

# JUECES *para la* DEMOCRACIA

---

INFORMACIÓN Y DEBATE

**C. Madrigal**, El futuro del Tribunal Supremo. **J. Bayo Delgado**, La protección de datos en la investigación policial y en el proceso penal. **J. Igartua Salaverría**, Desconcertante sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo. **P. Andrés Ibáñez**, Competencia del Jurado. **F. Díaz García**, El juez Víctor Covián y Junco. **M. A. Rodríguez Arias**, La nueva ley 'de la memoria' y el CEPDH. **A. Olivas Díaz**, La intervención del juez de instrucción en la investigación de las desapariciones del franquismo. **J. Hernández García**, Hacia la reforma del sistema de acceso a la función judicial. **C. Gómez Martínez**, Propuesta de mejora de la formación inicial en la Escuela Judicial. **M. Carbonell**, Gustavo Zagrebelsky, juez constitucional. **A. Balsamo**, La formación de los magistrados en Italia.

**En este número:** Andrés Ibáñez, Perfecto, magistrado, Sala Segunda, Tribunal Supremo.  
Balsamo, Antonio, magistrado, Italia.  
Bayo Delgado, Joaquín, magistrado, Supervisor Europeo Adjunto de Protección de Datos.  
Carbonell, Miguel, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.  
Díaz García, Fructuoso, bibliotecario, Fundación Municipal de Cultura de Siero (Asturias).  
Gómez Martínez, Carlos, presidente, Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.  
Hernández García, Javier, presidente Sección 4ª, Audiencia Provincial de Tarragona.  
Igartua Salaverría, Juan, catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad del País Vasco.  
Madrigal, Consuelo, fiscal de sala, Tribunal Supremo.  
Olivas Díaz, Amaya, juez de primera instancia e instrucción, Mollet del Vallés (Barcelona).  
Rodríguez Arias, Miguel Ángel, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real.

### **Jueces para la Democracia. Información y Debate**

publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Consejo de Redacción: Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (director), Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO, Javier HERNÁNDEZ GARCÍA, Alberto JORGE BARREIRO, Roser BACH I FABREGO, Ramón SÁEZ VAL-CÁRCEL. Secretario de redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4º B. 28036 MADRID.

E-mail: [info@juecesdemocracia.es](mailto:info@juecesdemocracia.es) <http://www.juecesdemocracia.es>

Suscripciones Maxipack S.L. Av. del Sistema Solar nº 3 A. Parque Tecnológico.

28830 San Fernando de Henares. Madrid.

Tel 91 677 53 60

Fax 91 674 93 00

Email: [suscripciones@maxipack.es](mailto:suscripciones@maxipack.es)

Precio de este número: 10 € (IVA INCLUIDO)

Suscripción anual (nacional): 24 € (3 números).

Europa: 30 €

Resto: 36 €

Depósito legal: M. 15.960 - 1987. ISSN 1133-0627. Impresión Amoretti, S.L.

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>Debate</b>	
— <i>Casación o unificación de doctrina. El futuro del Tribunal Supremo</i> , Consuelo Madrigal .....	3
— <i>La protección de datos en la investigación policial y en el proceso penal</i> , Joaquín Bayo Delgado .....	11
— <i>Nombramiento de cargos judiciales. (Desconcertante jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo)</i> , Juan Igartua Salaverría .....	25
— <i>Competencia del Jurado</i> , Perfecto Andrés Ibáñez .....	34
<b>Estudios</b>	
— <i>El juez Víctor Covián y Junco. Aproximación a su vida y a su obra</i> , Fructuoso Díaz García .....	39
— <i>La nueva ley ‘de la memoria’ y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo</i> , Miguel Ángel Rodríguez Arias .....	68
— <i>La intervención del juez de instrucción en las diligencias de investigación seguidas por desapariciones forzadas en la dictadura franquista</i> , Amaya Oliva Díaz .....	86
<b>Cuestiones de ordenamiento judicial</b>	
— <i>Hacia la reforma del sistema de acceso a la función judicial (a modo de introducción)</i> , Javier Hernández García .....	103
— <i>Propuesta de mejora de la formación inicial en la Escuela Judicial</i> , Carlos Gómez Martínez ....	116
<b>Internacional</b>	
— <i>Gustavo Zagrebelsky, juez constitucional</i> , Miguel Carbonell .....	125
— <i>La formación de los magistrados en Italia: líneas maestras y objetivos formativos. Perspectivas de derecho comparado</i> , Antonio Balsamo .....	129
<b>Apuntes</b>	
— <i>En el Consejo, para empezar ‘bien’, más de lo mismo</i> .....	147
— <i>Primeras noticias</i> .....	148
— <i>Presidencia: primeros pasos</i> .....	149
— <i>La culpa es nuestra</i> .....	149
— <i>Los locos en Cataluña: una aproximación histórica desde la jurisdicción</i> .....	153
<b>Extractos/abstracts</b>	



## Casación o unificación de doctrina El futuro del Tribunal Supremo

Consuelo MADRIGAL

Urge una profunda reforma de nuestras leyes procesales que pase por la generalización de la apelación de sentencias penales en todo tipo de procedimientos. Son muchas las razones de urgencia: la necesidad de dar un cumplimiento efectivo al artículo 152 de la CE; la conveniencia de adaptar las previsiones del enjuiciamiento de aforados a las exigencias del artículo 14.5 del Pacto de Nueva York, y sobre todo, la incoherencia de un sistema de recursos en el que la apelación está sólo prevista para una parte de las sentencias dictadas por faltas o por delitos de menor entidad punitiva —no siempre social o técnica— y para los escasos supuestos atribuidos al Tribunal del Jurado, reservándose para el resto de los delitos una desnaturalizada casación, sin razón alguna que justifique tal dualidad.

