

## RECUERDOS DE AYER, PREOCUPACIONES DE HOY\*

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO\*\*

**Resumen:** Esta lección reproduce la clase magistral que impartió el profesor Rodríguez Mourullo en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la UAM, con motivo de la finalización de su docencia, después 39 años como Catedrático de Derecho Penal. En ella, el profesor Rodríguez Mourullo habla de su relación personal con el Derecho penal, intercalando recuerdos del pasado –en especial de la época de la transición española– y preocupaciones actuales relacionadas con el poco respeto que la práctica judicial muestra en ocasiones por los derechos y garantías reconocidos en la Constitución.

**Palabras clave:** garantías procesales, detención provisional, prisión provisional, entrada y registro, intervención de las comunicaciones, derecho de defensa.

**Abstract:** This lesson corresponds with the master class given by Professor Rodríguez Mourullo at the Faculty of Law, Universidad Autónoma de Madrid, on the occasion of the completion of his teaching career, after 39 years as Professor of Criminal Law. In it, Professor Rodríguez Mourullo refers to his relationship with criminal law, interspersed with some memories, specially about the spanish transition, and current concerns related to the disrespect that the judicial practice shows sometimes for the rights and guarantees recognized in the Constitution.

**Keywords:** Due process, custody, detention, entry and registration, interception of communications, right to defense.

Ilmo. Sr. Decano  
Queridos compañeros  
Estimados estudiantes  
Señoras y señores

Cuando se me propuso que diese esta lección como Emérito para celebrar los 39 años de docencia en esta Facultad tuve mis dudas, entre otras razones porque ya se me ofreció un cariñoso acto con entrega de un espléndido Libro-homenaje precisamente, con asombrosa puntualidad, el mismo día que cumplía la edad reglamentaria de la jubilación.

\* Fecha de recepción: 25 de marzo de 2011.

Fecha de aprobación: 25 de abril de 2011.

Texto íntegro de la lección pronunciada en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid el día 3 de diciembre de 2009.

\*\* Catedrático emérito de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid.

Cuando expuse esas dudas, se me replicó que era un deseo de los Profesores del Área, secundado por el Ilmo. Sr. Decano, y a partir de ahí cedió mi resistencia, porque yo no puedo decir que no a nada que me propongan los Profesores del Área de Derecho Penal o esta Facultad, de la que formo parte, como acabo de decir, desde hace 39 años.

Y como no quiero que esta manifestación se interprete como pura cortesía oportunista para esta ocasión, me permito recordar que en noviembre del año pasado los Catedráticos Francisco SOSA WAGNER y Mercedes FUERTES a lo largo de una extensa entrevista luego publicada en el libro “Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros”, me formularon la pregunta “¿Cuál es su relación actual con los discípulos a quienes ha formado y ha ayudado a ingresar en los escalafones universitarios?” Mi respuesta fue:

“Mi relación actual con mis discípulos es inmejorable y también en este sentido me siento muy afortunado. Digo siempre que tengo ocasión, por oral y por escrito, que lo mejor que me pasó en mi vida universitaria fue el encuentro con mis discípulos, un grupo que une a su excepcional capacidad intelectual las más altas cualidades humanas.

Como es sabido, el mundo de las relaciones de los profesores universitarios con frecuencia resulta complicado y a veces los desencuentros habidos por el camino estallan dramáticamente con motivo de la jubilación. En mi caso ha sido al revés y por eso digo que me siento muy afortunado. A partir de ese momento multiplicaron las atenciones y deferencias conmigo, con constantes muestras de afecto, que comenzaron por pedirme que solicitase continuar en la Facultad como emérito. Un buen día aparecieron en mi despacho los dos más antiguos, los profesores Miguel BAJO FERNÁNDEZ y Agustín JORGE BARREIRO, para comunicarme que los profesores del área habían acordado por unanimidad que lo pidiese, cuestión que ni siquiera me había planteado, y traían ya preparados los impresos de la solicitud para recogerme la firma.

Hace unos días, con motivo de la entrega del premio “Montero Ríos” que me concedió la Asociación de Juristas Gallegos en Madrid (Iurisgama), un periodista que asistió al acto escribió en una crónica que yo era un catedrático “amado” por sus discípulos. De todos los hiperbólicos elogios que me dedicó yo me quedé con éste, que me parece el único que responde a la realidad y es, desde luego, el que más me satisface.

Comprenderán Vds., después de lo dicho, que soy consciente de que han organizado esta lección como una prueba más de afecto y que, por ello mismo, al final, no he sido capaz de mantener mi negativa.

Tuve también muchas dudas sobre la elección del tema, hasta tal punto que no pude anticipar ningún título antes de este momento. En último término me convencí de que no debía aburrirles a Vds. con abstrusas reflexiones sobre profundas cuestiones de dogmática

penal ni con una exposición demasiado concreta de algún delito de la Parte especial. En estas estaba cuando buscando algo en la sección de mi biblioteca dedicada a libros antiguos tropecé con el ejemplar del Código penal que yo utilicé como estudiante en el segundo y tercer curso de carrera, allá en la entrañable Universidad de Santiago de Compostela. Se trata de este librito de bolsillo editado por José M<sup>a</sup> Bosch en el año 1954.

En medio de los emotivos recuerdos que el hallazgo me suscitó, pensé que acaso fuese oportuno dar a esta intervención un tono puramente personal y centrarla en las impresiones que me produjeron mi primer encuentro y las posteriores relaciones con el Derecho penal. No esperen, pues, ninguna enseñanza, sino meros desahogos de quien desde hace 52 años viene dedicándose al estudio, enseñanza y práctica del Derecho Penal. Recuerdos del ayer y preocupaciones de hoy. Éste podría ser el título.

¿Qué se contiene en este librito, que, como pueden comprobar Vds. está muy manoseado, prueba evidente de lo mucho que lo usé durante los estudios de licenciatura?

Se contiene el Código Penal de 1944, el que estaba vigente cuando yo estudié la carrera.

Era el Código Penal que emergió de la Guerra Civil.

Un conocido penalista, ya fallecido, y al que, desde luego, no se le podía tildar de izquierdista, describe en estos términos el proceso de formación de ese Código:

*“El viento trágico de la historia precipitó al país en la más sangrienta de las guerras civiles que ha conocido. El **Bando** de 28 de julio de 1936, declarando el estado de guerra, sustrajo a la legislación común gran número de delitos. Muchos hechos se convirtieron, por asimilación, en rebelión militar... La ley de 5 de julio de 1938 restableció la pena de muerte para tres delitos: parricidio, asesinato y robo con homicidio. Una abundante legislación penal especial trató de dar cuerpo a las concepciones penales del “nuevo Estado”, que salía de la guerra. Llegó un momento en que se imponía, por lo menos, una refundición. Esto es lo que se hizo en 1944” (RODRÍGUEZ DEVESA).*

El Código Penal de 1944 era, en definitiva, refundición de una legislación de guerra, al servicio –como acabo de leerles– de “las concepciones penales del nuevo Estado”, que no era otro que la Dictadura nacida de la guerra civil.

El Código penal de 1944 puso de relieve, una vez más, la estrecha vinculación entre política y Derecho penal. El penalista italiano BETTIOL llegó a decir –advirtiendo que la afirmación puede parecer heterodoxa– que “el Derecho penal es una política”, con cuya aseveración se intenta asegurar que sin la comprensión del momento político en que una legislación penal nace no se puede entender el íntimo valor de la misma.

Si alguien tuviese alguna duda al respecto no tiene más que recordar la historia de la Codificación penal española.

Cada uno de los Códigos penales españoles del siglo XIX y su reforma son fruto fiel de los distintos momentos políticos que se vivieron entonces. Y lo mismo puede decirse de los del siglo XX.

