

CARÁCTER PÚBLICO DEL DERECHO PENAL *VERSUS* GESTIÓN PRIVADA DE LOS CENTROS DE REFORMA DE MENORES*

María Sonsoles VIDAL HERRERO-VIOR

Profesora colaboradora de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Con la promulgación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, las competencias en materia de ejecución de medidas judiciales se otorgan a las Comunidades Autónomas, sin que por ello se vulnere lo dispuesto en el art. 117.3 de la Constitución española, que dispone que el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales, «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado». Pues corresponde a las entidades públicas la ejecución material de las medidas judiciales impuestas a los menores en centros de reforma, es decir, aquellas actuaciones dirigidas a promover el cumplimiento real y efectivo del fallo y, por tanto, la realización material de la sanción. Lo que no significa que el Estado delegue la privación de un derecho fundamental como la libertad ambulatoria de los menores.

Palabras clave: Derecho penal, carácter público, justicia juvenil, sistema de reforma, competencia autonómica, principio de igualdad, titularidad pública o privada, gestión de centros, ARRM, reeducación, resocialización.

ABSTRACT

With the enactment in Spain of Law 5/2000 of January 12, on the Criminal Responsibility of Minors, the responsibility of enforcing court decisions has been granted to the Autonomous Communities. However, this does not violate the provisions of Article 117.3 of the Spanish Constitution which states that the exercise of the judicial function is solely responsibility of judges and courts who must «rule and have judgments executed». The practical execution of the judicial measures imposed on juveniles in reform centers corresponds to public entities; namely, these must execute the activities that aim at materially imposing the ruling decision, and therefore, that also aim at physically executing the penalty. Nevertheless, this does

* Este trabajo resume la aportación de la autora al proyecto de investigación «Valoración y propuestas al proceso de privatización del sistema penal», ref. SEJ 2006-05248. Investigador principal: profesores Antonio García-Pablos de Molina, Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Penal. EJE Aprobación: B. Ponencia que aportó al mismo por ser uno de los temas que se examinaban en dicho Proyecto.

not mean that the State delegates the deprivation of a fundamental right such as the freedom of movement of minors.

Keywords: criminal law, public role, juvenile justice, reform system, regional jurisdiction, principle of equality, public or private ownership, management of centers, ARMMI, rehabilitation, re-socialization.

ZUSAMMENFASSUNG

Mit dem Erlass des Spanischen Verfassungsgesetzes 5/2000 vom 12. Januar 2000 zur strafrechtlichen Verantwortung von Minderjährigen wurde festgelegt, dass die Kompetenz der Gesetzesausführung den Autonomen Regionen übertragen wurde, ohne dass diese Übertragung den im Artikel 117.3 der spanischen Verfassung festgehaltenen Rechtsinhalt beeinträchtigt, der besagt, dass die Ausführung der Rechtsprechung ausschließlich den Richtern und Gerichtsinstanzen überlassen bleibt «richtend und die Ausführung des Urteils veranlassend». Daher obliegt den öffentlichen Einrichtungen die materielle Vollstreckung des den Minderjährigen auferlegten Strafmaßes in den öffentlichen Jugendstrafanstalten, dies umfasst all die Maßnahmen, die die reale Erfüllung des Strafmaßes und damit die Ausführung der Strafe betreffen. Was dabei nicht heißt, dass der Staat die Einschränkung eines fundamentalen Bürgerrechts, wie das der Bewegungsfreiheit von Minderjährigen, delegiert.

Schlüsselwörter: Strafrecht, öffentlicher Charakter, Jugendstrafrecht, Reformsystem, Kompetenz der Autonomen Regionen, Gleichheitsprinzip, öffentliche oder private Zuständigkeit, Verwaltung von Strafanstalten, ARMMI, Umerziehung, Resozialisation.

SUMARIO: I. CARÁCTER PÚBLICO DEL DERECHO PENAL.—II. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA JUSTICIA DE MENORES EN ESPAÑA.—1. Sistema de protección de la infancia.—2. Sistema de reforma de menores infractores. Competencia administrativa para la «ejecución material» de las medidas judiciales sobre el menor infractor.—A) La Ley 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento en los Juzgados de Menores.—B) La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor.—III. ESTRUCTURA DE LA JUSTICIA JUVENIL ESPAÑOLA EN EL MARCO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—IV. LUCES Y SOMBRAS DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE REFORMA DE MENORES INFRACTORES.—1. Vulneración del principio de igualdad según las Comunidades Autónomas.—2. Especialidad de los delitos de terrorismo.—V. LA GESTIÓN DE LOS CENTROS DE MENORES.—1. Modelos de gestión.—2. Hacia un modelo de intervención común para todas las Comunidades Autónomas.—VI. EL MENOR INFRACTOR EN LA COMUNIDAD DE MADRID.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—ANEXO. VERSIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

I. CARÁCTER PÚBLICO DEL DERECHO PENAL

En España, el reconocimiento del carácter público del Derecho penal arranca de las Siete Partidas del Rey Alfonso X El Sabio (1256-1265). Si bien, no siempre ha sido una cuestión del todo pacífica en la doctrina jurídica española, aun cuando en la actualidad su definición pública está sobradamente consolidada. Que el Derecho penal tenga carácter público conlleva la observancia de distintos factores: el primero y más importante es el monopolio estatal tanto en la cuestión de la titularidad del Derecho penal (el Estado como único titular), como en la de su producción (principio de legalidad) y en la de su administración (órgano jurisdiccional independiente)¹.

La excepción a la mayoría es la tesis mantenida por Guasp, quien, a la luz del individualismo, somete a revisión los conceptos del Derecho². En su obra *Derecho* hace una aportación original, a mi entender muy bien fundamentada —cuestión distinta es que la comparta plenamente por cómo se articula el Derecho penal—, incluyendo esta rama del Derecho —que califica de «heterodoxo»— dentro del Derecho privado. Afirma que entre el tipo penal (por el cual se describe la conducta a sancionar) y la sentencia —ambos extremos de neto carácter público— está la relación jurídica propiamente dicha, sin que el Estado en su condición de ente soberano se inmiscuya en ella³.

¹ Cfr. C. M. LANDECHO VELASCO y C. MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*, 8.ª ed., Madrid, Tecnos, 2010.

² Cfr. J. GUASP DELGADO, *Derecho*, Madrid, 1971. Sobre este libro cfr. J. J. GIL CREMADES, *Revista de Estudios Políticos*, núm. CLXXXII, 1972, pp. 250-256. Para una mejor aclaración sobre el carácter privado del Derecho penal, el profesor Guasp señala que los criterios que sirven para distinguir lo público de lo privado en materia jurídica —cuestión cuya solución constituye uno de los *desiderata* de la ciencia jurídica— estriban fundamentalmente en la intervención del Estado en esa relación. Una relación o conjunto de relaciones pertenece al Derecho público cuando en ella interviene o figura el Estado no al nivel de los restantes sujetos de la relación, sino en un plano superior a ellos; no coordinado a las partes, sino supraordinado a ellas; no como simple persona jurídica, sino como titular o detentador del poder público o de la soberanía. Para afirmar el carácter público de una rama del Derecho debe entenderse que la actuación de pretensiones se hace siempre por un órgano del Estado en cuanto tal, sin que importe la índole de alguno de los materiales que se empleen o sobre qué recaiga la actividad. Entiende que en el ámbito penal, el Estado, considerado por razones extraprocesales como titular del *ius puniendi*, renuncia a la acción administrativa directa contra el culpable, del mismo modo que obliga a renunciar al ofendido a tomarse la justicia por su mano; no renuncia a pretender ante el órgano instituido especialmente para ello, es decir, ante el órgano jurisdiccional, el castigo del culpable. Cfr. J. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, 2.ª ed., Madrid, Aguilar, 1948, pp. 26 y 36.

³ Cfr. A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, 4.ª ed., Madrid,

Ayudará a su comprensión la definición de Derecho penal dada por la ciencia jurídica, que comprende la vertiente objetiva y subjetiva de esta rama del Derecho, dejando al margen sus aspectos civiles: «El conjunto de normas jurídico-positivas reguladoras del poder punitivo del Estado que definen como delitos o estados peligrosos determinados presupuestos a los que asigna ciertas consecuencias jurídicas denominadas penas o medidas de seguridad».

Resulta interesante destacar lo siguiente: en primer lugar, el nacimiento de la pena coincide con el surgimiento del Estado, de ahí que la función de castigar sea un atributo esencial del mismo. En segundo lugar, la naturaleza comunitaria de los bienes e intereses objeto de tutela: el Derecho penal no tutela toda clase de bienes jurídicos contra todo tipo de ataques, sino determinados bienes e intereses contra determinados ataques, y no en todos sus aspectos, sino en aquellos aspectos concretos que perturban la paz social. En tercer lugar, las relaciones que regula no son entre particulares, sino entre el individuo, que ha cometido lo que el Estado define como delito o estado peligroso, y la sociedad en su conjunto, estableciendo una relación entre el que ha cometido un delito y el Estado que está obligado a perseguirlo y penarlo. En cuarto lugar, ninguna otra rama del ordenamiento jurídico salvaguarda la paz social y colectiva como el Derecho penal, ni siquiera el Derecho administrativo sancionador. Y por último, sólo el Estado puede crear delitos y combinarlos con sanciones.

Por consiguiente, «el Derecho penal tiene un carácter autónomo y constitutivo»⁴. Es decir, donde el Derecho penal refuerza instituciones civiles mediante la amenaza de imponer una pena procede con criterios propios no comprensibles extrapenalmente, aun cuando para interpretar los preceptos jurídico-penales tenga mucho valor el conocimiento de otras ramas del ordenamiento jurídico. Lo que implica que la conducta tipificada como delito sólo cobra pleno sentido cuando se estudia en función de la sanción o pena establecida.

Podemos concluir que, según la doctrina mayoritaria, la naturaleza jurídica del Derecho penal es esencialmente pública porque la acción para per-

Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, pp. 53-56. Igualmente cfr. F. SANTA CECILIA, «Tendencias privatizadoras del Derecho penal: diversas manifestaciones», en Á. SÁNCHEZ DE LA TORRE e I. A. HOYO SIERRA (eds.), *Eficacia del Derecho. Teorías y aplicaciones*, col. Fundamentos de Conocimiento Jurídico, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación-Dykinson, 2010, pp. 161 y ss.

⁴ Cfr. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA y A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*, 18.ª ed., Madrid, Dykinson, 1995.

seguir los delitos tiene este carácter⁵. Así lo declara el art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico español.

II. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA JUSTICIA DE MENORES EN ESPAÑA

El Derecho penal juvenil ha alcanzado, como disciplina, un gran desarrollo en la primera década del recién estrenado siglo XXI. «Ha pasado de ser considerado un Derecho penal en miniatura a ser catalogado como un Derecho penal especial, con un grado de autonomía e independencia cada vez mayor»⁶. Hoy en día nadie discute el concepto de delincuencia juvenil, que sugiere la identificación de sujetos que, habiendo violado la ley penal, aún no han alcanzado la mayoría de edad civil o aquella que la ley penal exige para responsabilizarles de sus actos. Su tratamiento, diferente del de los adultos, ha dado lugar a un conjunto de leyes y jurisdicciones especiales dirigidas, al mismo tiempo, a la protección y tutela de los menores y al control del comportamiento juvenil desviado.

En España, como se verá más adelante, tras la Constitución de 1978 se siente la necesidad urgente de adecuar el viejo modelo de justicia tutelar a las garantías y principios derivados de aquélla. Si bien la creación de los Tribunales Tutelares de Menores durante el periodo preconstitucional supuso el primer paso en la distinción entre la denominada «infancia peligrosa» —facultad reformadora— y la «infancia en peligro» —facultad protectora—, aun cuando no quedaran claramente delimitadas las dos clases de intervención⁷.

⁵ Bien es verdad que cualquier ciudadano puede denunciar un delito y formar parte del proceso de persecución del mismo: para determinados delitos, el Código Penal español concede a los particulares la facultad de instar su perseguibilidad mediante la correspondiente denuncia (delitos semipúblicos), o por querrela de la parte ofendida (delitos privados). Pero incluso sobre estos casos influye poderosamente el interés público, pues, una vez que la parte agraviada pone en marcha el proceso, el enjuiciamiento del presunto delincuente, la aplicación de la pena y su ejecución es cuestión exclusiva del Estado. Cfr. A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit. pp. 55 y 56. Al respecto: «Cuando se infringe una norma penal [...], la decisión constituye un interés público y no puede abandonarse su existencia a la voluntad de un particular que la pretenda». Cfr. J. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit. p. 13.

⁶ C. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Derecho Penal Juvenil Europeo*, col. Estudios de Criminología y Política Criminal, núm. 4.º, Madrid, Dykinson, 2005.

⁷ En España, la primera Ley de Protección a la Infancia data de 12 de agosto de 1904, que no trataba de los menores delincuentes, pues esta materia quedaba enmarcada en el Derecho Penal común (como ejemplo señalo la Ley de 26 de julio de 1878, de prohibición

La primera ley que reguló el funcionamiento de los primeros Tribunales de Menores fue la Ley de Bases de 2 de agosto de 1918, desarrollada por el Real Decreto de 25 de noviembre de 1918, sobre organización y atribuciones de tribunales para niños⁸, objeto de sucesivas reformas⁹, hasta llegar al Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores y el Reglamento para su aplicación de 11 de junio de 1948.

Los antiguos Tribunales Tutelares de Menores, además de tener atribuidas funciones de «reforma» de carácter penal, asumían la facultad protectora de los menores «contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda o educación»¹⁰. En la práctica, ambas funciones se confundían, pues no era infrecuente que a un menor sobre el que era necesario adoptar alguna medida protectora se le acababa aplicando una medida de internamiento en un centro correccional si cometía una infracción penal aunque no fuese grave¹¹. Se entendía que la intervención del juez y la adopción de esa medi-

de ejercicios peligrosos ejecutados por menores, y la Ley de 23 de julio de 1903, sobre mendicidad de menores). Aun cuando ya se advertía el estrecho límite que separaba la situación de abandono de menores y la delincuencia infantil. Cfr. M. A. PALMA DEL TESO, *Administraciones Públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, 1.ª ed., Madrid, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, 2006, pp. 25-27.

⁸ Los menores de edad en quienes concurrían las circunstancias previstas en la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 eran puestos a disposición del Tribunal Tutelar competente —donde se hallare constituido, y, en su defecto, el juez de primera instancia— que tomaría las medidas de guarda, educación y enmienda previstas en la Ley reguladora de dichos Tribunales.

⁹ La Ley de Tribunales Tutelares de 1918 fue reformada por la Ley de 15 de julio de 1925 y, posteriormente, por la Ley de 3 de febrero de 1929 de Tribunales Tutelares para niños. La Ley de 1929 mantiene la naturaleza administrativa del Tribunal y delimita con mayor claridad las facultades protectora y reformadora encomendadas al Tribunal. Cfr. M. A. PALMA DEL TESO, *Administraciones Públicas y protección de la infancia, op. cit.*, pp. 28-32.

¹⁰ Cfr. Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada mediante Decreto de 11 de junio de 1948. El art. 9.3 atribuía a los referidos Tribunales, en ejercicio de la facultad protectora, competencia para conocer de «la protección jurídica de los menores de dieciséis años contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda y educación». Asimismo, la Ley disponía que «la facultad de suspender el derecho a la guarda y educación de los menores de dieciséis años y la acción tutelar sobre las personas de los menores protegidos por dicha suspensión quedarán exclusivamente encomendadas a la competencia de los Tribunales de Menores» (art. 13). En ejercicio de la facultad protectora, el Tribunal podía adoptar las siguientes medidas: «imposición de medidas o de suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor, ordenando, en su caso, que éste sea confiado a la correspondiente Junta de Protección de Menores o a una persona o familia, sociedad tutelar o establecimiento» (art. 17.B).

¹¹ Piénsese en casos de menores objeto de malos tratos, abandono o imposibilidad de los padres o tutores de atender a sus hijos. Cfr. M. R. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 2003, p. 46.

da siempre redundaría en ayuda del menor, pues a la vez se le estaba protegiendo. Sin embargo, de este modo y bajo pretexto de que se actuaba siempre en interés del menor entraban en colisión los principios de legalidad y proporcionalidad.

1. Sistema de protección de la infancia

Como ya he anticipado, la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 determinó un cambio sustancial que motivó importantes reformas legislativas tendentes a adaptar las leyes penales sustantivas y procesales a los principios y garantías que establecía. Sin embargo, en materia de menores no supuso una modificación en el sistema de enjuiciamiento a los que habían cometido un hecho delictivo. Por el contrario, sí supuso un cambio en la atribución de competencias en materia de protección, hasta entonces asignada al Consejo Superior de Protección de Menores, organismo autónomo dependiente del Ministerio de Justicia, y a través del cual los Tribunales Tutelares ejercían sus funciones de protección¹². En su art. 148 no se recoge la protección de menores como una competencia específica de las Comunidades Autónomas, aunque las mismas han ido asumiendo en sus respectivos Estatutos de Autonomía competencias exclusivas sobre «asistencia social», de la cual derivan —en algunas de ellas— competencias exclusivas sobre instituciones públicas de protección y tutela de menores (art. 148.1.20)¹³.

