

---

---

# POLÍTICA DE LAS GARANTÍAS Y “DEFENSA DE LA DEMOCRACIA”

Perfecto Andrés Ibáñez

---

---



---

---

**Eso que en nuestra historia más inmediata se conoce como «la transición» ha sido, o está siendo, el paso a la democracia desde la dictadura. Pero sería mejor referirse a un particular momento o forma de ser de esa transición.**

La sociedad española, para expresarlo sintéticamente, ha pasado a la democracia de la crisis o, incluso, podría decirse, a riesgo de ser malinterpretado, a una cierta crisis de la democracia.

Y esto es algo que no suele tenerse en cuenta cuando se apunta o se sugiere una valoración sin reservas de ese modelo político que es el «Estado social», tantas veces invocado en función cuasi-sacramen-

tal. Cuando lo cierto es que, en su actual concreción en los países de nuestro ámbito cultural, presenta matices y un claro sesgo de preocupante deslizamiento por la pendiente de la involución autoritaria.

En términos generales, parece poder afirmarse con serio fundamento que el «Estado del bienestar», el «Estado del pacto social» —superador de la forma liberal del Estado y pacificador en cierto

modo, en años de optimismo económico, del conflicto abierto entre los pliegues del Estado liberal de Derecho— es cada vez menos un voluntarioso dispensador de servicios y promotor del desarrollo social, y más un puro y duro agente o instrumento de control.

Y, curiosamente, ese endurecimiento puede ser fácilmente detectado, de manera al menos tendencialmente equivalente, en países con vicisitudes políticas y situaciones sociales relativamente diferenciadas; incluso, por recurrir a un indicador bien expresivo, en países con terrorismo, pero también en otros que no soportan ese grave fenómeno o lo padecen en términos de incidencia mucho menor desde el punto de vista de la estabilidad de sus instituciones. Así, por ejemplo, cuesta poco rastrear en las experiencias legislativas y en los marcos estatales de Francia, Italia, Alemania y, desde luego, España, con todas sus diferencias, rasgos bien elocuentes de lo que Preuss ha llamado un «rearme de la normalidad». Rearme que, naturalmente, en los tres primeros países se ha dado de una forma que podríamos llamar «diacrónica», puesto que precisó un espacio de tiempo más o menos largo, suponiendo en todo caso la transformación o decaimiento del orden jurídico anterior más liberal en la forma de concebir determinadas garantías.

Algo bastante diferente fue lo acaecido en España, donde el advenimiento de la democracia, en una forma que tuvo óptima traducción constitucional, se produjo simultáneamente a la articulación de un importante arsenal de medidas legales que suponían una significativa atenuación en el tratamiento legal y orgánico-judicial de ciertas libertades por parte del gobierno. De este modo, y en particular «sincronía», pasaron a formar parte de nuestra realidad no sólo el impulso hacia adelante emanado de la Constitución, sino también reglas de Derecho y resortes institu-

---

### **La sociedad española ha pasado a la democracia de la crisis o a una cierta crisis de la democracia.**

---

cionales que eran exponentes de un nivel de legalidad notoriamente por debajo o en todo caso nunca a la altura de lo que demanda un imperativo de coherencia con

la primera norma del Estado. Con ello puede darse la paradoja de que ciertos mecanismos propios de una situación pre-democrática se valoren como perfectamente funcionales para una determinada manera de concebir y gestionar la democracia, lo que, naturalmente, implica un coste, y no sólo en el terreno de la imagen.

Esto sucede, en general, al amparo de una supuesta —y nunca probada— «debilidad» de la democracia, cuya seria implantación en determinados niveles de la institucionalidad estatal se ve así permanentemente relegada a un siempre indeterminado y oscuro futuro. Y sucede con una apoyatura argumental fundada en la valoración del actual estado de cosas como una «situación de necesidad». De manera que, en el supuesto de la colisión entre opciones que ello implica y, según se dice, sólo por exigencias coyunturales o incluso de emergencia, está perfectamente justificada la reducción del marco de garantías reclamado por la Constitución. Y, entre el imperativo de profundización democrática y el «¡ojo, demasiada democracia!» con sabor a Trilateral, se elige implícitamente lo segundo, en último término por razones de pretendida eficacia.