La vinculación entre Derecho penal y sistema político es tan íntima que la Segunda República, proclamada el 14 de abril de 1931, se creyó en la acuciante necesidad de derogar al día siguiente el Código de 1928, por entender que era imposible convivir más allá de 24 horas con el Código penal de la Dictadura de Primo de Rivera. Derogó, pues, el Código de 1928 y puso de nuevo en vigor el de 1870, de signo liberal acorde con la Constitución de 1869, a la espera de la reforma que habría de producirse en 1932.

De esta vinculación entre Derecho penal y Constitución del Estado da cuenta también la Exposición de Motivos del vigente Código penal de 1995 cuando advierte:

“El Código Penal define los delitos y las faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de ‘Constitución negativa’”.

Volviendo al Código de 1944, decíamos que era el Código nacido de la guerra civil, al servicio de las concepciones de un Estado dictatorial. Como en todas las dictaduras, el Derecho penal se utiliza como un poderoso instrumento para mantener el poder implantado y oprimir las libertades de los disidentes. El Código de 1944 era el Código de los vencedores de la guerra civil volcado como arma jurídica sobre los vencidos. Era el Código de lo único y los titulares de lo único eran, por supuesto, los vencedores. Era el Código del pensamiento único, del partido único, del sindicato único, de la moral única, del patriotismo único encarnado, por descontado, en los vencedores. El Código de 1944 criminalizaba el ejercicio de lo que son hoy derechos y libertades, reconocidos por las leyes y la Constitución. Así, fiel a los designios del “nuevo Estado”, el Código de 1944, para empezar, a través de la figura de las asociaciones ilícitas criminalizaba a los partidos políticos, de los que un conocido ideólogo del Régimen, Rector a la sazón de la Universidad Complutense para más señas, proclamó que estaban bien eliminados porque eran “intrínsecamente perversos”. No corrían mejor suerte las libertades sindical, de expresión, de reunión, de manifestación, etc.

Como era de esperar, el Código de 1944 exhalaba por todas partes su carácter autoritario, que se evidenciaba en el endurecimiento de las penas, que culminaba con la reintroducción de la pena de muerte, aunque no como pena única, sino asociada a la de reclusión mayor (de 20 años y un día a treinta años), con la punición con carácter general de los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación para delinquir, con la

supresión de eximentes y el aumento de circunstancias agravantes. Endurecimiento que no se compensa con la introducción de una nueva atenuante: la de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos. Porque se trataba de una atenuante más bien prevista para favorecer a los adictos al Régimen, ya que –como hemos dicho– no había más moral ni patriotismo que los que proclamaba éste.

Descendiendo de la vertiente política a la esfera dogmática, hay que decir que el legislador de 1944 mostró una absoluta indiferencia ante los supuestos de responsabilidad objetiva, vulneradores del principio de culpabilidad y que, por ello mismo, fueron calificados como baldón ignominioso de nuestra época, en la medida que representan un rasgo atávico que nos retrotrae a sistemas penales primitivos. Responsabilidad objetiva que no sólo anidaba de manera específica en ciertas figuras delictivas de la Parte especial del Código, en las que se admitía –en la línea de endurecimiento a la que antes me he referido– para castigar más severamente determinados hechos (p. ej., aborto con resultado de muerte o lesiones, en la que estos resultados más graves se imputaban a título objetivo), sino con carácter general en determinados preceptos del libro Primero del Código, como eran los que regulaban la eximente de caso fortuito y la atenuante de preterintencionalidad. Preceptos ambos inspirados en el viejo principio del *versari in re illicita*, conforme al cual el que realiza un acto ilícito responde de todas las consecuencias que del mismo deriven, aunque no medie respecto a ellas ninguna clase de culpabilidad.

A todo ello había que añadir la presunción de voluntariedad que se consagraba en el artículo 1º, interpretada generalmente como presunción de culpabilidad, que originaba una inversión de la carga de la prueba, de modo que quien había realizado objetivamente un determinado hecho se presumía que lo había cometido con culpabilidad salvo que pudiese probar lo contrario, lo que en muchos casos constituía una verdadera *probatio* diabólica.

La Dictadura duró cuarenta años y a lo largo de tan dilatado periodo se introdujeron en el Código penal de 1944 diversas modificaciones, las más importantes de las cuales dieron lugar a los denominados Texto revisado de 1963 y Texto refundido de 1973. Pero ninguna de estas modificaciones alteró los rasgos sustanciales que caracterizaban al Código de 1944, que yo había estudiado en la carrera.

Hubo que esperar a que llegasen los tiempos de la transición política para que se produjese el vuelco de nuestro sistema penal. Pasados los años, desde que acabé la carrera y siendo ya Catedrático de esta Facultad, tuve la fortuna de asistir al desmantelamiento del sistema penal instaurado por el Código de 1944 desde un observatorio privilegiado.

Después de decir que no, por dos veces consecutivas, a ofertas de la Unión de Centro Democrático (UCD) para ocupar importantes cargos políticos, me consideré en la obligación de aceptar el encargo de asesorar las reformas penales absolutamente imprescindibles y urgentes para la instauración de la democracia. Por poner un solo ejemplo, la legalización de los partidos políticos resultaba imposible sin la previa modificación de la regulación

penal de las asociaciones ilícitas. Y, con carácter general, se reclamaba, como imperiosa necesidad, para dar paso a la democracia, la promulgación de una amnistía.

Por cierto, mientras se reclamaba la ley de amnistía conseguí, a través de su hija Anima, que Carl SCHMITT autorizase la publicación de un artículo que sobre el significado de la amnistía había escrito en 1949. Anima, hija única de Carl SCHMITT, estaba casada con un hermano de mi mujer, Alfonso Otero, Catedrático de Historia del Derecho. Por esta circunstancia, Carl SCHMITT pasaba los veranos en Santiago en una finca familiar con su hija y sus nietos, lo que me permitió pasar tardes enteras charlando con él. Al margen de su ideología política, que nunca compartí, tengo que decir que era un hombre de una formación humanista inconmensurable y un jurista fascinante, uno de los grandes juristas del siglo XX, al que ningún asunto jurídico, fuera de la especialidad que fuere, le resultaba ajeno y a propósito de los cuales siempre acaba descubriéndole a uno perspectivas nuevas. Sabía yo que seguía con mucho interés la evolución de la transición política española y por eso me pareció oportuno pedirle autorización para publicar su brillante –como siempre– artículo sobre la amnistía, que se publicó en el diario “El País”, correspondiente al 21 de enero de 1977 y que tuvo enorme repercusión en los sectores políticos que trataban de forjar el consenso para llevar a cabo la transición.

Comienza su artículo Carl SCHMITT, titulado “Amnistía es la fuerza de olvidar”, observando que:

“Hoy día se habla mucho de amnistía. Se cree que amnistía significa que el Estado deja de perseguir una gran cantidad de acciones o delitos. Así, la amnistía se convierte en un indulto colectivo o en una abolición colectiva, es decir, abolición del procedimiento penal y judicial”.

Pero a continuación, Carl SCHMITT señala que la amnistía significa más que eso:

“Sin embargo –escribe–, no estaría de más recordar el carácter esencial de la amnistía: la amnistía es una de las formas primordiales de la Historia del Derecho. No olvidemos que se trata aquí de algo imprescindible, que es, al mismo tiempo, algo increíblemente difícil. Una amnistía en el sentido verdadero y auténtico de la palabra significa nada menos que la terminación de la guerra civil”.

Y añade Carl SCHMITT:

“La amnistía es un acto mutuo de olvidar. No es ni un indulto ni una limosna. Quien acepta la amnistía también tiene que darla, y quien concede amnistía tiene que saber que también la recibe”.