Hasta la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, no se crean los Juzgados de Menores en sustitución de los Tribunales Tutelares

¹² En nuestro Derecho histórico, el régimen tutelar de protección y asistencia de los menores estaba constituido por la tutela, la curatela en sus tres variedades (*ad bona*, ejemplar y *ad litem*) y la intervención judicial. El Código Civil se aparta del Derecho histórico modificando sus extremos más sustanciales: *a*) distingue entre tutor y protutor, buscando la unidad de guarda legal, y *b*) crea el Consejo de Familia, principal elemento del organismo protector. Queda consagrado así el sistema de tutela de familia, aunque la intervención judicial no fue suprimida totalmente. Con la aprobación de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela (*BOE*, núm. 256, de 26 de octubre de 1983), se suprime el Consejo de Familia al igual que la figura del protutor, se vuelve a la distribución romana entre tutela y curatela, aunque en sentido diferente, y se atribuye a la autoridad judicial la función tutelar (art. 216) y su control al Ministerio Fiscal (art. 232).

¹³ Cfr. Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 (art. 9.28). En el mismo sentido los Estatutos de Autonomía de Andalucía (art. 13.23), Canarias (art. 30.14), Extremadura (art. 7.32) y de la Región de Murcia (art. 10.18), Estatuto de Autonomía de Baleares (art. 10.35), Estatuto de Autonomía de Aragón (art. 35.28) y, en el mismo sentido, el Estatuto de Autonomía de Cantabria (24.23), Castilla-La Mancha (art. 31.31), Madrid (art. 26.24) y La Rioja (art. 8.32).

de Menores. Y ya con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, la competencia en materia de protección de menores se otorga a «la entidad pública que en cada territorio tenga encomendada la protección de los menores» (art. 172 y siguientes del Código Civil), sustituyendo así a los Tribunales Tutelares de Menores en materia de protección. Dicha entidad pública no es otra que aquel organismo al que la Comunidad Autónoma haya asignado esa competencia.

De este modo, se posibilitaba que a los menores que se encontraban en una situación necesitada de protección se les aplicaran medidas de protección *strictu sensu*, respetando siempre sus derechos y garantías por la entidad competente. La intervención de los Juzgados de Menores quedaba reservada para los casos en que un menor había cometido un hecho delictivo, con exquisito respeto del principio de proporcionalidad, al tiempo que la sociedad en su conjunto tomaba conciencia del sentido de la justicia juvenil, que no pone en marcha su mecanismo judicial para paliar las necesidades de los menores ni para suplir las carencias administrativas, pues ello vulneraría el principio de igualdad, ya que se aplicarían medidas más graves a aquellos menores necesitados de protección que a los que gozan de una situación personal o familiar normalizada.

2. Sistema de reforma de menores infractores. Competencia administrativa para la «ejecución material» de las medidas judiciales sobre el menor infractor

Como sabemos, la Constitución española de 1978 estableció un nuevo modelo de organización territorial del Estado en virtud del cual se reconoce a las «nacionalidades y regiones» el ejercicio del derecho a la autonomía (art. 2), lo que condujo a la creación de las Comunidades Autónomas con capacidad de autogobierno en todas aquellas competencias que le fueran atribuidas.

Si bien los arts. 148 y 149 de nuestra Carta Magna nada dicen sobre el reconocimiento a las Comunidades Autónomas de título competencial alguno en materia de protección de menores. Sin embargo y a pesar de lo cual, el Estado ha ido traspasando progresivamente los servicios prestados a través de la Obra de Protección de Menores¹⁴, así como la ejecu-

¹⁴ La Obra de Protección de Menores era una entidad estatal autónoma dependiente

ción de las medidas de protección y reforma que adoptaban los Tribunales Tutelares¹⁵.

A) *La Ley 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento en los Juzgados de Menores*

Este reconocimiento competencial a las entidades públicas en materia de reforma de menores infractores se realizó ya a través de la disposición adicional tercera de la Ley 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento en los Juzgados de Menores, en consonancia con las nuevas competencias que, en materia de protección de menores, había producido la reforma operada en los arts. 172 y siguientes del Código Civil por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Hay que añadir que respondía más a una cuestión puramente de estructura del Estado que de conveniencia —como he señalado con anterioridad, el art. 148.1.20 de la Constitución reconocía a las Comunidades Autónomas la asistencia social como título competencial—, ya que, en la práctica, puede llegar a originar cierta desigualdad territorial en la ejecución de las medidas impuestas en sus fallos por los jueces de menores, unas diferencias dentro de un marco legal común y general que, en mi opinión, no han de afectar al principio de igualdad¹⁶.

La realidad enseña que no todas las Comunidades Autónomas tienen el mismo nivel de desarrollo de la intervención sobre los menores. Muchas carecen de las infraestructuras adecuadas para la ejecución de algunas medidas, como sucede con algunos internamientos. Pensemos en la medida de ingreso del menor en un centro terapéutico prevista en el art. 17.6.^a de la LO 4/1992 que no puede llegar a ser aplicada por algunas Comunidades Autónomas por falta de creación de dichos centros específicos para menores¹⁷.

del Ministerio de Justicia en la que quedaban integradas las Juntas de Protección, el Consejo Superior de Menores e, inicialmente, los Tribunales Tutelares (estos últimos fueron posteriormente incardinados en el Poder Judicial). Cfr. M. A. PALMA DEL TESO, *Administraciones Públicas y protección de la infancia*, op. cit., p. 43.

¹⁵ Así lo establecía la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948 y la Ley de Protección de Menores de 2 de julio de 1948. Cfr. M. A. PALMA DEL TESO, *Administraciones Públicas y protección de la infancia*, op. cit.

¹⁶ Cfr. J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *Menores privados de libertad en España*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XV, Madrid, 1996, p. 50.

¹⁷ Cfr. P. AGUIRRE ZAMORANO, *Medidas aplicables en la legislación de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XV, Madrid, 1996, pp. 191 y ss.

B) *La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*¹⁸

Con la promulgación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, se subraya ese principio básico reconocido en todos los Tratados Internacionales, que el menor cumpla la medida impuesta en el lugar más cercano a su domicilio habitual a fin de evitar el desarraigo. A cuyo fin la Ley otorga las competencias en materia de ejecución a las Comunidades Autónomas, como ya venían desempeñando de acuerdo con la legislación anterior, tal y como establece el apartado 4 del art. 2 de la Ley añadido por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Si hay un Título en la Ley en que debiera manifestarse de manera especial las peculiaridades propias de la intervención penal sobre los menores y jóvenes infractores —esto es, la prevalencia del interés superior del menor y el esfuerzo particularmente intenso de cara a su educación, formación y resocialización, sin merma de sus garantías jurídicas básicas propias de cualquier ciudadano— es el Título VII de dicho cuerpo legal.

Concretamente, el art. 45.1 prevé que la ejecución de las medidas adoptadas por los jueces de menores en sus sentencias firmes es competencia de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla con arreglo a la disposición final vigésimo segunda de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: «Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son las designadas por las Comunidades

¹⁸ La Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE, núm. 209, de 30 de agosto), a la que de ahora en adelante me referiré como LORR-PM, ha sido objeto de diversas modificaciones. De las mismas, dos de ellas tuvieron lugar antes de su entrada en vigor, es decir, en el año de *vacatio legis*, y que fueron introducidas mediante leyes orgánicas: la Ley Orgánica 7/2000 y 9/2000, ambas de 22 de diciembre. A tales reformas se suman las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores; la Ley Orgánica 15/2003, de 15 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre. Un exámen pormenorizado sobre la Ley de Responsabilidad Penal de los menores en M. F. ASTUDILLO ÁLVARO, *Responsabilidad penal de los menores: enfoque social, criminológico y político-criminal*, trabajo de investigación para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados presentado en el Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, dirigido por el profesor Fernando Santa Cecilia García (inédito), Madrid, 2009.

Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización».

Por una cuestión puramente territorial, la ejecución de dichas medidas corresponderá a las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla donde radique el Juzgado de Menores que haya dictado la sentencia¹⁹. Sin perjuicio de que puedan establecer los convenios y acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de la ejecución.

Comparto la crítica que algunos autores hacen a la formulación empleada por la ley para la atribución a las Comunidades Autónomas de la ejecución de las medidas. Por un lado, porque dicha atribución conlleva ya una contradicción: no todas las medidas necesitan para su ejecución el concurso de las entidades indicadas, como sucede con la amonestación, que se ejecuta directamente por el juez de menores, y así conviene que sea²⁰. Por otro lado, porque parece incompatible con lo dispuesto en el art. 117.3 de la Constitución española, que dispone que el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales, «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», siendo, en consecuencia, la ejecución de la medida una competencia judicial constitucionalmente establecida. Parece un contrasentido —más aún, una prohibición— adjudicar por ley a la Administración la ejecución de las medidas impuestas a los menores que han incurrido en un ilícito penal y deben cumplir por ello una medida judicial.

Lo que el art. 45 establece en realidad es que la «ejecución material», el cumplimiento de las medidas —aquellas actuaciones dirigidas a promover la imposición material del fallo y, por tanto, la realización material de la sanción— corresponde a las Comunidades Autónomas y a Ceuta y Melilla, siendo la ejecución y su control competencia del juez de menores. Pero su control será siempre judicial. Indudablemente, resulta «loable el esfuerzo realizado para regular de forma pormenorizada los distintos aspectos de la ejecución de las medidas y el respeto a los derechos y garantías del menor, cuyo control, como no puede ser de otra manera, corresponde al

¹⁹ Con igual contenido, el art. 9.1 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000.

²⁰ Cfr. M. R. ORNOSA FERNÁNDEZ, *La nueva regulación del procedimiento penal de menores. ¿Un avance?*, Cuadernos del Poder Judicial, núm. XXVII, Madrid, 1992, p. 160.

juéz de menores»²¹. Si bien la cuestión estriba en si ese «esfuerzo realizado» es suficiente.

Sorprende la falta de definición de los principios y orientaciones inspiradores de la ejecución de las medidas más allá del principio de legalidad a que se refiere el art. 43 de la Ley, así como la ausencia de determinación de los derechos de los menores y jóvenes sometidos a las mismas, con la sola excepción de las medidas privativas de libertad. De ahí que el propio texto legal, en su art. 43, apartado 2, aluda a un espacio abierto a los reglamentos de desarrollo en materia de ejecución y a su importancia fundamental a la vista de la fórmula elegida: la existencia de una laguna en cuanto a la forma de ejecución de una determinada medida determinaría su imposible ejecución. Si bien, parece coherente con la garantía ejecutiva la remisión a los reglamentos ejecutivos únicamente de los aspectos «secundarios», que no afecten al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio²².

Tal y como prevé la propia LORRPM en el apartado 24 de su Exposición de Motivos, mediante Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores en lo relativo a tres materias concretas: la actuación de la policía judicial y del equipo técnico, la ejecución de las medidas cautelares y definitivas, y el régimen disciplinario de los centros. Lo que pone de manifiesto que la «ejecución material» de las medidas judiciales de los menores infractores no es cuestión baladí.

III. ESTRUCTURA DE LA JUSTICIA JUVENIL ESPAÑOLA EN EL MARCO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Llegados a este punto resulta sabido que el ordenamiento jurídico español distingue dos grandes sistemas de justicia juvenil: la protección a la infancia y la reforma de menores infractores. La asunción de competencias en materia de justicia por parte de las Comunidades Autónomas ha supuesto su salida paulatina de los Departamentos de Servicios Sociales para pasar a depender de los Departamentos de Justicia. Entre ambos sistemas guardan más diferencias que similitudes, lo que ha obligado a que el tratamiento entre uno y otro sean distintos.

²¹ Cfr. M. R. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 2003, p. 407.

²² Cfr. T. S. VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, pp. 42 y 54.

El sistema de protección de menores constituye materia propia del Derecho civil y administrativo, en el que hay que tener en cuenta sobre todo la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y la Ley 21/1987, de reforma del Código Civil que reguló los supuestos de adopción y acogimiento previo de los menores, concediendo a las entidades públicas —las Comunidades Autónomas— la denominada «tutela autonómica», especialmente en situación de desamparo del menor.

En materia de reforma de menores infractores, su tratamiento penal ha dependido de la orientación político-criminal de cada momento, debiendo ajustarse los sistemas de justicia penal juvenil a los principios político-criminales de las normas internacionales recogidos en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores de 1987 (Reglas de Beijing); la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (87) 20; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, y la Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

Dentro de este proceso de separación del sistema de protección de menores respecto del sistema de reforma pueden apreciarse distintos niveles, pudiendo distinguirse los siguientes:

a) Separación de los sistemas de protección y reforma a nivel de servicio, pero manteniendo su dependencia de una misma dirección general dentro de los Departamentos de Servicios Sociales²³.

b) Separación de ambos sistemas que, aun manteniéndose dentro de las Consejerías de Familia y Asuntos Sociales, se constituyen en direcciones generales independientes²⁴.

c) El sistema de justicia juvenil de reforma sale de la Consejería de Asuntos Sociales para pasar a depender de la Consejería de Justicia, bien

²³ Cfr. T. MONTERO HERNÁNDEZ, «La justicia penal de menores en España: modelos de gestión», *Revista on-line Noticias Jurídicas*, Madrid, 2008. Ambos sistemas de justicia juvenil dependen del mismo servicio en las Comunidades Autónomas de Aragón, Baleares (si bien la ordenación de la protección de menores corresponde a la Consejería de Asuntos Sociales, Promoción e Inmigración, las funciones se llevan a cabo por Consejos Insulares de las respectivas islas), Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha y Navarra.

²⁴ Cfr. T. MONTERO HERNÁNDEZ, «La justicia penal de menores en España: modelos de gestión», *op. cit.* Los sistemas de protección y reforma son servicios distintos dependientes de la misma Dirección General de Servicios Sociales en Castilla-León, Extremadura, Galicia y Murcia.

con autonomía propia²⁵, bien dentro de un sistema general de ejecución penal integrándose con el sistema de adultos²⁶.

En la Comunidad Autónoma de Madrid, la gestión del sistema de protección a la infancia está atribuido al organismo autónomo Instituto Madrileño del Menor y la Familia (IMMF), dependiente —en su origen— de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales²⁷, y el sistema de reforma de menores infractores por el organismo autónomo Agencia de Reeducción y Reinserción del Menor Infractor (ARRMI), dependiente de la Consejería de Justicia e Interior²⁸.

IV. LUCES Y SOMBRAS DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE REFORMA DE MENORES INFRACTORES

1. Vulneración del principio de igualdad según las Comunidades Autónomas

Esta distribución de competencias, que deja en manos de las Comunidades Autónomas la «ejecución material» de las medidas impuestas, así como la facultad de establecer su propio modelo organizativo, hace que no exista un modelo común de gestión a nivel nacional, sino que existen diferentes modelos, algunos muy dispares entre sí. Aunque con base en la Ley de Protección Jurídica del Menor, la mayoría de las Comunidades Autónomas cuentan con normas reguladoras de su intervención. Y esto a diferencia de lo que ocurre para los adultos en el ámbito penitenciario, donde la mayoría de los centros dependen de la Administración del Estado y

²⁵ Cfr. T. MONTERO HERNÁNDEZ, «La justicia penal de menores en España: modelos de gestión», *op. cit.* Hasta la fecha son Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Galicia, Madrid, Navarra, País Vasco y Valencia las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia de justicia.

²⁶ Cfr. T. MONTERO HERNÁNDEZ, «La justicia penal de menores en España: modelos de gestión», *op. cit.* Es el caso de Cataluña.

²⁷ El IMMF se regula por la Ley 2/1996, de 24 de junio, de creación del Organismo Autónomo Instituto Madrileño del Menor y la Familia (BOCM, de 2 de julio de 1996), y su estructura orgánica mediante Decreto 59/2002, de 11 de junio, del Consejo de Gobierno (BOCAM, de 26 de abril de 2002), derogado por el Decreto 63/2003, de 8 de mayo (BOCM, de 16 de mayo de 2003).

²⁸ El ARRMi se rige por la Ley 3/2004, de 10 de diciembre, de creación de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor (BOCM, de 14 de diciembre de 2004), y el Decreto 62/2005, de 7 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor (BOCM, de 12 de julio de 2005).

se rigen por una normativa común contenida en los Títulos XI y XII del vigente Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, de desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, que hace que todos ellos tengan idéntica estructura organizativa y de funcionamiento. Con la sola excepción de Cataluña, única Comunidad Autónoma que tiene asumidas competencias en materia penitenciaria.

La realidad de los centros de menores en que han de operar las respuestas sancionadoras es enormemente dinámica entre las distintas Comunidades Autónomas. Y dependiendo en qué aspectos, puede ser enormemente positivo. Pero tiene sus desventajas, en la mayoría de los casos por ausencia de las dotaciones necesarias. Sirva de ejemplo la falta de infraestructura adecuada para la ejecución de algunas medidas como el internamiento de fin de semana, que —en la mayoría de los casos— debe cumplirse en centros destinados a medidas de larga duración en régimen cerrado, algo nada deseable. Lo que pone en entredicho el principio de igualdad contemplado por la Ley.