Sentado lo anterior y dejando para otro momento las múltiples cuestiones técnicas que plantea esa reforma, se trata ahora de examinar el papel que ha de atribuirse al recurso de casación como cierre del sistema y por ende, al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (art. 123 CE), encargado de fijar a través de la interpretación, el contenido de la ley.

En la pasada legislatura el Gobierno presentó al Congreso un Proyecto de ley de amplia reforma en torno a estas cuestiones. Su caducidad y las muchas enmiendas de que fue objeto mantienen la vigencia del debate, sobre todo al margen del modelo que concretamente se proponía y que previsiblemente volverá a proponerse con más o menos variaciones, en el que se sustituía la casación que conocemos por un recurso de «casación para la unificación de doctrina».

Examinando la cuestión en su dimensión puramente procesal, sorprende en primer lugar la opción gubernamental, a la vista de las críticas que ha merecido el recurso de unificación de doctrina en el ámbito de lo social, y del fracaso de los dos recientes ensayos en el campo penal, por mucho que deba éste atribuirse a la índole de las materias afectadas. Ni el tratamiento penitenciario ni la responsabilidad penal de los menores son proclives al tratamiento unitario, pues en ambos terrenos se tiende por vocación y por confesada voluntad legislativa a la individualización que imponen las circunstancias concretas de la persona afectada como fundamento de la decisión judicial. Las dos experiencias han constatado que la dificultad de hallar en la resolución de contraste el término de comparación idóneo para la unificación y el estricto entendimiento de esa idoneidad conducen por lo general a la inadmisión. Lejos de dar uniformidad a las decisiones de los Tribunales territoriales en una y otra materia, el recurso sólo ha logrado evidenciar que el Tribunal Supremo no puede pronunciarse sobre ninguna de ellas.

Más todavía sorprende la facilidad con que se ha asumido la idea del «agotamiento del modelo casacional»<sup>1</sup> porque si se examina la evolución histórica de la institución se comprueba que en realidad, su original diseño nomofiláctico ni siquiera ha sido ensayado. Efectivamente, su aplicación a un sistema general de única instancia y las

---

<sup>1</sup> Martín Pallín J. A., *La casación: un modelo agotado*, Estudios de Derecho Judicial 87/2006 CGPJ págs. 86 Y ss.

exigencias de la dogmática jurídica, obligaron casi desde el inicio a una progresiva ampliación cognitiva para propiciar una solución de justicia en el caso concreto.

Pero lo más sorprendente de todo es la general aceptación de la «unificación de doctrina» como mejor alternativa<sup>2</sup>. No estoy en condiciones de discutir la eficacia de esta herramienta procesal en el ámbito contencioso-administrativo. El colapso de la Sala Tercera de una parte y la marcada separación entre el Derecho Estatal y los Derechos Autonómicos de otra, probablemente demandan soluciones propias. Pero sí parece ya claro que el modelo entraña más inconvenientes que ventajas en el ámbito de lo social, y que ha resultado un completo fracaso en las materias de vigilancia penitenciaria y responsabilidad penal de los menores.

Personalmente, no veo las ventajas de complicar innecesariamente el modelo casacional, cuando en el ámbito penal bien podría simplificarse con el retorno al recurso por corriente infracción de ley. Al ciudadano, siempre interesado en el acceso al recurso y en la obtención de justicia en su caso concreto, la «unificación de doctrina», le obliga a bucear en las bases de datos en busca de resoluciones de contraste con la que ha originado el agravio, y le frustra particularmente, si la labor del Tribunal Supremo se limita a la superación doctrinal de la contradicción eventualmente detectada, sin resolución de la posible injusticia cometida.

De otra parte, exige al Tribunal Supremo un esfuerzo interpretativo añadido para la aplicación del recurso: redefinición de los conceptos de «contradicción», o «identidad de supuestos», presupuestos de admisibilidad... esfuerzo que delimitará los contornos y posibilidades del instrumento procesal, pero que no implicará más justicia concreta ni más unidad jurisprudencial.

Además, al supeditarse las posibilidades impugnatorias de la «unificación de doctrina» al hallazgo de resoluciones contradictorias en supuestos «sustancialmente iguales», se suscitan nuevos problemas conceptuales. Si la igualdad se refiere a los supuestos fácticos, resultará muy difícil encontrarla dada la riqueza y multiplicidad de la realidad. Los comentados ensayos en responsabilidad penal de menores y vigilancia penitenciaria son suficientemente expresivos en este sentido.

No es lógico exigir una igualdad de supuestos fácticos en un recurso que pretende la correcta interpretación de la ley porque para esta función lo decisivo será la coincidencia del problema jurídico planteado. Ahora bien, si el recurso se decide prescindiendo de la coincidencia fáctica para resolver la contradicción en la interpretación de una misma cuestión jurídica, acabará sentando, o más bien reiterando, la doctrina correcta hasta llegar a su indeseable fosilización, pero no siempre podrá corregir el error de subsunción de los hechos, que es en definitiva lo que interesa al recurrente afectado por la decisión.

Finalmente, y esto me parece lo más grave, con la «unificación de doctrina» se sustituye la idea de uniformidad jurisprudencial, resultado natural y deseable de la función interpretativa del Tribunal Supremo, por la de unificación de la jurisprudencia que pasa no sólo a ser la única función de este órgano, sino sorprendentemente, a considerarse la única «auténtica». De esta manera, lo que era consecuencia indirecta de la labor primordial de protección del ordenamiento jurídico a realizar mediante la anulación de las resoluciones contrarias a la ley, se convierte en finalidad exclusiva de la casación con virtual eliminación de la de defensa del ordenamiento jurídico.

