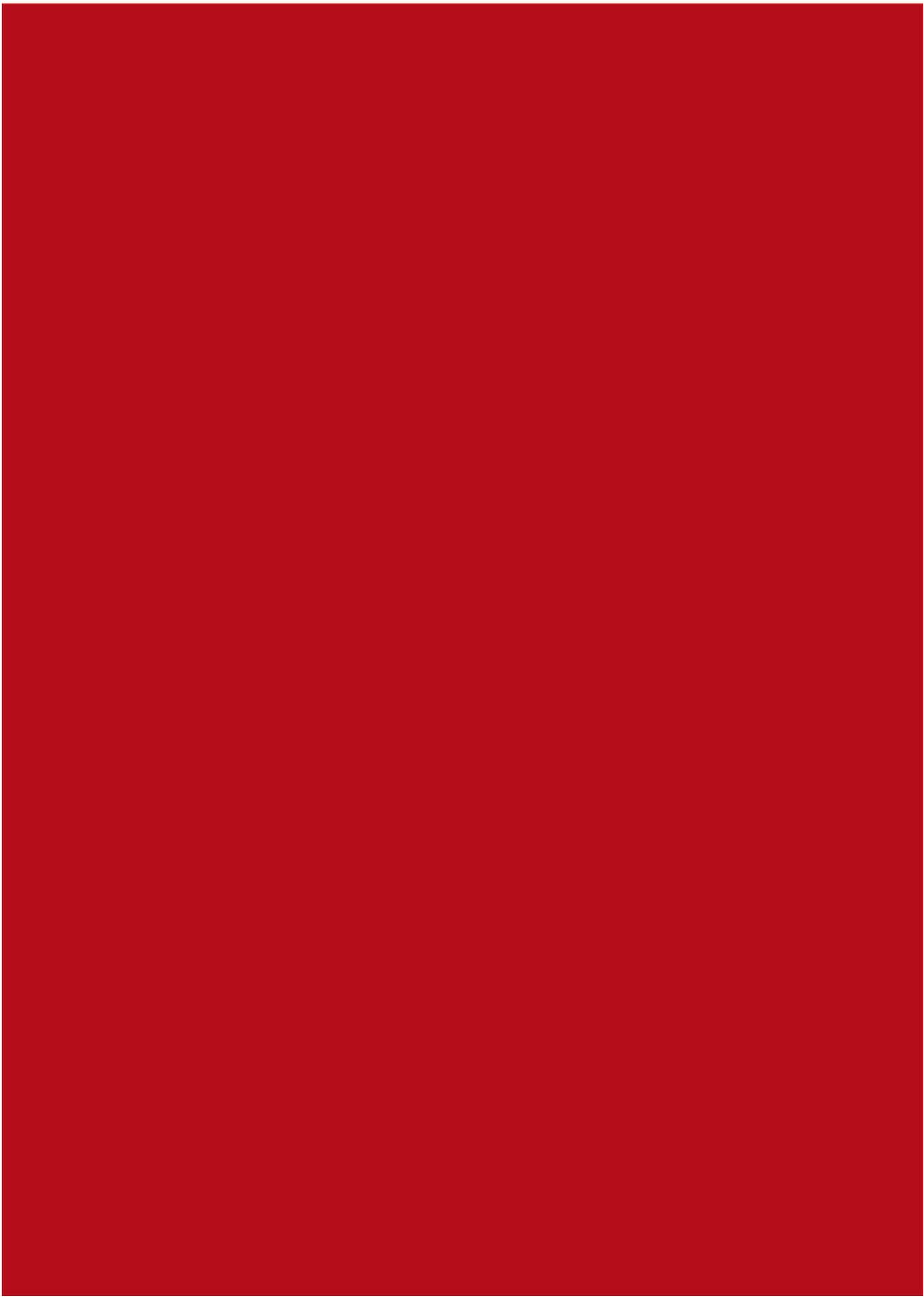
49. López-Galiacho Perona, J., *La problemática jurídica de la transexualidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 122-124.

50. *Vid.*, el comunicado de prensa completo en el sitio web <<http://www.felgtb.org/es/notas-de-prensa/la-felgtb-celebra-la-operacion-de-la-menor-trans-en-barcelona>>.

51. Grau Pineda, C., "Nuevos horizontes para las personas transexuales: ¿fantasía o realidad?", cit., pp. 1432-1433.

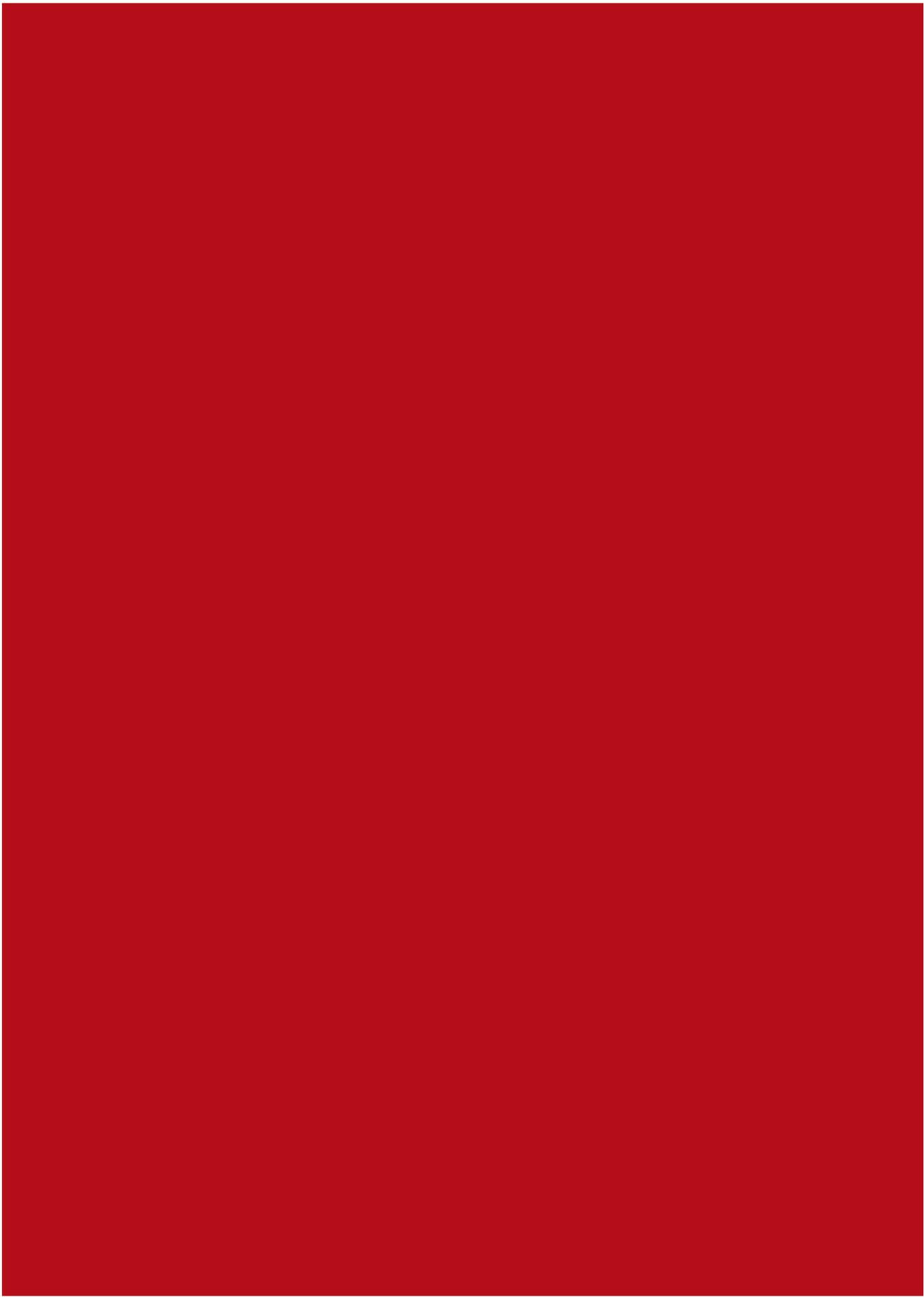
52. Como ejemplo de ello se pueden consultar los datos de la experiencia clínica de la Unidad de Trastornos de Identidad de Género de Andalucía en la adolescencia que recogen Esteva De Antonio, I., Cano Oncala, G., en "Trastornos de identidad de género en la infancia y la adolescencia", cit., pp. 337-339.

53. García Garnica, M. C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. (Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen)*, Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 87-88.



# VARIA

El origen de la defensa o apología en el proceso griego. Su proyección doctrinal en el plano antropológico y en el jurídico  
*Enrique Gómez Rojo*



# EL ORIGEN DE LA DEFENSA O APOLOGÍA EN EL PROCESO GRIEGO

Su proyección doctrinal en el plano antropológico y en el jurídico

Enrique Gómez Royo

Catedrático de Derecho Romano  
Universidad de Valencia

**Sumario:** 1. Unas precisiones terminológicas previas sobre el uso que los antiguos hicieron de los vocablos τεχνή, *ars*; ἀντιλογία, *antilogía*, *Dissoi*; λογοί, *dialexeis* o argumentos dobles, εἰρῖζειν, *disputare*. 2. Protágoras de Abdera, (480-410 a. C.), el apologeta del subjetivismo extremo. 3. Diógenes Laercio. 4. La primera manifestación de lo plausible en el proceso: la antigua *techné* en el siciliano Korax y Teisias. 5. Gorgias: La palabra, *potens rerum regina*, es poder: λογισθὶς δυνατοστῆς μετρίαιβ. 6. Los tres géneros de discursos en el mundo griego. 7. Algunas consideraciones sobre el proceso ático y el juramento de los elegidos para el cargo de juez. 8. La "apología a favor de Palamedes" o un caso de legalidad *versus* justicia. 9. La apología de Sócrates. A. El Sitz im Leben del proceso. B. El desarrollo argumental del proceso. C. La tesis de los acusadores. D. La tesis de la defensa. E. La prueba de testigos. 10. Conclusión.

Quisiéramos comenzar las presentes páginas introduciendo algunos conceptos que estuvieron llamados a desempeñar un papel relevante en la configuración de la cultura antigua y en concreto en los procedimientos judiciales de época clásica en Atenas. Comenzamos comentando los vocablos al uso.

## 1. UNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS PREVIAS SOBRE EL USO QUE LOS ANTIGUOS HICIERON DE LOS VOCABLOS ΤΕΥCΝΗ, ARS; AJNTILOGIVA, ANTILOGÍA, DISSOI; LOVGROI, DIALEXEIS O ARGUMENTOS DOBLES, EJRVZEIN, DISPUTARE

En primer lugar, creemos oportuno fijar de entrada los términos con los que el amable lector se encontrará en las fuentes y cuya previa explicación es de utilidad para ver la gestación y evolución del proceso griego.

Inicialmente, procede que nos detengamos desde el punto de la historia de la cultura antigua en el contenido de la expresión “τέχνη”.

Si buceamos en la literatura antigua, uno de los vocablos que desempeñó una importante función en los campos del conocimiento, especialmente en todos los sectores del saber con una orientación esencialmente práctica, fue τέχνη, en su versión latina *ars*.

En nuestro caso, por el uso que hacemos en el presente trabajo de la expresión indicada, conviene que puntalicemos algunos matices sobre ella. El término τέχνη<sup>1</sup> condensa en sí un campo semántico tan rico y extenso que una traducción exacta del mismo es imposible, porque muchas disciplinas de la antigua cultura griega hicieron uso de él, como puede observarse si buceamos nuestro vocablo en el *Thesaurus Graecae Linguae*.

El horizonte semántico abarca, a manera de ejemplo, desde la expresión δολίη τέχνη, *dolosa*, scilicet *fallax ars, pro dolus, fallacia* hasta τέχνη λόγων *ars rhetorica, vel systema rhetoricum litteris consignatum et illustratum*; también aparece el giro κανόνες τῶν τεχνῶν, *praecepta artis rhetoricae* y los τεχνικοί; *sunt rhetores, magistri dicendi*.

También aparece nuestro término con el significado “*systema notionum quas exercitatione et studio acquisimus*” y Cicerón en *De Orat.* I. 23. 2 afirma: τέχνη quoque κατ’ ἐξοχὴν dicitur artificium rhetoris quod arte sua persuasionem efficit vel adjuvat. *Contraria ei est ἡ γνώμη ησοχ est, sententia aperta, quae demonstratione et argumentis fidem fecit: ἡ γνώμη τὸ τῷ πραγματι χρησιμον ἔχει τὸ εἰς ἀπόδειξιν· ἡ δὲ τέχνη τὸ πιθανὸν τοῖς ἀκούσι, destacando el texto, como puede apreciarse, que la τεχνηε apunta a lo plausible en los receptores del discurso o auditores, mientras que la sententia aperta mediante la demostración y los argumentos prueba.*

Nuestro término, como decíamos, tuvo un amplio juego en diferentes campos de la cultura; así fue aplicado como *ars grammatica; ars militaris, ars rhetorica, ars iuris* o *ars medica*. Se proyectó fundamentalmente en todos los

ámbitos de disciplinas de orientación fundamentalmente práctica, como son la medicina, la milicia, la retórica o la gramática.

El término τέχνη fue aplicado a todo tipo de saber que requiere y se forma esencialmente como fruto del ejercicio continuado en la praxis y que está dirigido de modo eminente a su proyección práctica, ἡ μὲν ἐμπερία τέχνην ἐποίησεν... Γίνεται δὲ τέχνη ὅταν ἐκ πολλῶν ἐμπειρίας ἐννοημάτων μία καθόλου γένηται περὶ τῶν ὁμοίων ὑπόψεως.

Tal como comenta Aristóteles en el *initium* del libro I de la *Metafísica*: la experiencia continuada o *empeiria* introdujo la *techne*, que se forma merced a la experiencia permanente y que cristaliza en la mente en un tipo de saber incardinado en la praxis.

El tipo de saber, que se va formando por el goteo continuado e ininterrumpido del ejercicio, da lugar a un tipo de ciencia, que nunca va dirigido a un conocimiento exclusivamente teórico, sino que ese módulo de saber lo es en función de un fin totalmente práctico.

Son, por tanto, rasgos esenciales que formaron la *techne* en su itinerario en la antigüedad:

a) ser útil al ser humano, τι τέλος εὐχρηστον ἐν τῷ βίῳ. Vamos a precisar un poco más en qué sentido se acuñó este matiz. En el marco de la enseñanza sofista, ya Protágoras, como veremos, aplicó el término *techne* al hombre, porque lo entendía como medio necesario para diferenciarse de los animales salvajes así como defenderse del entorno hostil y protegerse frente a todas las coyunturas amenazadoras de su existencia.

El sofista también enseñó la *politiké techne*, entendida como una virtud social dirigida a concienciar al hombre heleno sobre la necesidad de vivir ordenadamente en sociedad, practicando todos entre sí el respeto a los demás y la justicia.

b) Por tanto, la *techne*, junto con su perfil de la utilidad y ayuda al ser humano, tiene también un fin social, que estará orientado a la praxis recta y ordenada, pues la *techne* tiene

como fin la σωτηρία o salvación de los humanos.

Así lo delinearon los antiguos cuando señalaron que el fin del *ars medica* es la salud, el de la agricultura la alimentación, el *ars militaris* la victoria, como también lo tiene la poética, la gimnasia o la música.

Estamos ante un término polivalente que aparece en diferentes *technai* o artes que fueron utilizadas por los sofistas en los campos que ellos enseñaron.

Un largo salto en la tradición retórica nos permite constatar la vigencia de esta norma en Quintiliano, que dirá “*omnes artes habere finem aliquem propositum*”, por lo que la *techné* representó para el humano el saber que le permitió reafirmarse a sí mismo frente a la adversidad.

c) La *techné*, al bascular sobre un tipo de saber formado por el ejercicio continuado de la experiencia, está en condiciones de subordinar todos los medios a su fin primordial, que es asegurar la vida del hombre griego así como proteger su existencia en cuanto miembro de una comunidad civil y salvarla en casos de amenaza externa.

d) Toda *techné* se puede aprender, como ya enseñaron los sofistas.

Hemos de señalar que el contenido de la *techné* formado en los términos indicados, no fue una creación del Sócrates histórico, señala HEINIMANN, ni tampoco de Platón, sino que ambos tuvieron ante sí una tradición precedente y cita escritos recogidos en el *Corpus Hippocraticum*, en el que la medicina fue el modelo guía de las distintas *technai* basadas en la experiencia.