Sabias palabras que cobran lamentablemente inesperada validez en la actualidad, frente a quienes bajo el pretexto de la memoria histórica ignoran el momento histórico de la amnistía de nuestra transición política, incurriendo en una memoria gratuitamente selectiva y arbitraria, y pretenden abrir una segunda transición, removiendo irresponsablemente al mismo tiempo los trágicos rescoldos de la guerra civil.

Parafraseando a Carl SCHMITT, podemos decir que la guerra civil, como hecho colectivo, concluyó con la amnistía del año 1977. Sin perjuicio de que subjetivamente cada uno conserve los correspondientes sentimientos y, por supuesto, sin perjuicio del legítimo deseo de los afectados de honrar a sus muertos. Los que tuvimos la fortuna de seguir de cerca –en tiempos ilusionantes que jamás podremos olvidar– el consenso que presidió nuestra transición política, podemos dar testimonio de que representantes de vencedores y vencidos cumplieron el pensamiento de SCHMITT de que quien acepta la amnistía también tiene que darla y quien la concede tiene que saber que también la recibe. Una amnistía modélica y ejemplar.

Me permito decir todo esto porque pertenezco –y es en 39 años la primera vez que lo digo en esta tribuna– al bando de los vencidos, que no tuve ocasión de conocer a mi padre hasta los trece años, cuando regresó del exilio, y que viví mi niñez angustiado por la permanente persecución que sufrió mi madre por parte de quienes se sentían frustrados por no haber conseguido dar el “paseo” a mi padre, desde sus camionetas al amanecer, por el simple hecho de haber sido alcalde republicano y a pesar de que había sido dejado en libertad sin cargos. Y si me atrevo a hacer esta referencia a mi padre es porque a él, que vivió en sus propias carnes la condición de vencido, jamás le escuché una palabra de venganza o rencor y sí continuamente de olvido y reconciliación.

Mi compromiso de asesoramiento continuó una vez instaurada la democracia y promulgada la Constitución y, en virtud del mismo, acepté coordinar, como Ponente General, la redacción del que se convertiría en Proyecto de nuevo Código Penal de 1980, que llegó a tramitarse en las Cortes hasta la fase de enmiendas y que no llegó al debate final debido a la caída de UCD, y que representó el primer intento de nuevo Código penal de la democracia. En este Proyecto se proponía la implantación coherente de un nuevo sistema penal que suponía el reverso del impuesto por el Código de 1944, que yo había estudiado en la carrera. En este sentido, en su Exposición de Motivos se decía:

“El proceso democrático que culminó con la aprobación de la Constitución de 1978 produjo la necesidad de modificar el Código penal para acomodarlo al nuevo orden político. La experiencia de lo acontecido en ocasiones anteriores hizo que el Gobierno plantease desde el principio la modificación del ordenamiento punitivo simultáneamente a dos niveles: una reforma parcial de carácter urgente y una reforma en profundidad de todo el sistema. Así, mientras la primera se llevaba a cabo a través de una serie de leyes que fueron modificando el Código penal al compás de los cambios políticos que se iban produciendo durante la transición, una

Ponencia especial constituida en el seno de la Sección IV de la Comisión General de Codificación, nombrada por Orden Ministerial de 15 de abril de 1978 e integrada por cuatro miembros pertenecientes a la Magistratura, a la Carrera Fiscal, al Cuerpo de Catedráticos de Universidad y a la Abogacía, procedía a redactar, en régimen de trabajo intensivo, un Anteproyecto de Código penal que fue sometido luego al pleno de dicha Sección. Limitarse, una vez más, a una modificación de urgencia, remitiendo a un momento posterior la elaboración de un nuevo Código, no era aconsejable. En estos momentos en que España inicia una nueva etapa histórica bajo la Constitución de 1978, el Gobierno entendió que había llegado la hora de afrontar la tantas veces anunciada reforma total del sistema punitivo, elaborando un Código que, sin renunciar a nuestra tradición jurídica, tuviese en cuenta, no sólo el cambio político, sino también las nuevas realidades sociales y los avances que ofrecen actualmente la Dogmática penal, la Criminología y la Ciencia penitenciaria.

El Código se inspira en los postulados de la moderna Política criminal. Acepta en primer término la premisa de que el Derecho penal no debe ser instrumento de opresión en manos del grupo político dominante, que sirva para imponer coactivamente determinadas ideas políticas o morales, sino, por el contrario, garantía que haga posible en una sociedad pluralista el ejercicio pleno de todas las libertades reconocidas en las restantes ramas jurídicas. El sistema penal aspira a conseguir un marco mínimo de convivencia. Por eso, el nuevo Código ha eliminado del ámbito penal todo lo que representa pura discrepancia ideológica y se muestra tolerante con el comportamiento desviado hasta donde las exigencias mínimas impuestas por la convivencia lo han permitido”.

La Constitución de 1978 no sólo provocó un cambio sustancial en el sistema penal material, sino también en el ámbito procesal penal. Y no podemos olvidar que, en definitiva, el destino final del Derecho penal se juega a diario en su aplicación práctica. Buena prueba de ello es que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre cuestiones de orden procesal penal son muchísimo más abundantes que los pronunciamientos sobre cuestiones de Derecho penal material.

En realidad todos los derechos fundamentales que se reconocen en el artículo 24 de la Constitución española (CE) se traducen en garantías del proceso penal y es tan elevado el propósito garantista que inspira el precepto que, después de mencionar derechos concretos, la enumeración se completa con una cláusula de cierre mediante la que se da cabida al derecho a un “proceso con todas las garantías”. Este sistema de garantías hizo que se cambiase la concepción misma del proceso penal, que de ser mero instrumento de aplicación del Derecho penal material, sin dejar de serlo, se ha convertido en garantía del derecho a la libertad. Sobre esta transformación ha escrito lúcidamente MONTERO AROCA:

“Todo se ha debatido y todo debe debatirse, pero sería conveniente que en ese debate se empezara a cuestionar algo de más calado, como es si el proceso penal debe seguir siendo concebido como un mero instrumento para la aplicación del Derecho penal o si debería empezar a concebirse como garantía contra la represión que es connatural con el Derecho penal. No se trataría ya simplemente de que el Derecho penal sólo se aplicara por medio del proceso –lo que debería seguir siendo elemento esencial–, sino que se trataría de que el proceso penal debería ser instrumento de garantía del derecho a la libertad. Ese proceso no debería entenderse incluido como un elemento más en la política represora del Estado, sino que debería ser entendido como un medio de garantía de los ciudadanos contra o, por lo menos, frente al Estado represor.

El paso inicial ya está dado, y se ha empezado a andar cuando se ha entendido que el imputado-acusado sí es titular de derechos subjetivos materiales penales, en los que el obligado es el Estado cuando actúa en el ámbito de lo penal. Ahora bien, lo determinante en el nuevo camino es entender que para el individuo al que se convierte en parte pasiva en el proceso penal el proceso penal es la garantía de sus derechos, algunos materiales y otros procesales, pero especialmente de su derecho a la libertad”.

Punto de vista que conduce a la conclusión de que en todo proceso penal está afectado el derecho fundamental a la libertad, lo que cobra relevancia a la hora de calibrar la proporcionalidad de las distintas resoluciones que se puedan tomar en el desarrollo del mismo a efectos de su legitimación y, por supuesto, a la hora de solicitar, en su caso, el correspondiente amparo.

Pues bien, es en este terreno de las garantías procesales donde surgen hoy muy serias preocupaciones. Por un lado, es cierto que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han establecido una correcta y consolidada doctrina sobre las mismas. Pero no lo es menos que asistimos a diario a flagrantes vulneraciones de tan fundamentales derechos, ante las que, quienes las conocen y tiene el deber de denunciarlas, mantienen una complaciente pasividad.