En el esquema tradicional, el Tribunal Supremo mantiene la pureza de la ley y el ordenamiento jurídico, expulsando del mismo las resoluciones que lo vulneran o ignoran, y sólo derivadamente y a través de la necesaria motivación de sus decisiones crea la jurisprudencia, cuya mayor o menor uniformidad —que no unidad— procede de la exclusividad en el ejercicio de la función, aunque dependa también inevitablemente de las condiciones de composición y funcionamiento interno del propio Tribunal. La

---

<sup>2</sup> Proposición no de ley presentada por el Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso, modificada posteriormente por el Grupo Socialista, y que finalmente, fue aprobada el 28 de septiembre de 2004 (BOCG, Congreso de los Diputados nº D-79, de 5 de octubre de 2004).

inversión de estos términos quiebra necesariamente el equilibrio del sistema sin otro beneficio que liberar de trabajo, tal vez de todo trabajo útil, al Tribunal Supremo para encomendarlo, más allá de las prescripciones del artículo 152 de la CE, a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

En otro orden de cosas, el recurso de unificación de doctrina parte de la exigencia de sentencias contradictorias, como si la mera contradicción fuera el principal y único mal a combatir, y del erróneo presupuesto de que una de tales resoluciones es forzosamente contraria a la ley. Pero poco importará al ciudadano que se decida si la interpretación conforme a la doctrina jurisprudencial fue la de contraste —cuando consiga hallar una idónea para permitirle el acceso al recurso— o la que le causó el agravio. Tampoco le servirá, que el Tribunal Supremo declare superada la contradicción jurisprudencial en una afirmación mecánica de la doctrina única, si con ello no consigue la reparación de la injusticia cometida que bien pudiera haberlo sido en la sentencia de contraste. Esto puede ocurrir porque no es imposible que ambas sentencias, pese a su contradicción radical, sean conformes con el ordenamiento jurídico. Es precisamente la coexistencia de más de una interpretación correcta, lo que, a más de dar fe de la riqueza de la realidad y de la del propio ordenamiento, exige el ejercicio, creativo y flexible, de la función interpretativa y hace indeseable la cristalización de la jurisprudencia a que necesariamente aboca un restrictivo recurso de unificación de doctrina.

En el ámbito penal más que en ningún otro, resalta la labor de la jurisprudencia que, sin ser fuente del Derecho, cumple una función irremplazable en el proceso de concreción del mandato normativo abstracto a la realidad social que representa el caso concreto, porque aporta pautas interpretativas de aplicación probable, siempre convenientes y absolutamente indispensables en los supuestos en que el legislador renuncia a delimitar exhaustivamente la materia de prohibición y recurre a los llamados tipos penales «abiertos», a «cláusulas generales», o introduce elementos valorativos en el tipo, cuya aplicación requiere una previa labor de concreción que puede considerarse «cuasinormativa».

No podemos olvidar que la realización de esta tarea de fijación del contenido de la ley penal, de ámbito estatal, a través de la interpretación jurisprudencial, está encomendada al Tribunal Supremo y no a los Tribunales Superiores de Justicia (arts. 123 y 152 CE).

Frente a todos estos argumentos, la unificación de doctrina se ha presentado como la única alternativa procesal posible, con olvido de las posibilidades y la eficacia nomofiláctica propias de la casación. Tres son las razones que normalmente se invocan como aval de esa alternativa y que esgrimía el fenecido y último Proyecto de reforma procesal: la necesidad de adaptar la estructura judicial al Estado de las Autonomías, dando contenido al artículo 152 de la CE; la de lograr la uniformidad de la jurisprudencia y la de solucionar el colapso de asuntos en el TS. Al menos en el orden penal al que se limitan estas reflexiones, ninguna de tales razones justifica el modelo de unificación de doctrina.

— El artículo 152 de la CE exige el agotamiento de «las sucesivas instancias procesales» ante los TSJ que, «sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo», culminarán la organización judicial en sus respectivos ámbitos territoriales. Es obvio que, en buena parte de los procedimientos penales (los que se conocen en primera instancia por las Audiencias Provinciales) estas previsiones constitucionales sólo se han cumplido hasta ahora formalmente, toda vez que nuestra casación penal, sin ser propiamente una segunda instancia sino un nuevo grado de la jurisdicción, desde la vigencia práctica de la CE y la promulgación de la LOPJ de 1985, ha ido evolucionando hasta perder *de facto* su carácter extraordinario, pues aunque las partes que no pueden acudir a ella a base de su simple interés, y formalmente, el órgano jurisdiccional encuentra circunscritos sus poderes revisores a temas determinados y taxativos coincidentes precisamente con las circunstancias que funcionan como motivos de casación, la amplitud de estos temas ha llegado a aproximar la impugnación a

lo que se pueda considerar una apelación limitada, que pese al carácter —más bien sedicente— extraordinario es también, un recurso que desarrolla su actuación esencialmente para asegurar la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la CE), tanto en lo que afecta al control de la observancia de los derechos fundamentales como en la unificación de la interpretación penal y procesal, revisando la aplicación del derecho y la formación del hecho probado de la sentencia, particularmente, al establecerse como motivo de casación la vulneración de derechos fundamentales, lo que a través de la presunción de inocencia, permite revisar la racionalidad en la valoración de la prueba y por ende, la declaración fáctica de la sentencia<sup>3</sup>.

En esta tesitura, el artículo 152 CE insta a generalizar la doble instancia penal de manera que, a través de la apelación, las sucesivas instancias culminen en los TSJ. De ello derivará lógicamente el retorno al carácter extraordinario y a la limitación cognitiva de la casación que no podrá ya ser una suerte de apelación, o tercera instancia, y deberá retornar a ser propiamente, el último grado de la jurisdicción. Será pues forzoso que desaparezca la actual casación ampliada que viene a ser una suerte de apelación y se sustituya por lo que originariamente fue la casación, un grado diferente de la jurisdicción, pero nada impone necesariamente el concreto diseño de la «unificación de doctrina», y mucho menos, con las limitaciones con las que se ha propuesto hasta ahora al debate.