Pues bien, las dos tendencias aquí apuntadas —la que expresa el impulso hacia un crecimiento democrático basado en la norma fundamental y la que traduce el propósito de circunscribir ese crecimiento, temporalmente al parecer, dentro de ciertos límites— conviven claramente en nuestra peripecia legislativa y en la propia práctica de las instituciones vigentes en nuestro país.

Esta situación de conflicto latente se resuelve por lo general, cuando se trata de instrumentar la defensa de la convivencia

frente a las más graves agresiones y cuando mayor coherencia por eso cabría exigir a la lógica democrática, en una pretendida síntesis, que es siempre reductiva, cuando no fracamente desactivadora de determinados principios básicos. Lo que, por cierto, ha tenido una repercusión mucho más anecdótica en el enfrentamiento de puntos de vista, tantas veces aireado por los medios de comunicación entre los departamentos de Justicia o Interior.

No son pocos los criterios inequívocamente progresivos, en línea con esa «sociedad democrática avanzada» que postula la Constitución, que han acabado por perder buena parte de su color y de su potencial capacidad de transformación de pautas o dinámicas institucionales consolidadas, generalmente tributarias de la precedente situación política. Y lo han hecho siempre para plegarse a la visión «rea-

lista» que suele producir la contemplación de los problemas desde una cierta óptica del orden público, desde una precisa ideología de la seguridad. Cuando esto suce-

de, lo normal es que se acabe por imponer una clave de lectura pre-constitucional de unos principios constitucionalmente consagrados.

Pues bien, esa preocupante trayectoria, esa inflexión que se dice, es fácilmente observable en determinados datos de la política de la justicia y de las garantías puestas en práctica durante los últimos doce meses, a través de lo que ya son disposiciones vigentes y de algunos proyectos legislativos que se conocen. Así, junto a expresiones que reflejan una voluntad democratizadora (de las cuales tal vez sea la más notable la reforma de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), son claramente perceptibles preocupantes signos de involución que serían exponente de todo lo contrario, o al menos de la persistencia y arraigo de momentos o centros de poder de dudoso entusiasmo constitucional.

Sin embargo, es posible advertir un decidido esfuerzo modernizador del actual sistema judicial, con ánimo de poner fin en un plazo razonable a los enormes obstáculos que hoy hacen casi falaz la tutela jurisdiccional de los derechos o de muchos de éstos. Tal vez nunca se ha conocido mejor que ahora esa parcela de la realidad institucional, y tal vez nunca se ha tenido tan claro cuáles son las verdaderas necesidades y cómo deben ser afrontadas. Es palpable también el esfuerzo presupuestario, por más que no pueda compararse el orden de prioridades en que se inspira, a sabiendas en todo caso de que sus resultados difícilmente se harán notar a corto o incluso, medio plazo, en vista del volumen y la antigüedad de las carencias.

Es un dato estimable el tratamiento dado a temas concretos, como los depósitos

**Cuando se trata de instrumentar la defensa de la democracia frente a las más graves agresiones, surge una situación de conflicto.**

judiciales, el estatuto laboral del personal interino, el establecimiento de los primeros equipos de apoyo técnico, a título experimental, en cierto número de juzgados

de familia o los planes en marcha para la informatización de la justicia y, en otro orden de cosas, la reforma parcial y urgente del Código Penal, por más que presente algunos problemas técnicos; el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el mismo tratamiento dado al aborto, no obstante su excesiva timidez... Estas medidas, algunas de ellas de carácter fundamentalmente práctico, junto con otras anunciadas, pueden hacer que en un tiempo no excesivo, el servicio público judicial tenga, o empiece a tener, la dignidad operativa que le es exigible, y una cierta modernidad. Y no deja de ser importante esa mejora en el nivel de eficiencia y en la calidad de las prestaciones, puesto que lo contrario, es decir, el presente estado de cosas, es más bien de auténtica y práctica negación de la justicia.