Vulneraciones que se producen principalmente en la fase de instrucción sumarial, pero que, en la medida en que ésta es una fase preparatoria del juicio oral, vician ya inevitablemente el ulterior desarrollo del proceso penal y resultan prácticamente muy difíciles de subsanar luego. De este modo se origina un divorcio entre lo que se proclama a nivel de doctrina jurisprudencial y la mala praxis que se produce en la realidad. Voy a referirme seguidamente, a título meramente ejemplificativo y sin ninguna pretensión de exhaustividad, a algunas de estas prácticas irregulares, que llegaron a trascender incluso a los medios de comunicación por darse en casos de gran notoriedad.

Comienzo por los abusos que se vienen haciendo de la detención y de la prisión provisional, dos instituciones que afectan de forma directa al derecho fundamental a la

libertad, consagrado en el art.17 de la CE. Sobre la detención dice, entre otras, la STS de 1 de febrero de 1995:

En primer lugar –como no podía ser de otro modo–, que la detención afecta al derecho fundamental a la libertad consagrado en el art. 17 CE.

En segundo lugar, que la “*proporcionalidad* se constituye en el eje definidor de lo permisible”, siendo necesario “guardar el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio, deterioro o menoscabo que en estos casos ha de sufrir la dignidad de la persona”.

En tercer lugar, que la privación de libertad que la detención supone debe contraerse al “imputado, sobre el que pueda presumirse su eventual incomparecencia a la autoridad judicial”.

Pues bien, en un muy conocido proceso judicial, con casi un centenar de imputados, fueron pasando, antes de que el Juez les tomase declaración, uno tras otro, día tras día, con el beneplácito del Fiscal, por los calabozos policiales de la capital de Provincia, distante 60 kms. del Juzgado de Instrucción, donde permanecieron en condiciones infrahumanas –privados algunos de la compleja medicación a que estaban sometidos– hasta agotar el límite temporal previsto para la detención. Detención que no sólo fue desproporcionada, por traspasar los límites de lo permisible, sino absolutamente innecesaria, pues bastaría una sola llamada telefónica para que los imputados hubiesen comparecido puntualmente. Es más, se dio la circunstancia de que algún imputado compareció voluntariamente en el Juzgado, ofreciendo prestar declaración y la respuesta inmediata fue enviarlo detenido a los calabozos provinciales, como a todos los demás, para retornarlo tres días después, ya debidamente preparado psicológicamente para prestar declaración. No se cumplía, pues, en modo alguno la presunción de “incomparecencia” ante la autoridad judicial, que la citada STS 1 de febrero de 1995 menciona como requisito de la detención, que tampoco apareció aquí –en expresión de la citada sentencia– “como antesala de la prisión preventiva”, que sólo se acordó para un número de imputados que se cuenta con los dedos de una mano. De este modo, en contra de lo constitucionalmente previsto, la detención se convirtió en una privación de libertad de carácter puramente punitivo o –lo que no sé si todavía es peor– para “ablandar” a los imputados antes de que presten declaración. Auténtica “maceración” previa –si se me permite la licencia literaria– que contrasta con el exquisito respeto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), ya desde su redacción originaria decimonónica, impone a la hora de recibirle declaración al imputado. Art. 393: “Cuando el examen del procesado se prolongue mucho tiempo, o el número de preguntas que se le hayan hecho sea tan considerable que hubiese perdido la serenidad de juicio necesaria para contestar a lo demás que deba preguntársele, se suspenderá el examen, concediendo al procesado el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma. Siempre se hará constar en la declaración misma el tiempo que se haya invertido en el interrogatorio”.

Y por si casos como éste no fuesen ya suficientemente alarmantes, asistimos últimamente a lo que algunos han bautizado como “pena de telediario”, que consiste en pasear a los detenidos a la entrada o la salida de los Juzgados esposados y en actitudes degradantes. La detención se adorna, de este modo, de forma innecesaria e intencionada con el espectacular quebranto de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen, que garantiza el artículo 18.1 de la CE, en contra de lo que de manera inequívoca e imperativa dispone el artículo 520 LECr.: “La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio”. Contravención que, a su vez, entraña la violación del artículo 17.1 CE que establece que “nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la *forma previstos en Ley*”.

En el marco de la prisión provisional se observa un similar divorcio entre la doctrina sentada por el TC y el TS y su aplicación práctica. Ambos Tribunales han procedido a una configuración constitucional impecable de la prisión provisional. Reconocen –como no podía ser de otro modo– que la prisión provisional representa la intromisión más grave que puede ejercer el poder estatal en la esfera de la libertad del individuo, porque se produce sin que medie aún una sentencia firme que la justifique y cuando el preso goza todavía de la presunción de inocencia. De ahí que, como indican ambos Tribunales, haya de aplicarse con carácter *excepcional*. Porque por mucho que podamos y debamos establecer distingos en orden a la naturaleza jurídica, el fundamento y los fines de la medida cautelar de la prisión provisional y de la pena de prisión, lo cierto es, como ya advirtiera CARNELUTTI, que el contenido de ambas se identifica. La privación de libertad provisional, y el aislamiento que el inculpado sufre, como consecuencia de la misma, durante la tramitación del proceso no se diferencia de la privación de libertad definitiva impuesta en virtud de Sentencia firme. El Tribunal Constitucional lo ha reconocido así en repetidas ocasiones. Así, en la STC 32/1987 ha dicho:

*“La predicada naturaleza procesal o adjetiva de tales normas y el alcance meramente preventivo o cautelar de la prisión provisional no pueden en modo alguno ocultar la efectiva limitación de la libertad del inculpado en una causa penal. De ahí que este Tribunal no pueda compartir el modo de razonar de los órganos judiciales que aíslan la decisión relativa a la prisión provisional como si se tratara únicamente de un acto procesal más, orientado sólo a la preparación y aseguramiento del buen fin de la causa criminal, sin reparar en la incidencia más o menos restrictiva que para la libertad del procesado o inculpado tenga la ley aplicada por el Juez al adoptar aquella decisión”.*

El TC estima que esta conclusión inicial se ve corroborada si se contempla el problema planteado no sólo desde un punto de vista formal, sino también sustancial:

“Desde este último punto de vista—señala el TC—debe subrayarse, ante todo, la analogía que existe entre la privación provisional de la libertad, adoptada por el Juez como medida cautelar, y la que es producto de una sanción penal por Sentencia que pone fin a un proceso. Se trata, en efecto, de situaciones que afectan de la misma manera, en sentido negativo, a la libertad del inculpado aunque difieran desde luego entre sí por el título jurídico que autoriza al Estado a establecer la privación de libertad, y el alcance de la misma, en uno y otro caso. La propia ley penal—prosigue el TC—ha tenido en cuenta esta similitud de efectos que para el inculpado tienen unas y otras medidas de negación de su libertad, al disponer en el artículo 33 (hoy 58.1) del Código penal que ‘el tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena, cualquiera que sea la clase de pena impuesta’”.

A todo ello cabe añadir, como hace el TC, que “la exigencia de Ley Orgánica tanto para establecer penas privativas de libertad como para fijar medidas cautelares que afectan al mismo bien jurídico es una manifestación adicional de la referida semejanza sustancial que para el reo tienen ambas determinaciones legales” (STC 32/1987 y 117/1987).