2. Especialidad de los delitos de terrorismo²⁹

El inciso segundo del apartado 1 del art. 54 de la Ley extrae la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de ejecución de las

²⁹ En materia antiterrorista resulta imprescindible aludir a la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, de modificación del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*BOE*, núm. 143, de 16 de junio de 1998), por la que se regulan los derechos y libertades de los ciudadanos, en los casos en que se vean amenazados por la actuación de los grupos violentos o las personas de su entorno, en unos momentos en que la violencia callejera se constituye en uno de los fenómenos sociales más relevantes para la convivencia ciudadana. Se establece una punición específica para las amenazas dirigidas «a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico o a un amplio grupo de personas», y que tuvieran la gravedad suficiente para ello (se encuadran aquí, específicamente, las amenazas terroristas dirigidas a colectivos), y se sanciona el reclamo público de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, con el que se pretende cubrir un ámbito de impunidad detectado entre las amenazas. Asimismo, el Proyecto de Ley Orgánica, aprobado el 16 de noviembre de 2000, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo. Dicho proyecto se sitúa en clave histórica a la luz de la evolución de la legislación, describiendo a continuación el sentido de la regulación penal en materia antiterrorista. Se realiza una reflexión sobre la específica política sancionadora en esta materia abordando los diferentes problemas que se plantean en este ámbito. Dicho Proyecto culminó en la aprobación de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de

medidas impuestas a menores implicados en delitos de terrorismo. Muchos se plantean cuestiones como el lugar donde se ubicarán estos centros, o el establecimiento de la relación con la familia, o la importancia de un centro único, etc. Pero quizá la pregunta que debiéramos hacernos es por qué un régimen distinto cuando la propia Ley prevé que si es perjudicial puede cumplir en un lugar distinto.

El párrafo segundo del art. 54.1 establece que la ejecución de la detención preventiva, de las medidas cautelares de internamiento o de las medidas impuestas en la sentencia acordadas por el juez central de menores o por la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional se llevará a cabo en los establecimientos y con el control del personal especializado que el gobierno ponga a disposición de la Audiencia Nacional, en su caso, mediante convenio con las Comunidades Autónomas. De la misma forma, el art. 8.2 del Reglamento de la LORRPM establece que corresponde al Estado, en los establecimientos y con el control del personal especializado que ponga a disposición de la Audiencia Nacional, la ejecución de la detención preventiva, de las medidas cautelares de internamiento y de las

noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE, núm. 307, de 23 de diciembre de 2000), en relación con los delitos de terrorismo, que entró en vigor al día siguiente de su publicación. La Ley, con dos únicos artículos, contiene la modificación relativa al Código Penal, que extiende las penas a las acciones que persiguen atemorizar a toda una población o colectivo para favorecer los fines terroristas e introduce un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo dirigido a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. La referida ley otorga mayor protección jurídica a los miembros de las corporaciones locales legítimamente elegidos. En el presente contexto conviene también mencionar la nueva redacción conferida por la citada Ley al art. 577 CP, concerniente al denominado «terrorismo urbano», que incorpora el delito de daños al grupo de infracciones ya enumeradas con anterioridad en dicho artículo, además de resolver —según establece la Exposición de Motivos de esta Ley— las dudas interpretativas que puedan surgir en relación a la tenencia de explosivos utilizados para cometer actos de terrorismo. Cfr. C. CARMONA SALGADO, «Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC*, 04-03 (2002). En materia de daños por delitos de terrorismo: mencionar la STC 36/1991, de 14 de febrero, por la que se declara inconstitucional el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, Texto Refundido de 11 de junio de 1948. Cfr. F. SANTA CECILIA GARCÍA, *Delito de daños: evolución y dogmática (art. 263 del Código Penal)*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2003, pp. 100 y ss.; «Daños patrimoniales imprudentes en el Código Penal de 1995», en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (coord.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 1.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1009-1030, y «La responsabilidad civil *ex delicto* en el Proyecto del Código Penal de 1992», en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del profesor Juan del Rosal*, Madrid, Edersa, 1992.

medidas adoptadas en sentencia firme que, de conformidad con la disposición adicional cuarta de la LORRPM, acuerden el Juzgado Central de Menores o la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional, sin perjuicio de los convenios que, en su caso, pueda establecer para dicha finalidad con las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla³⁰.

Hasta diciembre de 2009 ha existido un centro de internamiento de menores condenados por delitos de terrorismo para todo el territorio nacional con sede en Madrid³¹. Se entendía que no vulneraba la previsión del art. 2 LORRPM, pues, con independencia del lugar donde se hubieran producido las conductas terroristas, la competencia corresponde a la Audiencia Nacional con sede en Madrid.

En cuanto a la ejecución de la detención preventiva, no admite discusión alguna. El problema se suscita una vez que la sentencia condenatoria es firme y la familia del menor reside en otra Comunidad Autónoma distinta a Madrid. No parece muy lógico que cada Comunidad Autónoma destinara uno de sus centros —diecisiete centros en todo el territorio nacional— para los casos aislados de terrorismo —si realmente se dieran— que pudieran producirse en su circunscripción territorial. Si bien con la Ley del Menor en la mano, pesa mucho el espíritu de la ley en aras a la consecución de la resocialización del menor: la existencia de un centro cuyo recurso va destinado sólo y exclusivamente al tratamiento de menores implicados en delitos terroristas. Parece lógico que su sede esté en Madrid,

³⁰ «Tal y como expresamente señala la disposición adicional quinta de la citada Ley, de nuevo cuño también por la reforma legal que nos ocupa, en el plazo de cinco años, a contar desde la entrada en vigor de la nueva LO 7/2000, el gobierno se compromete a remitir al Congreso de los Diputados un informe en el que se “analizarán y evaluarán los efectos y las consecuencias de la aplicación de la disposición adicional cuarta”, es de suponer que en base a las resoluciones jurisprudenciales emitidas en ese periodo de tiempo por los órganos judiciales competentes (así, el Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, si se trata de delitos de terrorismo), al igual que a los resultados, al menos parcialmente obtenidos, mediante la aplicación práctica del novedoso y específico sistema de tratamiento previsto por la citada disposición adicional para este peculiar grupo de jóvenes y menores delincuentes». Cfr. C. CARMONA SALGADO, *Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero, op. cit.* El Juzgado Central de Menores en la Audiencia Nacional entenderá de los delitos de terrorismo, y particularmente de los daños materiales relacionados, no sólo con acciones de terrorismo urbano, sino del resto de actividades terroristas (art. 2 de la LO 7/2000), al tiempo que se modifican los arts. 65 y 66 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (art. 3), y la Ley 28/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial (art. 4). Cfr. F. SANTA CECILIA GARCÍA, *Delito de daños: evolución y dogmática (art. 263 del Código Penal)*, op. cit., pp. 101 y 102.

³¹ Centro Los Rosales para menores condenados por delitos de terrorismo y pertenecientes a bandas organizadas.

cuando el lugar judicial de donde partirán y a quien corresponde su ejecución radica igualmente en la capital de España.

V. LA GESTIÓN DE LOS CENTROS DE MENORES³²

1. Modelos de gestión

En base a todo lo anterior, podemos concluir que los centros pueden ser de titularidad patrimonial, organizativa y funcionalmente pública o privada.

En los supuestos de centros de titularidad privada —pertenecientes a entidades privadas sin ánimo de lucro que hayan suscrito acuerdos de colaboración con las entidades públicas competentes— se produce una concurrencia de responsabilidades, aun cuando la supervisión y la responsabilidad de la «ejecución material» corresponda a la entidad pública. Si bien no es ésta una cuestión pacífica para la ciencia penal. Autores como Díez Ripollés consideran que el sistema de ejecución de medidas judiciales a menores en centros de carácter privado ha de entenderse como uno de los supuestos criticables de privatización del sistema penal³³. No obstante, podrán existir distintos niveles de intervención, según que ésta se asuma por las entidades locales con diferentes programas de atención primaria o directamente por la entidad autonómica a través de servicios más especializados (por ejemplo, los distintos centros de internamiento previstos en la LORRPM).

Además, la intervención también se puede efectuar por entidades privadas concertadas con la entidad pública. De ahí que existan diferentes modelos de gestión que pueden dividirse en tres grandes grupos: *a)* el público, en que todos los recursos dependen de la entidad pública; *b)* el privado, en el que se concierta por la entidad pública la «ejecución material» de las medidas con entidades privadas, y *c)* el mixto, en que existe una centralización en cuanto a la organización, creación, dirección, organización y gestión de los servicios, pero una descentralización en la «ejecución material» de las medidas con utilización de recursos públicos y

³² Cfr. I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y A. I. PÉREZ CEPEDA, «Derecho Penal del Menor», en Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, t. I, *Introducción al Derecho Penal*, Madrid, Iustel, 2010.

³³ Cfr. A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 83. Sobre el cariz privatizador de los centros cfr. J. L. DIEZ RIPOLLÉS, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núms. 06-03, 2004, pp. 19 y ss.

privados. Pero en todo caso, la entidad pública debe conservar la responsabilidad, titularidad y supervisión de la medida para que el modelo de gestión se adecúe al precepto que nos ocupa.

La tendencia en España tras la entrada en vigor de la LORRPM ha sido la puesta en marcha de centros de titularidad pública en todos los casos pero de gestión privada, dado el importante incremento de delincuencia juvenil y que obligó a la apertura urgente de nuevos centros para atender las demandas derivadas de la nueva Ley. Gestión privada que se refiere al ámbito educativo, docente, sanitario e, incluso, los equipos técnicos. Pues en lo referido a la seguridad de los centros, tanto si son centros de gestión pública como privada o mixta, la misma se encomienda a empresas de seguridad privada, pues ninguna Comunidad Autónoma ha creado un cuerpo de seguridad específico para tal fin.

Además, la LORRPM eleva la edad penal de los dieciséis a los dieciocho años. Al tiempo de su aprobación todos los menores dentro de esa orquilla de edad que estaban en centro penitenciario pasaban a centro de internamiento específico de menores. Las Comunidades Autónomas —con competencias transferidas en materia de reforma de menores— carecían de infraestructura para asumir el volumen de internos. Sólo en Madrid, en 2001 había únicamente cuarenta y cinco plazas en centros de menores. Razón por la que comenzaron a firmarse acuerdos de colaboración con entidades privadas.

La idea inicial prevista en el borrador del proyecto de la ley del menor no era privatizar los centros de reforma, sino que algunas «asociaciones de barrios»³⁴ colaboraran en la ejecución de medidas, como los trabajos en beneficio de la comunidad o la libertad vigilada. Pero nunca para delegar la ejecución de la privación de libertad.

En la Comunidad de Madrid, al tiempo de la entrada en vigor de la LORRPM, eran tres los centros de titularidad pública. Desde ese momento, a los tres de titularidad y gestión públicas³⁵ han de sumarse nueve nuevos centros de titularidad pública, pero de gestión privada³⁶. Actualmen-

³⁴ En Madrid existe el colectivo «Coordinadora de barrios para el seguimiento de menores y jóvenes», inscrita en el Registro de Asociaciones núm. 52162.

³⁵ Altamira: 20 plazas; El Madroño: 15 plazas, y Renasco: 19 plazas. Datos proporcionados por la ARRM, Madrid, noviembre de 2010.

³⁶ El Laurel: 40 plazas, entidad «Grupo Norte»; El Pinar II: 26 plazas, entidad «Meridianos»; Las Palmeras: 14 plazas, fundación «Padre Garralda»; El Lavadero: 40 plazas, entidad «Siglo XXI»; José de las Heras, antiguo Puerta Bonita: 17 plazas, entidad «Siglo XXI», y Teresa de Calcuta: 118 plazas, entidad «Ginso». Datos proporcionados por la ARRM, Madrid, noviembre de 2010.

te, el número de plazas asciende a 309 repartidas por toda la Comunidad. Todos los centros dependen de la Agencia para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor (ARRMI).

No puede perderse de vista que la competencia de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla gozan de un Estatuto especial, conforme regula la disposición transitoria quinta de la Constitución española en relación con su art. 144, que se extiende a lo dispuesto en el segundo inciso del art. 45 de la LORRPM que perfila el alcance de la competencia atribuida a dichas entidades públicas, que abarca, de acuerdo con sus respectivas normas de organización, «la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en el art. 7 esta Ley»³⁷.

Dicha «capacidad organizativa» tiene una ventaja merecedora de ser destacada: la entidades públicas podrán «organizar» sus centros de acuerdo con un mismo perfil delictivo. De tal modo que los centros de reforma no sean «macro-centros» a los que van llegando todos los menores condenados al cumplimiento de una medida judicial en régimen de internamiento hasta completar el número de plazas, sino que cada menor ingresa en el centro cuyo recurso se adecúa a su perfil delictivo. Así está gestionado en la Comunidad de Madrid, sin que por ello se haya vulnerado el principio de territorialidad exigido en la Ley³⁸.

Se trata, pues, de una competencia de carácter organizativo —que incluye lo relativo al personal, el funcionamiento y hasta la inspección— en la misma línea de la reconocida a las entidades autonómicas por el Tribunal Constitucional ya en 1988, en virtud de la STC 104/1988, de 8 de

³⁷ En Comunidades Autónomas como la de Andalucía, asociaciones y fundaciones llevan el 94 por 100 de la gestión de los centros de reforma. Únicamente en Cataluña, Extremadura y Ceuta son de titularidad y gestión públicas. En Canarias y Baleares, la responsable es una fundación pública.

³⁸ En la Comunidad de Madrid, los centros de internamiento de menores infractores por perfil delictivo y aplicación de programas de tratamiento especializado son los siguientes: Altamira: régimen semiabierto y abierto; El Madroño: régimen cerrado y semiabierto; Renasco: régimen cerrado y semiabierto; El Laurel: casos de maltrato familiar en régimen cerrado, semiabierto y abierto; El Pinar II: menores drogodependientes en régimen cerrado, semiabierto y abierto; Las Palmeras: pensado sólo para adolescentes-madres con permanencia de sus bebés hasta la edad de tres años en régimen cerrado y semiabierto; El Lavadero: régimen semiabierto; José de las Heras, antiguo Puerta Bonita: régimen semiabierto; Teresa de Calcuta: con un módulo de salud mental; cuenta también con un programa especializado para el tratamiento de agresores sexuales; aglutina los casos de terrorismo y delitos cometidos en bandas organizadas; los internos cumplen medidas judiciales en régimen cerrado, semiabierto y abierto.

junio, que consideró conforme a la Constitución española el Real Decreto 1436/1984, de 20 de junio, siguiendo un modelo de coordinación de las Administraciones penitenciarias no «participativo e integrador», sino «directivo, centralizador y unilateral»³⁹. Y así lo establece el propio art. 45, apartado 1, cuando alude a las «respectivas normas de organización» de las entidades públicas.

Inicialmente, la gestión del centro de internamiento conllevaba también la limpieza, el *catering* o la seguridad. Ello facilitaba que la asociación que era un grupo empresarial tales servicios los podía encargar a empresas de la misma corporación, lo que no dejaba de ser un negocio para ese tipo de empresas que, en definitiva, aún cuando *de facto* no tuvieran ánimo lucro —según la exigencia legislativa—, de hecho su negocio se apoyaba en algo tan serio como el funcionamiento de un centro de internamiento de menores condenados mediante sentencia judicial al cumplimiento de medidas judiciales en régimen cerrado, semiabierto o abierto, similar al carcelario para adultos. En enero de 2007, el sistema cambió en la Comunidad de Madrid. La entidad pública elige directamente por concurso a las empresas que van a prestar los servicios educativos en los centros de reforma. De este modo se aseguraba la previsión legislativa de la entidad pública, previa selección del proyecto de reforma más «reeducativo y resocializador» para los menores infractores. Circunstancia ésta que encaja perfectamente con el espíritu de la Ley del Menor en cuanto a la competencia administrativa en la gestión de los centros de cumplimiento de medidas judiciales para menores infractores.

El principal problema que plantea la gestión privada de los centros es si el Estado puede y debe delegar la privación de un derecho fundamental como la libertad ambulatoria de los menores. Hay quienes piensan que si se hubieran privatizado las cárceles de adultos se habría generado un debate social que en este ámbito de los menores no se ha producido⁴⁰. Los mismos entienden que privatizar los centros de reforma de menores infractores implica la negación a los menores de las garantías reconocidas a los adultos.

Resulta innegable la noción de libertad como un derecho fundamental esencial y básico de cualquier ciudadano, aún cuando éste sea reo de cum-

³⁹ Cfr. F. BUENO ARÚS, *Transferencias autonómicas en el ámbito penitenciario*, Madrid, Poder Judicial, 1984, pp. 21 y ss., y *La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, 1.ª ed., Navarra, Cuadernos Civitas, 2005.

⁴⁰ Dejando a un lado el debate teórico, en la práctica la privatización de los centros penitenciarios en la Comunidad Autónoma de Andalucía no ha generado ningún debate.

plimiento de una pena o medida judicial. Ciertamente, es una triste realidad que las Comunidades Autónomas no dispongan ni de los centros adecuados ni de un mínimo de recursos materiales y humanos que podríamos catalogar de aconsejables cuando se trata de menores en régimen de internamiento. Quienes trabajamos diariamente con menores infractores sabemos bien que algunos centros están saturados⁴¹, no disponen de personal suficiente y son muchas las carencias que se apartan en mucho de las previsiones e intenciones de la LORRPM, así como de la normativa nacional e internacional dictada sobre esta materia.

Si bien el que la gestión se encomiende a asociaciones privadas, siempre que la entidad pública controle de forma efectiva su funcionamiento y la «ejecución material» de las medidas judiciales, no debería plantear ningún debate social. En la Comunidad de Madrid, la entidad pública oferta la adjudicación de la gestión de los centros mediante concurso público según las bases que establezca. Consecuentemente, la entidad privada que resulte adjudicataria del concurso ya se ha sometido a un primer control: la oferta de un proyecto de reeducación del menor infractor que se adecúe al espíritu de la LORRPM. A partir de ahí, la autoridad administrativa competente firmará con la entidad privada adjudicataria del concurso el correspondiente contrato administrativo, a salvo siempre las prerrogativas de la Administración pública como garante del interés público y el sometimiento a las normas específicas sobre la materia⁴².