Cuando se dan tales pasos no cabe duda de que se favorece la implantación de

la democracia, que en este campo necesita, muy especialmente, un esfuerzo de actualización similar al producto en países de nuestro entorno. Sin embargo, esa respuesta en clave de eficiencia será profundamente insuficiente en tanto que no se inscriba con absoluta claridad y decisión en una línea de tensión y de esfuerzo significativa del paso a un (en cierto modo, a *otro*) modelo de organización y actuación judicial.

No cabe en el momento presente una valoración definitiva de la mayor o menor voluntad política existente de consumir ese tránsito, que desde luego no encontraría obstáculos en la Constitución. Habrá que esperar al proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, que será hecho público dentro de unos meses. Mientras tanto, sólo se puede, a partir de lo que se conoce, exponer una seria preocupación porque el empeño de racionalización de determinados aspectos instrumentales del aparato burocrático-judicial que hemos visto —propio de un Estado simplemente «moderno»— parece no corresponder la audacia en el tratamiento jurisdiccional de ciertos temas en materia de libertades, que debería ser la marca equívoca de un Estado democrático, es decir, comprometido con la difusión capilar de la democracia en todo el tejido institucional.

Piénsese, sin ir más lejos, en lo que resulta de una valoración conjunta de la ya publicada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuestión de asistencia letrada al detenido, de lo que se sabe de la futura regulación del procedimiento de *habeas corpus*, del proyecto de ley orgánica de medidas contra las actuaciones de bandas armadas y elementos terroristas, y del desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. Evidentemente, las dos primeras

disposiciones citadas vienen a desarrollar el artículo 17.3 y 4 de la Constitución y no se puede decir que no aporten a nuestro ordenamiento elementos de progreso con

**Es posible advertir un decidido esfuerzo modernizador del sistema judicial para poner fin a los obstáculos que dificultan la tutela jurisdiccional de algunos derechos.**

respecto a la situación anterior. Pero, ¿cabría negar que en ambos casos se da un desarrollo empobrecedor y en cierto modo regresivo, limitador de las posibilidades y de la voluntad incluso del precepto constitucional matriz?

En los dos supuestos, como en el proyecto de ley orgánica de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, es la *necesidad* de hacer frente al fenómeno terrorista lo que justificaría una importante atenuación del derecho a la asistencia letrada— que, por otra parte, nunca va a producirse ya con el grado de inmediatez con respecto a la detención que su propia naturaleza exige—, en un caso, la práctica derogación del principio del juez natural que implica la intervención de los juzgados centrales en materia de *habeas corpus*, en otro, y la franca desnaturalización de todo el sistema de principios y garantías penales y procesales previsto en nuestra norma fundamental, en el último de ellos.

Todo esto habla con suficiente elocuencia de cómo nuestro orden legal tiende cada vez más a convertirse en el orden propio de una suerte de «democracia acorazada», en la que lo excepcional predomina sobre lo que, sin embargo, sigue postulándose como normalidad. Se rompe la unidad del sistema, en cuyo interior se trata de hacer convivir dos órdenes de valores inconciliables, en perjuicio siempre de los principios declarados como fundamentales, y ello en virtud del carácter tendencialmente expansivo no ya sólo de la legalidad de emergencia, sino, sobre todo, de las pautas institucionales (en ocasiones perversas) que esa legalidad posibilita y, a veces, legitima y refuerza.

Así, mientras una valiente reforma del

régimen de prisión provisional hacía efectiva en este campo la presunción de inocencia, esta misma presunción, como el principio de hecho, el de legalidad, el de

mínima intervención, el de jurisdiccionalidad de determinadas actuaciones, son limpiamente derogados en ese complejo de normas (que recogen, potenciándolos,

**Las garantías que configuraban el marco penal procesal propio del Estado liberal de Derecho, se encuentran sometidas a un proceso de erosión.**

los preceptos contenidos sobre todo en el Decreto-ley de 26 de enero de 1979, la ley de 1 de diciembre de 1980 y la de 4 de mayo de 1981), mediante las que el Estado decide dotarse de todo un arsenal de medidas predemocráticas en su esencia (precisamente para «defender la democracia») que son una carga de profundidad dirigida contra las bases del propio ordenamiento democrático.