El TC asigna a la prisión provisional como únicos fines capaces de legitimarla constitucionalmente: a) evitar la sustracción del imputado a la acción de la justicia; b) evitar la obstrucción de la instrucción; y c) en un plano distinto, aunque íntimamente relacionado con las dos finalidades anteriores, evitar la reiteración delictiva (STC 128/1995, por todas), es decir, que de algún modo se prolongue la ofensa al bien jurídico. Doctrina jurisprudencial que inspiró la vigente redacción del artículo 503.1 de la LECr., introducida por las Leyes Orgánicas 13 y 15 de 2003.

También tiene declarado con contundencia el TC que la prisión provisional no puede convertirse en una *pena anticipada*, porque su naturaleza no es la de un castigo, que en ningún caso podría imponerse a quien, conforme a la ley y la Constitución, todavía se presume inocente (STC 37/1996, por todas). “La prisión provisional no puede justificarse en fines punitivos que impliquen la anticipación de la pena” (SSTC 128/1995 y 47/2000).

Declaraciones todas ellas intachables.

Pero quien tenga contacto con la aplicación diaria de la prisión provisional podrá comprobar que, con más frecuencia de la deseada, se la convierte en *pena anticipada*—invirtiendo la presunción de inocencia en presunción de culpabilidad— cuando no, como sucedía con la detención, en instrumento para forzar una confesión o una información que se considera relevante para el buen fin de la investigación, vulnerando así los derechos fundamentales “a no confesarse culpable” y “a no declarar contra sí mismo”, reconocidos en el artículo 24 CE.

Una utilización abusiva, violadora también de la legislación ordinaria y de derechos fundamentales se produce asimismo a veces con ocasión de la práctica de “entradas y registros”. Estas diligencias suponen limitaciones o intromisiones en los derechos consagrados en el artículo 18.1 CE (derecho a la intimidad) y, eventualmente, cuando se trata de entrada en un domicilio, en el artículo 18.2 CE (derecho a la inviolabilidad del domicilio). También puede verse implicado el derecho al secreto profesional, garantizado en el artículo 20 CE, cuando la entrada y registro se produzca, por ejemplo, en el despacho profesional de un abogado o de un médico. Incidencia sobre estos derechos fundamentales que exige comprobar por parte del Juez que autoriza la entrada y registro la existencia de fundados indicios de que en el domicilio se halle el responsable del delito, o efectos o instrumentos de éste, o libros, papeles u otros que puedan servir para su descubrimiento o comprobación, según previene el artículo 546 de la LECr. (STS de 30 de enero de 2002, que hace una exposición sintética de los requisitos necesarios para la autorización de un registro domiciliario, según la doctrina del propio TS y del TC).

Como puede observarse, el citado artículo 546 LECr y la jurisprudencia del TS y TC que lo interpreta contrae el registro al concreto delito (o delitos) del que existen indicios de su comisión y es objeto asimismo de concreta investigación. Y por su parte el artículo 552 de la misma Ley dispone imperativamente desde su originaria redacción de 1882 que:

*“Al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción”.*

Pues bien, en los últimos años se practica con indeseada frecuencia un tipo de registro indiscriminado, en virtud del cual, llegados al correspondiente lugar cerrado, se arrampla con todos los libros, papeles, incluidas, si las hay, cartas de amor o informaciones pertenecientes a la intimidad personal o familiar, soportes informáticos o demás objetos que allí se hallen y se traslada todo ese material en ocasiones, si es abundante, en furgonetas y sin inventariar a las dependencias del Juzgado o de la Policía judicial. Poco importa que luego se proceda a un expurgo y se devuelva lo que no interese a la instrucción, porque la intromisión en la intimidad está ya previamente ocasionada y los daños derivados, por ejemplo, de la ocupación de un sistema informático consumados, en la medida en que dificulta, cuando no impide, la actividad diaria profesional o empresarial. De este modo se pervierte la verdadera naturaleza del registro, convirtiendo, por un lado, al proceso en una prohibida *inquisición general*, y, por otro, al propio registro en una diligencia *prospectiva* que persigue, para el caso de que los indicios de la comisión del delito concreto investigado no se confirmen, encontrar “algo” distinto que permita mantener abierto el procedimiento.

No resulta más tranquilizante el abuso que se viene haciendo del secreto del sumario. El secreto del sumario incide, restringiéndoles o prácticamente anulándoles, sobre los dere-

chos fundamentales del imputado a la defensa y a utilizar los medios de prueba pertinentes. Tradicionalmente primó el carácter inquisitivo de la instrucción. Así el viejo artículo 118 establecía que “los procesados deberán ser representados por Procurador y defendidos por Letrado que pueden nombrar desde que se les notifique el auto de procesamiento”. Lo cual quería decir que hasta entonces no eran parte en el proceso ni disponían de defensa técnica y debe tenerse en cuenta que el auto de procesamiento se suele dictar cuando la instrucción está ya muy avanzada o prácticamente completa. El panorama cambió con la reforma de la LECr. operada por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre. El artículo 118 dice ahora: “Toda persona a quien se impute un auto 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 cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho”. Ejercicio del derecho de defensa desde el inicio mismo del procedimiento, que es el que constitucionaliza el artículo 24 de la CE. Acorde con lo previsto en el artículo 118, el 302.1 LECr. dispone que “las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento”. En el párrafo 2º del mismo artículo se establece que “sin embargo, de lo dispuesto en el párrafo anterior, si el delito fuese público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Mº Fiscal, de cualquiera de las partes o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario”.

De estas disposiciones legales se deduce, en primer lugar, que la declaración de secreto constituye una excepción a la regla general recogida en los artículos 118 y primer párrafo del propio artículo 302. Por tanto, que deberá aplicarse con carácter excepcional para no sacrificar innecesaria y desproporcionadamente el derecho fundamental a la defensa que garantiza el art. 24 de la CE. Que el secreto puede resultar necesario en determinados momentos para que la investigación no se frustre es indiscutible. La STS de 5 de mayo de 1997 señala que “es precisamente en los momentos iniciales del procedimiento cuando, quizás, sea más necesaria una investigación sin conocimiento de las personas investigadas”. Por su parte, la también STS de 24 de mayo de 2000 indica que “el Juez deberá apreciar la proporcionalidad de la medida y la gravedad de los hechos enjuiciados, reduciendo el periodo de duración del secreto a lo estrictamente imprescindible y procurando activar las diligencias con el mayor celo”. Es decir, que estamos ante una medida excepcional y limitada en el tiempo. Por eso la ley señala como plazo inicial el de un mes, y no el de seis meses ni un año.

¿Qué sucede en la práctica? Que, en verdadero fraude de ley, se prorroga, una y otra vez, el secreto por periodos de un mes, mediante autos puramente formularios, hasta que la instrucción está sustancialmente completa, retornando así al primitivo proceso inquisitivo, desterrado por la vigente LECr. y la CE. Que en los procesos más complejos –en los que sería más necesario que nunca que los imputados pudiesen hacer uso de la contradicción mediante el ejercicio de su derecho de defensa– nos encontramos con secretos que han du-

rado años y, cuando éste se levanta, los imputados se ven ya inexorablemente abocados al juicio oral, porque es muy difícil darle la vuelta a lo ya instruido y porque, después de tan prolongada instrucción, los Jueces tienden a invocar que la instrucción está ya completa y a remitir ya al juicio oral las diligencias que puedan proponer los imputados.

Por eso me parece muy poco realista la declaración del TC que en la Sentencia 1621/2005, de 29 de diciembre, declara la constitucionalidad del “secreto de la instrucción durante más de cinco años” –¿dónde quedan los momentos iniciales de que hablaba la STS de 5 de mayo 1997!– en base a que el segundo párrafo del art. 302 LECr. obliga imperativamente a alzar el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario, ya que a partir de ahí se pueden “contradecir los indicios acumulados en la fase de secreto”.