De entre estos escritos hubo uno especialmente titulado Περὶ τέχνης, *De arte*, en el que aparece un concepto de *techné* semejante al que Platón utiliza como saber formado a partir de la experiencia.

Señala HERBERGER<sup>2</sup> que en las *Parangeliai*, recogidas en el mismo *Corpus*, aparece atestiguada una antigua discusión sobre el término *dogma*; “dogma” que versa sobre la con-

trovertida relación entre la experiencia práctica y la teoría que es fruto de la reflexión.

En la discusión aparecieron elementos sobre la forma de enseñar, que proceden de una tradición más antigua, y que van a ser recogidos e integrados en el itinerario cultural posterior.

El planteamiento dual sobre la primacía de la experiencia o de la teoría caracterizó la medicina antigua, cuyas escuelas se dedicaron como vía una a la praxis y la otra a la teoría.

Dice nuestro autor que esta doble postura en las escuelas de medicina ya existía en la ciencia médica a finales del siglo V a. C, citando en este sentido la autoridad de POHLENZ, y desde este punto de partida llega a Platón y a las escuelas médicas de época helenística.

Las posturas sostenidas eran, la de los **prácticos**, que defendían la imposibilidad de poder llegar a normas generales y fijas en el campo de la medicina, basándose para ello en la singularidad o especificidad del caso concreto y en la idea griega del “καίρως” o momento singular, del que en cualquier caso no podían formarse reglas de carácter general.

A esta tesis se oponía la de los teóricos, para quienes, procediendo de forma deductiva, era posible enunciar normas generales, *hypotheses*, a partir de un principio de tipo más general (*arché*) o causa exclusiva.

Ante esta alternativa para el desarrollo posterior del concepto de “dogma”, era importante, señala HERBERGER, que se formase una tercera vía de conocimiento sobre la base de una aproximación de ambas posturas doctrinales.

Ello se dio, cuando algunos “prácticos” pudieron constatar por vía empírica la existencia de aspectos comunes entre los casos médicos en enfermedades concretas y que formularon en términos generales, porque eran de aplicación a todos los casos que presentaban idénticas *similitudines*.

Así cita el libro sexto sobre las epidemias en el que se formulan conceptos generales descriptos y generalizados a partir de observaciones concretas, por lo que era posible también es-

tablecer un contexto de conceptos ordenados y subordinados unos a otros según la observación llevada a cabo en los casos.

Este aspecto de la ordenación de los conceptos superiores a los subordinados se hizo mediante la aplicación de la *divisio*, la *techne* de las *differentiae*, y las definiciones. *Techne* que fue tan útil como método que pasará, en el itinerario histórico posterior, a configurar en otro ámbito muy distinto la estructura de los manuales sistemáticos retóricos.

Por lo que respecta a los “teóricos”, captaron en sus estudios que *a fortiori* los principios no eran aplicables a todos los casos de enfermedades reales y que, por tanto, no se podía proceder de forma deductiva sino que la vía correcta era la inductiva.

Era naturalmente necesario partir de las observaciones concretas sobre la enfermedad, conectar los datos entre sí y de esta forma, siguiendo el curso de la enfermedad, llegar a establecer la generalidad, o, en otros términos, formular una *prognosis* que responda a la realidad.

Así aparecía recogida en la obra titulada “*las epidemias*”: la trilogía “*anamnesis, diagnosis y prognosis*”, es decir, “*expresar el pasado, conocer el presente y diagnosticar el futuro*” o como dijo Hipócrates: λέγειν τὰ προγενόμενα. γινώσκειν τὰ παρεόντα. προλέγειν τὰ ἔσόμενα.

Esta forma de proceder, como señala la doctrina, fue el primer intento de la medicina antigua por superar el dualismo eléata entre empirismo nudo y conocimiento racional.

En síntesis, para los antiguos, como hemos visto en la ciencia de la medicina, el término “dogma” significó una norma o principio general, que tiene una remisión a la experiencia y que encaja en el de *techne* que los *veteres* introdujeron para establecer un equilibrio modélico entre “prácticos” y “teóricos”.

Tras estas breves consideraciones sobre el vocablo *techne* o *ars*, dirigimos nuestra atención a nuestro segundo término Ἀντιλογία.

Circuló en el mundo griego antiguo en el siglo V una obra de Protágoras titulada Ἀν-

τιλογία, obra perdida que originariamente constaba de dos partes en las que se enseñaba por medio de ejemplos a negar y poner en duda lo afirmado por una de las partes.

Tal cometido suponía un rígido y minucioso examen previo de la cuestión sobre la que las partes iban a dialogar<sup>3</sup>.

La obra contenía, según parece, una crítica sobre determinados núcleos temáticos como eran la cultura, el Estado y las costumbres.

Sabemos, por otra parte, que Protágoras en su círculo de auditores introdujo el aprendizaje de la técnica retórico-dialéctica, en virtud de la cual hizo practicar entre todos sus auditores la erística o *disputatio*, que posteriormente potenciaría Sócrates, y que se ordena mediante un modelo de razonamientos críticos formados en un proceso mental que opera con el diálogo recíproco mediante el juego de pregunta y respuesta.

Los cauces éticos en los que debía discurrir esta *techne* requerían de los participantes, por una parte, la tolerancia y, por otra, la autocrítica; aspectos necesarios en una *techne* cuyo método suponía y admitía el carácter peculiar, lógico, ético y político del punto de vista u *opinio* divergente, porque sólo mediante estas premisas incorporadas al diálogo, se forma tanto la *virtus* cívica como el talante político.

Veremos en las líneas siguientes que la *techne* propia de la *disputatio* utilizó ya la idea de “probabilidad” más que la de “verdad”, por lo que canoniza la idea de negación *a priori* de la verdad en sí, porque en cada cuestión que se sujeta al filtro de este método, siempre hay dos opiniones contrarias y ambas son de entrada verdaderas. Postulado que tendrá honda proyección en el *genus iudiciale*.

Añadimos algunos datos más que nos ayuden a clarificar cómo operaban las antilogías.

La doctrina es del parecer que las Antilogías se pueden reconstruir en parte a partir de los Δισσοὶ λόγοι<sup>4</sup> o argumentos dobles. Tucídides en su *Historia* I. 31 y IV. 73 explica la antilogía como discurso y discurso contrario al anterior.

Estos discursos que rezuman, como decimos, el espíritu de Protágoras aparecieron en un librito de nueve capítulos recogido en los manuscritos de Sexto Empírico; carece de título, nombre del autor, y la época de su redacción hay que ubicarla después de cerrarse la sangrienta contienda del Peloponeso.

Su contenido recoge toda una serie de ejemplos según el modelo de las *Ἀντιλογίαι* de Protágoras, enseñanzas sobre la forma de pensamiento caracterizada como “relativa”, según la cual, como ya indicamos, nos encontramos con razonamientos dobles en los que cada afirmación tiene su equivalente contraria, pues, de acuerdo con las circunstancias en que se desenvuelven, ambas posturas inicialmente tienen validez.

Establecido lo anterior, los bloques que clarifican estas ideas sobre los *δισσοὶ λόγοι* aparecen recogidos en los cuatro primeros capítulos y son:

- 1) ἀγαθόν, el bien - κακόν, el mal.
- 2) καλόν, lo honesto, - αἰσχρόν, lo inmoral.
- 3) δίκαιον, *iustum*, - ἄδικόν, *iniustum*.
- 4) los capítulos 5, 6 y 7 recogen el ataque a cada uno de los *λόγοι* o razonamientos mencionados y los apartados 8 y 9 contienen la prueba de cada afirmación desde el punto de vista positivo. El conjunto representa en su totalidad el fundamento metodológico, según los autores, de la *virtus* político-retórica.

Este tipo de enseñanza iba dirigido fundamentalmente a capacitar al orador para que ante cualquier ocasión simultáneamente, según convenga, opte por el color negro o el blanco.

Esto lo ilustra bien el autor anónimo en los cinco primeros capítulos en los que mediante los ejemplos de opuestos tomados ἐκ τῷ ἀνθρώπινῳ βίῳ, de la vida humana, destaca que “lo que es bueno para uno, es malo para otro” y lo ilustra así, la enfermedad es un mal para el que la padece y un bien para el médico; la comida y la bebida es un mal para el que está enfermo y un bien para el que está sano; y así, de forma sucesiva, muestra sobre ejemplos que

ofrece la casuística de la vida cotidiana que respecto a cada asunto siempre pueden plantearse con todo derecho afirmaciones que son de entrada válidas y a su vez contrarias.

Los dos últimos capítulos ilustran la íntima conexión entre sofística y retórica.

Citamos un ejemplo de lo que fueron los Dissoi; *λόγοι*, atestiguado por Tucídides en su *Historia III*. 36ss. Este ejemplo está constituido por dos piezas magistrales que nos colocan ante un tipo literario de honda raigambre en la historia del pensamiento griego desde Protágoras.

Son dos discursos de contenido político antitético, en los que lo que es bueno para unos, se considera por otros un mal pernicioso y dañino y ambos con pretensiones de verdad. Se pronunciaron ante la asamblea de Atenas y fueron representativos uno del rigorismo, la intolerancia y aplicar la mano dura propia del imperialismo militar ateniense. El otro es todo lo contrario.

Se ha de destruir la ciudad de Mitilene, pasando a cuchillo a todos sus habitantes y que ello sirva de ejemplo y escarmiento para todas aquellas ciudades que pretendan seguir el ejemplo de la ciudad de Metilene y quieran recuperar su autonomía.

El otro argumento fue exponente de una sensibilidad propia de una *demokratía* moderada sobre la ciudad de Mitilene, otorgarles el perdón a los ciudadanos, sancionando únicamente a los culpables de querer recuperar la independencia de la ciudad, pero no el exterminio total.

Frente a la intransigencia e intolerancia de una opinión, aboga la segunda postura por la φρόνησις, la prudencia o moderación, virtud que debe guiar la acción política, nunca la cólera y la precipitación, pues en palabras de nuestro historiador “quien toma sus decisiones con prudencia es ante sus adversarios más fuerte que aquel que, basándose en la fuerza, se lanza a la acción de forma insensata”.

El planteamiento inicial de Protágoras, que hemos visto, y del que derivan estas situaciones, fue caracterizado como relativismo y sería

posteriormente tratado por Aristóteles en el libro IV (G) de su *Metafísica* en cuyo capítulo 5º, 1009a7-1009a12 aborda este tipo de planteamiento de Protágoras.

En el libro cuarto había estudiado la opinión de aquellos que sostienen la idea de que algo real puede ser y no ser al mismo tiempo (τὸ αὐτὸ εἶναι καὶ μὴ εἶναι).

Sobre el Protágoras λόγος afirma Aristóteles εἶτε γὰρ τὰ δοκοῦντα πάντα ἐστὶν ἀληθῆ καὶ τὰ φαινόμενα, ἀνάγκη εἶναι πάντα ἅμα ἀληθῆ καὶ ψευδῆ (πολλοὶ γὰρ τάναντία ὑπολαμβάνουσιν ἀλλήλοις, καὶ τοὺς μὴ ταῦτα δοξάζοντας ἑαυτοῖς διεψεῦσθαι νομίζουσιν· ὥστ' ἀνάγκη τὸ αὐτὸ εἶναι τε καὶ μὴ εἶναι)<sup>5</sup>.

*"En efecto, si todo lo que se opina y las manifestaciones impresas son verdaderas, es necesario que todo sea al mismo tiempo verdadero y falso, (pues muchos suponen lo contrario que otros y estiman que los que no opinan de modo idéntico a ellos que se equivocan; de modo que es necesario que lo mismo sea y no sea)"*.

Tras estas consideraciones previas, pasamos a tratar la primera figura y algunos aspectos de su ideario, que ayudarán a clarificar lo dicho *supra*.

## 2. PROTÁGORAS DE ABDERA, (480-410 A. C.), EL APOLOGETA DEL SUBJETIVISMO EXTREMO

Protágoras estuvo en Atenas hacia el año 450 y 444, ciudad en la que ejerció una profunda e intensa influencia en el cuerpo social de la *polis* ateniense, merced a su peculiar *ethos* político y pedagógico que informaba sustancialmente su forma de filosofar.

Esto significa que la *vis atractiva* que emanó de su personalidad atraía de forma casi magnética la confianza de los auditores, para inculcarles como objetivo último una formación que lo era en función del Estado. Les enseñó y les concienció sobre la necesidad de un conocimiento real de sí mismos y de comprometer-

se como ciudadanos en priorizar ante todo el bien común de la *polis*.

El aspecto relevante y hemos de recordar que nos referimos al siglo V a. C., fue que el hombre griego pasó a ser el punto vertebral de la reflexión filosófica, con lo que tuvo entrada y cobró vida propia la conocida "época antropológica", cuya divisa la puso en acción nuestro "*apologeta del subjetivismo extremo*".

Para captar las enseñanzas del ideario de Protágoras, debemos acercarnos a los principios y consecuencias sobre que se apoyan las afirmaciones sobre el subjetivismo de Protágoras. Para ello, hemos de remitirnos y acercarnos a la visión antropocéntrica que tuvieron los sofistas y a la concepción de Protágoras en particular.

Su planteamiento representó lógicamente el giro copernicano de un tipo de pensamiento que, teniendo un claro carácter cosmológico, se decantó por un pensamiento en el que el hombre empírico, no el hombre moral, se halla siempre en continuo y permanente cambio.

El hombre está en el centro del interés de Protágoras que lo sitúa en el centro del cosmos que forma la vida societaria, orientándole en su comportamiento cívico, en su forma de obrar y en los valores éticos.

Este hecho pasa a ser el eje de su reflexión y convierte al hombre concreto en la medida de todo, por lo que, en coherencia con este postulado, afirmó Protágoras, según el testimonio que nos aporta Sextus Empiricus, al inicio de un escrito titulado KATABALLONTES (sc. Lovgoi), "refutaciones", que Platón titula ἰΑΛΗΘΕΙΑ, "verdad" y recogido en Adv. math. VII. 60 que "*el hombre es la medida de todo*" (πάντων χρημάτων μέτρον ἐστὶν ἄνθρωπος, τῶν μὲν ὄντων ὡς ἐστίν, τῶν δὲ οὐκ ὄντων ὡς οὐκ ἐστίν).

Esta afirmación de la obra más importante en la antigüedad de Protágoras la explicó Aristóteles en la *Metafísica* desde el *topos* relativista conocido como tesis individualista: "*Protágoras sostenía que de entre todas las cosas que existen era el hombre la única medida, lo que no significa sino que lo que le parece a cada uno, tal es para él con*

certeza. De todo esto se infiere que la misma cosa es y no es al mismo tiempo, y que es mala y buena al mismo tiempo, y así, de esta manera, reúne en sí todos los opuestos, porque frecuentemente una cosa parece bella a unos y fea a otros, y debe valer como medida lo que parece a cada uno<sup>6</sup>.

Abundante literatura ha tratado este texto y se han analizado todas las palabras que componen la frase de las que han derivado múltiples conjeturas sobre lo que Protágoras tuvo en mente, cuando la pronunció<sup>7</sup>.

El enunciado de Protágoras sobre el *homo mensura* fue objeto de profundas discusiones en el plano filosófico y filológico, de forma que no se puede establecer con seguridad que la formulación, tal como nos ha llegado, según los múltiples testimonios que nos ofrecen los clásicos, responda exactamente a la concepción que tuvo realmente Protágoras<sup>8</sup>.

Así pues, el principio fundamental que define y preside toda su pedagogía, a la luz de todas estas interpretaciones, puede compendiarse en el enunciado: “*todo hombre lleva en sí los principios más dispares y contradictorios*” (τῶν μὲν ὄντων ὡς ἔστιν, τῶν δὲ οὐκ ὄντων ὡς οὐκ ἔστιν) sobre su desarrollo y está consuetudinario a hallar su propio camino, porque “*sólo él es la medida de todas las cosas*”.

Es asunto que concierne propiamente al hombre, a raíz de la imagen subjetiva y cambiante que presenta su entorno y que capta mediante los sentidos, promover todo lo que es necesario en interés de la vida societaria del Estado, aspecto que pone de relieve esta intuición suya fundamental del carácter o naturaleza del hombre en el marco del Estado.