La valoración que ello implica, claramente negativa, del marco de garantías constitucionales como «ineficaz» pone de manifiesto la opción por un determinado modo policial de afrontar la criminalidad terrorista. Significa, por una parte, la confesada desconfianza en la virtualidad de los resortes democráticos —a los que, por otro lado, nunca se ha dado en este terreno una «oportunidad»— y, por otra, la prepotencia en el marco del Estado de instituciones que, por razones obvias, están resultando las más trabajosamente permeables —sobre todo en sus prácticas— a los valores constitucionales.

Semejante dispositivo de medidas supone por eso, a más de una declaración de impotencia, la franca legitimación de un *modus operandi* en el que hechos odiosos de tortura no son desgraciadamente fruto anecdótico de la casualidad estadística (véase al respecto el *Informe 1983* de la Asociación Pro Derechos Humanos de España y el acta de la reunión de la Junta de Jueces de San Sebastián de 9 de noviembre último).

Cuando se crean auténticos vacíos judiciales, cuando el Estado decide desactivar sus mecanismos de autocontrol democrático, se están dando reflexivamente las condiciones objetivas para que se produzcan precisamente aquellos hechos que el

régimen de garantías que se deroga o atenúa tendría por finalidad evitar. De este modo, lo que hubiera podido ser una excrecencia patológica no demasiado significativa, por aislada en un orden coherentemente garantista termina por convertirse en una inaceptable «normalidad» fisiológica cuando este último deja de serlo, aunque se diga que solamente «en parte».

Si, como cabe desgraciadamente esperar, el proyecto de ley de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución prospera, junto a la fundamental limitación del derecho a la asistencia letrada y al desplazamiento del juez del lugar en favor de los centrales, se avanzaría aún más de lo que se avanzó con la legislación excepcional vigente hacia la «policialización» del proceso penal.

Ciertamente, podrá decirse, esto sólo afecta a determinadas categorías de personas. Pero si a la imprecisión y ambigüedad legal en la regulación del ámbito personal se añade el hecho de que la interpretación de esos textos —determinante de la primera intervención policial (control telefónico, registro domiciliario, detención con posibilidad de prórroga...) con resultados normalmente irreversibles— no será nunca hecha precisamente por un jurista de rigor kelseniano, sino en el medio policial, es decir, en último término, por el comisario o el comandante de puesto que corresponda, no es difícil hacerse una idea de la presumible difusión y amplitud de la reacción represiva (hablar aquí de prevención sería un eufemismo de mal gusto) que se está haciendo posible. Y la reacción represiva será aún mayor dado que se va en la práctica hacia la criminalización de conductas calificables como de adhesión ideológica (disolución de asociaciones, clausura de centros de actividad política, cultural o social, cierre de medios de difusión...) con la creación de lo que Ferrajoli ha llamado verdaderos su-

puestos de «tipo político de autor», cuyas consecuencias en el área de la seguridad jurídica son de prever.

No menos digna de reflexión es la forma en que puede verse ampliada la penalización de la apología del terrorismo y la regulación de la figura del «arrepentido». En el primer caso, hay que tener en cuenta que, como escribiera Carrara hace ya muchos años, «ni los medios empleados para convencer las mentes, ni el ejercicio de la libertad en el pensamiento o en la palabra o en las reuniones o en las asociaciones, cuando no se empleen medios *materiales* violentos...», deben ser incriminados. Esta declaración no puede, en modo alguno, ser considerada como una ingenua expresión de voluntarismo liberal, sino antes bien como una consideración rigurosamente pragmática en el orden político-criminal, puesto que tan importante o más que sancionar los *actos* que lo merecen según la ley es tratar de evitar que un uso indiscriminado y absurdo de la medida penal pueda traducirse en factor de realimentación y reforzamiento de las bases sociales donde aquéllos se generan.