En consecuencia, teóricamente el control sobre tales entidades de gestión queda plenamente garantizado en virtud del *imperium* del que goza la Administración autonómica, con la consiguiente facultad de imponer e interpretar.

⁴¹ En la Comunidad Autónoma de Madrid, el centro Teresa de Calcuta al que me he referido con anterioridad. Aun cuando el número de plazas previsto es de 118, actualmente son 175 los menores internados. Datos proporcionados por la ARMI, Madrid, noviembre de 2010.

⁴² Me remito a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE, núm. 261, de 31 de octubre), que deroga el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (disposición derogatoria única), y que incorpora las directrices de la Directiva 2004/18/CE.

2. Hacia un modelo de intervención común para todas las Comunidades Autónomas

Se da la circunstancia que a la dispersión de la competencia administrativa en materia de «ejecución material» de las medidas judiciales contribuye la ausencia de unos referentes mínimos a nivel nacional al que todas las Comunidades Autónomas debieran someterse y que queda patente en la ausencia de referencias en cuanto a las condiciones que deben reunir los centros, su estructura organizativa, la composición de los órganos y equipos, o las *ratios* mínimas de personal necesarias, tanto en la LORRPM como en su Reglamento. La única referencia la encontramos en el art. 54.3 LORRPM y en el art. 33 del Reglamento de la LORRPM, a diferencia de lo que ocurre con la legislación penitenciaria.

Con ocasión de la aprobación de la LORRPM, la Dirección General de Acción Social, del Menor y la Familia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales organizó unas jornadas de análisis sobre la aplicación de la ley. Entonces se planteó la necesidad de establecer un modelo de intervención de la entidad pública para la «ejecución material» de las medidas judiciales basado en cuatro puntos: *a)* el binomio educación-control, en el que ha de estar presente la idea de responsabilidad del menor; *b)* una metodología de intervención basada en la relación personalizada con el menor infractor, con características diferentes según la medida acordada; *c)* unos profesionales especializados tanto en su formación de origen como en su formación continuada, y *d)* la territorialización de las actuaciones⁴³. Tales propuestas subyacen al espíritu de la LORRPM y de su Reglamento, y, consecuentemente, han de informar el control y el seguimiento de los entes autonómicos respecto de la «ejecución material» de las medidas judiciales de internamiento impuestas a los menores infractores.

En la Comunidad de Madrid, el modelo organizativo se ajusta completamente a tales proposiciones. Desde mi experiencia de trabajo como letrada de los centros de internamiento en régimen cerrado y semiabierto de la región me atrevería a afirmar que está muy logrado por la especialización de los mismos en el establecimiento de los recursos destinados a un mismo perfil delictivo, lo que hace que el espíritu que subyace en la Ley del Menor —en aras a la reeducación y resocialización de los menores—

⁴³ Cfr. P. FRANSOY I MOLINA, *Las medidas en medio abierto y su ejecución*, días 14 y 15 de junio, Madrid, 2000.

sea una realidad posible y no una utopía. A salvo de las excepciones que pueden darse —y, desgraciadamente, se dan— que confirman la regla.

VI. EL MENOR INFRACTOR EN LA COMUNIDAD DE MADRID⁴⁴

El perfil genérico de los 1.373 menores infractores que a la fecha de este trabajo cumplen medidas judiciales en alguno de los nueve centros con los que cuenta la región es el de un varón español de diecisiete años, con cuatro o más hermanos, de clase media o alta, condenado por robo con violencia o intimidación.

Según la medida judicial de internamiento impuesta, como ya he anticipado a lo largo de este trabajo, el régimen puede ser cerrado, semiabierto o abierto, y para menores infractores privados de libertad de forma cautelar o firme. La elección del centro al que será conducido el menor las más de las veces se define por la aplicación de programas de tratamiento especializado en función de su perfil delictivo o por sus especiales circunstancias.

Desde la creación de la ARRFMI en 2004, que, como ya hemos visto, es el organismo competente para ejecutar materialmente las medidas judiciales impuestas a los menores, tales medidas y las reparaciones extrajudiciales iniciadas anualmente han ido descendiendo prácticamente de manera sostenida. En 2005 se registraron un total de 3.654. Desde enero de 2010 hasta hoy se han contabilizado 2.700. Puede concluirse, por tanto, que el giro experimentado en la «ejecución material» de las medidas judiciales, en cuanto a las respuestas e intervenciones especializadas a aplicar a los menores, ha sido positiva.

La ARRFMI ha puesto en marcha recientemente diversos talleres laborales para facilitar la efectiva reinserción y resocialización en libertad de los menores condenados por delitos una vez que han cumplido sus condenas. Así, por ejemplo, en el centro El Madroño se ha abierto una peluquería y en el centro Teresa de Calcuta una escuela de jardinería y panadería productiva, en colaboración con empresarios del sector. Estas iniciativas se unen a las ya existentes en otras instalaciones de la Comunidad de Madrid: reparación de automóviles, diseño gráfico, montador de aparatos eléctricos, etcétera.

⁴⁴ Los datos que apporto han sido proporcionados por la ARRFMI al diario *El Mundo*, publicados en su Sección M2 «La Revista Diaria de Madrid», martes 16 de noviembre de 2010, p. 2.

Igualmente, se ha fundado la compañía de teatro La Baraka de Rosales, para iniciar a los menores en el arte dramático. Se ha firmado un acuerdo con el club Atlético de Madrid para favorecer la reinserción de los menores a través del deporte. Otras iniciativas diseñadas en esta línea son la creación de títulos de psicología relacionados con el tratamiento a menores en colaboración con la Universidad Autónoma de Madrid.

A fecha 15 de noviembre de 2010, la Comunidad de Madrid mantenía activas medidas de internamiento sobre 282 menores de régimen semiabierto sobre 1.091 y un total de 109 reparaciones extrajudiciales⁴⁵. Habiendo experimentado un descenso la reincidencia de los menores, con una caída de seis puntos, del 17 al 11 por 100⁴⁶. Por lo que, podemos concluir, el sistema de reforma en la región es satisfactorio.

VII. CONCLUSIONES

1.^a El reconocimiento competencial a las entidades públicas en materia de reforma de menores infractores previsto en el art. 148.1.20 de la Constitución española responde más a una cuestión puramente estructural del Estado que de conveniencia, ya que, en la práctica, origina desigualdades territoriales en la ejecución de las medidas impuestas en sus fallos por los jueces de menores según la Comunidad Autónoma de que se trate, y que podrían estar vulnerando el principio de igualdad entre las distintas Comunidades Autónomas.

⁴⁵ La reparación extrajudicial se regula en los arts. 19 LORRPM y 5 del Reglamento de la LORRPM ya citados. De forma muy sintética, implica la conciliación o mediación entre el menor infractor y la víctima para la reparación del daño o la realización de servicios en beneficio de la comunidad. Sobre la conciliación y mediación: «*Mediación y conciliación* responden a un nuevo “modelo” o “estilo” de respuesta al comportamiento delictivo: modelo muy ambicioso por sus objetivos (pretende satisfacer las legítimas expectativas de todos los implicados en el conflicto criminal: infractor, víctima, comunidad y Estado), pero flexible en sus técnicas y procedimientos (sus teóricos más radicales sugieren fórmulas *desoficializadas, desformalizadas, desinstitucionalizadas, desjudicializadas, comunitarias*, con una terminología ambigua e imprecisa). Se trata, en último término, de una solución no punitiva al delito, pactada, negociada, en la que la justicia *restaurativa* sustituye a la tradicional justicia *retributiva*». Cfr. A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., pp. 60-67. Puede completarse del mismo autor *Tratado de Criminología*, 4.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, y *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 6.^a ed., Valencia, 2007, pp. 643 y ss. En el mismo sentido, cfr. M. R. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores*, op. cit., pp. 255-263.

⁴⁶ Datos proporcionados por la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid, noviembre de 2010.

2.^a Esta distribución de competencias, como, por ejemplo, la facultad de establecer cada entidad autonómica su propio modelo organizativo, hace que no exista un modelo común de gestión a nivel nacional, algunos muy dispares entre sí, existiendo tantos modelos como Comunidades Autónomas existen, a diferencia de lo que sucede en el ámbito penitenciario para adultos, con la sólo excepción de Cataluña, única Comunidad Autónoma que tiene asumidas competencias en esta materia.

3.^a La realidad de los centros de reforma en que han de operar la «ejecución material» de las medidas sancionadoras es enormemente dinámica entre las distintas Comunidades Autónomas, con sus ventajas y desventajas. Lo que pone en entredicho el principio de igualdad contemplado en la LORRPM.

4.^a No obstante, el juez de menores tiene como función esencial y exclusiva velar por el cumplimiento de los derechos y garantías que la LORRPM otorga al menor en materia de ejecución de medidas judiciales, función esta última de «ejecución material» transferida a las entidades públicas, como establece el art. 45 LORRPM.

5.^a La atribución de la «ejecución material» de las medidas a las Comunidades Autónomas conlleva cierta contradicción, pues algunas medidas no necesitan para su ejecución del concurso de la entidad competente, pues se ejecuta directamente por el juez de menores. Por otro lado, parece incompatible con el ejercicio de la función jurisdiccional, reservada constitucionalmente y en exclusiva a los jueces y tribunales.

6.^a Sorprende la falta de definición en la LORRPM de los principios y orientaciones inspiradores de la ejecución de las medidas impuestas a los menores infractores, más allá del principio de legalidad a que se refiere su art. 43, así como la ausencia de determinación de los derechos de los menores y jóvenes sometidos a las mismas, con la sola excepción de las medidas privativas de libertad. Pues la existencia de una laguna en cuanto a la forma de ejecutar una determinada medida determinaría su imposible ejecución.

7.^a No obstante, en coherencia con la garantía ejecutiva, la LORRPM remite a los reglamentos ejecutivos, pero únicamente a los aspectos «secundarios» que no afecten al contenido de los derechos fundamentales de los menores o a su ejercicio.

8.^a La reforma introducida inicialmente por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de reforma del Código Penal, y de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor en delitos de terrorismo, modificada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que

se modifica la referida LORRPM, puede entrar en colisión con fines que hasta ese momento no estaban presentes en el Derecho penal de menores, como pueden ser los retributivos o de prevención general, e incluso lo concerniente al cumplimiento del menor en el centro más cercano a su domicilio familiar.

9.^a De todo lo visto puede concluirse que el carácter público del Derecho penal de menores no resulta incompatible con la gestión privada de los centros de internamiento de menores infractores, pues la supervisión y la responsabilidad de la «ejecución material» corresponde *de iure* a la entidad pública, al tratarse de un contrato administrativo con la entidad gestora de los servicios adjudicados mediante concurso público por la Administración autonómica. Sólo así podrá ser una realidad constatable que el modelo de gestión del centro de menores se adecúa efectivamente a la función de «ejecución material» prevista en el art. 45 LORRPM.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE ZAMORANO, P., «Medidas aplicables en la legislación de menores», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XV, Madrid, 1996.
- ASTUDILLO ÁLVARO, M. F., *Responsabilidad penal de los menores: enfoque social, criminológico y político-criminal*, trabajo de investigación para la obtención del diploma de estudios avanzados presentado en el Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, dirigido por el profesor Fernando Santa Cecilia García (inédito), Madrid, 2009.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., y PÉREZ CEPEDA, A. I., «Derecho Penal del Menor», en Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, t. I, *Introducción al Derecho Penal*, Madrid, Iustel, 2010.
- BUENO ARÚS, F., «Transferencias autonómicas en el ámbito penitenciario», en *Poder Judicial*, número especial, Madrid, 1984.
- *La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Cuadernos Civitas, 1.^a ed., Navarra, 2005.
- CARMONA SALGADO, C., «Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC*, núm. 04-03, 2002.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-03, 2004.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, 4.^a ed., Madrid, Fundación Ramón Areces, 2006.
- *Tratado de Criminología*, 4.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

- *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 6.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- LANDECHO VELASCO, C. M., y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español. Parte general*, 8.^a ed., Madrid, Tecnos, 2010.
- Ley Orgánica 5/2000, de 10 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor [BOE, núm. 11, de 13 enero (RCL 2000/90)].
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público [BOE, núm. 261, de 31 de octubre (EDL 2007/175022)].
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., «Menores privados de libertad en España», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XV, Madrid, 1996.
- MONTERO HERNÁNDEZ, T., «La justicia penal de menores en España: modelos de gestión», *Revista on-line Noticias Jurídicas*, Madrid, 2008. Disponible en Internet: <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200804582324421523987.html>. Fecha de consulta: enero de 2010.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., «La nueva regulación del procedimiento penal de menores. ¿Un avance?», *Poder Judicial*, núm. XXVII, Madrid, 1992.
- *Derecho Penal de Menores*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 2003.
- PALMA DEL TESO, M. A., *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, 1.^a ed., Madrid, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, 2006.
- Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores [BOE, núm. 209, de 30 agosto (RCL 2004, 1935)].
- RODRÍGUEZ DEVEVA, J. M., y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte general*, 18.^a ed., Madrid, Dykinson, 1995.
- SANTA CECILIA GARCÍA, F., *Delito de daños: evolución y dogmática (art. 263 del Código Penal)*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2003.
- *Daños patrimoniales imprudentes en el Código Penal de 1995. Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, en Emilio OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO (coord.), 1.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- «Tendencias privatizadoras del Derecho Penal: diversas manifestaciones», en Á. SÁNCHEZ DE LA TORRE e I. ARACELI HOYO SIERRA (eds.), *Eficacia del Derecho. Teorías y aplicaciones*, col. Fundamentos de Conocimiento Jurídico, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación-Dykinson, 2010.
- «La responsabilidad civil *ex delicto* en el Proyecto del Código Penal de 1992», en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del profesor Juan del Rosal*, Madrid, Edersa, 1992.
- Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada mediante Decreto de 11 de junio de 1948.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Derecho Penal Juvenil Europeo*, col. Estudios de Criminología y Política Criminal, núm. 4, Madrid, Dykinson, 2005.
- VIVES ANTÓN, T. S., *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

ANEXO. VERSIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Una y otra vez se repiten definiciones tales como «los principios generales del Derecho son los enunciados normativos más generales que, sin perjuicio de no haber sido integrados al ordenamiento jurídico en virtud de procedimientos formales, se entienden forman parte de él, porque le sirven de fundamento a otros enunciados normativos particulares o recogen de manera abstracta el contenido de un grupo de ellos. Estos principios son utilizados por los jueces, los legisladores, los creadores de doctrina y por los juristas en general, sea para integrar lagunas legales o para interpretar normas jurídicas cuya aplicación resulta dudosa.

Los principios generales del Derecho tienen tres funciones que tienen incidencia importante en las normas del ordenamiento, éstas son: la función creativa, la función interpretativa y la función integradora. La función creativa establece que antes de promulgar la norma jurídica, el legislador debe conocer los principios para inspirarse en ellos y poder positivizarlos. La función interpretativa implica que, al interpretar la norma, el operador debe inspirarse en los principios para garantizar una cabal interpretación. La función integradora significa que quien va a colmar un vacío legal debe inspirarse en los principios para que el Derecho se convierta en un sistema hermético.

Estas funciones no actúan independientemente, sino que en la aplicación del Derecho operan auxiliándose una a otra; así cada interpretación de una norma, basada en los principios, es una nueva creación. Para colmar una laguna legal es necesario interpretar el Derecho ya existente según los principios; por último, las lagunas legales en el Derecho positivo no existen debido a la posibilidad que tienen los miembros judiciales para interpretar una norma ya creada y adaptarla según los principios generales, lo que garantiza una seguridad jurídica sólida frente a la positivización del Derecho»⁴⁷.

Según esto existen principios tales como «el principio de legalidad o primacía de la ley» como un principio fundamental del Derecho público

⁴⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 2004; R. E. GANDULFO, «¿Qué queda del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*? Un enfoque desde la argumentación jurídica», *Revista Política Criminal*, núm. 8, 2009; E. SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo: bases fundamentales*, t. II, *El principio de juridicidad*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas (por ejemplo, el Estado sometido a la Constitución o la ley). Por esta razón se dice que el principio de legalidad establece la seguridad jurídica.

Se podría decir que el principio de legalidad es la regla de oro del Derecho público y en tal carácter actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado de Derecho, pues en él el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas. En íntima conexión con este principio, la institución de la reserva de ley obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de ley, particularmente aquellas materias que tienen que ver la intervención del poder público en la esfera de derechos del individuo. Por tanto, son materias vedadas al reglamento y a la normativa emanada por el poder ejecutivo. La reserva de ley, al resguardar la afectación de derechos al poder legislativo, refleja la doctrina liberal de la separación de poderes. Esta relación entre el principio de legalidad y el de reserva de la ley esta generalmente establecida —en una democracia— en el llamado ordenamiento jurídico y recibe un tratamiento dogmático especial en el Derecho constitucional, el Derecho administrativo, el Derecho tributario y el Derecho penal⁴⁸.