¿Cómo ha de valorarse este ideario del *homo-mensura* en relación con la naturaleza social del hombre?

El enunciado del *homo-mensura* ha de interpretarse como norma fundamental de naturaleza eminentemente práctica y relativa, que abarca la diversa variedad y multiplicidad que lo humano reviste. Obviamente la pieza de encaje aquí está en su concepción de la verdad, que vendrá equiparada a la plausibilidad o probabilidad, con lo que prescinde de todos

los enunciados de validez general no verificados en el plano empírico.

A la luz del cuerpo de ideas indicadas, es lógico pensar que el *ethos* político y pedagógico de Protágoras se decantase por un individualismo radical guiado por el utilitarismo.

El fundamento, que subyace en su doctrina, visto desde el problema del conocimiento y la certeza, se basa, como puede apreciarse, en el principio de un individualismo radical. Nuestro conocimiento es puramente subjetivo, no existen las denominadas verdades absolutas sino únicamente verdades relativas, que sólo son válidas para la persona del que las mantiene.

Dicha concepción fue clara expresión y respondía a un postulado fundamental, según el cual sólo el hombre y su voluntad son la única realidad, como también sostenía Gorgias, y en la línea del más radical individualismo, afirmará Protágoras que el hombre siempre se halla ante un mundo exterior que está permanentemente en cambio, del que él ahora sólo puede captar la imagen del momento, entendiendo el ser únicamente como aquello que le aparece o se le muestra de momento a momento.

A los motivos ideales propios de la filosofía precedente oponía Protágoras con su visión antropocéntrica la pura subjetividad como único núcleo de la verdad; el individualismo, ahora pensado ya a nivel teórico y de conocimiento como totalmente racional, es decir, el hombre en el eje de la filosofía.

Se abría camino un fundamentalismo antropológico según la difusión de los sofistas, pues para algunos de ellos no tenía sentido hablar de una verdad objetiva o *supra* individual, porque la verdad es relativa según el sujeto que la afirma.

Esto tenía como consecuencia que, cuando una verdad relativa era sostenida por una mayoría, tendríamos servida en bandeja la primera manifestación de la *demokratía* y por esta vía la verdad relativa deviene absoluta y vinculante para todo el cuerpo social.

La historia de Atenas conoció las consecuencias que se derivan de este postulado y,

cuando el subjetivismo colectivo se convirtió en canon, medida o criterio de la justicia y del derecho, porque sanciona y legitima el *consensus communis omnium* u opinión de la mayoría, resultó que sufrió Atenas, tras la muerte de Pericles, las consecuencias de una democracia radical, en la que el pueblo estuvo por encima de la ley y el derecho.

En su planteamiento teórico sobre la ordenación de la sociedad se aprecia la proyección de lo que en el campo doctrinal se conoce como subjetivismo a nivel colectivo y social; pues, de acuerdo con los principios indicados como teoría de la unión, decide siempre la opinión del colectivo, que es quien determina lo que tiene que valer como igual y lo que ha de ser considerado y valorado como desigual.

Apunta esta concepción nítidamente a la entidad de la futura democracia entendida como totalitaria, que se basará sobre todo en la supremacía del número, totalmente ya alejada y desvinculada de cualquier postura de reconocimiento de derechos fundamentales del particular.

Las consecuencias de esta premisa eran más que evidentes. No existe la verdad en sí; no existe una verdad que esté más allá del individuo, sino que, si hablamos de verdad, ésta es la verdad relativa o verdad del sujeto, porque el mundo que forma el entorno humano es esencialmente un mundo cambiante.

La secuencia lógica que se deriva de este nihilismo sobre la verdad en sí en su teoría del conocimiento, se traduce en el plano ético en el utilitarismo (*χρεία*, *utilitas*): los conceptos éticos así como las leyes, desde esta concepción, sólo tenían evidentemente una validez relativa, porque se basaban en meras convenciones o acuerdos humanos, “*bueno es, lo que es útil para el que obra*”.

El *ethos* político y pedagógico del ideario de Protágoras fragua en un individualismo radical y en utilitarismo en su proyección social.

Este mismo principio cabría aplicarlo a los dioses y a su culto, ya que para Protágoras la religión es un hecho meramente antropológico, que se ha de entender, como indicaba JAE-

GER, en su significación y función dentro de la estructura social dominante del momento.

Si anudamos este planteamiento con la hipervaloración de lo plausible, ya conocido por la antigua ciencia jónica y por el mismo Protágoras, nos encontramos ante una perfecta pieza de encaje para la formación de la defensa en el marco del proceso.

Así se justificaba el objetivo que difundió una formación del ciudadano totalmente política, porque la vida de la comunidad en cuanto tal ha de estar presidida por un orden interno que se adquiere merced a la πολιτική ἀρετή.

### 3. DIÓGENES LAERCIO

Continuamos sacando consecuencias del ideario antropológico, y el siguiente testimonio lo tomamos de Diógenes Laercio<sup>9</sup>, y viene recogido en la *Vida de los Filósofos*, en el que atribuye a Protágoras la frase: Πρώτος ἔφη Προτάγορας δύο λόγους εἶναι περὶ παντὸς πράγματος ἀντικειμένους ἀλλήλοις.

Según el testimonio de Diógenes Laercio, Protágoras fue el primero que afirmó “*acerca de toda cuestión controvertida existen al menos como mínimo dos razonamientos contrarios que son en principio verdaderos*”, tesis que Aristóteles completaba posteriormente en Rhet II, 24. 1042a23, cuando sostenía que en el proceso se ha de conseguir: καὶ τὸ τὸν ἥττω δὲ λόγον κρείττω ποιεῖν, “*hacer el argumento débil fuerte y su complementario, hacer débil el argumento fuerte*”.

Nos encontramos ante un principio que iba a tener una gran importancia y no menor proyección para el desarrollo de la retórica en el marco del proceso en la praxis forense antigua, entendida como *techne* del discurso y de la réplica con un contra discurso, como veremos a continuación.

Nos referimos a la aplicación del método dialéctico que opera con el juego de la “*antítesis*”, los denominados y estudiados *supra* en

este trabajo, “*dissoi logoi*” o discursos antitéticos, que consistían en considerar la misma cuestión desde dos posiciones diametralmente opuestas.

Ello dio lugar a la formación de un tipo de discurso que opera mediante una tesis con su respectiva antítesis y podemos afirmar que informó, marcó y determinó de forma decisiva el pensamiento o razonamiento jurídico griego en la historia posterior.

Bajo el punto de vista del proceso se encuentra el juez ante dos pronunciamientos que, de entrada, son excluyentes y contrarios entre sí y ambos al mismo tiempo son verdaderos a tenor de los que los sostienen.

Este novedoso tipo de *argumentatio*, articulado sobre los denominados “razonamientos polares opuestos” (*progymnasmata*), pasará a integrar la tradición retórica escolástica y perdurará indefectiblemente hasta la época bizantina, ya que en toda cuestión controvertida se ha de mantener un planteamiento positivo y otro que niega el anterior; lo que significa en el plano del proceso que el juez se encuentra ante dos afirmaciones totalmente opuestas o excluyentes y él obviamente habrá de decidir cuál de ellas es realmente la más ajustada a la realidad, una vez que esté persuadido de ello.

La persuasión se convertirá en eje fundamental y pieza clave del discurso, como ya dijimos anteriormente; y, por lo demás, dominante en todas las definiciones que hemos indicado de la retórica a lo largo del itinerario temporal de nuestro *ars*.

Resulta fácil y sencillo describir retrospectivamente nuestra *techne* clásica a nivel muy superficial, diciendo que fue la teoría que desarrollaron los griegos junto con los romanos y que proyectaron a la oratoria así como a los géneros literarios y que fue objeto de enseñanza en las escuelas antiguas. Esta afirmación sería una simplificación muy banal.

Cabe preguntarse, señalaba KENNEDY al hablar en su libro ya citado, cuál fue el contenido de aquella teoría, y si estamos ante una facultad intelectual o más bien ante una forma

de hablar bien o un medio de composición literaria.

Estudiar la naturaleza de la tradición retórica clásica nos planteará un cúmulo de cuestiones de envergadura, como son, por ejemplo, la relación de la *techne* del razonamiento con la dialéctica; la cuestión del discurso oral contrapuesto al escrito; establecer la importancia que tuvieron cada uno de los distintos elementos que componen el discurso en los diferentes estadios de la retórica clásica: el que habla, el discurso *per se* y el auditorio.

Como fácilmente puede desprenderse, quisiéramos reiterar que en esta época circularon todo este juego de ideas en manos de artífices altamente cualificados y muy hábiles en transformar un planteamiento débil en fuerte y viceversa, poniendo en circulación la máxima de que en toda cuestión que se halla sujeta a controversia hay como punto de partida opiniones y razonamientos contrarios que son verdaderos, muy activado este planteamiento por las distintas escuelas; lo que dio origen al tipo de discurso al que se opone un contra discurso sobre la misma cuestión, aspecto que veremos posteriormente.

#### 4. LA PRIMERA MANIFESTACIÓN DE LO PLAUSIBLE EN EL PROCESO: LA ANTIGUA TECHNE EN EL SICILIANO KORAX Y TEISIAS<sup>10</sup>

El testimonio que citamos a continuación ha servido a la doctrina para calificarlo como el pasaje más importante en el que se establece la conexión intrínseca entre cambio constitucional y la aparición de la *techne rhetoriké*, porque, tanto en lo que se nos narra por Aristóteles y Cicerón en Sicilia, como en Atenas y en general en toda la tierra griega, la exigencia de formación y su importancia surge a partir de la democratización de la vida política y social.

En efecto, constituye un dato evidente que la caída de sistemas políticos monárquicos, ti-

ránicos u oligárquicos fue determinante en la aparición de una forma ideal de Estado, calificada como democrática en la que primará la *parrhesía* o libertad de expresión en la vida civil y política.

Al logro indicado hay que añadir la necesidad de formación, base y requisito imprescindible para hacerse oír en las asambleas del pueblo, en los Consejos y en los juicios; aquí sobre todo en la vida judicial se acentúa esta necesidad.

Vamos a nuestro primer testimonio.

Dicha fuente procede de Cicerón y aparece recogida en *Brutus* 46 reza así: *itaque ait Aristoteles, cum sublati in Sicilia tyrannis res privatae longo intervallo iudiciis repeterentur, tum primum, quod esset acuta illa gens et controversiae nata, artem et praecepta Siculos Coracem et Tisiam conscripsisse —nam antea neminem solitum via nec arte, sed accurate tamen et descripte plerosque dicere— scriptasque fuisse et paratas a Protagora rerum inlustrium disputationes, qui nunc communes appellantur loci; quod idem fecisse Gorgiam.*

Según se desprende del testimonio de la fuente citada que se remite a Aristóteles, el derrocamiento de las monarquías, en este caso de las tiranías, comportó la entrada en escena de la soberanía del pueblo a mediados del siglo V.

Este dato político fue el pistoletazo de salida que marcaba el orto inevitable de una nueva época, en la que cobrará vida una nueva forma política que fue una democratización en la sociedad a la que irá ligada la necesidad de la formación, que tan importante fue para la praxis judicial.

Según el testimonio citado de Aristóteles, se considera a Korax, el siracusano, que parece que se movió en el plano político bajo la tiranía de Gelón e Hierón y a su discípulo Teisias, de quien fue discípulo Gorgias, como los primeros que aplicaron y pusieron en circulación la *techne* retórica por el año 427 a. C.; lo que aconteció tras la caída del régimen de los tiranos en Sicilia, territorio colonial griego.

La causa de que introdujesen esta *techne* vino determinada a raíz de las múltiples contiendas judiciales que se plantearon entre los años 470 y 460 por las confiscaciones arbitrarias de tierras, que se habían practicado *manu militari* bajo el gobierno de los tiranos.

Korax que había ido a Atenas, lugar en el que coincidió con el sofista Gorgias, por el año 427 formando parte de una delegación, parece ser que fue el que escribió una *techne rhetoriké*<sup>41</sup>, estructurada en tres partes que conocieron Platón, Aristóteles y Anaxímenes así como los retóricos posteriores.

Estamos ante lo que podríamos caracterizar como primera pieza en lo que fue la defensa en el proceso. A ella dirigimos nuestra atención. SCHMID/STÄHLIN pusieron de relieve, como ya hemos indicado, que la mencionada teoría de la plausibilidad (*eikós*) ya le era conocida a la antigua ciencia de patente jónica y al mismo Protágoras.

La plausibilidad se utilizaba en aquel momento para situaciones o casos en los que los hechos positivos no habían sido transmitidos de forma inmediata y fidedigna. Por consiguiente, cuando no se quería renunciar a conocer la realidad de hechos acaecidos y los testimonios eran muy precarios, se trataba de formar un conocimiento sobre ellos por medio de esta operación mental, que aplica la que pudo ser realidad plausible para conjeturar de qué forma pudieron acaecer los hechos.

Dicen nuestros autores que la ciencia operaba con estos εἰκότα, o indicios plausibles. Lo novedoso estuvo en aplicar la plausibilidad en la isla de Sicilia al proceso judicial con la finalidad ya indicada: desvirtuar una verdad que era segura, por medio de hacer creíble lo que se entiende como realidad probable.

La técnica oratoria de patente siciliana adaptó y creó, merced a los numerosos procesos que tuvieron lugar entre los años 470 y 460 a. C., el sistema mencionado, en el que se juega sustancialmente con el golpe de efecto sorpresa de descabalar la verdad merced a pruebas basadas en la plausibilidad.

En efecto, la orientación fundamental de esta técnica apuntaba a la actuación ante los tribunales, poniendo de relieve que la acusación *apud iudicem* podía debilitarse o desvirtuarse, presentándola como nada creíble mediante pruebas.

Como podemos deducir, la vía que se aplicará será hacer fuerte el argumento débil y débil el que es fuerte.

A modo de ejemplo ante el proceso se operaba a conveniencia con el juego de tópicos opuestos: “hombre mayor —hombre joven”, “fuerte— débil”, “rico-pobre” entre otros y se jugaba con uno u otro desde la utilidad al servicio del demandado y de ella hicieron uso hábiles retóricos como Antiphon, Gorgias, Lysias, Isaios e Isócrates.

Las partes que comprendía esta *techne* fueron:

1.- Definición de nuestro *ars* como *πειθοῦς δημιουργός*, es decir, la *techne* maestra de persuasión que hicieron suya también Gorgias e Isócrates

2.- Consiguientemente la *techne* de la persuasión contenía la premisa de que la verdad en sí puede ser debilitada, neutralizada y de este modo llegar a ser no-creíble.

Se admitirá como verdad lo aparente o probable (*εἰκὸς*)<sup>12</sup> para la mayoría, aspecto que fue realmente el núcleo determinante de esta orientación retórica y el aspecto más importante en su concepción.

Más puede valer lo que parece verdad que en ocasiones lo que es verdad en sí, utilizando en el discurso hábilmente la sorpresa para debilitar la verdad.

Según el testimonio de Platón, por *probable* entendía Teisias aquello que parece aceptable o creíble a la masa, μή τι ἄλλο λέγει τὸ εἰκὸς ἢ τὸ τῷ πλήθει δοκοῦν (273a1-b7)<sup>13</sup>.

Se trataba de persuadir al tribunal, formado naturalmente por ciudadanos sin ningún tipo de formación especializada, para que aprecie lo que se presenta como *probable* por encima de la verdad real.

Esta fue la estrategia base, porque, como atestigua Platón en el *Fedro* 273a1-b7, sobre esta teoría relativa a lo plausible o aparente, en juicio nadie debe preocuparse por la verdad de las acciones buenas o justas: οὐδὲν ἐν τοῖς δικαστηρίοις τούτων ἀληθείας μέλει οὐδενί, ἀλλὰ τοῦ πιθανοῦ, así como tampoco importa ofrecer ante los jueces el diseño del hombre justo y bueno, ya que el objetivo final radica en buscar por encima de todo la *credibilidad* colectiva, haciendo de lo *probable* (*εἰκὸς*) algo *creíble*.

Así está atestiguado el sustantivo *techne* en el *Fedro* de Platón en un coloquio entre Sócrates y Fedro, cuyo tema versa sobre el *Leit-motiv* de Platón, que insiste en que el que ha de pronunciar un discurso, debe tener en su mente la verdad de aquello sobre lo que va a hablar.