No se oculta a nadie que la opción entre una casación por infracción de ley y el llamado recurso de unificación de doctrina trasciende la estricta técnica procesal y afecta de lleno a la ubicación del Tribunal Supremo en el sistema constitucional del Estado de las Autonomías y a la estructura misma de ese Estado que define nuestra Constitución. En el debate sobre la conveniencia de las alternativas sería bueno tener presente que la definición constitucional del Tribunal Supremo responde al sistema de estado democrático que apareció y se ha desarrollado, con ligeras variaciones en distintos países europeos, a partir de la Revolución Francesa.

Ello se comprueba si atendemos a que el recurso de casación, y con él la configuración de los Tribunales de casación o Cortes Supremas de los países continentales, surgieron en el contexto histórico en el que se implantó la división de poderes, con un fin que es esencialmente jurídico pero también indirectamente político: defender la integridad del ordenamiento frente a las desviaciones del poder judicial, esto es, «mantener a los órganos jurisdiccionales bajo el imperio de la ley». Se buscaba con ello una garantía de aquella separación de poderes y también, de la supremacía del legislativo en función de su origen representativo. Es precisamente en este sentido en el que Calamandrei destaca cómo la casación ni en su origen ni en su desarrollo posterior fue sólo un recurso procesal, sino también una institución política del Estado, garantía del principio de separación de poderes. La ley que emana del legislativo ha de ser defendida de cualquier incumplimiento o abuso y esa defensa, articulada a través del recurso de casación, convierte al Tribunal Supremo en un instrumento de control de la jurisdicción.

Sólo por añadidura y como resultado del constante ejercicio de defensa del ordenamiento por un único órgano con jurisdicción en todo el Estado, se consigue la uniformidad de la interpretación de las leyes. Pero como hemos visto, ese logro subsiguiente no es la misión del Tribunal Supremo, sino una consecuencia natural del ejercicio reiterado de la función de protección e interpretación de la ley por un órgano único y superior con competencia en todo el territorio.

---

<sup>3</sup> Es así un recurso efectivo que satisface las exigencias del artículo 14.5 del PIDCP de Nueva York, según doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas plasmada en más de 12 dictámenes desde el año 2005. La rotunda rectificación del inicial posicionamiento de condena del Comité ha convertido en anécdota el sobredimensionado Dictamen del caso Gómez Vázquez de 20 de julio de 2000 (C<sup>o</sup>n 701/96) y los cuatro siguientes que reiteraban mecánicamente y sin fundamentación alguna la condena de la casación española por insuficiencia cognitiva.

Dos siglos después de la implantación de la casación, su inicial vinculación con las ideas de democracia y libertad generalizadas en la Europa ilustrada, sigue siendo el dato más elocuente sobre su utilidad y aún su necesidad, porque fue precisamente en aquel contexto histórico y político, cuando se enlaza la idea de defensa de la ley con la de resistencia frente a la opresión —hoy hablaríamos de arbitrariedad, irracionalidad, abuso de poder, trato discriminatorio, o mera vulneración de la ley... , aunque tal vez no, de contradicción jurisprudencial— y cuando aquella resistencia encuentra en el recurso de casación, una lograda articulación jurídica e institucional, al ser el Tribunal Supremo quien examinaba la legalidad o arbitrariedad de un acto de los poderes públicos, incluso el judicial, para eliminar el abuso y restablecer la libertad o el derecho injustamente afectado.

Por otra parte, nuestra Constitución, siguiendo el modelo francés, configura en el artículo 123 de la CE al Tribunal Supremo como órgano constitucional que, con jurisdicción en toda España, es el superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales. Este carácter es el que lo constituye naturalmente en Tribunal de unificación en punto a la interpretación correcta de la ley, dado el carácter indirectamente vinculante de sus decisiones en tanto procedentes de un órgano superior y en armonía por supuesto, con la previsión del artículo 117.1 de la CE según el cual, los jueces están sometidos únicamente al imperio de la ley.

El problema por tanto, no es que la Sala Segunda no haya cumplido mediante la casación «ampliada» sus funciones, sino que, obligada a dar satisfacción al derecho del condenado a una revisión de su sentencia de condena, y por ende, a disminuir el carácter extraordinario del recurso y a eliminar las exigencias de rigor formal en su admisión, lo haya hecho de una forma a veces residual al resolver los muchos asuntos atendiendo a la justicia del caso concreto.

Será preciso adaptar la casación a la nueva situación, resolver deficiencias y disfunciones en el seno del propio Tribunal Supremo e innovar mecanismos procesales para que éste pueda cumplir sus cometidos. Pero los problemas no se eliminarán suprimiendo los cometidos y reduciendo al Tribunal Supremo a la condición de figura cuasi decorativa o residual en un modelo territorial cada vez más descentralizado que no tiene paralelo en ninguno de los países de nuestra tradición jurídica. Ello precisamente es lo que crearía nuevos y más graves problemas.

Hace pocos meses, Leandro Despouy, relator especial de la ONU y último premio «Justicia en el Mundo», explicaba en un semanario español<sup>4</sup> que, desde Naciones Unidas se trata de promover un poder judicial que, sea centralizado o descentralizado, se ajuste siempre a los mismos parámetros en cuestión de las garantías que ha de ofrecer la justicia, pero que pese a todo, se ha constatado cómo muchas veces el Poder Judicial descentralizado es una poderosa fuente de dominio del ejecutivo local, por lo que la ONU aboga por la integridad del Poder Judicial.

Cuanto mayor sea la descentralización o la autonomía territorial, más se hará sentir en el ámbito judicial la necesidad de una unidad en la interpretación y aplicación del derecho, como garantía de los derechos a la igualdad y seguridad jurídica de todos los ciudadanos, y por ello, no sólo de un órgano jurisdiccional superior que actúe de árbitro de diferencias, sino del efectivo instrumento de decisión última que dote a los ciudadanos del instrumento procesal eficaz para obtener la garantía de aquellos derechos.