Se habla de los principios limitadores del Derecho penal, como son aquellas directrices de la doctrina que le han impuesto barreras a la construcción del Derecho penal, de tal forma que éste no se extralimite y afecte el Estado de Derecho⁴⁹, como:

El principio de intervención mínima, según el cual el Derecho penal debe tener carácter de última ratio por parte del Estado para la protección de los bienes jurídicos y sólo para los más importantes frente a los ataques más graves. El Derecho penal debe utilizarse sólo en casos extraordinariamente graves (carácter fragmentario del Derecho penal) y sólo cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona (naturaleza subsidiaria).

El dogmático Silva Sánchez afirma que «el Derecho penal que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado. Esta reducción tiene lugar por dos maneras: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios garantísticos individuales»⁵⁰.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ E. R. ZAFFARONI, A. ALAGIA Y A. SLOKAR, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 1.ª ed., Bogotá, Temis, 2005.

⁵⁰ J. M. SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, Montevideo, B. de F., 2006, p. 5.

Cesare Beccaria, en su obra titulada *De los delitos y de las penas* (1764), siendo un abogado cercano a la realidad penal y a la forma como se administraba la justicia e interpretaba la ley, profundamente conmovido trata con esta obra de poner algo de justicia en el Derecho mediante los fundamentos de un sistema penal garantista y limitador del poder punitivo que llegan hasta nuestros días.

El sistema presentado por Beccaria, que está basado en la valorización de la persona, está constituido básicamente por un elenco de garantías que limitan la intervención punitiva del Estado, que era el reclamo de la sociedad de la época, o sea, limitar el poder del soberano a través de la libertad y igualdad del ciudadano⁵¹.

Sin embargo, en la actualidad o moderno Derecho penal parece más bien perfilarse hacia el inicio del fin el principio de intervención mínima, pues se están protegiendo bienes jurídicos que se consideran primordiales ante los bienes jurídicos particulares.

El Derecho penal moderno utiliza la protección de bienes jurídicos como un mandato para penalizar, y no como una limitación a la protección de bienes jurídicos, conduciendo a una evidente infracción del principio de intervención mínima, porque el bien jurídico es directamente protegido por la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, el Derecho penal, sin pasar por los «filtros» de las otras ramas del Derecho.

La prevención, que antes era considerada una meta secundaria del Derecho penal, ahora es su principal finalidad. Para lograrlo el Derecho penal moderno utiliza herramientas contundentes frente al sistema de garantías del Derecho penal clásico, como la agravación de las penas y ampliación de medios coactivos en la fase instructora. Así cada vez más «el fin parece justificar los medios».

La orientación a las consecuencias es una meta dominante, siendo que el Derecho penal clásico la tenía como un criterio complementario para la correcta legislación. Con este cambio, la igualdad y la retribución del delito son marginadas de la política jurídico-penal.

El Derecho penal se convierte más en un instrumento político de dirección social que un mecanismo de protección jurídica subsidiaria de otras ramas del ordenamiento jurídico.

Como parece, estos principios son una moda jurídica. Depende del momento, la moda, el gusto o las características del gobernante o del juez,

⁵¹ C. BECCARIA, «Tratado de los delitos y las penas», consulta digital <http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/02/00183-tratado-de-los-delitos-y-de-las-penas-cesar-beccaria.html>.

según expresa el propio Beccaria: «no debe interpretar las leyes, pues no es legislador».

El llamado principio de legalidad señala que una ley penal válida es solamente aquella emitida por los órganos autorizados por la Constitución para construir legislación penal. Al menos ése es *el principio de legalidad creado por Paul Johann Anselm Von Feuerbach bajo la expresión latina nullum crimen, nulla poena sine lege previa: no hay delito ni pena sin ley previa.*

Paul Johann fue un hombre inspirado en las ideas de Hegel y uno de los máximos representantes de la *teoría relativa de la pena o teoría de la prevención general negativa*, aquella que señala que la pena debe tener una función más preventiva de delitos que correccional, ejerciendo una coacción tanto física como psicológica sobre el delincuente y, en un grado más elevado, sobre la sociedad en general.

De acuerdo con el citado jurista, las instituciones jurídicas deben ser ineludiblemente coactivas, teniendo para ello la coerción física. Esta coerción física tiene por fin limitar y, si es posible, terminar con las lesiones al orden jurídico de dos formas: con anterioridad, cuando impide una lesión aún no consumada, lo que tanto puede tener lugar coerciéndolo con el fin de dar una garantía en favor del amenazado, como también doblegando en forma inmediata la fuerza física del injuriante dirigida a la lesión jurídica, y con posterioridad a la injuria, obligando al injuriante a la reparación o a la reposición. Si la física no es suficiente, entonces surge la psicológica, haciendo así jugar a la prevención general que es siempre anterior al delito.

La pena tiene como fin la intimidación de todos como posibles protagonistas de futuras lesiones jurídicas, que se ven inspirados en sus impulsos sensuales. La prevención general por medio de la intimidación tiene además como objetivo la aplicación efectiva de la sanción legal, ya que, de lo contrario, la conminación no tendría sentido. Amenazar con algo que luego no se cumple es obvio que carece de lógica y va en contra de la idea inicial de amenaza.

Si hacemos caso a esta definición y estructura del «principio de legalidad», éste no puede ser considerado en ninguna forma un «principio general del Derecho», pues establece que debe haber una ley, y si hay una ley no se requiere ningún principio, pues ya está contemplado en la ley.

Igualmente contradice su propia «teoría relativa de la pena o prevención general negativa». Si todo lo que existe es la «ley», en base a su propio «principio de legalidad» nada puede plantearse como «relatividad de la pena», incluso la «prevención», toda vez que se estaría violando su propio «principio de legalidad», pues la prevención es algo anterior a la ley.

Entiende Von Feuerbach la pena para «prevenir» como instrumento para poner ejemplo a otros, con ello se estaría violentando a otros (o penando a otros) «psicológicamente», sin haber cometido ningún delito, lo cual lo constituye a él mismo en delincuente. Peor aún, la pena debe ser a quien comete delito, no a quien no lo ha cometido.

Este «principio» así entendido es producto de los que niegan toda posibilidad de existencia de ley natural o derechos humanos o derechos previos a la ley y unívocamente la persona esté consciente de ellos y su violación. La pena se vuelve pedagogía y no justicia; en ese caso tampoco podrían aceptarse los «principios generales del Derecho», pues necesariamente debería existir una ley que explicitara el delito y la pena.

La contrariedad dentro de los juristas llega a tal grado que se crea el llamado «principio de máxima taxatividad legal e interpretativa», que exige de los legisladores el mayor esfuerzo en precisión de redacción. Sin embargo, tal «principio» no lleva a nada, pues a falta de este principio el juez tiene dos opciones: declara la inconstitucionalidad de la ley o la interpreta de la forma en que más se restrinja el poder punitivo.

Y así seguimos con «principios» tales como *lesividad* (lo que no le haga daño a nadie no puede ser castigado por la ley; en todo delito debe haber un bien jurídico lesionado), *humanización de las penas* (todo castigo o pena debe estar libre de crueldades innecesarias, esto incluye la tortura, los tratos crueles y degradantes), *trascendencia mínima* (la pena no debe recaer en nadie más que en la persona imputable, los demás, especialmente su familia, no tienen que sufrir ni todo ni parte del castigo; aun así, siempre hay una trascendencia, pero ésta debe ser la mínima —por ejemplo, el reo ya no puede trabajar y, por ende, el sustento económico de la familia se arruina—), *doble punición non bis in idem* (no puede juzgarse a una persona dos veces por el mismo hecho, por tanto, en Derecho penal, a una persona no puede imponerse dos penas con la misma finalidad, sin perjuicio de la concurrencia de responsabilidad civil o administrativa), *el debido proceso* (según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendentes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez).

No existe un catálogo estricto de garantías que se consideren como pertenecientes al debido proceso. Sin embargo, en general, pueden considerarse las siguientes como las más importantes: *derecho a un juez predeterminado por la ley*, *derecho a un juez imparcial*, *legalidad de la sentencia judicial*, *derecho a asistencia letrada*, y *derecho a usar la propia lengua y a ser auxiliado por un intérprete*.

Rafael Preciado Hernández —por mencionar a uno de los llamados iusnaturalistas— en su artículo «El artículo 14 constitucional y los principios generales del Derecho» señala recordando a Hutchins: «La necesidad del derecho natural es tan evidente hoy como ha sido por centurias y aun milenios». Si esto es verdad nadie debería negarlo.

Y luego define: «A la luz del derecho natural y sus relaciones con el Derecho positivo resulta evidente que por principios generales del Derecho debemos entender, básicamente, los principios más generales de ética social, derecho natural o axiología jurídica, descubiertos por la razón y fundados en la naturaleza espiritual, libre y social del hombre, los cuales constituyen las estructuras fundamentales de toda construcción jurídica posible e histórica»⁵².

Entonces, ¿por qué Kelsen —por mencionar a alguno de los antiiusnaturalistas— niega la existencia del derecho natural?

Para Kelsen, el Derecho es un fenómeno autónomo de consideraciones ideológicas o morales del cual excluyó cualquier idea de derecho natural, concluyendo que toda norma emana de otra norma, remitiendo su origen último a una norma hipotética fundamental que es para Kelsen una hipótesis o presuposición trascendental, necesaria para poder postular la validez del Derecho, aunque nunca consiguió enunciar una norma jurídica completa basada solamente en su modelo.

Realmente no es de preocupar que Kelsen o cualquier otro elabore una teoría, pero ¿cuáles son los «principios generales del Derecho»? Si unos hablan de que son anteriores a la norma y otros que son la norma, ¿a quién creer? O mejor aun, ¿qué están aplicando los jueces hoy? Si es el derecho natural, ¿por qué no lo dicen y lo aceptan con todas sus consecuencias? Si no están de acuerdo con ello y señalan que el derecho natural no existe, pues no pueden existir los principios generales del Derecho.

Como se puede ver, no hay en este caso más que dos opciones. Nada de combinaciones. O existe el derecho natural o no. En este caso existen los principios generales del Derecho o no, asumiendo su relación con aquello que es anterior al derecho positivo y propio del ser humano y sus relaciones.

Etimológicamente, el término latino *principium* está compuesto por la raíz derivada de *pris*, que significa «lo antiguo» y «lo valioso», y la raíz *cp*, que aparece en el verbo *capere* (tomar) y en el sustantivo *caput* (cabeza)⁵³.

⁵² R. PRECIADO HERNÁNDEZ, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 75-76, t. XIX, julio-diciembre de 1969, pp. 625-643.

⁵³ A. SÁNCHEZ DE LA TORRE, «Los principios del Derecho como objeto de investigación

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el término «principio» significa, entre otros, «punto que se considera como primero en una extensión o cosa», «base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia», «causa, origen de algo», «cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes».

Dentro de la concepción clásica de los principios ocuparían especial preeminencia los *tria iuris praecepta* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*), donde el Derecho romano y el natural confluyen. «La tradición iusfilosófica nos aporta una serie de principios jurídicos: los *tria praecepta iuris*, donde la propia palabra *praecepta* se nos aparece como semánticamente idéntica al plural *principia*»⁵⁴.

Los tres preceptos del Derecho son enunciados por primera vez por Ulpiano en sus Instituciones y recogidos posteriormente en el Corpus Iuris Civilis (D. I, 1, 10, 1, y en I, 1, 1, 3 —«*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*»—) y luego recogidos por Raimundo de Peñafort en sus Summa iuris y por la Partida 3.^a, Título I, Ley 3.^a, llegando hasta el siglo XIX.

Al respecto escribe Escriche: «Los preceptos del Derecho son tantos cuantos son las leyes; pero se distinguen con este nombre tres principios generales de los que nace como de su fuente toda la doctrina del Derecho, y son: 1) vivir honestamente (*honeste vivere*); 2) no hacer mal a otro (*neminem laedere*); 3) dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*)»⁵⁵.

Para Escriche, el objeto del primero es hacer un hombre de bien; el objeto del segundo es hacer un buen ciudadano, y el objeto del tercero es hacer un buen magistrado. El primero enseña lo que el hombre se debe a sí mismo; el segundo, lo que debe a los demás, y el tercero, lo que debe un magistrado a los que están sometidos bajo su jurisdicción.

El primero de estos preceptos se limita a una pura honestidad, la cual puede violarse sin hacer daño a nadie cuando se hace una cosa que está permitida, pero no es conforme al decoro: «*Non omne quod licet, honestum est*». El segundo nos ordena que no hagamos en el comercio de la vida cosa alguna que cause daño o perjuicio a otra persona, cualquiera que ella sea, en sus bienes, en su reputación o en su cuerpo: «*sive in bonis, sive in*

jurídica», en *Los principios Generales del Derecho. Semanario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, Actas, 1993, pp. 13-14.

⁵⁴ A. SÁNCHEZ DE LA TORRE, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁵ J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. III, 2.^a ed., Madrid, 1845, pp. 51-52.

fama, sive in corpore», de modo que este concepto excluye toda violencia, toda malicia, todo fraude y, generalmente, todo lo que se opone a la buena fe. El tercero, en fin, «enseña a los encargados de la administración de la justicia las reglas que deben seguir en el desempeño de sus funciones»⁵⁶.

No obstante, actualmente se han multiplicado las referencias a los «principios jurídicos» sin el calificativo de «generales» o del derecho y sin hacer referencia a los principios del derecho natural. Aparentemente esto puede deberse a que los *principios jurídicos* son positivos; cosa distinta son los *principios generales del Derecho*, que son iusnaturalistas; otras veces por evitar una posible insinuación iusnaturalista que puede tener la expresión, aun cuando se acepte el término «generales» pero desde una visión positivista, y, en fin, para referirse a principios de contenido deontológico pero intentando desligarse del «fantasma» del Derecho natural⁵⁷.

Hace tres décadas se afirmaba que el tema referido a los principios generales del Derecho era uno de los más discutidos. Hoy puede continuar siendo discutido y discutible, aunque estimamos que poca atención se ha puesto al respecto.

Se afirmaba también que fue poco estudiado y difundido. No parece haber acuerdo, no porque se hayan creado los ámbitos y las posibilidades de discusión, sino porque aisladamente cada cual ha dado su opinión, no pocas veces de un modo parcial.

Se había estimado que los principios generales del Derecho son máximas o axiomas jurídicos recopilados históricamente, o son los dictados de la razón admitidos legalmente, como fundamento inmediato de sus disposiciones. Según puede observarse en estos dos puntos de vista, el primero se vincula más a la historia, sin establecer jerarquía ni vinculación con los diversos ordenamientos nacionales, y en el segundo, se trataría sólo de su admisión legal como fundamento inmediato de la ley, sin considerar los principios fijados en ella o en la constitución escrita de una determinada comunidad nacional.

Se ha presentado el reconocimiento de los principios generales del Derecho como una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el juez. En este caso la ley le dice a los jueces: «Pueden crear Derecho mediante los principios generales». En otro punto de vista, constituyen el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos

⁵⁶ J. ESCRICHE, *op. cit.*, pp. 338 y 339.

⁵⁷ R. JIMÉNEZ CANO, «Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1999-2000, pp. 1-18.

legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante. Es decir, no considera tampoco la posible inserción legal del principio, y es producto de la creación doctrinaria para actualizar la ley, según la opinión jurídica dominante, por lo cual sobreestima el papel de la doctrina.

Asimismo se los ha conceptualizado como normas generales del Derecho, expresión concreta del derecho natural, reglas universales de que la razón especulativa se sirve para encontrar soluciones particulares justas y equitativas cual los preceptos del Derecho⁵⁸.

Carlos Santiago Nino ve en los *principios generales del Derecho* una *técnica dogmática* para justificar soluciones originales. La dogmática muestra con los *principios* su compatibilidad con el Derecho legislado y su función de reformulación, salvando sus imperfecciones formales y adecuándolo a los *estándares valorativos vigentes*:

«Los juristas se ocupan de sistematizar el orden jurídico reemplazando conjuntos de normas por principios más generales y pretendidamente equivalentes a ellas. De este modo se logra una mayor economía del sistema, presentándolo como un conjunto de pocos principios cuyas consecuencias lógicas es más fácil determinar»⁵⁹.

El jurista argentino, bajo esta ilimitada facultad, otorga a los jueces el gobierno de los países. Parece claro que los principios no tienen que pretenderse siempre como equivalentes a las normas, pues si fuese así serían superfluos o discutibles, a no ser que se los utilice sólo por lo que son en una opinión filosófica, esto es, causa o fundamento. Nino admite que permite incluso que el jurista vaya más allá de la norma con la consideración del principio, pero éste es igualmente subjetivo según «los estándares valorativos vigentes» (¿cuáles son tales?) .

Dice el propio Nino en su *Réplica a María Ines Pozos* sobre el llamado «principio de autonomía» que él inventa:

«Creo que el flanco más débil de mi argumento está relacionado con el concepto idea de la excelencia humana o principio moral autoreferente, que necesita un desarrollo bastante más articulado del que yo propuse hasta ahora»⁶⁰.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ C. S. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, 1974; *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica*, Valencia, 1980, y *El constructivismo ético*, Madrid, 1989.

⁶⁰ *Doxa*, núm. 12, 1992, p. 373.

En conclusión, Nino otorga a los jueces, a través del uso de los «principios», el poder, pero no logra siquiera establecer que su argumento sea el adecuado para limitarlo.