Voy a referirme, por último, a otra medida que compromete derechos fundamentales: la intervención de las conversaciones telefónicas. El art. 18.3 de la CE “garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Sobre estas intervenciones se pronunció, sentando muy oportunas reflexiones y acertados criterios, el Auto del TS de 18 de junio de 1992, dictado bajo ponencia de Enrique RUIZ VADILLO.

El Auto de 18 de junio de 1992 desarrolla su fundamentación jurídica a partir de la siguiente consideración:

“Acaso, dentro de las invasiones al derecho a la reserva de nuestras vidas, la interceptación telefónica sea una de las injerencias más graves a la intimidad de las personas. La entrada y registro de un domicilio también lo es, pero en la correspondiente diligencia está o puede estar presente el interesado... Y a través del teléfono, libre de toda sospecha, se pueden decir cosas que afecten muy gravemente, en el terreno de la intimidad, a la persona cuya conversación se interviene... De ahí la vigencia inexcusable del principio de proporcionalidad que habrá de conformar, siempre e incondicionalmente, el perfil de la injerencia en la materia que venimos examinando”.

Pero desde entonces a hoy los criterios y las precauciones establecidos en la citada resolución se han ido relajando, hasta originar en ocasiones situaciones insostenibles.

Así:

- Se acuerdan intervenciones en base a peticiones policiales sin que por el Juez Instructor se controle el fundamento de las mismas.
- Se prorrogan intervenciones mediante Autos puramente formularios en base a peticiones policiales sin que el Juez Instructor analice el resultado de las intervenciones anteriores y compruebe si de ese resultado se deduce la necesidad de prorrogarlas.
- Se deja en manos de la Policía que decida qué parte de las transcripciones es, o no, relevante para la causa.

- Se acuerdan intervenciones con indeterminación de las personas afectadas, permitiendo así que las mismas obtengan un insoportable carácter general.

El tema de las escuchas telefónicas obtuvo recientemente gran actualidad debido al conocimiento público de que se está utilizando el denominado sistema SITEL (Sistema Integrado de Interceptación Telefónica), que no sólo graba la conversación, sino que registra otros datos pertenecientes a la privacidad de los intervinientes, y por el uso que de las intervenciones telefónicas se ha hecho en un caso judicial que ha alcanzado desde hace meses gran notoriedad. Nadie puede oponerse a que en el combate de la criminalidad –sobre todo de la organizada– se usen los avances tecnológicos, pero lo que sí es obligado es que, en la medida en que permiten una invasión masiva de la privacidad de los ciudadanos, su uso se regule y limite por ley orgánica. Cuanto más eficaces sean los avances tecnológicos que permiten penetrar en la intimidad, más rigurosos deberán ser los controles que se establezcan y ya el TS en dos ocasiones recientes (SSTS 6 de julio y 5 de noviembre de 2009) ha calificado a la legislación sobre SITEL de “raquítica” e “insuficiente”.

Refiriéndose al caso antes aludido, en el número del diario “El Mundo” correspondiente al 16 del pasado mes de noviembre, Casimiro GARCÍA-ABADILLO da cuenta de los términos en los que el Juez Instructor autorizó las escuchas:

“Se acuerda conceder la observación de las comunicaciones telefónicas, por el Sistema Sitel, que se realicen a través del número que se indica con el fin de poder concretar la participación de los mismos, de otros investigados y del resto de identificados en la causa y terceros que puedan ser conocidos en un delito de blanqueo de capitales”.

Y en la misma resolución –transcribe de nuevo literalmente el periodista– se establece que será la propia Policía la que:

“deberá remitir a este Juzgado las transcripciones más significativas de las conversaciones y quedando las cintas grabadas en depósito en la dependencia judicial”.

Y añade la resolución que será también la Policía la que deberá informar:

“si las imputaciones se han ido corroborando, en qué sentido y respecto a qué personas y en lo referente a las razones que aconsejen su mantenimiento” (s.c. del pinchazo telefónico).

Transcritos estos pasajes del acuerdo judicial, el periodista comenta:

“Es un auténtico cheque en blanco de carácter preventivo. Es decir, la Policía puede investigar no sólo a la persona sobre la que se da la autorización, sino a otros

imputados y otras personas de su entorno, de tal manera que, en la práctica, lleva a cabo una investigación preventiva. Primero se controla y luego se determina si hay o no delito. Además, al ser la propia Policía la que hace la selección de las conversaciones, tiene la posibilidad de editarlas a su antojo, sacarlas de contexto y mezclarlas para conseguir el efecto deseado”.

En todo este proceder que describe el periodista brilla por su ausencia cualquier control judicial y cualquier intervención del Secretario como depositario de la fe pública judicial. Es más, hay una expresa abdicación a favor de la Policía de funciones que sólo al Juez corresponden. Es inadmisibles que se deje en manos de la Policía la decisión de qué partes de las conversaciones intervenidas son “más significativas” para la causa, lo que implica una doble selección, primero sobre lo que es significativo y luego, dentro de lo que es significativo, lo que resulta más significativo. Y ya el colmo es que el Juez remita a la apreciación de la Policía la comprobación de “si las imputaciones se han ido corroborando” y de las razones que aconsejen el mantenimiento de la intervención. Estamos a años luz de las exigencias, controles y cautelas que para legitimar las intervenciones telefónicas tan cuidadosamente había establecido el Auto del TS de 18 de junio de 1992.

En el mismo asunto al que acabo de referirme se produjo lo que un prestigioso penalista calificó literalmente como el “mayor atentado contra el derecho de defensa en los 400 años” de historia del Colegio de Abogados de Madrid, al acordar el Juez Instructor la intervención de las conversaciones de los Abogados defensores con sus defendidos en situación de prisión provisional, mantenidas en el correspondiente centro penitenciario. Ciertamente se trata del mayor atentado contra el derecho de defensa, porque éste no puede ejercerse si no se preserva de modo absoluto la confidencialidad de lo que el defendido cuenta a su Abogado. El defendido tiene que tener la absoluta convicción de que lo que dice a su Abogado no trasciende a terceros. Por eso la LECr., en su artículo 416.2 *dispensa* de la obligación de declarar al “Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor”. En la resolución acordando estas intervenciones de los Abogados con sus defendidos el Juez Instructor sigue pronunciándose en términos genéricos (se ordena “la observación de las comunicaciones que mantengan los citados internos con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos”) y encomienda a la Policía las mismas funciones que ya hemos comentado (que remitan al Juzgado “las transcripciones más significativas de las conversaciones”, que indiquen en qué medida “las imputaciones se han ido corroborando” y “las razones que aconsejen” el mantenimiento de la medida). Con todo, lo más sorprendente de la resolución que estamos comentando es la pretendida cobertura legal que invoca. En el primero de los razonamientos se señalan los delitos que podrían constituir los hechos investigados: un delito de blanqueo de capitales del art. 301 en relación con el 305 del Código penal (CP); un delito de defraudación fiscal del art. 305 del CP; varios delitos de falsedad de los arts. 392 en relación con el art. 390; múltiples delitos de cohecho del art. 423 en relación con el 420 del CP; un delito de asociación ilícita del art. 315.1 del CP; y diversos delitos de tráfico de influencias del art.