La figura del «arrepentido» supone una regresión más hacia la consolidación de un bien llamado *derecho de policía*, cuando no al proceso penal del «Antiguo Régimen», en cuanto constituye la consagración y legitimación definitiva de una recusable práctica policial de vieja estirpe, como es el tráfico de información a cambio de un trato (arbitrario) de favor. Bastaría considerar el precio de degradación y desgaste de determinados valores e instituciones que se está pagando en Italia por una más que discutible eficacia represiva. (Sin tener en cuenta lo poco que tiene que ver un movimiento sin apenas arraigo social y en franca descomposición, acosado en el plano ideológico y profundamente cuestionado en el debate político, cual es el de las Brigadas Rojas de los *pentiti*, con lo

que para amplios sectores del País Vasco es aún hoy desgraciadamente ETA.)

Todo parece indicar, en fin, que en este campo del universo jurídico-represivo sigue prevaleciendo la lógica tremenda de que «el fin justifica los medios». Pues bien, aun dándola por buena, habría que convenir que la eficacia de las medidas represivas del talante antidemocrático, desde el punto de vista de la consolidación de la democracia, está en el mejor de los casos rigurosamente por demostrar.

Parece, por ello, que exista una seria propensión a un cierto «uso mágico» del Derecho, de un tipo de resortes «legales» en franca contradicción con determinados valores básicos del ordenamiento y al propio tiempo sin otra eficiencia reconocida que la de contribuir a la perpetuación de prácticas aberrantes que siguen siendo un

**Es importante contribuir a formar una conciencia de la necesidad de una política democrática de libertades, que debe calar profundamente en la opinión ciudadana.**

serio obstáculo para la definitiva implantación capilar de los valores constitucionales en el ámbito de determinadas instituciones, policía y justicia especialmente.

«Uso mágico» porque se utiliza en función de un conjuro o exorcismo, pero no precisamente de los males a los que se dice salir al paso... Y hay que tener en cuenta el tremendo riesgo que entraña la inacción de principios vertebrales del sistema democrático, la perpetuación de pautas institucionales antidemocráticas, la intoxicación de la opinión pública y el indefinido aplazamiento de la práctica de garantías en las que ya no se sabe a veces si creer.

El resultado es que, cada vez más, lo excepcional ocupa el espacio de la normalidad, como se ha dicho, y que lo coyuntural y provisional se hace permanente. Añádase a esto que el modelo de Estado a que responde nuestra realidad constitucional, los derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones del Estado del bienestar, del Estado social, carecen (¿definitivamente?) de un sistema específico de garantías. No se ha creado para

ellas nada parecido a lo que supuso el derecho subjetivo clásico, no son jurisdiccionalmente accionables, y en muchos casos se mueven en ámbitos de amplia discrecionalidad institucional. No existe, como se ha afirmado, un marco de garantías jurídico-social correlativo al jurídico-liberal (Ferrajoli).

Pero es que, además, las garantías que configuraban el marco penal procesal propio del Estado liberal de Derecho se encuentran sometidas al notorio proceso de erosión que se ha señalado. (¿Cuáles serán los próximos preceptos constitucionales que deban ponerse entre paréntesis en aras de la eficacia?)

Por eso es tan importante, en este momento, contribuir a formar una conciencia de la necesidad de una política democrática de libertades, que debe calar profundamente en la opinión ciudadana. Porque no se puede perder de vista que, tristemente, ese curso, que pudiera parecer imparable, hacia el profundo deterioro del marco de garantías cuenta con la aquiescencia acrítica de amplias capas de

población. Esto parece estar dando a aquella política legislativa una legitimidad tan peligrosa como dudosa, en la medida en que se funda en un déficit político-cultural siempre celosamente alimentado por la derecha y en la frecuente manipulación de resortes emocionales, fácilmente pulsables y reconducibles hacia demandas irracionales de «seguridad» y «energía», que desgraciadamente aún se manejan en ocasiones con absoluta irresponsabilidad política.

En resumen, no se ha demostrado nunca que el ordenamiento democrático deba permanecer por necesidad inactivo para dar respuesta cumplida a fenómenos como el terrorismo. Por el contrario, se ha visto con claridad hasta qué punto la legislación de emergencia, excepcional, antiterrorista, etc., presta cobertura legal a comportamientos personales y pautas institucionales inadmisibles, degrada nuestra convivencia civil, genera desconfianza frente a determinadas instituciones básicas del Estado y por sus consecuencias, queridas o no, alimenta las raíces sociales de la violencia antidemocrática.