Ello venía a colación porque Fedro había oído decir que: οὐκ εἶναι ἀνάγκην τῷ μέλλοντι ῥήτορι ἔσεσθαι τὰ τῷ ὄντι δίκαια μανθάνειν, ἀλλὰ τὰ δόξαντ' ἄν πλήθει οἵπερ δικάσουσιν “no le es necesario al que se prepara para ser orador aprender lo que es realmente justo, sino lo que podría parecer a la multitud”, que nos recuerda la tesis de Korax.

Platón va a contraponer lo que es una auténtica *techne*, ἔτυμος τέχνη, a una ἄτεχνος τριβή, una práctica rutinaria sin *techne*. La opción por una verdadera retórica de naturaleza científica es por lo que va a abogar.

3.- completaba el sistema de Korax una rígida y muy meditada disposición del discurso a pronunciar en juicio, si bien ambos no se ocuparon del *ars* en la expresión lingüística.

Teisias y Korax fueron, consiguientemente, los que aplicaron y abrieron los cauces de la corriente retórica que creó la línea de valoración de lo “*plausible*” (τὰ εἰκότα), que era en su estrategia el objetivo último y que estaba muy por encima de la verdad en sí, si bien estos dos maestros estaban llamados a desaparecer muy rápidamente del curso de la tradición histórica, correspondiendo la ascensión del protagonismo de esta corriente a Gorgias, que asumió lo esencial de toda esta técnica.

Como señaló KENNEDY, lejos de la mente de los helenos estuvo considerar este aspecto de la plausibilidad de la *techne* del εἰκὸς como “a-moral o in-moral”, más bien parece todo lo contrario: que se consolidó de forma positiva a lo largo del siglo V, porque el ateniense, como veremos a continuación, que ya respiraba en aquella época nuevos aires, se deleitaba con el juego de la cadena de demostraciones, según las cuales se pretendía demostrar con toda la habilidad posible que una plausibilidad o probabilidad tenía visos de ser mucho más creíble y, por ende, más veraz que otra.

Este hervidero de deleite social condujo a los *rhetores* a construir módulos de argumentación en los que las conclusiones probables se diseñan sobre la base de una evidencia aparente más o menos fuerte.

A estos módulos de razonamiento, para consolidar la credibilidad, se añadieron nuevos factores determinantes que refuerzan la probabilidad de la acción, el *topos* de la personalidad relevante del *rhetor* junto con el de las motivaciones concretas de todos los que se hallan implicados en el caso.

La pregunta crucial que se formulaba ante el caso a los auditores o a los jueces era: ¿qué habría creído o hecho cualquiera de ellos en esas circunstancias?<sup>14</sup>

**Pasamos a considerar el ideario de otro conspicuo personaje de la época**, a quien se le atribuye una máxima llamada a tener gran repercusión en el ámbito político y en el judicial.

## 5. GORGIAS: LA PALABRA, POTENS RERUM REGINA, ES PODER: LOVGOS DUNAVSTHSS MEVGASS<sup>15</sup>

Nuestro personaje fue ante el auditorio ateniense un gran orador y comunicador práctico, que preparó de forma minuciosa y muy cuidada con todo lujo de detalles sus discursos. Su forma esmerada y selecta de las piezas

oratorias calaron hondo en sus auditores que, como instruidos, gozaban con los discursos.

En su forma de pensar “lenguaje” significa poder, por lo que creó unas reglas selectivas como vía de acceso a este poder y lógicamente las elevó al rango de “pseudo-ciencia”, que naturalmente resultaba inaccesible a aquellos que por falta de formación no eran capaces de poder hablar.

Como veremos, estuvo totalmente persuadido de que la palabra siempre “significa”. Para él era la palabra, λόγος, un medio de amplio poder para transmitir, bien lo que era recto o bien lo simulado; de expresar la verdad o su antítesis, la mentira; de generar la *fides* o confianza del destinatario o su contrario, la desconfianza.

Su *Leit - motiv* fue que la palabra era un vehículo instrumental muy poderoso y eficaz, por el hecho de estar equipado con una carga de poder para comunicar, argumentando para convencer o persuadir a sus destinatarios; para lo cual la premisa fundamental era conocer el alma del auditorio.

Gorgias causó un gran impacto en la sociedad ateniense, en un momento en que era el auditorio más formado de la antigua Grecia (τοὺς Ἀθηναίους ὄντας εὐφραεῖς καὶ ἰολόγους), porque en él late como proyecto claro un ideal de formación en el que se destilaba ya claramente la idea de sustituir el **mito** por el **logos** así como reemplazar la hasta entonces vigente fuerza de la **tradicción** por la **razón**.

Veremos posteriormente en la Apología de Palamedes la técnica del sofista Gorgias.

## 6. LOS TRES GÉNEROS DE DISCURSOS EN EL MUNDO GRIEGO

Antes de introducir el tema de la apología o defensa en el proceso, destacamos los que fueron los módulos fundamentales de los discursos, siguiendo en ello a Aristóteles.

Aristóteles, siguiendo los precedentes, en *Rhet.* I. 3. 1358b estableció que en todo dis-

curso existen tres partes interesadas e implicadas, ὁ λέγων, el orador, el objeto sobre el que versa el discurso, περὶ οὗ λέγει, y el auditor, πρὸς ὃν λέγει ὁ ἀκροατής y fijó los tres módulos o géneros de discursos sobre la base de la función que han de desarrollar los destinatarios del discurso, que son los que constituyen el campo específico sobre el que incidirá la teoría de la argumentación retórica y que permaneció inalterado a lo largo de toda la antigüedad:

ἐπιδεικτικὸν γένος - *genus laudativum*.

συμβουλευτικὸν γένος - *genus deliberativum*:

*utilitas-damnum*, en el que cabe destacar los grandes discursos de concienciación social de Isócrates.

δικαιτικὸν γένος-*genus iudiciale*:

*iustum-iniustum*, ἀπολογία-κατηγορία.

Centrados en este tercer módulo, el denominado *genus iudiciale*, precisamos que los principios que encontramos definidos por Aristóteles en *Rhet.* I. 3. 1358b8, pasaron a la tradición latina y podemos leer en el *Auct. ad Herenn.* que nos dice en I. 2. 2.: *iudiciale est quod positum est in controversia et quod habet accusationem aut petitionem cum defensione*.

Por consiguiente en el *genus iudiciale* el orador en este supuesto ha de utilizar como línea de su argumentación lo que los griegos denominaron los telika; κεφάλαια, es decir, se sirve del *topos* del *dikaion* (*iustum*) o del *ádikon* (*iniustum*), siendo en el primer caso cometido del *rhetor* la defensa ajpologiva, *depulsio, defensio*, mientras que en el segundo caso sería la acusación, *kathgoriva, intentio, accusatio aut petitio*, dependiendo de que la acción incida en una cuestión pública o privada.

Consiguientemente cuando se ha de juzgar un hecho como “*in-iustum*” corresponde esta acción al *officium* del acusador y calificarlo como “*iustum*” al *officium* de la defensa, ajpologiva. Como es sabido, se denomina *actio* el desarrollo de todo el proceso desde el juego de los opuestos, *accusatio-defensio*.

Naturalmente nos percatamos al punto que en el *genus iudiciale* se patentiza con toda

propiedad el carácter dialéctico de la retórica, puesto que ante un acusador siempre habrá un defensor de la parte acusada, con lo que el mismo hecho va a ser tratado desde dos puntos de vista antagónicos o diferentes, en los que se tiene en cuenta obviamente el juicio del hecho que presenta la otra parte, tal como ya hemos indicado anteriormente<sup>16</sup>.

El núcleo del denominado *genus iudiciale* presupone que hay un *factum*, un hecho, y el acusador afirma existir una conexión clara entre el *factum* y un autor del mismo, *reus*, y lo ratifica *apud iudicem* mediante la expresión *fecisti*; el demandado podía responder desde tres posiciones básicas fundamentales, que sirvieron para formular posteriormente la denominada teoría de los *status*:

a) *non feci*.

b) *feci sed feci iure*.

c) *clementia*.

Según Aristóteles en *Rhet.* III. 17. 1417b23 la contundente respuesta por parte del *reus*, *non feci, ὅτι οὐ γέγονεν*, planteaba al juez la cuestión **an fecerit?**

Por esta vía comenzaba el proceso.

## 7. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCESO ÁTICO Y EL JURAMENTO DE LOS ELEGIDOS PARA EL CARGO DE JUEZ

A este propósito puso de relieve en su momento THÜR<sup>17</sup> unas ideas compartidas a nivel doctrinal por los autores, según las cuales en el siglo IV a. C. se dio el período de florecimiento de la retórica y señala nuestro autor que retórica y democracia estaban inseparablemente unidas una con la otra.

Era claro en aquel contexto que, si alguien quería motivar a la masa ciudadana en una determinada orientación, debía ser un perfecto conocedor y explorador de la *psyche* humana,

tal como sostenía Gorgias, y utilizar esa sensibilidad o conciencia social en función de sus objetivos.

Los *dikasterios* se componían por regla general de un colegio de jueces. El proceso privado más sencillo era resuelto por un *dikasterio* integrado por 201 ciudadanos y, a tenor de la entidad del pleito, se incrementaba el número hasta alcanzar el número de los 6.000 jueces.

Según los testimonios en aquel momento de pujanza democrática, todos los ciudadanos mayores de 30 años, que estuviesen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, podían acceder al ejercicio de estas funciones, siendo en el siglo V el número de legitimados para el ejercicio de funciones judiciales unos 6.000 que se sorteaban anualmente y que formaban los *dikasteria*, siendo todos la representación ideal del pueblo ateniense<sup>18</sup>.

Nuestro siguiente paso consiste en destacar que todos aquellos ciudadanos, que habían sido designados para el ejercicio del poder judicial, eran llamados *δικασταί* o también en ocasiones *ἡλιασταί* los cuales, antes de que entrasen en el ejercicio de esta función, debían prestar un juramento cuyo contenido en síntesis discurría en estos términos:

“ψηφῶμαι κατὰ τοὺς νόμους καὶ κατὰ ψήφισματα τοῦ δήμου τοῦ Ἀθηναίων καὶ τῆς βουλῆς τῶν πεντακοσίων, περὶ ὧν δ’ ἂν νόμοι μὴ ᾔσιν, γνώμη τῆ δικαιοτάτῃ”<sup>19</sup>.

*“Pronunciaré mi veredicto de acuerdo con las leyes y de acuerdo con las resoluciones del pueblo de Atenas y del Consejo de los Quinientos [y en aquellos casos en que no existan leyes aplicables, de acuerdo con el parecer (a mi modo de ver) más justo].”*

El testimonio termina señalando que, durante el período de ejercicio del cargo judicial, el ciudadano elegido se comprometía a no aceptar ningún tipo de regalos ni él ni por medio de tercera persona, y además en dicho compromiso entraba escuchar por igual y con idéntica atención tanto a la parte del demandante como a la del demandado, siempre manteniendo el mismo comportamiento, así como

que su veredicto deberá ceñirse estrictamente al objeto de la demanda.

El juramento lo realizaba invocando a Zeus, a Apolo y Deméter y, si de alguna manera contraviniese este juramento, que cayera la maldición de los dioses sobre él y sobre su casa pero que, si se mantenía fiel a este juramento y su comportamiento fuese el recto, que los dioses derramen sus bienes sobre él y su casa.

El testimonio evidencia en el juramento la práctica por parte de los tribunales de lo que podríamos llamar, siguiendo a la doctrina moderna, el principio de legalidad, vinculación rígida del órgano juzgador a la norma fundamental, puesto que la fórmula del juramento explícitamente establece la obligación de juzgar de acuerdo con el *nomos* o los decretos y resoluciones que están vigentes en la ciudad.

La función judicial quedaba sometida al principio de legalidad como cualquier otro cargo público, cuyo ejercicio también lo estaba. Sólo en defecto de ley aplicable, se admite lo que un sector de la doctrina llama “jurisprudencia libre”, o utilización por parte del tribunal de la *γνώμη δικαιοτάτη*, es decir, de la equidad, actitud que primaría cuando mediante la mera mecánica del precepto legal o su eventual ampliación por vía meramente dialéctica, no se alcanzase una solución justa, por lo que en estos casos era posible recurrir a la ponderación del juzgador.

Este criterio fue el cauce mediante el cual podían los tribunales valorar todas las circunstancias así como cualquier otro elemento que posibilitase pronunciar una sentencia ajustada a la verdad y acorde con el derecho.

La *dikaioτάτη γνώμη* fue desde el punto de vista práctico un medio subsidiario y realista de hallar el derecho o lo justo en un caso concreto, cuando no hay preceptos legales aplicables; por lo que no restringió sino que completó el principio de legalidad.

El núcleo central de la jurisdicción antigua venía complementado subsidiariamente mediante esta vía de la *epiqueía*, o *aequitas*, como se la conoce en la versión latina moderna, la cual podía ser utilizada como criterio corrector

de lo legal así como de ampliación del mismo, cuando los jueces que, por el juramento estaban sujetos a la ley, se encuentran ante el tenor escrito de una norma que genera erróneas interpretaciones y no menos pleitos por supuestos de lagunas legales, lo que comportaba esta remisión al principio de la justicia<sup>20</sup>.

Contamos en este sentido con el escrito de Aristóteles sobre la Constitución de Atenas en el que se ofrece un esbozo sistemático sobre la estructura de la organización judicial, competencias y el desarrollo del proceso y del que seleccionamos algunos testimonios.

La democracia ateniense contó con un número de personas privadas que, durante un período de tiempo, no excesivamente largo, al menos un año, fueron los que detentan el poder estatal. También formaba parte del contenido del cargo una ordenanza interna para sancionar cualquier desobediencia y cualquier anomalía que se produjese en el ejercicio del mismo.

Nuestro autor destaca que Aristóteles en la CA detalla la competencia real de cada colegio y los detentadores de los cargos. Para nuestro caso de la apología de Sócrates el competente fue el Basyleus, porque entendía de los casos de impiedad o *asébeia*.

Aristóteles hizo con la profundidad conceptual que le caracteriza un razonamiento político sobre los principios fundamentales de la *demokratía* a partir de las instituciones vigentes en Atenas, destacando que la verdadera columna sobre la que tuvo asiento la *demokratía* ateniense fueron los tribunales.

Algunos testimonios de Aristóteles en la Constitución de Atenas (CA) nos ponen de relieve que hubo gobernantes que pusieron su empeño en consolidar la *demokratía* reorganizando la vida política. Tales cambios sociales, dice el filósofo, contribuyeron a hacer la constitución más democrática.

CA 22.: Τούτων δὲ γενομένων δημοτικωτέρα πολὺ τῆς Σώλωνος ἐγένετο ἡ πολιτεία. Tras todas estas reformas que recoge Aristóteles en CA 21 fue la Constitución mucho más democrática.

En CA 27 narra Aristóteles que, cuando la guía de la *polis* la detentó Pericles, la Constitución resultó ser todavía más popular y se decantó el gobernante por la talasocracia, es decir, por el poderío naval.

Finalmente otro testimonio de la CA atestigua Aristóteles que, consolidada la *demokratía*, fue en incremento el pleno poder de la plebe (τῷ πλήθει τὴν ἐξουσίαν).

CA 27: ἀπάντων γὰρ αὐτὸς αὐτὸν πεποίηκεν ὁ δῆμος κύριον, καὶ πάντα διοικεῖται ψηῖσιν καὶ δικαστηρίοις, ἐν οἷς ὁ δῆμός ἐστιν ὁ κρατῶν.

"En efecto, el pueblo se ha hecho a sí mismo dueño y señor de todo, y lo gobierna para sí por medio de votaciones de decretos y los tribunales, en los que es el pueblo el que manda".

Estos testimonios nos permiten entender cuál fue la realidad de la *demokratía* ateniense en el siglo IV, cuando tuvo lugar el proceso contra Sócrates.

Cinco fueron los tribunales que tuvieron competencia para conocer los delitos de sangre; de ellos el Areópago tuvo asignada la competencia para todos aquellos casos de homicidios dolosos o intencionales, (φόνου ἐκ προνοίας), junto con el supuesto de envenenamiento (φαρμάκων ἔαν τις ἀποκτείνῃ δούς), los delitos por incendio (πυρκαῖας) y la lesión corporal causada con intención de muerte (τραύματος ἐκ προνοίας)<sup>21</sup>.