429 del CP). En esa relación –hecha por elevación como suele ser habitual en los comienzos de los procedimientos– no figura para nada el delito de terrorismo, como no podía ser de otra manera, porque los hechos nada tienen que ver con actividades de terroristas. Pues bien, en el razonamiento jurídico segundo se invoca sin el menor reparo el art. 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) y se asegura –literalmente– sin empacho alguno que “dicho artículo en su segundo párrafo recoge claramente el supuesto fáctico que aquí se denuncia, estableciendo que las comunicaciones de los internos con el Abogado no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”. De modo que se apela a un precepto legal que no sólo no recoge “el supuesto fáctico”, sino que, como consta en la transcripción del mismo que hace el Auto, prohíbe la intervención salvo en los supuestos de terrorismo, que, como reconoce el mismo Auto en su razonamiento primero, no es el caso. Ante semejante desmán mostró su enérgica indignación el Prof. BAJO en un artículo publicado en el diario “El Mundo” correspondiente al 28 de octubre pasado, cuyos términos suscribo íntegramente:

“Pienso que insistir en el quebranto que implica para el Estado de Derecho la violación del secreto de la comunicación del imputado con su abogado –en un delito económico-administrativo, recuérdese–, es una obviedad, a pesar de lo cual parece obligado insistir.

Mi indignación manifiesta aquí es que estos lodos –la insensibilidad frente a tamaño desatino–, provienen de aquellos polvos frívolamente consentidos, como la inexplicable actitud de un instructor –al que difícilmente le cabe el calificativo de juez–, que ordena detener a más de 100 presuntamente imputados por un delito político-económico, o la admisión de la inexplicable prolongación del secreto en procesos inquisitoriales, así como la displicencia indolente con que se acoge la filtración de dichos secretos a los medios de comunicación”.

Y pocos días después, en el diario ABC, correspondiente al 11 del pasado mes de noviembre, Ramón PELAYO publica otro artículo bajo el ya significativo título “Hacia un estado policial”, en el que, entre otras observaciones, se dice:

“Las intervenciones así ordenadas, no sólo no cumplen los más elementales requisitos para considerarlas ‘legítimas’ sino que, mucho más allá, dejan a los imputados indefensos y ello, además de ser constitucionalmente inaceptable, supone un malicioso ‘engaño’ al que no puede prestarse un Estado de Derecho; el imputado cree que está hablando con su abogado cuando en realidad... está manteniendo una conversación intervenida por la policía... Si existen indicios de criminalidad suficientes contra un abogado, debe ser imputado (y notificado) sin permitir, en ningún momento, que lleve a cabo actuaciones de defensa”.

*“Es fácil entender –añade PELAYO– lo ‘útil’ que es, para la eficacia del ius puniendi del Estado, la utilización de estos instrumentos tecnológicos, cada vez*

*más sofisticados e incontrolables (es la eterna lucha entre la seguridad y las libertades), pero un Estado democrático social y de Derecho no puede permitirse el lujo de, en aras de una supuesta eficacia policial, sacrificar las más sagradas e intangibles libertades. El Estado moderno tiene suficientes procedimientos y medios de investigación para perseguir el delito, sin tener que acudir a vías que yo calificaría –dice PELAYO– como verdaderas torturas de derechos”.*

*“Llevar los intereses proteccionistas del Estado hasta estos extremos nos conduce inexorablemente –concluye PELAYO– a la degeneración del sistema y, a la postre, a un Estado represor cuya sombra empieza ya a dibujarse en el horizonte”.*

Ciertamente estamos –como recuerda PELAYO– ante “la eterna lucha entre la seguridad y las libertades”, que se manifiesta hoy con especial virulencia en la política criminal general. La política criminal del mundo occidental sufre una profunda transformación a partir de los atentados de las Torres Gemelas de Nueva York. Desde entonces la idea de “utilidad” y “seguridad” prevalece en el seno de las antinomias que anidan en el concepto mismo del Derecho y que describió brillantemente RADBRUCH. Desde entonces el fin de prevención lo invade todo y entra en pugna con el Derecho penal garantista, que tan trabajosamente se fue consolidando a lo largo de los siglos XIX y XX, amenazando con dejarlo maltrecho. Es como si –según escribe un autorizado comentarista– el “derecho fundamental a la seguridad” hubiese devorado a los demás derechos.

Una orientación político-criminal que pone preocupantemente de actualidad en algunos aspectos el pensamiento de Carl SCHMITT, en la medida que es una política-criminal que coloca en su centro la idea nuclear de la “enemistad”. Sobre este retorno a Carl SCHMITT ha escrito páginas extraordinariamente luminosas el Profesor de la Universidad Autónoma de Madrid PRIETO NAVARRO, bajo los expresivos títulos “Excepción y normalidad como categorías de lo político” y “Ciudadanos y enemigos. Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt”. PRIETO denuncia el carácter marcadamente schmittiano de algunos desarrollos doctrinales y políticos legislativos contemporáneos. Y es verdad. El pensamiento reevaluator de la excepcionalidad frente a una normalidad insuficiente en sus respuestas subyace en las propuestas político-criminales más recientes, lo que no deja de provocarnos a muchos un profundo desasosiego. Y por ahí es por donde reaparece el pensamiento schmittiano, en el que tan importante papel juega la categoría de la “excepcionalidad”, empezando por su capital aseveración de que “soberano es quien puede decretar el estado de excepción”. En todo caso, como señala PRIETO, es preciso reconocer que Carl SCHMITT acertó cuando diagnosticó que los Estados de Derechos liberales –y lo mismo cabe decir de los sociales en cuanto han hecho suyas las garantías instauradas por aquéllos– están poco pertrechados para responder a los casos de quebranto de la normalidad. Carencias que, ante la necesidad urgente de reaccionar frente a ese quebranto, suele provocar una exacerbada respuesta inmunitaria, a todas luces antigarantista. En esas estamos.

Y dicho esto, resulta inevitable la mención del desarrollo doctrinal de JAKOBS, eminente filósofo del Derecho y original penalista de la Universidad de Bonn, que por cierto mantiene una estrecha y cordialísima amistad con los penalistas de esta Facultad, aunque no compartamos muchos de sus postulados. Simplificando, como es obligado hacer en este momento, podemos decir que JAKOBS propone la formación de dos Derechos penales: el Derecho penal de los ciudadanos y el Derecho penal de los enemigos, en el que habría que relajar las garantías tradicionales.

Por cierto que frente a estas propuestas de establecer un Derecho penal de “dos velocidades”, debemos advertir que el sector en el que las garantías se han relajado tiende siempre a contaminar al otro. La excepción tiende a contagiar la regla. Tenemos un buen ejemplo en lo que sucedió en el caso en que se acordó la intervención de las conversaciones de los Abogados con sus defendidos. El art. 51 de la LOGP, que sólo autoriza esa intervención en supuestos de terrorismo, se invocó para justificarla en un caso de delincuencia económico-administrativa. Y resulta muy significativa la interpretación que se quiso mantener del citado artículo 51, y que tanto el TC como el TS se vieron en la necesidad de cortar de raíz. Se pretendió que donde el texto legal dice “no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”, es como si dijese “por orden de la autoridad judicial o en los supuestos de terrorismo”, de modo que, en cuanto mediase autorización judicial podría aplicarse en cualquier caso de delitos. Entendimiento que quebranta las más elementales reglas de la interpretación, pero que –como acabo de decir– obligó al TC a declarar tajantemente que los dos requisitos –autorización judicial y supuesto de terrorismo– han de ser entendidos e interpretados “*como acumulativos y no como alternativos*” (SSTC 183/94, de 20 de junio, y 59/98, de 16 de marzo, y SSTS de 2 marzo 1995 y 23 abril 1997), advirtiendo por su parte el TS que es por ello por lo que “excepcionalmente y sin que dicha excepción pueda contagiarse al resto del sistema, se admite en el ámbito personal exclusivo de los supuestos de terrorismo, y en todo caso con la especial garantía de la orden judicial previa, naturalmente ponderadora de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida en cada caso concreto” (STS 23 abril 1997).