Frente a ello, el modelo de «unificación de doctrina» que se ha propuesto y que previsiblemente volverá a proponerse más o menos modificado, mientras mantenga fuertes restricciones de competencia objetiva y supedite básicamente las posibilidades de pronunciamiento del Tribunal Supremo a la existencia de contradicciones jurisprudenciales entre los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas, reducirá al primero a la condición residual de árbitro de eventuales conflictos interpretativos entre aquéllos y lo que es más importante, dejará la definición de lo que sea el contenido de

---

<sup>4</sup> Entrevista del Semanario *Expansión jurídico* (8- 14 de julio de 2008).

la ley en buena medida (cuantitativa y materialmente), fuera del ámbito casacional, a lo que resulte de las decisiones y prácticas coincidentes de estos tribunales a quienes desde luego, no está atribuida ni en el artículo 152 CE ni en otras leyes, la función de creación e interpretación jurisprudencial.

En tal sistema, no sería improbable que la coincidencia jurisprudencial de los Tribunales autonómicos, exenta de la labor de unificación y de interpretación del Tribunal Supremo, se produjera de forma a veces natural y también a veces, forzada o a través de acuerdos previos. Con eso el Tribunal Supremo dejaría de ser, en medida más amplia de lo que a primera vista pueda parecer y desde luego, en la inmensa mayoría de los asuntos penales, el órgano jurisdiccional superior que garantiza la corrección de la aplicación de la ley, tal como prevé el artículo 123 de una Constitución que también proscribiera la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y propugna la justicia y la igualdad en la aplicación de las leyes (art. 1 CE), para venir a realizar funciones residuales sobre un reducido objeto material.

— En segundo lugar se insiste y con excesivo énfasis, en la necesidad de unificar la jurisprudencia. La insistencia parte de un error de enfoque que convierte la uniformidad jurisprudencial en la finalidad del recurso, y por ende, en la función única o «auténtica» del Tribunal Supremo, cuando, como se ha dicho antes, la unificación no es sino la consecuencia del ejercicio coherente de la función interpretativa realizado por un único órgano con jurisdicción en todo el territorio y sobre todo el ordenamiento.

Pero esa función no ha dejado de realizarse por parte del Tribunal Supremo hasta el presente, incluso a través de la actual casación «ampliada». Para depurar las deficiencias y disfunciones, buena parte de las cuales habrían de desaparecer en un sistema general de doble instancia, sin reducir el ámbito de competencia objetiva, basta la casación por infracción de ley como instrumento de probada eficacia para la materialización de la interpretación orientadora del órgano supremo. Puesto que la ley admite varias interpretaciones entre las que es preciso seleccionar la aplicable a los supuestos concretos, se impone acudir a una de ellas y generalizar su aplicación en todo el territorio nacional para garantizar que su aplicación no dependa de circunstancias geográficas o personales, con quiebra de los derechos de igualdad y seguridad que protegen a todos los ciudadanos.

En este aspecto resulta paradójico y hasta sospechoso que, enfatizándose de un lado la importancia de la unificación jurisprudencial, de otro se haya previsto en la última propuesta legislativa una drástica limitación objetiva de los asuntos susceptibles de recurso ante la Sala Segunda. El proyecto caducado, excluyendo los autos, reducía las resoluciones recurribles a las Sentencias definitivas dictadas en segunda instancia, en las que se hubieren impuesto una o varias penas privativas de libertad que, conjunta o separadamente, superasen los tres años.

Con ello, no sólo se renuncia al criterio de universalidad que comporta que, en cumplimiento de su función constitucional, el Tribunal Supremo unifique la interpretación judicial de todo el ámbito penal, sino se mantiene y amplía la actual marginación de la casación de la mayor parte de los delitos. Si alguien se toma la molestia de contrastar estas previsiones con el propio Código Penal, comprobará que de los 333 tipos penales existentes, 198 tienen señalada en abstracto una pena que no supera los tres años de prisión o una pena de naturaleza distinta a la de privación de libertad. Si a este dato se añade el número de 79 delitos que podrían quedar fuera del recurso de casación en función de la pena concretamente impuesta en la sentencia —expresamente tomada como referencia en el texto del proyecto— por tener señalada pena de prisión cuyo límite inferior está por debajo de los tres años de prisión aunque el límite superior sí los rebase, se concluye que la labor de unificación encomendada al Tribunal Supremo afectaría en todo caso sólo a 56 delitos, eventualmente a 135 y que en todo caso, quedarían fuera de la labor interpretativa y unificadora del TS 198 tipos penales.

Estos datos, susceptibles de matizaciones con cuanto resulta del régimen competencial de la ley orgánica del Tribunal del Jurado y de otras atribuciones de los

TSJ, bastan sin embargo para ilustrar siquiera por aproximación, la enorme restricción cuantitativa del objeto de unificación doctrinal y la consiguiente quiebra del espíritu declarado de la reforma, así como de la posible utilidad de la labor que se pretende encomendar al Tribunal Supremo, no digamos ya de la que debería encomendársele en estricta aplicación de su diseño constitucional.

Desde el punto de vista cualitativo la importancia de la restricción es también inmensa. Se constata atendiendo pormenorizadamente a la variada índole de delitos excluidos: algunos tipos de aborto no consentido, lesiones y amenazas, chantaje, tratos degradantes, abusos y acoso sexuales, calumnias e injurias graves, impago de pensiones, alteración de precios, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, delitos societarios, contra los derechos de los trabajadores, el medio ambiente, la salud pública, o la seguridad del tráfico; algunas falsedades, y delitos contra la Administración y la Administración de Justicia, así como otros contra las instituciones del Estado o relativos al ejercicio de derechos y libertades públicas, ultrajes a España, muchos tipos contra el orden público, alguno de compromiso de la paz o independencia del Estado, descubrimiento y revelación de secretos o informaciones relativos a la Defensa Nacional, contra el derecho de gentes, o delito contra la personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (art. 614)...