Se habla luego de que la libertad es lo primero: «todo lo que no está prohibido está permitido», denominado «principio de clausura»; éste no requiere que esté legislado, *es un principio necesario de todo orden jurídico*. Pero sucede que este principio no llena las lagunas normativas, pudiendo haber conductas que no estén prohibidas ni estén permitidas y que interesan por sus consecuencias respecto a terceros o a la sociedad, y no tienen una solución adecuada en el mundo normativo de una sociedad jurídicamente organizada. Recuérdese que para Kelsen no puede haber lagunas en el Derecho; sin embargo, en su teoría acepta el «principio de clausura».

Las lagunas existen, ciertamente, pues el orden normativo puede no contener normas prohibitivas ni permisivas respecto de numerosos comportamientos. ¿Quién puede asegurar válidamente que estamos autorizados a desentrañar, en absoluto, todas las acciones no prohibidas? ¿Solamente Kelsen y los kelsenianos?

Se argumenta: «si es permitido no es prohibido», de modo que podría traducirse el principio del siguiente modo: «Todo lo que no está prohibido, no está prohibido». Se trata de repetir un mismo pensamiento de distinta manera, esto es una tautología.

Rudolf Stammler, partidario del neokantismo de la Escuela de Marburgo, señala que el Derecho no puede estar vinculado a contenidos empíricos determinados, pues entonces sus normas carecerían de validez universal. Y cuando se da cuenta de lo mencionado en su propio argumento trata de enderezarlo inventando «el Derecho justo», esto es, el Derecho que posee propiedades objetivas no basadas en condiciones históricas dadas o en propósitos que tiene una comunidad con respecto al futuro⁶¹.

Para luego señalar que el Derecho es lo único que puede hacer posible la unidad jurídica de una comunidad, lo cual constituye, por decir lo menos, una perogrullada. Y va mas allá: «y aun la visión de todas las comunidades sociales como un todo sometido a normas objetivamente válidas». Para resolver el galimatías al cual orilla su argumentación menciona dos «principios», el de respeto y el de solidaridad. Dificilmente derivados del Derecho en sí, en todo caso propios del ser humano, y con ello nuevamente nos retrotrae a lo natural.

⁶¹ R. STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Barcelona, Reus, 2008, p. 45.

El llamado *principio de un Derecho justo* señala que una voluntad no debe quedar a merced de lo que otro arbitrariamente disponga y que toda exigencia jurídica deberá ser de tal modo que en el obligado se siga viendo al prójimo. *El principio de solidaridad* indica que un individuo jurídicamente vinculado no debe nunca ser excluido de la comunidad por la arbitrariedad de otro, y todo poder de disposición otorgado por el Derecho sólo podrá excluir a los demás de tal modo que en el excluido se siga viendo al prójimo. *El principio de efectividad* expresa que toda norma tiene un máximo de cumplimiento en la comunidad para que sea una norma verdadera.

A estos «principios», con minúscula, vendrían otros en lo que parecería un acto febril por buscar quién provee más «principios», como *el principio de la inviolabilidad de la persona humana* (no se puede imponer cargas no compensables sin el consentimiento), *el principio de la autonomía de la persona humana* (la persona tiene el derecho de realizar actos que no perjudiquen a terceros) y *el principio de la dignidad de la persona* (las personas deben ser tratadas para ciertos fines, sobre la base de sus acciones voluntarias y no según otras circunstancias, como raza, nacionalidad, sexo, clase social, creencias, etcétera), donde *la dignidad* se describe como calidades merecedoras de respeto, buen concepto, decoro, excelencia, normas de conducta recta y proba, buena fe y, en fin, una suma de condiciones y calidades personales.

En *el principio de diferencia*, según John Rawls (1971), cada persona debe tener un derecho igual al sistema total más extenso de libertades básicas (de conciencia, de palabra, contra decisiones arbitrarias, de voto, etcétera), que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos. Las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que ellas satisfagan dos condiciones: «Deben ser para el mayor beneficio de los que se encuentren en la posición social menos aventajada (éste es el llamado “principio de diferencia”) y deben adjudicarse a funciones y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades»⁶².

Este presunto *principio* es igualmente impugnabile entre otras cosas por lo que sigue:

— Parte de la legitimación de desigualdades, que son profundas y que por su propia constitución y naturaleza profundiza la injusticia social nacional e internacional.

⁶² J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 28.

— Las desigualdades son dispuestas, es decir, consolidadas por el orden jurídico.

— No se explica cómo si están dispuestas y cómo si la economía ha generado semejantes brechas, la realidad (historia) no demuestra que los socialmente menos aventajados hayan tenido mejor movilidad social ascendente.

— El concepto de «equitativa igualdad» introduce un elemento de confusión en el concepto, porque la igualdad es contenido de la justicia y puede resultar que la equidad, en este caso, sirva a las desigualdades dispuestas, lo que es también una contradicción y un absurdo.

Al parecer, la fiebre de la creación de «principios» llega a absurdos como el llamado *principio de mayor felicidad*, utilitarista y hedonista, que dice: «La corrección moral de un acto está determinada por la contribución de sus consecuencias a la felicidad (entendida como suma de placeres o satisfacción de deseos, intereses, etcétera) de todos quienes están afectados por tales consecuencias».

Expresa Bobbio en su *Teoría del ordenamiento jurídico* que muchas normas de los códigos o de la Constitución son normas generalísimas y, por consiguiente, son verdaderos principios generales⁶³. Para luego señalar que pueden ser normas expresas, pero están así consagrados principios expresos, y además hay principios no expresos, o sea, aquellos que se pueden obtener por deducción de normas específicas o, por lo menos, no muy generales; son principios formulados por el intérprete, quien trata de acoger, comparando normas aparentemente diferentes entre sí, aquello que comúnmente se llama el espíritu del sistema. A mayor abundamiento: cuando los principios generales son expresos, son normas, y cuando la ley se refiere a las lagunas y a los medios para completarlas, éstos no tienen entidad de normas.

Cuando los principios generales son expresos —es decir, legislados— no se puede hablar de lagunas. Derivando un concepto de dicho autor cabe aclarar que el legislador italiano al referirse a los principios no los ha autorizado «a falta de disposición expresa», sino «a falta de disposición precisa», aunque Betti aclare que «un principio general expreso es una disposición precisa»⁶⁴.

⁶³ N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, traducción castellana de Eduardo Rozo Acuña, Madrid, Debate, 1991, p. 253.

⁶⁴ E. BETTI, *La interpretación jurídica*, páginas escogidas, compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco, Santiago, LexisNexis, 2006, p. 18.

Finaliza Bobbio: «En Derecho se habla de antinomia para referirse al hecho de que un ordenamiento jurídico puede estar inspirado en valores contrapuestos (o en ideologías opuestas). Así se consideran, por ejemplo, el valor de la libertad y el de la seguridad como valores antinómicos, en el sentido de que la garantía de la libertad va generalmente en perjuicio de la seguridad, y la garantía de la seguridad tiende a restringir la libertad; por consiguiente, un ordenamiento que se inspira en ambos valores descansa sobre principios antinómicos. En este caso se puede hablar de antinomias del principio. Las antinomias de principio no son antinomias jurídicas propiamente dichas, pero pueden dar lugar a normas incompatibles. Es lícito suponer que una fuente de normas incompatibles puede ser la causa de que el ordenamiento esté minado de antinomias de principio»⁶⁵.

Es difícil contener el deseo de burla ante tan «excelso» argumento.

Según Prieto Sanchís, la codificación «elevó a la categoría de dogma dos reglas o criterios tendencialmente contradictorios, a saber: que el juez no puede negarse a fallar alegando oscuridad o inexistencia de norma aplicable al caso y que el juez representa una boca muda que pronuncia las palabras de la ley, según célebre definición de Montesquieu, nunca un órgano creador de Derecho»⁶⁶.

Pero como no se podía poner en duda la «fuerza» de los jueces se inventó una tercera regla: «la plenitud y coherencia del Derecho». Pero, a su vez, para que este último dogma tuviese alguna apariencia de verosimilitud no bastaba con afirmar un tanto arbitrariamente la omnisciencia y omnipresencia del legislador, sino que resultaba imprescindible, entre otras cosas, ofrecer un cuadro completo de las fuentes del Derecho, es decir, asegurar, también en apariencia, que el juez se halla en condiciones de encontrar siempre la norma aplicable al caso⁶⁷.

A lo largo de los últimos doscientos años los políticos, legisladores o jueces, y por supuesto, los «intelectuales», han recurrido a cuanto artificio pueda ser empleado para hacer desaparecer del Derecho el derecho natural. Para olvidarse de derechos que el hombre tiene por sí, no por dádiva del legislador o del juez.

Por ejemplo, Del Vecchio señalaba en 1920 que «los intérpretes contemporáneos están de acuerdo, casi sin excepción, en declarar que por “principios generales del Derecho” no deben entenderse los principios del

⁶⁵ N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, op. cit., p. 254.

⁶⁶ L. PRIETO SANCHÍS *et al.*, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill-Interamericana de España-SAU, 1997.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 335.

derecho natural» y que «otras interpretaciones según las cuales por “principios generales del Derecho” debe entenderse el Derecho romano o el Derecho común han sido ya refutadas muchas veces con argumentos que pueden considerarse como definitivos»⁶⁸.

Desde el momento en que es exigible la aplicación de los *principios generales del Derecho* ante los Tribunales se hace necesario, por seguridad jurídica, saber qué se entiende por principios generales del Derecho: «La ley se sabe perfectamente cuál es y la costumbre habrá de acreditarse. ¿Y los principios generales del Derecho?»⁶⁹.

Reinoso Barbero señala que la ley no nos ofrece dato alguno, pero podemos deducir de su espíritu los siguientes requisitos⁷⁰:

- 1.º Que el principio no contradiga ni a la ley ni a la costumbre (puede decir lo mismo pero no puede contravenirlas).
- 2.º Que sea susceptible de aplicación al caso concreto (puede aplicarse directamente en defecto de ley y costumbre o indirectamente cuando proceda aplicar ley y/o costumbre).
- 3.º Que el principio sea considerado como tal principio (a la luz del Derecho romano o la tradición jurídica nacional).

Ahora bien, si la ley no define qué es un *principio*, cómo podemos saber cuándo estamos ante uno, porque, como hemos visto, hay doctrinas contrarias. La solución, en ocasiones, la encontramos en la jurisprudencia, a la cual, a los requisitos vistos, Reinoso Barbero añade otros dos, pero con tal importancia y sustantividad que su sola presencia basta con independencia de que existan los anteriores:

- 1.º De carácter material: que haya sido reconocido en sentencia del Tribunal Supremo.
- 2.º De carácter procesal: citar cuáles son las sentencias en las que se recoge tal principio.

Admitir que el jurista o el jurisconsulto es quien obtiene los principios generales (normas implícitas) de las normas explícitas es reconocer una actividad creadora por parte del mismo y no meramente cognoscitiva

⁶⁸ G. VECCHIO, *Los principios generales del Derecho*, traducción y apéndice de Juan Ossorio Morales y prólogo de Felipe Clemente de Diego, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 1979, p. 43.

⁶⁹ F. REINOSO BARBERO, *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Dykinson, 1987, p. 112.

⁷⁰ F. REINOSO BARBERO, *op. cit.*, pp. 114 y 115.

o descriptiva. Sería, entonces, la doctrina científica fuente del Derecho a través de los principios generales del Derecho. De igual modo, al exigir la jurisprudencia que los principios estén reconocidos como tales en la doctrina jurisprudencial (o en la ley) erige al Tribunal Supremo como posible creador (y no únicamente intérprete y aplicador) de Derecho, pues no habría más principios generales del Derecho que los enunciados por la jurisprudencia (o la ley), aunque no hubiera un total arbitrio.

Jose Castán Tobeñas en este caso intenta hacer viable esa aplicación a través de una serie de consejos prácticos⁷¹:

- 1.º Que los principios generales del Derecho son alegables en todas las instancias.
- 2.º Que se alegue que se cita el principio por no haber ley ni costumbre aplicable al caso.
- 3.º Que se indique el origen del principio, señalando su fuente en Derecho romano o español y citando las sentencias del Tribunal Supremo que de modo directo o indirecto lo hayan reconocido.

Los consejos, aunque suenan sensatos en la idea de proporcionar seguridad jurídica a las partes, sin embargo, atacan de forma inmediata lo esencial, pues si los principios son alegables, dejan de serlo.

En la Roma antigua los principios generales del Derecho no existieron, pero los juristas apoyaron sus decisiones a casos no previstos en la *ratio iuris*, en la *natura rerum*, incluso en la *pietas* y en la *humanitas*, principios que podrán estar o no contenidos en una legislación, pero cuya presencia es manifiesta; de esta manera encontramos como fuente supletoria de la ley.

La referencia a *principios de Derecho* aparece en Francia; su aparición no corresponde a un precepto dotado de la fuerza legal, la referencia más antigua a principios de Derecho data del proyecto del código de Napoleón. Gardella y De Castro y Bravo nos refieren que al codificarse el Derecho francés, desde un punto de vista teórico y práctico se planteó el problema de la insuficiencia de la ley y de la necesidad de dar al juez la posibilidad de recurrir a una fuente que supliera las deficiencias de aquella; así al formularse el título preliminar del código se vio la conveniencia de que uno de sus artículos determinara la ley que se debía aplicar como supletoria en caso de insuficiencia, y se propuso como fuente supletoria de la ley a los *principios generales*.

⁷¹ F. CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España. Parte General*, t. I, 2.ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949, p. 431.

Posteriormente, en la elaboración del *proyecto del Código Civil de los Estados sardos o Código Albertino* de 1837 se habló del *principio general del diritto naturale*, luego, de razón natural, como forma más adecuada para suplir las deficiencias de la ley. En la discusión el Senado de Piemonte prefería la fórmula *Derecho común* o la de *principios de razón*; por su parte, el Senado de Saboya prefería la de *principios de equidad*. Así tenemos que el art. 15 del citado proyecto quedó redactado de la siguiente forma: «Si una cuestión no puede ser resuelta ni por el texto ni por el espíritu de la ley, se tendrán en consideración los casos semejantes que las leyes hayan previsto especialmente y los fundamentos de otras leyes análogas. Si a pesar de ello la cuestión es todavía dudosa deberá decidirse según los **principios generales del Derecho**, tomando en consideración todas las circunstancias del caso». Ésta es la expresión inicial de *principios generales del Derecho* en un texto legal.

Por otro lado se habla del «principio de igualdad». ¿A qué se refiere éste? Por un lado se habla de que este principio se define como «todos son iguales ante la ley». Sin embargo, quien produjo tal definición no fueron los revolucionarios franceses de la «libertad, igualdad y fraternidad» como algunos creen.

En la declaración francesa se lee: «Los hombres nacen libres y permanecen libres e iguales en derechos». En la Constitución de 1789 se dice en su art. 6 que «nadie tiene el derecho innato de asumir el poder en la sociedad y el estado», y en el párrafo 2 señala: «Igual derecho a todos los ciudadanos a tener acceso a los cargos y honores públicos». Es decir, nada aquí dice que «todos son iguales ante la ley»; en todo caso, sólo habla del acceso al poder.

En México, en el Acta constitutiva de la Federación en 1824, nada se dice en sus artículos, sólo en su manifiesto se habla del anhelo de hacer reinar la igualdad ante la ley. En las siguientes leyes y Constituciones, incluida la de 1857, nada se habla del principio de igualdad, pero curiosamente son los llamados antiliberales y antidemocráticos, imperialistas, los que mencionan por primera vez el asunto en el *Estatuto provisional del Imperio Mexicano de 1865*, en el Título XV, art. 58, que dice: «El gobierno del emperador garantiza a todos los habitantes del imperio, conforme a la prevenciones de las leyes respectivas, *la igualdad ante la ley*, la seguridad personal, la propiedad, el ejercicio del culto y la libertad de publicar sus opiniones».

Entonces es completamente falso que la «igualdad ante la ley» son ideas de la democracia. Pues los «régimenes democráticos» de la revolución francesa o aun de Grecia antigua nunca señalaron esto. Es falso pre-

tender, como lo hace Charles Abernathy, refugiarse en Eurípides cuando dice «la naturaleza dio a los hombres la igualdad de derechos», pues en ese caso sería «los hombres son iguales ante la ley natural», no ante la ley de los hombres. Pero aún más, el dicho de Eurípides jamás se implantó en ninguna ley griega, por el contrario, las leyes griegas hacían separaciones claras con derechos distintos.

No es lo mismo nacer con los mismos derechos que ser iguales ante la ley humana o positiva. Pues ésta puede determinar cuáles son los derechos.

La ley positiva podría vulnerar a los propios derechos «naturales» (*el hombre nace con iguales derechos*), por ejemplo, las leyes en la Alemania nazi o en la Rusia soviética staliniana, si hacemos caso al precepto de que los hombres son iguales ante la ley (constitución o leyes humanas), pues se aplicaría así en la población en el régimen nazi o staliniano, y en caso de desobedecer serían sancionados hasta con la muerte.

Entonces el llamado «principio de que todos somos iguales ante la ley» es un principio fatuo, antinatural. Los jueces tendrían que sujetarse, por ejemplo, a Hitler o Stalin cuando aplicaron este principio para matar y lacerar a sus pueblos, toda vez que ellos recurrieron al «principio de igualdad ante la ley» cuando lo hicieron.