Su importancia fue creciendo con el paso del tiempo, pues desde el siglo IV se tuvo esta institución como "guardián de las leyes y ejercía el control del desempeño de las magistraturas" según Aristóteles en CA 4. 4: φύλαξ ἦν τῶν νόμων καὶ διατῆρει τὰς ἀρχὰς, custodio de la constitución, según CA 25. 2: ἡ τῆς πολιτείας φυλακὴ y supervisor garante de las costumbres.

Quisiéramos destacar la *communis opinio* doctrinal que interpretó las palabras de Aristóteles sobre los aspectos más democráticos del gobierno de Solón en CA 9. 1-2, entendiendo que la configuración definitiva posterior de estos tribunales populares convirtió al *demos* en dueño del gobierno.

Así viene recogido por Aristóteles en Pol. VI. 2. 1317b2ss: τὸ πλῆθος ἀναγκαῖον εἶναι κύριον καὶ ὃ τι ἄν δόξη πλείοσι, τοῦτ' εἶναι τέλος καὶ τοῦτ' εἶναι τὸ δίκαιον “*es necesario que el demos sea el soberano y que lo que parezca a la mayoría, eso sea el fin justo*” (i. e. derecho).

Según BUSOLT<sup>22</sup>, se pone de relieve la idea del carácter totalmente soberano y rector del pueblo, es decir, soberano del Estado y dueño de la vida pública.

También se considera como uno de los últimos pasos que abocarán con el tiempo a la aparición de la *demokratia* radical, pues en la conciencia social de los atenienses se formó la idea de que democracia y tribunal popular son realidades inseparables, haciendo de los tribunales populares el prototipo genuino de la idea democrática, pues el derecho de voto, general y paritario, convirtió en las democracias a la mayoría numérica en factor decisivo en la vida del Estado. El *demos* es soberano y dueño de la vida pública.

El factor determinante de la vida del Estado fue el número de votos de la mayoría, de forma que la realidad social se estructuró en los ya conocidos *ordines*, por una parte “los menos”, la *nobilitas*, “la masa”, el *demos*, y el estamento medio, distante ciertamente del minoritario grupo poderoso de los “menos”.

Observó con su peculiar agudeza el Pseudo Jenofonte<sup>23</sup> que en el funcionamiento de los tribunales interesaba más que lo justo la propia *utilitas*, porque los ciudadanos con deseos de incrementar sus ingresos ambicionaban los cargos remunerados por los beneficios económicos que les reportaban.

La realidad, consiguientemente, no respondió en modo alguno al ideal establecido, por lo que Platón con profundo sentido crítico censuraba el libertinaje existente, como pondremos de relieve posteriormente, la ilegalidad del sorteo y la caza de cargos así como la pulsión por vivir a costa de la comunidad. Criticaba el liderazgo de los demagogos así como la pésima conducción del Estado.

Como era de esperar en el *rebus sic stantibus* existente también en el siglo IV, el antagonismo de clases marcó también el carácter de las sentencias de los tribunales, porque un juez, que se opusiese a la voluntad popular, corría un serio peligro, ya que podía ser sospechoso de hostilidad al pueblo con el consiguiente riesgo de ser condenado.

En este sentido sentenciaba Aristóteles que el factor dominante en el período de la democracia radical fue, no la ley, sino la veleidad del pueblo, como ya hemos señalado.

A la luz de lo indicado y recapitulando las ideas citadas, los jueces eran legos en materia jurídica y reclutados de entre toda la ciudadanía. En esta jurisdicción, por su propia estructura organizada a nivel democrático, cualquier proceso tenía por lo común una dimensión política, como veremos en este trabajo, y, desde el punto de vista procedimental, cabe señalar que no existió una distinción entre proceso civil y político.

Cuando se ojean los discursos *apud iudices* áticos, los entiende la doctrina como piezas o ejemplos clásicos de la “*techne* ligada a la persuasión” y no por su textura jurídico procesal; así encontraron acomodo en la literatura universal y fueron valorados por los juristas como fuente del derecho ateniense, especialmente del derecho procesal.

Consiguientemente cualquier ciudadano ateniense cuyos derechos privados fueren lesionados podía ejercer contra la parte que lesiona una acción privada, *dike*, cuyos significados equivalentes son “acción”, “pretensión” y también “proceso”.

Hemos de destacar que la significación jurídica fundamental ligada a la *dike* es que, una persona, el demandado, está sujeto a una responsabilidad, a un agarramiento ejecutivo, de venganza restauradora del orden roto por el demandado por parte del demandante.

Junto a la *dike* privada hubo una serie de “acciones públicas”, acción popular que podía ser planteada por cualquier ciudadano, entre ellos el delito de alta traición al Estado o delitos contra la religión, tipos políticos sanciona-

dos en sentido estricto así como la perversión de los jóvenes o menores.

Esta acción se denominó “*graphe*”, junto con otras modalidades terminológicas propias del siglo IV.

Por consiguiente, la jurisdicción ateniense funciona a instancia de parte por persona privada legitimada o interesada<sup>24</sup>.

Recapitulando lo precedente, en el mundo griego y, por tanto, en Atenas no hubo jueces que lo fuesen profesionalmente. Eran legos que decidían como jueces en el sentido más pleno del término, si bien ello no implica, como decimos, que tuviesen un conocimiento preciso y técnico del sistema jurídico ateniense.

Lo mismo aconteció, desde el *topos* de la *similitudo*, con los jueces del procedimiento formulario romano en el período republicano y de época clásica, hasta que se impuso definitivamente la *cognitio extra ordinem*, en la que el magistrado funcionario es el que conoce y dicta sentencia.

Se sustanciaban de idéntica manera los asuntos procesales planteados sin que hubieran podido contar con el soporte técnico del juez profesional actual o de carrera.

Pasamos, tras estas breves consideraciones, a tratar dos célebres apologías que en el campo doctrinal se consideran semejantes: la de Palamedes y la de Sócrates: ambas se consideran dos casos de legalidad *versus iustitia*.

## 8. LA “APOLOGÍA A FAVOR DE PALAMEDES” O UN CASO DE LEGALIDAD VERSUS JUSTICIA

Esta apología fue obra de Gorgias y, utilizando una técnica muy peculiar, tal como ya hizo también en el discurso a favor de Helena, en la “**apología a favor de Palamedes**” toma Gorgias del ámbito de la mitología, en concreto de la guerra de Troya, un caso en el que se plantea la cuestión de una sentencia completa-

mente injusta para criticar la actuación de los gobernantes demócratas de Atenas.

Fue un discurso de naturaleza apologética y ficticio contra la pérdida acusación por alta traición que planteó Odysseus que estaba enemistado con Palamedes; en la acusación pide a los jueces que le impongan la pena de muerte por el delito de alta traición, tal como aconteció.

Según se cuenta, Odysseus, para vengarse de Palamedes urdió el siguiente plan. Coaccionó mediante amenazas a un troyano que había sido capturado y le obligó a redactar una carta supuestamente enviada a Príamo, de la que se infería que Palamedes le había ofrecido traicionar a los griegos; también presionó y sobornó a un esclavo de Palamedes para que depositase una cantidad de oro en el cuarto de su amo.

Una vez llevó a cabo su plan, la carta fue distribuida en el campamento griego, lo que comportó que llegase también a las manos de Agamenón, quien ordenó la rápida detención de Palamedes y su entrega a los griegos.

La apología conecta en este contexto con los motivos de la tragedia griega y plantea una discusión muy actual sobre el tema νόμος y δίκη, legalidad y justicia.

Es evidente que si la acusación se basa en un saber cierto e irrefutable, en tal caso el acusador ha prestado un gran servicio a la Hélade, pero si la acusación es fruto de la envidia, la intriga o la maledicencia en tal caso el acusador es un infame.

La aplicación de la doctrina del εἰκός en el *genus iudiciale* hizo que la praxis judicial convirtiese esta doctrina en *techne* especial, mediante la cual una verdad tenida por segura como era la afirmada por Odysseus podía ser atacada y abrirle una fisura fuerte, aplicándole el juego del principio puesto en circulación por Protágoras, “*convertir el argumento débil en fuerte*” y viceversa utilizando para ello el juego que presta la plausibilidad<sup>25</sup>.

En la defensa o apología de Palamedes utiliza el sofista en su núcleo esencial la doctrina del εἰκός, que es aplicable cuando no se poseen de forma inmediata los hechos objetivos que se

buscan; por lo que hay que recurrir a la *via mentis* que opera mediante la plausibilidad.

El discurso de corte apologético pronunciado a favor de Palamedes se ha de ubicar presumiblemente entre el 427 y el 411 y en la introducción del discurso ya se indica el tema o *topos* fundamental:

- a) “lo que no aconteció, no puede saberse” y b) si no se sabe con certeza, no es posible conocer la verdad y, por tanto, la conclusión es clara, c) nada puede demostrarse.

Desde esta premisa inicial la defensa dirigida a probar la no culpabilidad de Palamedes, se estructura sobre una alternativa excluyente que parte de la contraposición entre dos verbos, βούλομαι y δύναμαι, entre querer y poder.

En el razonamiento para probar su no culpabilidad, el *rhetor* va a servirse de una alternativa de naturaleza excluyente. En primer lugar argumenta según la primera proposición: “Si yo hubiera querido perpetrar tal delito, en tal caso no hubiera podido”, ¿es plausible que Palamedes le dijese por carta a Príamo que estaba dispuesto a traicionar a los griegos? No, porque para ello hubiera debido pactar previamente con el troyano Príamo, cosa que no aconteció, y si tal aconteció, que se demuestre la evidencia del pacto; Odysseus no puede probar la existencia de tal pacto entre ambos.

Por otra parte, tampoco hay una persona interpuesta que hubiese sido intermediaria para establecer la negociación con Príamo, y si tal hubo, que lo demuestre Odysseus. Además un griego hubiera necesitado un intérprete para hablar con un troyano, hecho que tampoco se puede presentar en la acusación y demostrar.

De forma sucesiva y escalonada va desmontando la acusación basada en este *topos*, mostrando punto por punto que el acusador no puede demostrar nada de todo lo que afirma. El acusador sólo puede actuar de acuerdo con su opinión (δόξα), a la que no hay que dar ninguna credibilidad por todo lo expuesto, porque en sí no es creíble.

La otra parte de la alternativa, “si hubiera podido, en tal caso no hubiera querido”, la es-

tructura Gorgias sobre la etopeya o las cualidades morales del acusado y de sus antepasados de la siguiente forma: sólo Palamedes posee el saber y conoce, por tanto, la verdad.

Sabe que no es culpable y dice Gorgias que sólo hay que otorgar confianza a la verdad, no a la mera opinión, porque “si todos tienden naturalmente a lograr los máximos beneficios (κεῖ- ρδος) y evitar todos los perjuicios” (ζημίαι), es evidente que beneficios en el delito de alta traición para Palamedes no hay alguno.

Si hubiera sido traidor al mundo griego, introduce ahora el *rhetor* el *topos* retórico de la etopeya: se habría traicionado a sí mismo, a sus padres, a sus amigos, y sobre todo habría mancillado la dignidad y honra de todos sus antepasados: προδιδούς γὰρ τὴν Ἑλλάδα, προῦδίδουν ἑμαυτόν, τοκέας, ἄξι- ὠμα προγόνων, ἱερὰ πατρώια, τάφους, πατρίδα τὴν μεγίστην τῆς Ἑλλάδος.

La consecuencia se sigue por sí misma: Palamedes nunca hubiera podido retornar a la Helade.

Gorgias funda el anterior aserto desde el palmarés ético que jalona la irreprochable vida de Palamedes, pues ha sido un benefactor de los griegos y de todos los hombres, μέγας εὐεργέτης ὑμῶν τῶν Ἑλλήνων καὶ τῶν ἀπάντων ἀνθρώπων, realizó en su vida al servicio de su ciudad notorias e importantes prestaciones en el *ars militaris*, se ha distinguido por ser un guardián inquebrantable de la legalidad, νόμους τε γραπτοὺς φύλακας, y su propia forma de actuar ha estado guiada al bien común. Coronan su vida social y política todos los valores éticos.

En síntesis, toda la apología rezuma en el fondo, como decíamos, una acerada crítica al sistema democrático ateniense, en el que se encubren las más descaradas formas de manipulación de la masa, que forma parte de los jurados populares, lo que le da pie a plantear que la obligación de los jueces consiste en considerar no los discursos sino verificar los hechos acaecidos, ὑμᾶς δὲ χρὴ μὴ τοῖς λόγοις μᾶλλον ἢ τοῖς ἔργοις προσέχειν τὸν νοῦν, porque la resolución de los jueces ha de

estar basada en la verdad, τὴν ἀλήθειαν τῶν ἔργων καθάραν.

Aquí deslegitima Gorgias al gremio de jueces que dictaron una sentencia injusta con la brutal lapidación, porque fue dictada por un grupo de jueces que se dejaron llevar por sus emociones fácilmente manipuladas; situación que indicaba uno de los puntos débiles del sistema democrático ateniense del momento.

Reitera el *rhetor* que aquella sentencia podría ser legal, pero no necesariamente justa, al no basarse en la verdad y en la *vera iustitia*.

Los jueces tenían el poder efectivo y la fuerza para hacerlo ejecutar. Palamedes, por el contrario, posee el fundamento del derecho, la justicia: “τῆς μὲν δίκης ἐγῶ, τῆς μὲν βίας ὑμεῖς”.

En suma, era claro para el sofista que el “destino”, el *fatum* del hombre no está predestinado por los dioses sino por la naturaleza. Cosa cierta es que esta afirmación no hizo variar el juicio de los jueces y lo importante para el acusado es lo que él en persona expresa por medio de su clamor, “*morir de forma justa*” (δικαίως), porque ni el poder de Zeus ni las instituciones democráticas garantizan la justicia, (δίκη).

## 9. LA APOLOGÍA DE SÓCRATES<sup>26</sup>

Comenzamos con unas consideraciones doctrinales previas sobre lo que la doctrina denominó “**problema socrático**”. Indicaba ALSBERG<sup>27</sup> en 1926 que el jurista moderno de aquel momento se encontraba ante un proceso contra el primer genio del pensamiento libre.

La doctrina se planteó ante el primer genio del pensamiento libre el denominado “**problema socrático**”, con el objetivo de establecer de alguna manera la entidad de las enseñanzas de Sócrates en filosofía<sup>28</sup>

Podemos avanzar desde este *topos* de reflexión que fue un filósofo dotado de un plan-

teamiento esencialmente práctico en un momento histórico de degradación interna en Atenas en el orden político y moral.

Por lo cual trató Sócrates de inyectar una nueva estabilidad en el cuerpo social, porque persuadido estaba de que la estabilidad de la *polis* dependía de la solidez interna de unos ciudadanos moralmente bien formados.

Sobre ello unas breves anotaciones.

Según comenta Aristóteles en la *Metafísica*, Lib. XIII, 1078b27-9: δύο γὰρ ἐστὶν ἃ τὶς ἂν ἀποδοίη Σωκράτει δικαίως, τοὺς τ' ἐπακτικούς λόγους καὶ τὸ ὀρίζεσθαι καθόλου, es decir, *proprio iure attribuat quispiam, inductivas orationes et definitionem universalis*, dos pasos de gran calado en el ámbito de la ciencia podían remitirse con toda propiedad a Sócrates, cuya significación científica estuvo ligada a su personalidad; uno, ligado a la técnica de la *interrogatio* sucesiva o técnica del “razonamiento inductivo” y el otro fue el de la definición del universal.

Según el LIDDELL SCOTT<sup>29</sup>, el vocablo ἐπακτικός se emplea como *via cognoscendi* de naturaleza inductiva que, a su vez, requiere el juego de preguntas sucesivas hasta lograr la fijación definitiva del concepto. A ello añadió Sócrates el τὸ ὀρίζεσθαι καθόλου, llegar a la definición del universal, conseguir ante la expansión del relativismo doctrinal de los sofistas el concepto preciso, fijo e inmutable.

Según las premisas del ideario de los sofistas, éstos habían constatado que la justicia es distinta en cada ciudad, *tot iura quot civitates*, tal como lo establece el poder dominante. Frente a esta tendencia disgregadora, era imprescindible disponer de una base sólida, de forma que la justicia sea como realidad en todas partes lo mismo con independencia de los poderes fácticos que gobiernan.