En unos casos, la relevancia social de la infracción, en otros, su complejidad técnica, y en algunos, su novedad en el ámbito social o legislativo, demandan, al margen de la importancia de la pena que en cada caso corresponda, una interpretación uniforme en evitación de situaciones discriminatorias en la aplicación de la ley penal. Son los principios de igualdad y seguridad jurídica los que reclaman la universalidad de la función interpretativa superior que implicaría la aplicación del recurso a toda la materia penal.

Esa sospechosa contradicción entre la declarada finalidad del recurso y las posibilidades que se le otorgan para lograrla nos lleva directamente a la tercera de las razones esgrimidas en pro de la restricción competencial y cognitiva que entraña el diseño de la unificación de doctrina en materia penal: la evitación de la masificación de asuntos.

Tal masificación no existe actualmente en la Sala Segunda. El razonable volumen de asuntos se debe en buena medida a la limitación de su competencia objetiva pero no debe perderse de vista que con ella se pretendió en su momento compensar la amplitud cognitiva de la actual casación «ampliada» y su necesidad de funcionar como recurso efectivo, sin exigencia alguna de rigor formal y merma de la natural eficacia de los filtros de admisión.

De atribuirse a la Sala Segunda en un futuro recurso, la interpretación de toda la materia penal, el control de la masificación de asuntos que le impediría cumplir sus funciones con la celeridad también imprescindible a la justicia y a la función unificadora, podría articularse a través de otros mecanismos que no afecten precisamente a la esencia de tal función. Con un recurso de estricta y corriente infracción de ley, sin modificación del hecho probado, sería suficiente a tales efectos, el establecimiento de los presupuestos procesales propios de todo recurso extraordinario y la efectividad en los filtros de control de acceso. Los primeros podrían residenciarse en fase de preparación, en el Tribunal *a quo*, al que cabe atribuir mayores competencias en la depuración de pretensiones formalmente inviables, y en fase de interposición, en el Tribunal Supremo, a través de un trámite estricto y sumario de admisión que impida el acceso de asuntos sin fundamento casacional o repetitivos sobre los que ya exista doctrina consolidada, en rigurosa aplicación de lo que hoy son las causas de inadmisión primera y segunda del artículo 885, pero también riguroso en punto a deficiencias formales tanto de los escritos de preparación como de interposición (mixtura de motivos casacionales, ausencia de argumentaciones, cuestiones nuevas, quiebra de unidad de alegaciones...).

Estas consideraciones, aunque tan someramente apuntadas, son suficientes para ilustrar los muchos y graves inconvenientes del modelo elegido para la unificación de doctrina en el campo penal, y su inutilidad para remediar la génesis de situaciones de injusticia comparativa que habrán de surgir en diferentes puntos del territorio estatal.

Si el legislador es consciente de la función de garantía político-constitucional que el propio artículo 123 de la CE atribuye al Tribunal Supremo como supremo órgano judicial encargado de la unificación en la interpretación legal, deberá otorgarle, como herramienta procesal para el cumplimiento de tal función, un recurso que, se llame como se llame, sirva efectivamente a la necesidad del TS, como órgano judicial superior con jurisdicción en todo el territorio del Estado, interprete la ley aplicable en todo el Estado y no se convierta, bajo el dudoso pretexto de aligerar una carga —que en el ámbito penal al menos, no ha de ser tan pesada—, en mero y residual contrapeso de la autonomía jurisdiccional que genera la atribución de la apelación a los Tribunales Superiores de Justicia, en un modelo territorial cada vez más descentralizado.

La eficacia de ese futuro instrumento dependerá del grado en que cumpla como presupuestos mínimos con los criterios de exclusividad (123 CE), universalidad, celeridad, y fuerza vinculante.

Pero no olvidemos que esa fuerza, sin necesidad de particular declaración es de suyo inherente a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo respecto de los tribunales inferiores. Esta vinculación, compatible con el artículo 117 de la CE, existe siempre que a través del recurso el Tribunal Supremo pueda revocar la sentencia decidiendo la ley aplicable y la interpretación que ha de dársele con efectos en el caso concreto, pues finalmente prevalecerá su criterio de Tribunal superior. Es justamente el carácter indirecto de esta vinculación lo que evita la aceptación acrítica o automática de la doctrina por parte de los Tribunales inferiores que siempre pueden añadir consideraciones y aun conclusiones distintas aunque no necesariamente contrarias a las establecidas por el Tribunal Supremo, en un proceso dinámico que impida la indeseable fosilización de la jurisprudencia a que puede conducir —sobre un reducido ámbito material— el recurso de unificación de doctrina y la vinculación directa de las decisiones del TS.

# La protección de datos en la investigación policial y en el proceso penal

Joaquín BAYO DELGADO

## 1. INTRODUCCIÓN

La idea de protección de datos es relativamente reciente, no más de cuarenta años<sup>1</sup>. Por el contrario, el concepto de *privacy* data de 1890<sup>2</sup>. Ambos están fuertemente entrelazados histórica y conceptualmente pero aquí interesa resaltar el carácter marcadamente activo del primero, frente al más pasivo del segundo<sup>3</sup>. La protección de datos parte de la idea de que los datos pertenecen al sujeto a quien se refieren, sobre los que debe mantener su control (*habeas data*), salvo excepciones legalmente previstas. También conviene remarcar que la intimidad y el honor están frecuentemente en juego pero no son los únicos derechos fundamentales que la protección de datos protege. Acertadamente el artículo 1 de la Ley Orgánica 15/1999 (LOPD), sobre la que volveremos reiteradamente después, declara tener por objeto

*garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas<sup>4</sup>, y especialmente [de]<sup>5</sup> su honor e intimidad personal y familiar*

En el contexto de las investigaciones policiales y proceso penal, el derecho a la intimidad no está ausente del todo pero es obvio que prima la protección de otros derechos fundamentales. Adelantemos que el derecho de defensa y demás garantías cobran la máxima importancia.