Sabemos que la Constitución de Weimar (1919), aunque señalaba «derechos» para los individuos, al mismo tiempo los acotaba a la ley. El 30 de enero de 1933, Hitler se convirtió en el canciller de la República Alemana. Tras el incendio del Reichstag del 28 de febrero de 1933 se suspendieron cláusulas de la Constitución de Weimar que garantizaban las libertades personales, la libertad de expresión, de prensa, de asociación y de reunión (acotadas todas ellas).

Ciertamente los conspiradores nazis se aseguraron el control del Reichstag con una «Ley para la Protección del Pueblo y el Reich», dándole a Hitler y a los miembros de su gabinete de entonces plenos poderes legislativos. Los conspiradores nazis mantuvieron esos poderes tras haber cambiado a los miembros del gabinete. Los conspiradores hicieron que se prohibieran todos los partidos políticos, excepto el partido nazi. Hicieron que el partido nazi se convirtiera en una organización paragubernamental con privilegios amplios y extraordinarios.

En julio de 1933 se publica la *Ley para la prevención del descendiente hereditario enfermo*. Escrita por Ernst Rüdin y otros teóricos de la «higiene racial», establecieron la «salud genética» que decidía sobre la esterilización obligatoria de «cualquier persona que sufre de una enfermedad hereditaria». Ésta incluía, para los nazis, aquellos que sufrían de «deficiencia

mental congénita, esquizofrenia, locura anicadepresiva, epilepsia hereditaria, corea hereditaria (Huntington), ceguera hereditaria, sordera hereditaria, cualquier deformidad hereditaria severa, incluso cualquier persona que sufre de severo alcoholismo».

Para el final del régimen nazi unos 200 «cortes genéticos de la salud» fueron creados y bajo sus actos más de 400.000 personas fueron esterilizadas contra su voluntad⁷².

Lo mismo ocurrió con la Constitución soviética (1936) en el gobierno de José Stalin. En base a esa normativa constitucional y legal se produjeron millones de asesinatos, entre otros tantos delitos.

P. L. Stuchka, primer comisario de Justicia del Pueblo, publicó en 1921 *La función revolucionaria del derecho y del Estado*. En esta obra parte de la definición del Derecho elaborada conjuntamente por él y el Colegio del Comisariado del Pueblo de Justicia en 1919, que dice: «El derecho es un sistema (u ordenamiento) de relaciones sociales que corresponde a los intereses de la clase dominante y está protegido por la fuerza organizada de esta clase [...] En realidad, un derecho nuevo nace siempre por medio de una revolución y es uno de los medios de organización de toda revolución: un instrumento de reorganización de las relaciones sociales en interés de la clase victoriosa»⁷³.

En 1924 aparece la obra de E. B. Pashukanis⁷⁴ *La teoría general del Derecho y el marxismo*, cuyas principales tesis serían:

- a) Todo derecho hasta su completo agotamiento es derecho burgués.
- b) Por tanto, en el periodo de transición no admite un nuevo contenido proletario o socialista.
- c) En este periodo tiene lugar ya el proceso de su extinción gradual y, mientras ésta llega a su fin, cabe utilizarlo en beneficio de su interés de clase.

Desaparecido Pashukanis, «legalmente» por considerarlo «enemigo del pueblo», en la primera conferencia de juristas soviéticos (julio de 1938), Vishinsky, quien por una larga década va a ser el máximo expo-

⁷² R. PROCTOR, *Racial hygiene: medicine under the Nazis*, Harvard University Press, 1988, p. 108.

⁷³ Prólogo al libro de E. B. PASHUKANIS, *La teoría general del Derecho y el marxismo*, Colección Teoría y Praxis, México, Grijalbo. El presente ensayo fue enviado por el Dr. Sánchez Vásquez para su publicación en la *Revista Dialéctica*.

⁷⁴ Evgueni Bronislavovich Pashukanis nace el 10 de febrero de 1891 en Staritsa, cerca de Kalinin (Tver). Estudia la carrera de Derecho y se hace bolchevique en 1912. Después de la Revolución de Octubre figura entre los primeros y más destacados juristas soviéticos.

nente soviético, a la vez que el máximo responsable de la práctica jurídica como procurador general de la Unión Soviética, en su publicación *Teoría del Derecho y del Estado*, atacaría a su excolega desaparecido «particularmente por su reducción del Derecho en general a Derecho burgués, su negación de la existencia de un nuevo Derecho, proletario, socialista y, de modo particular, su concepción de la extinción del Derecho ya en el periodo de transición».

Para Vishinsky era una teoría antimarxista y seudocientífica que «*ha pervertido la tesis marxista de que cada época histórica de la sociedad de clases tiene su correspondiente derecho [...] Al reducir el Derecho soviético a Derecho burgués y al afirmar que no hay terreno para un ulterior desarrollo del Derecho bajo el socialismo, los saboteadores apuntaban a liquidar el Derecho soviético y la ciencia del Derecho soviético. Tal es el significado básico de su actividad de provocadores y saboteadores*»⁷⁵.

Es claro que todo se hizo «conforme a Derecho». El fundamento constitucional se puede contemplar en los siguientes artículos:

«Artículo 130. Todo ciudadano de la Unión Soviética tiene el deber de observar la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, cumplir las leyes, acatar la disciplina de trabajo, cumplir honradamente con sus obligaciones sociales y respetar las reglas de convivencia socialista.

Artículo 131. Todo ciudadano de la Unión Soviética tiene el deber de cuidar y fortalecer la propiedad social socialista como base sagrada e inviolable del régimen soviético, como origen de la riqueza y del poderío de la patria, como fuente de una vida acomodada y culta para todos los trabajadores.

Los individuos que atentan contra la propiedad social socialista son enemigos del pueblo».

El actual presidente ruso Dimitri Medvedev, en la conmemoración del 65 aniversario de la derrota de Alemania (mayo de 2010), señalaba: «El régimen que se formó en la Unión Soviética sólo puede calificarse de totalitario y en él se sofocaban los derechos y libertades elementales [...] Stalin cometió crímenes masivos contra su propio pueblo».

Nos señala Anne Applebaum⁷⁶ que entre 1929, cuando los campos de prisioneros por primera vez se volvieron un fenómeno masivo, y 1953, el

⁷⁵ Prólogo al libro de E. B. PASHUKANIS, *La teoría general del Derecho y el marxismo*, op. cit.

⁷⁶ A. APPLEBAUM, *Gulag: a History (Gulag: una historia)*, New York, Doubleday, 2004,

año de la muerte de Stalin, cerca de dieciocho millones de personas pasaron por el sistema. Adicionalmente, unos seis o siete millones de personas fueron deportados a pueblos en el exilio. El número total de personas con alguna experiencia de encarcelamiento y trabajo forzado en la Unión Soviética estalinista pudo haber estado cerca de los 25 millones, o cerca del 15 por 100 de la población.

Por eso hemos mencionado insistentemente que no es lo mismo «todos nacemos con iguales derechos» que «todos somos iguales ante la ley (positiva)». En todo caso se debería decir: «Todas las leyes deben reconocer que todos nacemos con los mismos derechos (naturales) y que cualquier ley que trate de negarlos es condenable y no debe hacerse ningún caso».

Cosa que dice con toda claridad Santo Tomas al señalar: «La legislación humana sólo posee carácter de ley cuando se conforma a la justa razón; lo cual significa que su obligatoriedad procede de la ley eterna. En la medida en que ella se apartase de la razón, sería preciso declararla injusta, pues no verificaría la noción de ley; sería más bien una forma de violencia⁷⁷.

Lo que es contrario al orden de la razón es contrario a la naturaleza de los seres humanos como tales, y lo que es razonable está de acuerdo con la naturaleza humana como tal. El bien del ser humano es ser de acuerdo con la razón, y el mal humano es estar fuera del orden de lo razonable [...] Así pues, la virtud humana, que hace buenas tanto a la persona como a sus obras, está de acuerdo con la naturaleza humana en tanto en cuanto está de acuerdo con la razón, y el vicio es contrario a la naturaleza humana en tanto en cuanto es contrario al orden de lo razonable»⁷⁸.

Curiosamente también se hablan de otro «principio de igualdad» tomando una frase aristotélica: «La igualdad para ser justa ha de consistir en la igualdad para los iguales, mientras, a su vez, la desigualdad será justa para los desiguales».

¿Qué significa esto? Recurriendo a la fuente primaria, *La política*, Aristóteles señala⁷⁹:

p. xvii (introducción), editorialista y miembro del Consejo Editorial del Washington Post, Premio Pulitzer por este libro, historiadora por la Universidad de Yale.

⁷⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, STh, I-II, 93, 3, ad 2.

⁷⁸ ST, I-II, Q.71, A.2C.

⁷⁹ ARISTÓTELES, *Política*, traducción Patricio de Azcárate (<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/13561630989134941976613/index.htm>).

Libro III

Del estado y del ciudadano. Teoría de los gobiernos y de la soberanía. Del reinado

Capítulo V

División de los gobiernos

Veamos ante todo cuáles son los límites que se asignan a la oligarquía y a la demagogia, y lo que se llama derecho en una y en otra. Ambas partes reivindican un cierto derecho, que es muy verdadero. Pero de hecho su justicia no pasa de cierto punto, y no es el derecho absoluto el que establecen ni los unos ni los otros. Así, la *igualdad* parece de derecho común, y sin duda lo es, no para todos, sin embargo, sino sólo entre iguales; y lo mismo sucede con la *desigualdad*; es ciertamente un derecho, pero no respecto de todos, sino de individuos que son desiguales entre sí. Si se hace abstracción de los individuos se corre el peligro de formar un juicio erróneo. Lo que sucede en esto es que los jueces son jueces y partes, y ordinariamente es uno mal juez en causa propia. El derecho limitado a algunos, pudiendo aplicarse lo mismo a las cosas que a las personas, como dije en la Moral, se concede sin dificultad cuando se trata de la *igualdad* misma de la cosa, pero no así cuando se trata de las personas a quienes pertenece esta *igualdad*; y esto, lo repito, nace de que se juzga muy mal cuando está uno interesado en el asunto. Porque unos y otros son expresión de cierta parte del derecho, ya creen que lo son del derecho absoluto: de un lado, superiores unos en un punto, en riqueza, por ejemplo, se creen superiores en todo; de otro, iguales otros en un punto, de libertad, por ejemplo, se creen absolutamente iguales. Por ambos lados se olvida lo capital.

Capítulo VII

Continuación de la teoría de la soberanía

El bien en política es la justicia; en otros términos, la utilidad general. Se cree, comúnmente, que la justicia es una especie de *igualdad*, y esta opinión vulgar está hasta cierto punto de acuerdo con los principios filosóficos de que nos hemos servido en la Moral. *Hay acuerdo, además, en lo relativo a la naturaleza de la justicia, a los seres a que se aplica, y se conviene también en que la igualdad debe reinar necesariamente entre iguales; queda por averiguar a qué se aplica la igualdad y a qué la desigualdad, cuestiones difíciles que constituyen la filosofía política.*

Además, como la igualdad y la desigualdad completas son injustas tratándose de individuos que no son iguales o desiguales entre sí uno en un solo concepto, todos los gobiernos en que la igualdad y la desigualdad están establecidas sobre bases de este género necesariamente son gobiernos corruptos.

Capítulo XI

Conclusión de la teoría del reinado

[...] puesto que el Estado no es más que una asociación de seres iguales, y que entre seres naturales iguales las prerrogativas y los derechos deben ser necesariamente idénticos. Si es en el orden físico perjudicial dar alimento igual y vestidos iguales a hombres de constitución y estatura diferentes, la analogía no es menos patente cuando se trata de los derechos políticos; y, a la inversa, la desigualdad entre iguales no es menos irracional».

Es decir, no puedes hacer a una minoría igual a la mayoría, no puedes hacer una ley para minorías, general para todos. Queda claro que hacer «iguales» a los desiguales es «irracional». Ése es el dicho de Aristóteles.

Con esta extensiva producción de «principios» los jueces y académicos podrían en su momento adoptar el «principio» platónico «Yo declaro que la justicia no es otra cosa que la conveniencia del más fuerte».

Conclusiones

¿A dónde llevamos el Derecho y la justicia? ¿Las costumbres mandan? ¿Los jueces y su interpretación manda? ¿Los principios mandan y/o cuáles de ellos? ¿Las leyes mandan? ¿Los gobiernos y/o las ideologías mandan? ¿Qué nos ha enseñado la historia, por qué volvemos a repetir los errores? son algunas de las interrogantes básicas del futuro del Derecho.

Hemos visto como a lo largo de la historia la legislación y la interpretación lleva en ocasiones a caminos cerrados. Nada de ello importaría si las leyes y su interpretación no impactaran al ser humano. Pero lo hacen tanto en lo individual como en lo colectivo.

En primer lugar, hay que dejar claro que no se trata de señalar que no deba existir la ley ni la interpretación de la misma. El ser humano es un ser sociable, racional, libre, espiritual y establecer elementos de convivencia, incluidos los instrumentos de orden jurídico, es dable y necesario. Evidentemente, la parte no puede ser más que el todo, la ley no puede ser más que el propio ser humano y su esencia. Igualmente, los instrumentos de la ley, sus hacedores, los gobernantes o legisladores y los jueces no pueden desestimar lo anterior durante su aplicación o interpretación, pues vulneraría al ser humano al cual se pretende beneficiar y es el origen de tales instrumentos.

En segundo lugar, debemos enfocarnos en la tarea de establecer cuáles deben ser las características que debe tener la ley.

En base a lo anterior, la ley en sí no puede ser construida bajo un esquema que considera al sujeto como objeto o como un elemento más del Estado o de la convivencia *per se*, sino un ser sin el cual la convivencia no existe. El derecho no existe si el ser humano no existe. Reconocer y salvaguardar los atributos esenciales del ser humano es previo y condición *sine qua non* de la ley adecuada.

Evidentemente el ser humano tiene por definición existencia, esto es, vida física y espiritual, libertad, razón, sociabilidad, capacidad de esfuerzo y propiedad derivada del mismo.

Si por ideología o por interés, como históricamente hemos descrito con anterioridad, los intelectuales o políticos describen otro tipo de ser humano, sin vida física y espiritual, sin libertad, sin racionalidad, sin sociabilidad y sin capacidad de esfuerzo y, derivado de él, sin propiedad, habría que definir a quién se están refiriendo; la realidad por sí sola ofrece suficiente evidencia en contrario, el problema es a qué costo humano será entendido ello.

Si por ideología o por interés se propician leyes bajo esta artificial denominación de ser humano, la misma historia ha demostrado que incurrir en severas faltas en contra de la humanidad, potenciando la injusticia, favoreciendo la sociabilidad de la esclavitud y corrompiendo la convivencia social, utilizando controles cada vez más severos y costosos para mantener ese estatus.

Si las características del ser humano no pueden ser objeto de la ley, sino sólo sus consecuencias, no es correcto que las constituciones las acoten bajo la premisa de remitirlas a leyes. Si la ley determina las consecuencias en ciertos actos de las características del ser humano, éstas deben cuidar de no llegar más allá de normatividades que lleven a la destrucción de las características esenciales.

Si aceptamos que el Derecho está basado en la ética «deontológica» incurrimos en un error inicial, pues la ética son normas señaladas por otros hombres, es decir, son leyes en sí. En cambio, si aceptamos que existe el «sentido moral», el buscar el bien y evitar el mal, es más propio del ser humano y, por tanto, anterior al Derecho (a las leyes), y lo salvaguardamos en lugar de vulnerarlo a través del Derecho. Si aceptamos que de no hacerlo es el inicio de la decadencia del Derecho, del gobierno, de la dignidad humana, de la convivencia social. Si aceptamos que el sentido moral del ser humano se alimenta en gran medida de su ser espiritual, de su religiosidad y que, por tanto, desligar esa esencia del sentido moral, es decir, la espiritualidad y la religiosidad, implica vulnerar el entramado social, la justicia y el Derecho.

Jürgen Habermas, «Premio Hegel 1973» —acto en el que Dieter Henrich afirmaba «que la influencia de Habermas sobre la filosofía alemana sólo estaba entonces por debajo de la de Heidegger [...] el teórico marxista más importante desde Georg Lukacs», del cual remotamente puede suponerse religioso, sino una voz crítica con el capitalismo y con la sociedad de comunicación de masas que lo envuelve—, citado y leído desde distintos ámbitos de izquierda y defensor del secularismo y del laicismo, señala en su último libro *Entre naturalismo y religión*:

«Las tradiciones religiosas consiguen hasta el día de hoy la articulación de una conciencia de aquello que nos falta. Mantienen viva una sensibilidad para lo que no logramos conseguir, para lo que se nos escapa. Protegen del olvido aquellas dimensiones de nuestra convivencia social y personal en las que los progresos de la racionalización cultural y social han causado todavía abismales destrucciones. ¿Por qué no podrían encerrar esas tradiciones potenciales semánticos todavía no descifrados que, si se transforman en un discurso fundamentado y se extrajese su contenido de verdad profana, pueden desarrollar una fuerza inspiradora?»⁸⁰.

El mismo Jürgen Habermas en una entrevista aparecida en el diario español *La Vanguardia* del 26 de noviembre del 2006 indicaba:

«Trasladándonos al mundo práctico, ¿qué significa esto para la praxis política? [...] ¿Es usted crítico con la visión secular? ¿Tenemos que cambiar nuestras Constituciones?»

Eso es un malentendido. Yo defiendo los fundamentos seculares de los Estados liberales. El poder estatal debe seguir siendo ideológicamente neutral y debe legitimarse mediante consideraciones seculares regidas por la razón.