Pienso que frente a la idea de que todo vale para asegurar el buen fin de la investigación sumarial hay que propugnar tolerancia cero. Porque precisamente lo que distingue a los sistemas penales de los Estados de Derecho de los de los Estados que no lo son es el escrupuloso respeto de las garantías legales y constitucionales, que, en el marco del proceso penal, se traducen –como señala MONTERO– en garantías de la libertad. Cito de nuevo las certeras advertencias del Auto del TS de 18 de junio de 1992:

“No se puede obtener la verdad real a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad. Sólo aquello que es compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales... dentro de los parámetros fijados por la Ley.

El ordenamiento procesal penal avanza indiscutiblemente por el sendero de nuestra Constitución... El recuerdo de experiencias pasadas ha de ser un estímulo para tratar de deshacer las cosas mal hechas y tratar de hacerlas cada vez mejor”.

Y cito el Auto de 18 de junio de 1992 para recordar que entonces se pudo afirmar que el proceso penal avanzaba por el sendero de la Constitución, mientras hoy tenemos que decir lamentablemente que el proceso penal se está deslizando por el sendero inverso que lo aleja de la Constitución, con la pasividad y la tolerancia –y esto es acaso lo más preocupante– de Instituciones, como la del Mº Fiscal, a las que la propia Constitución (art. 124) encomienda la defensa de la legalidad.

Las continuas perversiones de las garantías del proceso penal, que vivimos a diario, me traen a la memoria el grito de la desesperanza que ORTEGA Y GASSET, a la vista de la deriva que iba tomando la República, cuyo advenimiento había celebrado con entusiasmo, recoge en su artículo “Un aldabonazo” publicado el 9 de septiembre de 1931: “No es esto, no es esto”.

No es esto, no es esto.

Con similar desasosiego al que entonces describió ORTEGA, guardo de nuevo en el bolsillo mi viejo Código de 1944, cuyo hallazgo me suscitó estos recuerdos y estas reflexiones, y pongo punto final a esta exposición, no sin antes agradecerles a todos Vds. muy sinceramente su asistencia y su atención.



## NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES EN LA REVISTA JURÍDICA DE LA UAM

- **Lugar y modo de presentación:** Aquellos que deseen enviar algún texto para que sea publicado en la *RJUAM* (artículos, lecciones, comentarios de sentencias y recensiones), deberán dirigirse al Consejo de Redacción de la misma. Los textos deberán ser inéditos, si bien el Consejo de Redacción podrá evaluar la conveniencia de aceptar trabajos ya publicados, cuando se trate de traducciones o de artículos cuya difusión en España resulte de especial interés. Los trabajos se enviarán en soporte informático por correo ordinario a la dirección de la *RJUAM* o por correo electrónico a la dirección: [revista.juridica@uam.es](mailto:revista.juridica@uam.es). Los originales vendrán acompañados de un teléfono o dirección de contacto del autor, así como de su dirección de correo electrónico, si la tuviere. El Consejo de Redacción hará acuse de recibo de los trabajos presentados a los autores de los mismos.
- **Evaluación de los trabajos presentados:** Los trabajos presentados serán sometidos a un proceso anónimo de evaluación por parte de un miembro del Consejo de Redacción y un evaluador externo. Entre otros criterios, se valorarán: la originalidad del trabajo, la profundidad de la labor investigadora desarrollada y la actualidad e interés de la temática tratada. Dicho proceso concluirá en la aceptación o rechazo del trabajo, comunicándose el resultado del proceso al autor aproximadamente un mes antes de la publicación del número correspondiente. En caso de aceptación del trabajo, los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y separatas.
- **Publicación:** Los trabajos aceptados por el Consejo de Redacción se publicarán en formato papel, sin perjuicio de la posibilidad de su incorporación a bases de datos electrónicas públicas o privadas.
- **Extensión:** Los originales tendrán una extensión máxima de treinta folios (DIN A4), salvo las recensiones, que serán de cuatro folios.
- **Idioma de la presentación:** Los trabajos serán presentados en castellano. No obstante, excepcionalmente, podrán ser enviados textos en otras lenguas (inglés, francés, portugués e italiano), que, para ser publicados, deberán ser traducidos al castellano.
- **Estilo, tamaño de letra e interlineado:** El estilo de letra será *Times New Roman* de cuerpo 12, salvo las notas a pie de página, que tendrán cuerpo 10. El interlineado será de un espacio y medio, salvo en las notas a pie de página, en las que será sencillo. Los párrafos comenzarán con sangría.
- **División del Texto:**

**Título:** Constará de un enunciado en que se dará cuenta del tema objeto de estudio. Irá centrado, en *Times New Roman* mayúsculas y negrita, cuerpo 14.

**Autor:** Debajo del título deberá ponerse el nombre y apellidos del autor, que irá centrado, en *Times New Roman* versales, cuerpo 12. En nota a pie de página (a la que se hará referencia con un asterisco: \*) se indicará la condición profesional (Catedrático, Profesor Titular, Becario de

Investigación, Abogado, etc.) o el grado de estudios alcanzado (Doctorando, Estudiante de segundo ciclo, etc.), así como, cuando proceda, el Área de conocimiento (Derecho Civil, Derecho Constitucional, etc.) y el organismo al que pertenece (Universidad, Colegio profesional...). En dicha nota al pie podrá incorporarse la dirección de correo electrónico de contacto.

**Abstract y palabras claves:** Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/*abstract* con un máximo de 10 líneas o 150 palabras y unas palabras clave/*key words* (máximo cinco). Tanto el *abstract* como las palabras clave deberán ir dentro de un cuadro de texto, justificado, interlineado sencillo y letra de estilo *Times New Roman* de cuerpo 10.

**Sumario:** A continuación se incluirá un sumario, que reproducirá los títulos de los apartados y subapartados del artículo, separados por punto y coma. El sumario irá en *Times New Roman* cuerpo 10, interlineado sencillo, sin negritas ni cursivas y con sangría francesa.

**Títulos:** Los títulos de los apartados irán en *Times New Roman* mayúsculas, negrita, cuerpo 12, precedidos de números romanos (éstos irán seguidos de punto, sin guión, en igual tipo y tamaño de letra).

**Epígrafes:** Los epígrafes de los apartados irán en *Times New Roman* minúsculas, negrita, cuerpo 12 y precedidos de números árabes (éstos irán seguidos de punto sin guión en igual tipo y tamaño de letra).

**Sub-epígrafes:** Los sub-epígrafes irán en *Times New Roman* minúsculas, cursiva, cuerpo 12, precedidos de letras (éstos irán seguidos de punto sin guión en igual tipo y tamaño de letra). Los autores podrán cerrar el texto con una relación de la bibliografía.

En la redacción del texto no debe utilizarse negrita ni subrayado, salvo para los casos previstos en las indicaciones anteriores. Cuando se quiera subrayar o resaltar algún término o expresión se usará la cursiva.

- **Mención de autores y citas:** Cuando se mencione a un autor en el texto sus apellidos irán en mayúsculas.

Las referencias bibliográficas de las citas realizadas en el texto, así como las citas que se hagan en nota al pie, deberán realizarse del siguiente modo:

Libros: autor (los apellidos en versales y la inicial del nombre), la obra (en cursiva), la edición, la editorial, el lugar de edición, el año (sin punto en los millares) y la página o páginas a las que corresponda la cita (con la abreviatura p. o pp.).

Artículos o fragmentos de obras colectivas: autor (igual que en la anterior), la obra (entre comillas [...]), la revista u obra colectiva en la que aparezca (en cursiva), el número de la revista o la edición (en el caso de obras colectivas), la editorial, el lugar de edición, el año (sin punto tras las unidades de millar) y la página o páginas donde se expresa la opinión (con la abreviatura p. o pp.).