Por otra parte, el concepto de dato (de carácter) personal equivale a «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables»<sup>6</sup> (art. 3.a LOPD). El ámbito de aplicación, por tanto, de la legislación de protección de datos (de carácter personal) es muy amplio, con informaciones de muy diversa naturaleza y variada relación con una persona física, que a su vez puede tener un grado de identificación distinto.

Esta concepción de la protección de datos no es, ni mucho menos, universal y la podemos calificar sin duda como europea. Ha sido Europa el continente donde la evolución ha sido más importante y en él ha cuajado en instrumentos jurídicos precisos, que son el objeto de este artículo.

---

<sup>1</sup> Tellez Aguilera, Abel, *La protección de datos en la Unión Europea, Divergencias normativas y anhelos unificadores*, Edisofer, Madrid 2002, págs. 26 y ss.

<sup>2</sup> Warren & Brandeis, «The right to privacy», *Harvard Law Review*, vol. IV, 15 Dec. 1890, nº 5; también edición del Garante per la Protezione dei Dati Personali, Roma, 2005.

<sup>3</sup> *Right to be left alone*, «derecho a ser dejado en paz».

<sup>4</sup> Las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas.

<sup>5</sup> En el texto legal, sin coherencia gramatical.

<sup>6</sup> Véase el Dictamen 4/2007 aprobado por el Grupo de Trabajo del Artículo 29, WP 136, de 20 de junio de 2007; [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_es.pdf).

## 2. MARCO NORMATIVO EUROPEO

### 2.1. Consejo de Europa

La primera referencia legal está constituida por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), de 1950, centrado en la vida privada y familiar<sup>7</sup>. La jurisprudencia internacional ha tenido ocasión de interpretar que esos conceptos no quedan fuera del ámbito de la actividad profesional. Por otra parte, en el contexto de la protección de datos en el ámbito penal conviene también hacer referencia al artículo 6 del mismo Convenio y su interpretación por el Tribunal de Estrasburgo, puesto que, como hemos dicho antes y veremos en el análisis de los principios aplicables, los derechos fundamentales de defensa, juicio justo, etc. se solapan con la protección de los datos personales y ésta coadyuva a que aquéllos se respeten.

El instrumento legal europeo específico sobre protección de datos personales es el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 1981<sup>8</sup>. En él se parte de la visión antes expuesta sobre la protección de datos, como derecho de protección de libertades y derechos fundamentales<sup>9</sup> y se fijan los principios fundamentales para el tratamiento de los datos. En ese momento histórico, el énfasis estaba en el tratamiento automatizado de los datos, pues obviamente ese tratamiento, como en el artículo 18 de la Constitución Española, es el que preocupa más como potencialmente más peligroso para el titular de los datos que son tratados. No obstante, las Partes pueden ampliar ese ámbito de aplicación a los tratamientos no automatizados, según su artículo 3.2.c. España no ha efectuado esa ampliación, lo cual deja fuera los datos contenidos en ficheros en soporte papel exclusivamente. En el intercambio de datos entre los Estados Partes, el convenio declara la equivalencia de protección, lo cual, salvo excepciones, permite y obliga a no restringir el flujo de datos entre los Estados Partes del Convenio (art. 12). Posteriormente, el Protocolo Adicional de 2001<sup>10</sup>, que no ha sido firmado ni ratificado por España, introduce la existencia obligatoria de autoridades independientes de supervisión y nivel adecuado de protección en terceros países receptores de datos. El primer aspecto no plantea graves problemas en el caso de España, que tiene esa autoridad independiente, competente también en el ámbito policial y judicial (véanse los matices *infra* punto 4), pero la ausencia de regulación de las transferencias internacionales sí plantea problemas, como veremos.

Todos los Estados Miembros de la UE son Estados Partes del Convenio 108 y algunos, por supuesto, han ratificado el Protocolo Adicional. En el marco del Consejo de Europa también debe mencionarse la Recomendación R (87) 15 del Comité de Ministros, que aplica el Convenio 108 al sector policial, teniendo muy en cuenta el artículo 9 del convenio, cuya excepción 2.a. (seguridad pública y represión de infracciones penales) es matizada. Efectivamente el artículo 9 permite excepciones limitadas a los principios cardinales recogidos en los artículos 5, 6 y 8 en aras a las necesidades de la represión de infracciones penales pero siempre que constituya una medida necesaria

---

<sup>7</sup> 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

<sup>8</sup> <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=108&CM=1&DF=&CL=ENG>.

<sup>9</sup> El fin del presente Convenio es garantizar, en el territorio de cada Parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona («protección de datos»).

<sup>10</sup> También hay una Modificación (1999) en curso para permitir a las Comunidades Europeas —hoy UE— ser parte como tales.

en una sociedad democrática, es decir, usando los mismos términos que usa el artículo 8 CEDH. La Recomendación repasa esos principios y los aplica al supuesto concreto de la investigación policial. Importa destacar que en su punto 3.2<sup>11</sup> se aboga por la clara distinción entre datos fácticos y objetivos y datos de apreciación subjetiva. Otras pautas son también cruciales, como la necesidad de la puesta al día antes de su remisión a otras autoridades y el respeto de los derechos de información, acceso y rectificación<sup>12</sup>.