Consiguientemente podemos imaginarnos a Sócrates en el ágora, queriendo llegar a fijar lo que es o constituye la esencia inmutable de un concepto y pregunta a cualquiera, sea un brillante militar, un político, un artista, a los que les plantea preguntas y ello, como veremos más abajo respondía a que su amigo Quero-

fonte preguntó al Dios que está en Delfos, si había algún otro humano que fuese más sabio que Sócrates.

La respuesta contundente de la Pitia que nadie era más sabio, le hizo preguntarse a Sócrates cuál era el recto sentido de la frase.

Por ello se dedicó en la plaza a preguntar a los que se tenían por sabios, uno de los políticos, por cuya respuesta captó que era sabio para otros y para sí mismo, pero no era realmente sabio Apol 21: οὗτος μὲν οἶεται τι εἰδέναι, οὐκ εἰδώς: “*este cree saber algo, no sabiéndolo*”. Añade Sócrates que él no sabe, pero no cree saber lo que no sabe.

Así desfilan unos y otros, políticos, poetas, artesanos (Apol. 23e) una serie de ciudadanos que creen saber, si bien realmente saben poco o nada.

Como era de esperar, tal actitud concitó sobre su persona una animadversión y una cadena de enemistades, de ciudadanos muy irritados y que recurren a estas triquiñuelas malas, calumnias contra su persona, y que han difundido desde largo tiempo con malicia.

Dejando de lado la irritación de ciudadanos relevantes de Atenas, nos interesa destacar la cadena de interrogaciones sucesivas, mediante las cuales trata de forma inductiva llegar a la definición deseada y ajustada.

La mayéutica con el escalonamiento de preguntas sucesivas iba guiada naturalmente a que el interlocutor alumbrase en su mente ideas verdaderas, mediante las cuales pudiese llevar a cabo en la práctica acciones justas y debidas.

Era patente que la postura de Sócrates buscaba por esta vía que el sujeto acceda a la verdad y, fijada la verdad, desde ahí a la acción ética por medio del comportamiento recto del sujeto.

Entendía que era esencial poseer un conocimiento seguro de la verdad, la conocida ἀληθεῖα, clave existencial importante para poder ordenar y llevar a buen término la guía de la propia vida o el conocido εὖ ζῆν aristotélico.

Un fin eminentemente práctico guiado por la ética. Así lo ratifica en Apol. 36 cuando afirma Sócrates que iba allí donde podía hacer el mayor bien o favor a cada uno, inculcando en las mentes la verdad y la virtud (εὐεργετεῖν τὴν μεγίστην εὐεργεσίαν).

Era demasiado pedir que en el contexto social de aquella época se diferenciase claramente el interés ético del interés político y que se entendiese que para Sócrates la vida política era irrelevante y sólo le importaba desde la dimensión ética que debe estar presente en ella.

Tras estas notas sobre el problema socrático que nos iluminan para entender el proceso contra su persona, nos centramos en la Apología.

#### A. EL SITZ IM LEBEN DEL PROCESO<sup>30</sup>

Una cabal valoración del proceso contra Sócrates presupone unos considerandos previos sobre el hervidero de ideas dominantes en la sociedad ateniense del siglo IV a. C. así como los convulsos acontecimientos que experimentó Atenas en el tramo final del s. V de los que ya de alguna manera hemos hablado.

En nuestra obra sobre las *Raíces Históricas de la Cultura Jurídica Europea*, en la parte dedicada Atenas, destacamos el período de las guerras médicas que, con la derrota de los persas, Atenas y sus aliados ganaron la lucha por la libertad.

Sucedía entonces el período que Tucídides denominó la *pentekontía* o pentacontecía, período que va entre la guerra contra los persas y la irracional contienda del Peloponeso con sus trágicas consecuencias, que supusieron la pérdida de la hegemonía para Atenas. Obviamente a los estragos propios de la guerra se añadieron los derivados de la peste.

Como señala SCHOLZ<sup>31</sup>, era indudable que en la historia de todos los atenienses y por ende también todos los jueces estaban muy marcados por las consecuencias de la guerra del Peloponeso con las secuelas derivadas del cambio constitucional. Experimentaron todos la amargura del cambio político.

En efecto, quienes conocieron el esplendor de la Liga Delo-Ática así como la égida brillante de Pericles, se ven inmersos en una sangrienta confrontación con Esparta que acabó en el año 404.

Con la capitulación incondicional de Atenas, se generó en el cuerpo social la sensación de que Atenas todo lo perdió: la flota perdida, la cantidad de muertos en la contienda, la disolución de la Alianza, la vida económica arruinada, se derrocaron las defensas de los Grandes Muros, símbolo de la fortaleza de Atenas y la caída del sistema democrático con la entrada del régimen oligárquico protegido por Esparta.

Atenas pasó por la dura experiencia del régimen de los treinta tiranos bajo el liderazgo del implacable Critias, discípulo de Sócrates, que sembró de amargura entre la población ateniense y provocó el descrédito de la oligarquía, porque procedió con una inusual brutalidad contra los adversarios políticos y en muchos casos la codicia de los que mandan actuaron con la finalidad de enriquecimiento personal.

Muchos ciudadanos perdieron su patrimonio y debieron abandonar la ciudad, entre ellos un tal Anytos, uno de los acusadores de Sócrates.

Sócrates perteneció a la clase social que formaba los hoplitas, a quienes los oligarcas, tras un minucioso examen, habían concedido plenos derechos civiles.

A partir del año 403 se restablece el sistema democrático y dio comienzo la revancha y por esta vía tuvieron lugar encendidas discusiones en las plazas públicas y en las asambleas del pueblo.

Señala SCHOLZ que en su opinión el proceso contra Sócrates ha de incluirse en esta serie de procesos motivados políticamente. Tras la caída de los Treinta se oyeron las voces del rencor contra Sócrates tildándole de enemigo del pueblo y situado en el punto de mira del odio democrático, como cómplice silencioso de las crueldades de los oligarcas, de Critias, Charmides y Alcibiades, a quienes, según estas voces resentidas, enseñó a despreciar el dere-

cho divino y el humano así como a estar por encima de las normas políticas, religiosas y santas.

La actitud de Sócrates cuando minusvalora la democracia fue interpretada desde el lado demócrata como hostilidad e indicio de sospecha de dañar la democracia.

En todo este convulso proceso de agitación interna en el fondo estaban las de siempre presentes *staseis* civiles, enfrentamientos que se produjeron dentro de la *polis* ateniense por el control del poder.

Aquí nos alecciona la historia que en aquel conflictivo marco social estuvieron a la greña demócratas, oligarcas, tiranos, demagogos, que con astucias, mentiras y discursos vacíos lo único que ambicionaban era conseguir el poder y eliminar al rival. Luchas intestinas en las que el terror y la arbitrariedad fueron la nota dominante.

La hegemonía que, en el plano político, militar, económico y cultural había detentado Atenas, se fue diluyendo y sólo lo cultural fue lo que permaneció en una forma de gobierno caracterizado como *demokratia* radical, el *demos* o pueblo deviene soberano y él es la ley, índice que fue del grave deterioro del sistema político.

En este contexto diseñado *grosso modo* hay que incardinar el proceso y consiguiente ejecución de Sócrates que frisaba los setenta años en el año 399 a. C. y que fue presentado por su ideario como uno de los responsables del *Untergang* o desaparición del protagonismo político de Atenas.

El resentimiento político de aquellos demócratas contra la persona de Sócrates, junto con el enfrentamiento con aquellos que creen saber, cuando en realidad no saben, fraguaron el proceso, que iremos indicando a continuación, contra tan molesto personaje.

## B. EL DESARROLLO ARGUMENTAL DEL PROCESO

En breve y concisa síntesis podemos decir que, presentada la acusación ante el órgano

competente, el arconte basyleus, se verificaban los requisitos legales, se recogían las declaraciones de ambas partes, del acusador y las del acusado, se hacían públicas las acusaciones y se procedía a convocar para un día y a una hora determinada al tribunal popular o *Heliaia*, en el que podían participar, como ya indicamos *supra*, todo ateniense que hubiera cumplido los treinta años y estuviese en posesión y goce de sus derechos cívicos.

Tras comprobar los presupuestos procesales del proceso y la procedencia de la demanda, el *Archon Basileus* les concede un día libre en el calendario judicial y jurar sobre el punto de partida de cada una de las partes. Así aparecían recogidas las posiciones de las partes.

### C. LA TESIS DE LOS ACUSADORES

Los acusadores afirmaron que Sócrates difundía ideas perversas y perniciosas entre los jóvenes. Acusación que tocaba bienes de carácter público y ya, desde Solón, cualquier ciudadano estaba legitimado a ejercer la acusación en razón de interés público.

La acusación fue presentada por tres ciudadanos: Ánito, uno de los más poderosos políticos demócratas, Meleto, un tragediógrafo y Licón, un artesano y político. Acabadas las acusaciones, el demandado tiene el derecho de responder a esas acusaciones.

El contenido de la *kategoría* o acusación era 1) ἀσέβεια<sup>32</sup> o impiedad, el ateísmo; 2) ser un pernicioso envenenador de la juventud; 3) introducir nuevas divinidades: *daimovnia kainav*. 4) deformar con sus palabras el *lóγος*.

El acusador tratará de persuadir a los jueces de que Sócrates vulnera las normas vigentes en la *polis*. Fundamenta lo dicho en el hecho de que Sócrates no cree en sus dioses y trata de introducir nuevas divinidades. Colma esta actitud suya, porque corrompe mediante sus nefastas ideas a los jóvenes, acusación que para el maestro de Platón era la acusación de mayor entidad y que era la primera que había que refutar, dado lo mal visto que estaba en la *polis* ser catalogado de corromper a los jóvenes, y

ahí estaban los casos de Alcibíades y Critias para avalar el aserto.

Estas ideas ya hemos tenido también ocasión de verlas en la obra sobre las Sedes Históricas de la Cultura Jurídica Europea.

Esa acusación apuntaba al ideario de Sócrates que era socialmente visto, desde una posición conservadora, como perjudicial y nocivo porque difundía ideas renovadoras y distintas de lo que constituía la tradición de la *polis*.

Estamos ante un fenómeno normal en la época en la que conviene utilizar un fuerte radicalismo religioso, concordado con un sustrato político en el que la acusación trata de convencer a los jueces de la culpabilidad del reo, dada la peculiar sensibilidad social en tema religioso. Prueba de ello fue el caso de la mutilación de los Hermes para cuyos autores se pidió una condena ejemplar.

En este contexto siempre políticos de cuño conservador, molestos con tan peculiar personaje por su actitud crítica, podían utilizar con la finalidad de apartar de la circulación a tal personaje, cualesquiera circunstancias y optimizarlas en su propio beneficio.

Destaquemos algunas actuaciones de los gobernantes atenienses que fueron criticadas fuertemente por Sócrates, porque valoraba como injusta la resolución dada por los detentadores del poder a raíz de la batalla de las islas Arginusas, que costó la vida a quienes mandaban la flota ateniense por vulnerar el precepto religioso de recoger a los muertos. (Apol. 32b).

Tras la batalla ganada por los atenienses, no se pudo recoger los cadáveres de los fallecidos, que flotaban en el mar, a causa del fortísimo temporal que amenazaba con destruir toda la flota. Los que mandaban la expedición optaron por salvar la flota y las tripulaciones.

Por no haber recogido a los muertos según establecían las normas de la *polis*, se produjo la ejecución de quienes mandaban la expedición.

Tal sentencia fue rechazada por Sócrates, que fue muy crítico con la democracia y la acción política de su momento.

A esta injusta acción cabe añadir la trama urdida por los Treinta para dar muerte de modo injusto a un notable y rico, Leonte, para apoderarse de sus riquezas. A tal acción se opuso Sócrates, porque se negó a realizar una acción injusta e impía: μηδὲν ἄδικον μηδ' ἀνοσίου (32d), con lo cual tenía servido el rencor y enemistad de aquellos políticos que buscaron apartarle definitivamente de la vida pública.

#### D. LA TESIS DE LA DEFENSA

Pasamos a seleccionar unos testimonios de la apología que son indicativos de la personalidad de Sócrates. Toda la apología contiene, en nuestra opinión, lo que fue el tema estrella de la filosofía de Platón. Nos referimos a la dicotomía πιθανῶς λέγειν-τάληθῆ λέγειν. La estrategia de la plausibilidad como credibilidad frente a la verdad en sí.

En el exordio de la *Apología*, 17a y ss, se enfrenta Sócrates con la primera hornada de acusadores. Tras haber oído la acusación que se formula contra su persona, con la finalidad de persuadir a los jueces sobre la culpabilidad de Sócrates, el acusado con brillantez refutará lo dicho por el acusador como falsedad, contraponiéndolo a la verdad. Interesante el exordio porque se argumenta por parte de Sócrates sobre el tema capital de Platón, la conocida antítesis entre πιθανῶς λέγειν-τάληθῆ λέγειν.

Hablar plausiblemente – hablar la verdad. Conocemos por los sicilianos la idea de presentar lo plausible como creíble, teniendo en mente lo que el auditorio admite como creíble.

Expresa Sócrates de entrada su perplejidad por el discurso del acusador y pregunta a los jueces cuál es la sensación producida en los auditores por las palabras del acusador que hablaba de forma convincente para persuadirlos y convencerlos en su favor: οὕτω πιθανῶς ἔλεγον. καίτοι ἀληθές γε ὡς ἔπος εἰπεῖν οὐδὲν εἰρήκασιν.

Sócrates afirma que nada que sea verdadero ha dicho el acusador, porque ὡς ἐψεύσαντο: puesto que mintió.

Nuestra impresión, tras la lectura sosegada de la *Apología*, es estar ante un discurso de defensa bien trenzado y cargado de gran fuerza que excluya cualquier interpretación deformada.

Ya en el *Fedro* de Platón 259e en el diálogo entre ambos, al que ya nos hemos referido *supra*, formula Sócrates a Fedro la pregunta, si no es un requisito imprescindible en el discurso que el que lo pronuncia conozca la verdad de aquello sobre lo que va a hablar y Fedro responde que ha oído que, el que se prepara para ser orador, no precisa aprender lo que es justo en realidad, matiz que es muy secundario (οὐκ εἶναι ἀνάγκην τῷ μέλλοντι ῥήτορι ἔσεσθαι τὰ τῷ ὄντι δίκαια μαθάνειν, ἀλλὰ τὰ δοξαζαντ' ἄν πλήθει ὄπιερ δικάσουσιν), sino que en realidad lo que importa es que a la multitud que ha de juzgar, le parezca justo merced a la actividad hábil del orador, aunque realmente no lo sea.

Continúa el testimonio de Fedro completando lo que corría en la opinión social, que en el juicio nada importan las acciones buenas o malas en sí, sino que se ha de crear la apariencia de que son buenas o malas según convenga al orador persuadiendo de ello al juzgador.

La persuasión ya sabemos que procede y se gesta a partir de estas *verosimilitudines*, tal como afirmaron los sicilianos Korax y Teisias, y no de la verdad: τὸ πείθειν οὐκ ἐκ τῆς ἀληθείας.

El de siempre latente conflicto entre la doxa y la ajlhvqeia, entre sofistas y filósofos, para quienes, como Sócrates, la verdad se traduce en la rectitud expositiva, verídica o acorde con los hechos y al rigor lógico que ha de presidir los conceptos.

Tras haber afirmado que el acusador miente, se dirige a los jueces y les dice que de él ἀκούσεσθε πᾶσαν τὴν ἀλήθειαν, ;;; πιστεῦω γὰρ δίκαια εἶναι ἃ λέγω, “*escuchareis de mi toda la verdad, puesto que es justo lo que digo*”.

Hablará ante el tribunal con su forma habitual del diálogo, tal como lo había hecho to-

dos los días y pide a los jueces que atiendan εἰ δίκαια λέγω ἢ μή, δικαστοῦ μὲν γὰρ αὕτη ἀρητή, ῥήτορος δὲ τάληθη λέγειν “*si digo cosas que son justas o no? puesto que ésta es la virtud del juez, por su parte, la del orador decir la verdad*”.

Se dirige, pues, a defenderse de la primera hornada de acusadores que ya instruían a los jueces cuando eran éstos todavía jóvenes contra Sócrates y decían: Σωκράτης ἀδικεῖ καὶ περιεργάζεται ζητῶν τά τε ὑπο γῆς καὶ οὐράνια καὶ τὸν ἥπτω λόγον κρείττω ποιῶν καὶ ἄλλους ταῦτα ταῦτα διδασκων: “*Sócrates comete delito y se inmiscuye en asuntos ajenos, investigando las cosas que se hallan bajo tierra y las celestes así como haciendo el argumento más débil más fuerte y enseñando a otros estas mismas cosas*”.