La soberanía del pueblo y los derechos humanos son las fuentes seculares de la legitimación de los Estados constitucionales regida por la razón. No crítico el derecho natural completamente secular, sino la ideología secularizadora que niega por principio a la religión la posibilidad de contener parte de razón».

No es que Habermas tenga mi consideración por sus teorías, sino que lo traigo a colación en el sentido de que algunos serán sus seguidores y deberían al menos escuchar su voz —sí no hacen caso de la mía— en estos momentos de corrección de sus propios planteamientos teóricos. Lo ante-

⁸⁰ J. HABERMAS, *Entre naturalismo y religión*, Madrid, Paidós, p. 39.

riormente dicho por Habermas puede traducirse como que no basta una campaña de ética, civismo o valores, sino que debe estar la religión también, cuando agrega:

«Me he vuelto escéptico en relación con una modernización que amenaza con perder su propia base normativa en el derecho y la moral [...] No sólo la moral es sustituida por intereses económicos [...] Conviene echar mano con cautela de todos los recursos que permiten la regeneración de la conciencia del compromiso. Y la religión ocupa un lugar preeminente en esta cuestión».

Traigo aquí otro ejemplo, se trata de Bill Clinton cuando era presidente de los Estados Unidos de América (1992-2000):

«La libertad religiosa es literalmente nuestra primera libertad. Es lo primero que se menciona en la Declaración de Derechos, la cual comienza diciendo que el Congreso no puede promulgar una ley que establezca una religión o que restrinja el libre ejercicio de la religión.

Tenemos más de 250.000 lugares de culto. Cada semana más gente va aquí a la iglesia, o a la sinagoga, o a la mezquita, o a otros lugares de culto que en cualquier otro país del mundo. Más gente cree que la religión es directamente importante para sus vidas que en cualquier otro país avanzado e industrializado del mundo. Y esto no es un accidente. Es algo que siempre ha sido parte de nuestra vida.

Ésa es la razón por la cual una de las cosas que tengo más orgullo de haber hecho como presidente fue sancionar con mi firma la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993. Fue diseñada para revertir la decisión de la Corte Suprema que esencialmente hizo muy fácil para el gobierno, en seguimiento de sus objetivos legítimos, restringir el ejercicio de las libertades religiosas de las personas. Esta ley decía básicamente —y no usaré la jerga legal— que si el gobierno va a restringir el legítimo ejercicio de la religión por alguien tiene que tener una razón extraordinariamente buena y que no hay otra manera de lograr su objetivo convincente que hacer esto. Hay que esforzarse para no entrometerse en la manera en que la gente ejerce legítimamente sus convicciones religiosas.

Hay quienes dicen que los valores, la moral y la religión no tienen lugar en la educación pública; creo que eso está equivocado. Antes que nada, las consecuencias de no tener valores no son neutrales. La violencia en nuestras calles no tiene neutralidad de valores. Las películas que vemos no son neutrales de valores. Con demasiada frecuencia vemos expresiones de degradación humana, inmoralidad, violencia y degradación del alma huma-

na que tienen más influencia, toman más tiempo y ocupan más lugar en la mente de nuestros jóvenes que cualquiera de las influencias que se sienten en la escuela de cualquier manera. Por tanto, nuestras escuelas deberían ser una barricada contra esta clase de degradación. Y podemos hacerlo sin violar la Primera Enmienda.

¿No creen ustedes que si cada chico en cada vecindario difícil de Estados Unidos se encontrase en una institución religiosa durante los fines de semana, en la sinagoga los sábados, en una iglesia los domingos, en una mezquita los viernes, no creen realmente que la tasa de drogas, la tasa de delincuencia, la tasa de violencia, el sentido de autodestrucción se reduciría mucho y la calidad del carácter de este país aumentaría mucho?»⁸¹.

En resumen, las leyes que atentan contra la religión o no la favorecen también atentan contra la moralidad y con ello se está dando el primer paso hacia la destrucción del propio Estado, incluso el «secular» así llamado por Habermas. El «permiso» de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América para devastar a la religión es una torpeza jurídica de la cual el propio presidente norteamericano reniega y deroga. La ideología e intereses de los jueces en su interpretación y sanción pone en riesgo la existencia del propio Estado y genera en la población una convivencia aún más hostil y descarnada.

En tercer lugar, ¿cuáles deben ser los límites que debe tener la interpretación de la ley?

Hay quien piensa que sólo el gobernante sucumbe ante la tentación del poder y sus privilegios. He de mencionar que no sólo es el gobernante, también son los legisladores y los jueces los que sucumben. Al hacer la ley, el legislador debe abstenerse de vulnerar la esencia del ser humano, sin embargo, por ideología o intereses, los legisladores confeccionan las normas en función de esas preferencias y status. Lo mismo ocurre con la función de interpretar la ley.

No es dable para los legisladores ni para los jueces convenir leyes y sentencias en contra de las características esenciales del ser humano, también llamadas derechos humanos, derechos fundamentales o derechos naturales. Mas, sin embargo, ocurre, argumentando «principios del dere-

⁸¹ *La libertad religiosa en Norteamérica*, por Bill Clinton, presidente de Estados Unidos. Condensado de un discurso pronunciado en la escuela secundaria James Madison, Vienna, Virginia, el 12 de julio de 1995. James Madison, uno de los firmantes de la Constitución, fue uno de los principales forjadores de las primeras actitudes sobre la libertad religiosa. El secretario de educación Richard Riley acompañó al presidente en su visita (*Sociedad y valores estadounidenses*, publicación electrónica de USIS, vol. 2, núm. 1, marzo de 1997).

cho» o «derechos fundamentales o humanos» que no lo son. Ya hemos dicho que el Derecho no antecede al ser, sino precede de él, en tanto son parte de las consecuencias de los actos de sus características esenciales, entre ellas la sociabilidad.

Interpretar la ley como una técnica jurídica debe también establecer con claridad la jerarquía y la axiología de lo juzgado y, por supuesto, el sujeto, el ser humano, visto como tal y no como objeto. No es más la técnica jurídica que la justicia en sí. Y ésta no es más que el ser humano.

Si todo se reduce a la ley y su interpretación acabaríamos como Diógenes, yendo por las calles con una lámpara en mano «buscando un hombre honesto» y apartándolos de su camino y señalando que sólo tropezaba con escombros. Ciertamente diría Jesucristo: «quien este libre de pecado que tire la primera piedra», refiriéndose a aquellos que pretendían lapidar a una mujer adúltera y que la ley así lo permitía.

La ley y su interpretación no sólo trata de técnicas jurídicas, sino de seres humanos. Terminaríamos como Hobbes señalando *homo homini lupus* y recurriendo a un *Leviatán*. Llevándonos a una paranoia infernal que, lejos de permitir la convivencia, genera la autodestrucción de la misma.

Savigny y cuatro elementos de la interpretación no ofrece, como lo señala Recaséns Siches, ninguna certeza de interpretación del Derecho, pues no ofrece «ningún criterio de preferencia o prioridad entre esos diferentes». ⁸² El juez «debe interpretar de aquel modo y según el método que lleve a la solución más justa entre las posibles, incluso cuando el legislador impertinentemente hubiese ordenado un método de interpretación [...] Lo que el juez hace al interpretar el derecho no es un ejercicio lógico ni deductivo. El intérprete del derecho no busca lo racional, sino lo razonable; lo primero es una entidad abstracta e ideal; lo segundo, un instrumento vivo y real» ⁸³.

Ciertamente interpretar mucho tiene algo de subjetivo. Esto de suyo implica conocer al intérprete, al juez, pues de su forma de ser y de sus pensamientos elaborará criterios. Habida cuenta que en la mayoría de los casos existe más de una alternativa de decisión, la valorización del juez es lo que cuenta.

El propio Kelsen se separa del clásico positivismo cuando considera que el acto de interpretación de la ley no es un acto de conocimiento, sino

⁸² L. RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, 3.^a ed., México, Porrúa, 1980, pp. 535 y 536.

⁸³ *Ibid.*, p. 181.

un *acto de voluntad*. Declara que el texto de una ley, filológica o lingüísticamente hablando, puede tener multitud de interpretaciones, todas válidas. Al jurista, como científico del Derecho, le corresponde exponerlas todas con plena honestidad. El juez está colocado donde está, *no para conocer y conceptualizar, sino para decidir*. Por consiguiente, su misión es política, no jurídica. Aquí llegamos a una forma de irracionalismo en la concepción de la política y a incluir en ésta la propia y sagrada misión del juez que hasta hace muy poco se la veía tanto más digna cuanto más se ajustaba a la ley que la presidía e inspiraba⁸⁴.

Finalmente, el acto jurídico real es la sentencia y quien la determina es el juez. Es por ello tan importante conocer del juez. Sus intereses y pasiones pueden finalmente trastocar, como lo pueden hacer los legisladores o los políticos o los intelectuales, el deseo de justicia y del deber ser del ámbito normativo, así como las consideraciones sobre los derechos humanos, fundamentales o naturales.

Ahora los jueces, o mejor, las personas que actúan como jueces, se encuentran expuestos incluso al sofisma del relativismo, parecieran obviar el Derecho y adecuar la justicia.

Gustav Radbruch, desde su obra *Introducción a la Filosofía de Derecho*, destaca el tema «El Derecho supralegal», de cuyo contenido se desprende su ahora llamada «fórmula de Radbruch» que postula que el Derecho extremadamente injusto no es Derecho. Cuando la ley escrita sea incompatible con los principios de justicia sustancial a un nivel intolerable, o cuando la ley estatutaria se encuentre explícitamente en abierta contradicción con el principio de igualdad que constituye el fundamento de toda justicia, el juez debe de abstenerse de aplicar esa ley por razones de justicia sustancial. Y con ello intenta acercarse a la idea de la existencia del derecho natural.

Cuando argumenta sobre *¿cuál es ese derecho sustancial?*, desgraciadamente, regresa a la idea que intenta combatir, pues su relativismo escolar vuelve como un fantasma generando una teoría que favorece aquello que pretende liquidar, al considerar que «el orden jurídico otorgará derechos cuando considere contar con impulsos humanos dirigidos en el mismo sentido que la voluntad de dicho orden», en tanto que impondrá deberes cuando estime necesario imponer motivaciones opuestas a los impul-

⁸⁴ C. BETANCUR, «La interpretación de la ley», discurso de recepción pronunciado al recibirse como miembro de número de la Academia Colombiana de la Lengua, UPB, 1971, p. 210.

tos que van en sentido contrario a sus deseos: «De esa manera se manifiestan en la historia, a su vez, dichos impulsos actuantes en el hombre, hasta llegar a ser representado, con el arribo de la modernidad, como un legislador o creador del Derecho».

Derecho es, tanto en sentido objetivo como subjetivo, en el principio: derecho de la comunidad, de la conciencia de la comunidad, y luego, también en ambas facetas: derecho individual, del legislador individual para los individuos concebidos como aislados y carentes de relaciones. Para finalmente volver a ser: Derecho de la comunidad, esta vez, organizada⁸⁵.

Para Radbruch, el *ideal jurídico* se concreta en el marco del *Derecho de una época y un pueblo determinados*, que nos recuerda el postulado marxista enunciado líneas arriba a propósito del «derecho soviético» y que bautiza «determinabilidad material de la idea».

Incluso la idea del Derecho traducida en la justicia —para Radbruch— en la que el Derecho es la realidad, cuyo sentido estriba en servir a la justicia, entendida como igualdad, en tanto que indica, por un lado, la necesidad de un tratamiento igual de los seres humanos y relaciones iguales, y por el otro, el correspondiente trato desigual de los desiguales, tiene su propia contradicción que él mismo se confiesa al señalar que esa máxima nada dice respecto de calificar a unos como iguales y a otros como desiguales, estableciendo la existencia de una relación, pero no la forma cómo se concreta el tratamiento igualitario. Para sortear el obstáculo Radbruch agrega otro aspecto del Derecho en atención a sus fines. Pero ¿cuáles son éstos? Responde que la filosofía jurídica no permite responder de manera unívoca, así que por encima de todos debe existir una ordenación, la seguridad jurídica, que para concretarse requiere como condición la positividad; de tal forma que si no puede fijarse lo que es justo, hay que establecer lo que debe ser jurídico a través de una magistratura que esté en situación de hacer cumplir lo establecido.

Lo mismo ocurre con Lask a través de su aseveración: «El dualismo metódico de la ciencia jurídica se basa en el hecho de que el Derecho o puede ser considerado como un factor real de la cultura, como un suceso de la vida social, o puede ser examinado como un complejo de significa-

⁸⁵ G. RADBRUCH, *El Hombre en el Derecho*, conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho, traducción de Aníbal del Campo, Buenos Aires, Depalma, 1980; *Filosofía del Derecho*, traducción de J. Medina Echevarría, estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, 4.ª ed., Granada, Comares, 1999; *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de Wenceslao Roces, 4.ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1974.

ciones, más exactamente de significaciones normativas, acerca de su contenido dogmático»⁸⁶.

Como puede verse, las argumentaciones sofisticadas relativistas de estos autores al final en nada se diferencian de las de sus predecesores. Pero han servido de «argumento» para la eliminación de «principios del Derecho» tales como la *no retroactividad de las leyes*. Hoy hablan de «derecho natural», pero no en el sentido de que existen derechos previos del ser humano, sino como «derecho cultural».

Con el relativismo los jueces pueden interpretar el Derecho y la justicia desde la «óptica cultural», es decir, desde lo que ellos «creen» bajo sus intereses e ideologías. Para finalmente «positivizar» y otorgar nuevamente al Estado el poder sobre los derechos humanos, fundamentales o naturales, regresando a la vieja premisa kantiana, hegelina o marxista o nazifascista del Estado-dios.

La cuenta de los «filósofos» del Derecho parece interminable. Como los llamados «comunitaristas», filosofía que aparece a finales del siglo XX en oposición a determinados aspectos del individualismo y en defensa de fenómenos como la sociedad civil. Nacida del liberalismo, esta corriente centra su interés en las comunidades (entendidas como soberanías intermedias) y sociedades y no en el individuo. Los comunitaristas creen que a las comunidades no se les da la suficiente importancia en las teorías liberales de la justicia y comprometen las posibilidades de que la ciudadanía participe activamente en el debate público.

Todo hay que ponerlo a debate: el sistema sanitario, aborto, multiculturalismo, libertad de expresión, etcétera. Por ejemplo, Amitai Etzioni, quien propone una *nueva regla de oro* para afirmar simultáneamente los derechos y obligaciones tanto comunitarios como individuales: «Respetar y defiende el orden moral de la sociedad de la misma manera que harías que la sociedad respetara y defendiera tu autonomía».

Otro representante «comunitarista» como Michael Walzer señala en su *Tratado sobre la tolerancia*⁸⁷ que «tanto en el imperio multinacional como en la comunidad internacional lo que se tolera es el grupo [...] se consideran legítimas o permisibles sus leyes, sus prácticas religiosas, sus procedimientos judiciales [...] todo ello sujeto a unos límites de exigencia (o exigibles) mínimos y casi nunca estrictos [...] la ciudadanía tiene mayor

⁸⁶ E. LASK, *Filosofía Jurídica*, traducción de Roberto Goldschmidt, Buenos Aires, Depalma, 1946, p. 63.

⁸⁷ M. WALZER, *Tratado sobre la tolerancia*, Madrid, Paidós, 1998, pp 49-50.

contenido en el Estado nacional. En ese caso son los individuos, considerados como ciudadanos y como miembros de una minoría particular, quienes son objeto de la tolerancia». Esto es, cada ciudadano tiene sus propias reglas y ante el Estado sólo debe existir un límite exigible mínimo y casi nunca estricto, lo cual se parece demasiado al llamado «derecho anarquista» (aunque parezca un contrasentido).

En *Pequeño léxico filosófico del anarquismo*⁸⁸, Daniel Colson afirma: «La concepción libertaria del derecho es ajena al todo poder, la autonomía, la coherencia lógica y la exterioridad de la ley, provenga ésta de Dios, del Estado o de la sedicente “voluntad general”. Para el anarquismo, como escribe Proudhon, “cada poder”, “cada fuerza”, porta su propio derecho consigo mismo, el derecho de ir hasta el límite de lo posible. Esta concepción ya se encontraba en Max Stirner (“tienes derecho a lo que tienes el poder de ser”) y se reencuentra en Émile Pouget cuando explica que “la acción directa es la fuerza obrera en trabajo creador: es la fuerza que parirá el nuevo derecho, que hará el derecho social”. En el pensamiento libertario, el derecho es inmanente a las fuerzas colectivas, y como ellas, es múltiple en sus fuentes y manifestaciones, concepto que Bakunin formula así: “Cada cosa porta en sí misma su ley, es decir, el modo de su desarrollo, de su existencia, de su acción parcial”».

Lo anterior sirva para indicar que cualquier juez puede caer en su análisis y consecuente resolución en alguna de estas ideologías del Derecho. También para indicar que en su vida personal tal vez advierta, en función de ello, una «forma de ver el Derecho y la justicia» que pudiera aplicar argumentativamente en sus resoluciones. Así, la vida del juez pudiera no ser separada de la sentencia, entonces ¿dónde quedaría la certeza y la seguridad jurídica?

⁸⁸ D. COLSON, *Pequeño léxico filosófico del anarquismo. De Proudhon a Deleuze*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2003.