Sócrates se remite para justificar su forma de actuar al Dios que está en Delfos y a quien Querofonte le formuló la pregunta, si había algún otro humano que fuese más sabio que Sócrates. La respuesta tajante de la Pitia que nadie era más sabio, le hizo preguntarse a Sócrates cuál era el recto sentido de la frase.

Por ello se dedicó en la plaza a preguntar a los que se tenían por sabios, y preguntó a uno de los políticos, por cuya respuesta captó que era sabio para otros y para sí mismo, pero no era realmente sabio Apol 21: οὗτος μὲν οἶεται τι εἰδέναι, οὐκ εἰδώς: “*este cree saber algo, no sabiéndolo*”. Añade Sócrates que él no sabe, pero no cree saber lo que no sabe.

Así desfilan unos y otros, políticos, poetas, artesanos hasta Apol. 23e una serie de ciudadanos que creen saber, si bien realmente saben poco o nada. Su actividad dialogal concitó sobre su persona una serie de enemistades, de ciudadanos muy irritados y que recurren a estas triquiñuelas malsanas, calumnias que han difundido desde largo tiempo con malicia.

Consecuencia de este hecho, aparecen en escena Apol. 24 Meleto, Ánito y Licón en nombre de los poetas, artesanos y oradores.

Sócrates ha dado respuesta a sus primeros acusadores y dice que el odio que le profesan es razón más que suficiente de que dice la verdad.

En lo que respecta a la segunda hornada de acusadores, la Apol. 24 recoge la acusación de Meleto que reproducimos en síntesis: τοὺς νέους ἀδικεῖν με διαφθείροντα “*que Sócrates vulnera la ley, puesto que corrompe a los jóvenes*”.

Sócrates utiliza aquí la figura retórica del *anteklema*, es decir, volver la acusación contra Meleto: ἐγὼ δὲ γε, ὦ ἄνδρες Ἀθηναῖοι, ἀδικεῖν φημι Μέλητον, “*Atenienses, yo afirmo que es Meleto el que vulnera la ley, aparentando preocuparse por cuestiones que nunca le han importado*. (οὐδὲν τούτῳ πρόποτε ἐμεῖ λησεν)”.

Como el *nomos* ateniense permitía al acusado preguntar al acusador<sup>33</sup>, Sócrates someterá al acusador a una batería de preguntas comenzando por preguntar al acusador quien hace mejores a los jóvenes.

Interesante es todo el escalonamiento argumental que conduce finalmente a la contradicción de lo dicho por el acusador y al absurdo.

1. Apol. 24d: τίς αὐτοὺς βελτίους ποιεῖ... ¿quien hace mejores a los jóvenes? Responde Meleto que las leyes, οἱ νόμοι. Para Sócrates, como se desprende de la obra, la ley es “*tote Buchstabe*” o letra muerta si no está informada y regenerada por una conciencia ética, por lo que vuelve a preguntar qué hombre, (τίς ἄνθρωπος...), la respuesta de Meleto no se hace esperar, y dice que los jueces hacen mejores a los jóvenes.

2. Ante la respuesta, nueva pregunta: es evidente Meleto que para ti los jueces son capaces de educar, pregunto si todos o unos sí y otros no, (πότερον ἅπαντες ἢ οἱ μὲν αὐτῶν, οἱ δ' οὐ). La respuesta de Meleto no se hace esperar, “*todos los jueces*”.

Con un cierto tono no exento de crítica sarcástica, contesta Sócrates que hay superavit de ciudadanos dedicados a la noble tarea de formar a los jóvenes (ὠφελούντων).

3. Nueva escalada por parte de Sócrates en la batería de preguntas a Meleto ¿los oyentes los hacen mejores? (οἶδε οἱ ἀκροαταὶ βελτίους ποιοῦσιν ἢ οὐ) y responde Meleto que también estos. Un paso más por parte de Sócrates

y qué decir de los miembros del Consejo? (οἱ βουλευταί). También los que forman parte de la Boulhv o Consejo forman y no corrompen a los jóvenes.

Nueva pregunta dirigida a que Meleto diga si los que forman parte de la ἐκκλησία o asamblea de los ciudadanos corrompen a los jóvenes o los hacen mejores? Su respuesta no admite duda, también los miembros de la asamblea forman a los jóvenes.

Mediante este esquema de razonamiento tipo *sorites* se produce un escalonamiento que concluye **ad absurdum**, todos los integrantes de la *polis* educan a los jóvenes, menos Sócrates.

Para mostrar a Meleto lo absurdo de sus afirmaciones, pasa Sócrates a materializarlo mediante el símil de los caballos en el que, en síntesis, viene a decir que uno solo o algunos pocos son los mejores para preparar a los caballos y nunca la totalidad. (Apol. 25b).

Sócrates recrimina a Meleto su ignorancia o nesciencia sobre el tema de la formación de los jóvenes, afirmando que nunca le ha importado algo: οὐδεπώποτε ἐφρόντισας τῶν νέων καὶ σαφῶς ἀποφαίνεις τὴν σαυτοῦ ἀμελειαν (Apol. 25c).

Nuevamente vuelve Sócrates a la carga para encerrar al acusador en una contradicción, planteándole una pregunta en forma de dilema: ¿qué es mejor vivir entre ciudadanos buenos o malos? De unos proceden los males y de otros los bienes; claro es que nadie quiere padecer un mal de los que viven con él.

Cuando Sócrates pervierte a los jóvenes, acaso lo hace Sócrates, voluntaria o involuntariamente (ἐκόντα ἢ ἄκοντα)? Meleto dice que lo hace voluntariamente y cae en su propia contradicción, pues Sócrates intencionadamente pervierte a los jóvenes que con él conviven para que le causen daños, cosa que en la mentalidad social de la época no era creíble.

Si pervierte a los jóvenes involuntariamente (εἰ δὲ ἄκων διαφθείρω), no es ello causa o motivo para emplazar a uno ante el tribunal, sino que debe ser en privado enseñado, porque de los errores no voluntarios, ἀκουσίω ἄ-

μαρτημάτων, debe ser uno corregido, ya que si aprende Sócrates, Sócrates dejará de hacer lo que involuntariamente hace, παύσομαι ὁ γὰρ ἄκων ποιῶ.

Destaca Sócrates la malicia de Meleto que ha evitado todo esto, y reitera ante los jueces que al acusador ni mucho ni poco le ha importado la juventud y apostilla en forma de pregunta πῶς με φῆς διαφθεῖρουν τοὺς νεωτέρους... según la acusación que presentas contra mi, que enseñe a los jóvenes a no creer en los dioses en los que cree la ciudad sino en otras nuevas divinidades?, θεοὺς διδάσκοντα μὴ νομίζειν οὓς ἡ πόλις νομίζει, ἕτερα δὲ δαιμόνια καινα...

En suma, el razonamiento de Sócrates señala la incoherencia de acusar de impiedad a Sócrates, no cree en los dioses y de que enseñe a creer en otros dioses.

Meleto no merece credibilidad (ἀπιστος γ' εἶ), porque no se puede creer y no creer al mismo tiempo, presentando ante los jueces el argumentum *ad absurdum*, algo es y no es al mismo tiempo, no creer en caballos y sí en cosas ecuestres, creer y no creer en los daimonnia o los démones<sup>34</sup>.

Ante los jueces manifiesta Sócrates que en sustancia la causa última de la acusación no es sino la maquinación calumniosa y la envidia contra su persona de muchos (ἡ τῶν πολλῶν διαβολή τε καὶ φθόνος) y reitera su código ético: siempre enseñará la virtud, de la cual nace todo, la sabiduría, el alma y la verdad, φρονησιβ, ajlhvqeia, yuchv. (Apol. 30b).

Y afirma Sócrates en esta línea a los jueces: εἰδῆτε ὅτι οὐδ' ἂν ἐνὶ ὑπείκῃθιμι παρὰ τὸ δίκαιον δείσας θάνατον, es decir, "sabed que en modo alguno condescendería al margen de lo justo por el hecho de temer a la muerte".

## E. LA PRUEBA DE TESTIGOS

Nuevamente retoma el tema de la corrupción de los jóvenes, acudiendo a la prueba de testigos y pide que si alguno o algunos, una vez mayores, caen en la cuenta del daño cau-

sado sobre ellos por Sócrates, que accedan a la tribuna a exponer el daño, le acusen y se venguen (ἐμου κατεγορεύειν καὶ τιμωρεῖσθαι) o, caso de que no lo quieran hacer en persona, que suban sus familiares.

Muchos de los jóvenes de antaño se encontraban presentes y son mencionados en Apol. 34 y en cualquier caso que presente Meleto testigos víctimas de la perniciosa enseñanza de Sócrates; más al contrario, están dispuestos a ayudarle porque saben que Meleto miente y Sócrates dice la verdad: Μελήτω ψευδομένω, ἐμοὶ δὲ ἀληθεύοντι.

Apol. 34b: Εἶεν δὴ, ὦ ἄνδρες' ἃ μὲν ἐγὼ ἔχοιμ' ἀπολογεῖσθαι: Aquí afirma Sócrates que todo lo expuesto es lo que puede decir en su defensa, más o menos y otras cosas semejantes.

Rechaza pedir *clementia* ni él ni sus familiares (Apol. 34c y ss) no por arrogancia o cualquier tipo de soberbia, sino porque θαρραλέως ἐγὼ ἔχω πρὸς θάνατον, está en buena disposición ante la muerte y el juez ha de juzgar según las leyes, δικάζειν κατὰ τοὺς νόμους.

Fue habitual en el procedimiento ático que, cuando una *katēgoría* o acusación no tuviese establecida una condena concreta, ambos, acusador y acusado podían proponer su pena, Meleto propone la pena de muerte y Sócrates se pregunta en Apol. 36d: τί οὖν πρέπει ἀνδρὶ πένητι εὐργέτη δεομένω ἄγειν σχολὴν ἐπὶ τῇ ὑμετέρᾳ παρακελεύσει... “*así pues, qué le conviene a un hombre pobre, benefactor, necesitado de tiempo libre para vuestra exhortación?*”

Sócrates propone ser mantenido alimentariamente en el Pritaneo, ἐν πρυτανείῳ σιτήσεως, ser mantenido por el Estado, cosa que fue muy mal vista por los jueces.

A partir de Apol. 38c se dirige Sócrates a los jueces.

*Vosotros, los jueces, que me habeis condenado a muerte, tras mi muerte, caerá sobre vosotros un castigo mucho mas duro, τιμωρίαν ὑμῖν ἦξειν, εὐθὺς μετὰ τὸν ἐμὸν θάνατον πολὺ χα-*

*λεπωτέραν, muchos os van a pedir cuentas por esta felonía, porque no vivís rectamente, οὐκ ὀρθῶς ζῆτε, οὐ καλῶς διανοεῖσθε, ni reflexionáis rectamente.*

Finalmente les exhorta a que se preparen estos jueces para ser lo mejor posible.

En cuanto a aquellos jueces que votaron por su absolució(n) (ἀποψησάμενοις), afirma en Apol. 40b.

1) que la muerte es un cierto cambio y traslado de residencia de aquí a otro lugar, μεταβολή τις καὶ μετοίκησις τῆ ψυχῆ τοῦ τόπου τοῦ ἐνθενδε εἰς ἄλλον τόπον.

Es como un sueño el tránsito, que Sócrates considera una ganancia (κέρδος), porque allí encontrará verdaderos jueces, ἀληθῶς δικαστάς.

Poder conversar con Palamedes que también fue ejecutado injustamente y otros.

2) Los jueces de allá no condenan a muerte como los de aquí, porque son más felices y además inmortales, εἶπερ γε τὰ λεγόμενα ἀληθῆ ἔστιν, si es verdad lo que se cuenta.

3) Se dirige a los jueces y les dice que para un hombre que sea bueno no hay mal alguno ni vivo ni muerto.

4) Ya es hora de marcharnos, yo a morir, vosotros a vivir, ello no obstante quien marcha a mejor situación, ἀδελον παντὶ πλὴν ἢ τῷ θεῷ, no es cosa clara a todo hombre, salvo para el dios.

## 10. CONCLUSIÓN

A lo largo del presente trabajo hemos tratado de poner de relieve las piezas que sirvieron para configurar posteriormente el proceso. Los ejercicios de las antilogías mediante la técnica de los discursos dobles dieron lugar a la formación en la historia del mundo griego a los llamados “porsgymnastai” que perduraron por su valor didáctico hasta la época bizantina.

Nos hemos ceñido a poner de relieve la formación del proceso mediante la aplicación en

la práctica de la defensa de la “plausibilidad” y, ciñiéndonos a Platón, su crítica sobre la *verosimilitud*.

Por todo lo que hemos leído, el proceso de Sócrates y su valoración por parte de la doctrina moderna ha sido muy dispar. Estamos en la época de la *demokratía* radical con las drásticas consecuencias que hemos indicado.

A la luz de lo expuesto hay un sector de la doctrina que entiende que, de acuerdo con las leyes o *nómoi* de la *demokratía*, la condena a muerte fue legal.

Otro sector de la doctrina opina que fue el mismo Sócrates el que provocó su propia muerte, al irritar a los jueces pidiendo ser alimentado por el Estado.

Sócrates propone ser mantenido alimentariamente en el Pritaneo, ἐν πρυτανείῳ σιτῆσεως, ser sustentado a costa del Estado, cosa que fue mal vista por los jueces y optaron por la ejecución.

*Tōt homines, quot sententiae.* Nosotros hemos visto, desde el ideario defendido por Sócrates, según la apología de Platón, el juicio como un caso de legalidad *versus* justicia.

## NOTAS

1. Vid. *Thesaurus Graecae Linguae* vol. VII, p. 2110ss; HEINIMANN F., *Vorplatonische Theorie der τέχνη* en *Sophistik, Wege der Forschung* (Darmstadt) CLXXVII p. 127ss.

2. *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz* (Frankfurt/M 1981) p. 6ss; 16ss *Die Techne-Konzeption Platos*.

3. Ἀντιλογίων A–B–. Vid. DIELS/KRANZ, *Fragmente der Vorsokratiker* (Dublin/Zurich 1969) p. 265: *Zweifelhafte Schriften*.

4. LIDDELL – SCOTT, *Greek English Lexicon* ((Oxford 1961) p. 437 δισσός, en lengua ática διπτός, utilizado en plural significa *dos* y como adverbio *por dos vías opuestas* o *por dos caminos*; DIELS – KRANZ, Bd. II p. 405ss: ΔΙΣΣΟΙ ΛΟΓΟΙ (DIALEXEIS); SCHMID/STÄHLIN, *Geschichte der griechischen Literatur. Handbuch der Altertumswissenschaft*. VII. 1. 3 p. 204ss; KRANZ W., *Vorsokratisches IV: Die sogenannten ΔΙΣΣΟΙ ΛΟΓΟΙ*, *Wege der Forschung* (Darmstadt) Bd. CLXXXVII p. 629ss.

5. Seguimos la edición *Aristotelis Metaphysica. Recognovit brevique adnotatione critica instruxit W. Jaeger. Scriptorum Classicorum Bibliotheca Oxoniensis*.

6. IX. 6. 1062b13; KUBE, *TEXNE UND ARETH. Sophistisches und platonisches Tugendwissen*. (Berlin 1969) p. 101 ss.

7. Vid. DIELS – KRANZ, Bd. II. p. 253ss; *Fragmente* p. 262 ss en los que se recoge este testimonio. Vid. también en II p. 253. 26; Diog. IX. 50 ss; 258 13 ss Plat. Cratil. 385 ss: πάντων χρημάτων μέτρον εἶναι ἀνθρώπων; también Sext. Pyrrh. I. 216 reproduce el mismo pensamiento, vid. *Grundriss der pyrrhonischen Skepsis* (Frankfurt 1993) p. 145 ss [ I. 216- 218] para Sexto Empírico la palabra *metron* se entiende como criterio, el hombre es el criterio de todo lo que es y de lo que no es, introduciendo una relatividad que Sexto diferencia de la corriente del pirronismo; HEINIMANN en la obra *Nomos und Physis* p. 68 hace referencia a un tipo de giros usuales en la lengua griega, tales como θνατῶν τε καὶ ἀθανάτων y aquí τῶν μὲν ὄντων ὡς ἔστιν, τῶν δὲ οὐκ ὄντων ὡς οὐκ ἔστιν y explica que no se deben entender en el sentido propio de las palabras, porque se trata de una expresión polar característica de la lengua griega para reforzar una palabra anterior, que es πάντων χρημάτων μέτρον, opinión que fundamenta en KEMMER E., *Die polare Ausdrucksweise in der griechischen Sprache*. Heft 15 (1903) 50-55.

Esta frase fue traducida de forma diferente, pudiéndose distinguir tres direcciones a la hora de traducir la partícula ὡς, cuyo amplio campo semántico aparece recogido en LIDDELL-SCOTT, p. 2038 ss. De las tres orientaciones indicadas, traducen la 1ª) la palabra ὡς *como*; la 2ª) la traduce por *que* y la 3ª) la que simultáneamente traduce por *que* y *como*. DIELS-KRANZ en el aparato crítico aceptan la significación “que” y excluyen la de “como”; vid. NEUMANN A., *Problematik des homo-mensura Satzes. Sophistik* (Darmstadt 1976) p. 261ss que recoge las distintas posiciones doctrinales sobre la frase; HOFFMAN K. F. *Überlegungen zum Homo – Mensura des Protagoras* en AA. VV. *Die Sophistik. Entste-*

bung, *Gestalt und Folgeprobleme des Gegensatzes von Naturrecht und positivem Recht*. Herausgegeben von St. Kirste, K. Waechter und M. Walther (Stuttgart 2003) p. 12-31 que hace una valoración crítica de los testimonios.

8. NEUMANN, *Problematik des homo mensura Satzes in Sophistik*, cit. p. 257 ss.

9. Vid. sobre el testimonio de Diógenes Laercio en IX-51, DIELS - KRANZ, Bd. II: *Leben und Lehre* p. 266 (b a); HIMMELSCHEIN, *Studien zu der antiken Hermeneutica iuris* en *Symbolae Friburgensis in honorem Ottonis Lenel* (Leipzig 1935) p. 357s; KUBE J., o. c. p. 95s indica que este principio también era sustentado por Gorgias, viendo aquí la doctrina una conexión entre la retórica de Gorgias con la dialéctica de Protágoras; EISENHUT, *Einführung in die antike Rhetorik und ihre Geschichte* (Darmstadt 1974) p. 19ss; MARTIN, *Antike Rhetorik* (München 1974) p. 3 ss que hace el seguimiento de la definición de la retórica en la historia posterior.

10. SCHMID/STÄHLIN, VII. 3. 1 p. 90 ss *Die altsizilische Technik*; MARTÍN, o. c. p. 52 s; p. 215; VOLKMANN, *Die Rhetorik der Griechen und Römer* (Hildesheim 1963) p. 4 ss; HELDMANN, *ZETEMATA* o. c. 13 ss donde puntualiza el autor el testimonio de Aristóteles; FUHRMANN, *Antike Rhetorik* (München 1984) p. 16 ss; GÓMEZ-ROYO, *La doctrina del εἰκὸς en los retóricos griegos del s. V a. C.* en *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno. Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Internacional de Derecho Romano* (Madrid 2000) p. 281 ss; ANDERSEN, *Im Garten der Rhetorik* (Darmstadt 2001) p. 101; 140; 233; 310.

11. Señala FUHRMANN, *Das systematische Lehrbuch* (Göttingen 1960) p. 124 n. 2 que no es un dato seguro que Korax dejase una Τέχνη escrita y lo más plausible es que su discípulo Teisias pusiera por escrito en apuntes las enseñanzas orales de su maestro. Esta Τέχνη tuvo su proyección fundamental en los juicios.

12. LIDDELL-SCOTT, p. 484: τὸ εἰκὸς part. neutro del perfecto εἰκόκα, sustantivado *likelihood, probability*. En el ámbito de la lógica significa *probable propositio*. Su campo semántico se completa con el significado de *reasonable*.

13. Véase Rhet. II. 24. 1402a17; Phaed. 273b; en las ideas precedentes seguimos a SCHMID/STÄHLIN, VII. 1. 3 p. 90 ss: la formación en estas lides de la práctica forense cuajó en un tipo de sistema en el que la *techné* de la sorpresa sirvió para debilitar la verdad con ayuda de las pruebas plausibles; BLASS F., *Die attische Beredsamkeit. I. Von Gorgias bis zu Lysias* (Hildesheim 1962) p. 18 ss; EISENHUT, o. c. p. 9 ss; 20 ss; MARTIN, o. c. p. 1 ss; BAUMHAUER O. A., *Die sophistische Rhetorik. Eine Theorie sprachlicher Kommunikation* (Stuttgart 1986) p. 135 en la que desarrolla la concepción conocida del *eikòs*; FUHRMANN, *ant. Rhet.* p. 16 ss.

14. KENNEDY G., *Classical Rhetoric and its christian and secular tradition from Ancient to Modern Times*. (North Carolina 1980) p. 20 ss.

15. WOLF E., *Griechisches Rechtsdenken* (Frankfurt/M 1954) Bd. II p. 56 ss.

16. Vid. LAUSBERG, *Handbuch des literarischen Rhetorik* (München 1960) p. 54 ss; MARTIN, o. c. p. 9 ss; p. 167 ss; EISENHUT, o. c. p. 30ss; FUHRMANN, *ant. Rhet.* cit. p. 81 ss.

17. *Das Gerichtswesen Athens im 4. Jahrhundert v. Ch.* En la obra *Grosse Prozesse im antiken Athen* (Hrgbr. Burckhardt y otros) (München 2000) p. 30 49.

18. Además de la obra mencionada de THÜR, sobre los tribunales en el derecho ático antiguo remitimos a una obra clásica en este sentido, LIPSIUS J. H., *Das attische Recht und Rechtsverfahren* Bd. I p. 132 ss: *Die Geschworenengerichte* así como la distribución de competencias; WELWEI K-W., *Die griechische Polis* (Stuttgart 1983) p. 203 ss: *Gerichtshöfe*; BLEICKEN J., *Die athenische Demokratie* (München 1986) p. 162 ss entre otros.

19. Cita tomada del testimonio que menciona LIPSIUS J. H., o. c. I p. 152 n. 56; vid. BUSOLT, *Griechische Staatskunde* (München 1920) Bd. I p. 423 s; VINOGRADOFF P., *Collected Papers* (Oxford 1928) *Freie Rechtsprechung und die athenische Demokratie* p. 15-23; MEYER-LAURIN H., *Gesetz und Billigkeit im attischen Prozess* (Weimar 1965) 28 ss; RUSCHENBUCH E., *Der Ursprung des gerichtlichen Rechtsstreits bei den Griechen*. Symposium 1977 (Köln -Wien 1982) p. 1- 8.

20. WOLFF H. J., *Recht en Lexikon der alten Welt* Bd. III (1965) p. 2516 ss.

21. Vid. LIPSIUS o. c. p. 121 ss pone de relieve que los delitos de incendios y envenenamientos fueron compartidos también con el derecho romano. Así mismo, el participio de aoristo βουλεύσας en el sentido que lo utiliza la ley no es diferente de ἄπιτος.

22. o. c. I p. 412 ss; 423 ss; 897 ss.

23. I. 13: ἐν τε τοῖς δικαστηρίοις οὐ τοῦ δικαίου αὐτοῖς μάλλον μέλει ἢ τοῦ αὐτοῖς συμφόρου.

24. O. c. p. 32ss donde estudia más pormenorizadamente estos datos indicados.

25. DIELS-KRANZ, II p. 294 ss, ΤΟΥ ΑΥΤΟΥ ΥΠΕΡ ΠΑΛΑΜΗΔΟΥΣ ΑΠΟΛΟΓΙΑ y la doctrina citada *supra*.

26. SCHMIED-STÄHLIN, o. c. VII. I. 3 p. 236 ss: *Sokrates' Leben*; p. 247ss *Sokrates 'Wirken, Lehre und Lebensanschauung*; ZELLER E., *Die Philosophie der Griechen in ihrer geschichtlichen Entwicklung* (Leipzig 1922) 5ª ed. p. 44 ss; ALSBERG M., *Der Prozess des Sokrates* (Mannheim 1926) p. 1-29; ALLEN R. E., *Socrates and Legal Obligation* (Minneapolis 1980) p. 17 ss; COHEN D., *Law, violence, and community in classical Athens* (Cambridge 1995) p. 181 ss: *litigation, democracy and the courts*; Der Neue Pauly Bd. 11 p. 673 ss; COLAIACO J. A., *Socrates against Athens* (New York 201) p. 13 ss; 23 ss; 37 ss; 55ss; 167 ss.

27. *Der Prozess des Sokrates im Lichte moderner Jurisprudenz und Psychologie* (Mannheim 1926) p. 1- 29.

28. Según parece, la *metanoia* interior de Sócrates se produce a raíz de la visita que Querofonte, gran amigo y admirador de Sócrates preguntó al oráculo de Delfos, si existía algún hombre vivo que aventajase en sabiduría a Sócrates y recibió la tajante respuesta “No”. Si ello era así, pensó Sócrates, era porque reconocía su ignorancia. Por todo ello decidió que el fin de su vida era buscar la verdad incuestionable. La verdadera sabiduría. Vid. más ampliamente COPLESTON F., *Historia de la Filosofía* (Barcelona 1977) p. 111 ss.

29. P. 605 cita este pasaje del libro XIII de la metafísica y explica el vocablo ἐπακτικός con el significado de “inductive” o inducción

30. SCHOLZ P., *Der Prozess gegen Sokrates. Ein “Sündenfall” der athenischen Demokratie?* En *Grosse Prozesse im antiken Athen*. Herausgegeben von L. Burchardt und J. Von Ungern-Sternberg (München 2000) p. 157- 173.

31. O. c. p. 159 ss.

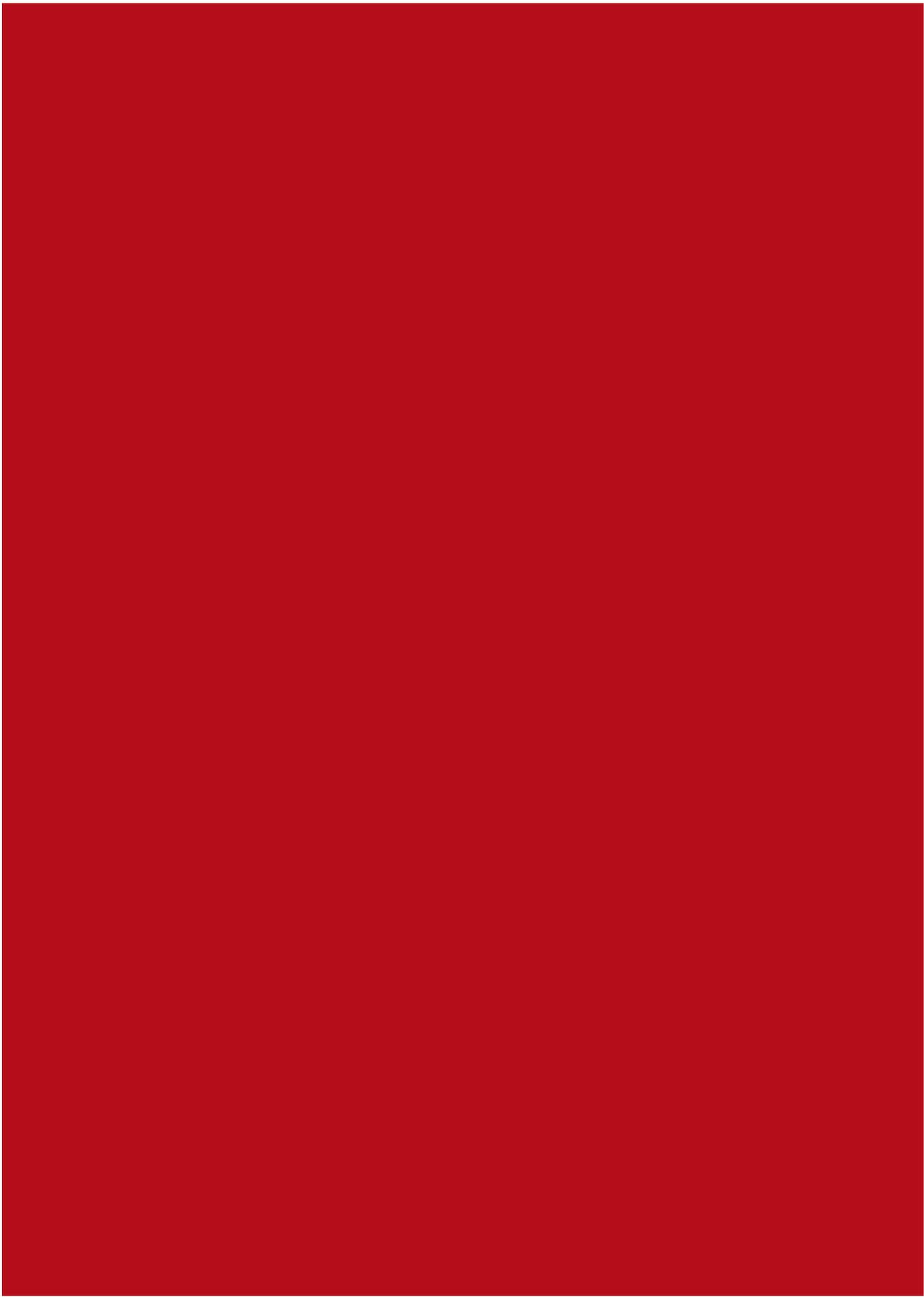
32. Esta acción que se daba por causa de impiedad era tan amplia y poco definida que podía servir a cualquier fin, como la historia evidencia en los casos de Protágoras, Diagoras o Anaxágoras. Su amplitud daba juego a aplicar a acciones que muy indirectamente suponían una vulneración u ofensa a los dioses a ser incluidas como *asebeia*. Vid. más ampliamente TAHLHEIM, PAULY – WISSOWA, *Real Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* (RE) Bd. 2. 2. 1529 ss

33. Apol. 48.

34. Cic. De divin. I 54, 122-4: *hoc nimirum est illud quod de Socrate accepimus quodque ab ipso in libris Socraticorum saepe dicitur, esse divinum quiddam, quod δαιμόνιον appellat, cui semper ipse paruerit numquam impellenti, saepe revocanti. (124) illud tamen eius philosophi magnificum ac paene divinum, quod cum impiis sententiis damnatus esset aequissimo animo se dixit mori*. Testimonio tomado de GIANNANTONI G., *Socratis et Socraticorum reliquiae* Vol. I (Napoli 1990) p. 139 s.



# NORMAS DE LA REVISTA



## I. EXTENSIÓN Y SOPORTE MATERIAL

Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales.

Los originales de los artículos de las dos primeras secciones (Debate y Estudios) tendrán una extensión entre 22.000 y 60.000 caracteres 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 key words en castellano y en inglés.

Los originales han de enviarse por correo electrónico a la dirección de la coordinadora de la revista: [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es)

En el artículo deberá constar el nombre del autor o autora, 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 podrá obviar parte de los requisitos formales de la Revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.

En el caso de las traducciones de textos publicados en la sección “Varia”, obviamente no se han de cumplir estos requisitos.

## II. ADMISIÓN DE ORIGINALES

Los originales serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a los editores de los números monográficos y a evaluadores externos. 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 Consejo Editorial de la revista.

## III. ENVÍO DE ORIGINALES

Los originales pueden remitirse por correo electrónico a la dirección [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es) o por correo postal, enviando una copia impresa y soporte digital a la siguiente dirección:

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 IV. Si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula. Por ejemplo: González Vicén 1979<sup>a</sup> correspondería a “La obediencia al Derecho”, Anuario de Filosofía del Derecho, XXIV, 1979, pp. 4-32 y González Vicén 1979<sup>b</sup> 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.



# www.tirantonline.com

Información jurídica en internet



Doctrina

Formularios

Jurisprudencia

Legislación

Bibliografía

## ¡Solicite hoy mismo su alta!

Para solicitar su alta, dispone de:

---

teléfono de atención al cliente: 96 369 17 28

---

un número de fax: 96 369 41 51

---

una dirección de correo electrónico:

**atencionalcliente@tirantonline.com**

---

o directamente en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

---