En cuanto a la actividad judicial en materia penal, existe un Informe de 2002 sobre la incidencia de los principios de la protección de datos en los datos judiciales en materia penal, incluida la cooperación judicial en materia penal<sup>13</sup>, que repasa los distintos principios y sus consecuencias en ese ámbito.

Con fecha 2 de julio de 2008 el Comité de Ministros ha hecho un ofrecimiento<sup>14</sup> abierto a los países que no son miembros del Consejo de Europa, a adherirse al Convenio 108, en aplicación de su artículo 23. Las posibilidades de que esto se materialice están por ver, teniendo en cuenta las diferencias de concepción sobre la protección de datos en otros continentes, pues tales adhesiones convertirían el Convenio en un estándar mundial improbable aunque deseable. Contrasta con el proceso de adhesiones al Convenio sobre Cibercrimen de 23 de noviembre de 2001<sup>15</sup>, que España no ha ratificado todavía, y los entusiasmos que suscita en algunos estados no europeos. Ese Convenio representa, por así decirlo, una cara de la medalla de la investigación criminal en tanto da instrumentos muy válidos para la investigación, pero necesita también verse equilibrado con las garantías necesarias, representadas por el Convenio 108. Con todo, el Convenio sobre el Cibercrimen en su artículo 28 prevé que, en ausencia de tratado entre las partes, el intercambio de datos puede sujetarse a limitación de ulteriores usos, que es un principio esencial de la protección de datos.

Señalemos, por último, el *Segundo Protocolo Adicional al Convenio europeo de ayuda mutua judicial en materia penal*, de 8 de noviembre de 2001 (STE n° 182)<sup>16</sup>, cuyo artículo 26 contiene normas específicas sobre protección de datos. Desgraciadamente España ni siquiera lo ha firmado.

## 2.2. Unión Europea (UE)

El Tratado de la UE (TUE), en su artículo 6, remite a los derechos fundamentales según el CEDH y la común tradición constitucional de los Estados Miembros, donde debe incluirse no solo el artículo 8 CEDH sino el propio Convenio 108, como instrumento internacional común y desarrollo específico de los derechos protegidos por el CEDH. La ubicación y contenido de este precepto suponen que, a pesar de las estructura en «pilares» de la UE, se aplica en todos ellos y, por tanto, en el tercero que hoy está constituido por la cooperación policial y judicial en materia penal. Ese ámbito de aplicación es importante por cuanto, de momento, no hay otro marco legal que abarque de forma horizontal toda la UE. Hay, sin embargo, un artículo, el 31.1.b. TUE, que

---

<sup>11</sup> 3.2. *Les différentes catégories de données enregistrées devraient être différenciées, dans la mesure du possible, en fonction de leur degré d'exactitude ou de fiabilité et en particulier les données fondées sur des faits devraient être différenciées de celles fondées sur des opinions ou appréciations personnelles.*

<sup>12</sup> Véase su Tercera Evaluación en: [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co-operation/data\\_protection/documents/reports\\_and\\_studies\\_of\\_data\\_protection\\_committees/2T-Report\\_3\\_evaluation\\_R\(87\)15\\_2002.asp](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/data_protection/documents/reports_and_studies_of_data_protection_committees/2T-Report_3_evaluation_R(87)15_2002.asp) - TopOfPage.

<sup>13</sup> [http://www.coe.int/t/f/affaires\\_juridiques/coop%E9ration\\_juridique/protection\\_des\\_donn%E9es/documents/rapports\\_et\\_%E9tudes\\_des\\_comit%E9s\\_de\\_protection\\_des\\_donn%E9es/4S-Rapport\\_donnees\\_judiciaire\\_et\\_penales\\_2001.asp](http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/coop%E9ration_juridique/protection_des_donn%E9es/documents/rapports_et_%E9tudes_des_comit%E9s_de_protection_des_donn%E9es/4S-Rapport_donnees_judiciaire_et_penales_2001.asp) - TopOfPage.

<sup>14</sup> <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1319911&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>.

<sup>15</sup> <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=185&CM=8&DF=10/12/2008&CL=FRE>.

<sup>16</sup> <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=182&CM=1&CL=FRE>.

sujeta la cooperación policial al respeto de la protección de datos. Su equivalente en cooperación judicial, desgraciadamente, no incluye esa garantía.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre del 2000<sup>17</sup>, pese a no tener valor jurídico vinculante, representa un referente constante en la interpretación de la legalidad comunitaria. Su Título VI está dedicado a la justicia, incluyendo el derecho de defensa. Su artículo 7 está consagrado a la intimidad y el artículo 8 a la protección de datos. Debe resaltarse que, en este caso, contiene explícitamente los aspectos cardinales del derecho:

*1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.*

*2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.*

*3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.*

La incorporación de esos principios ya recogidos en el Convenio 108 (más los que después se definirían en su Protocolo Adicional, de 2001) al ámbito de la Comunidad Europea se hace con la Directiva 95/46/EC, que responde al momento específico del intrincado proceso de integración europea. En 1995 los tratados de las Comunidades no conferían otra base legal para la regulación de la protección de datos que la libre circulación de los datos en el mercado interior, es decir el artículo 95 (entonces 100a) del Tratado CE. Ciertamente se trataba ya de un derecho fundamental pero su incardinación legal debía mantener el marcado carácter ‘mercantilista’ de las Comunidades. A ello hay que añadir la complejidad de los tres pilares de la Unión Europea. Esa concepción y las competencias muy limitadas en el tercer pilar<sup>18</sup>, explican el artículo 3.2 de la Directiva 95/46/EC:

*2. Las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán al tratamiento de datos personales:*

*— efectuado en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, como las previstas por las disposiciones de los títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea y, en cualquier caso, al tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado (incluido el bienestar económico del Estado cuando dicho tratamiento esté relacionado con la seguridad del Estado) y las actividades del Estado en materia penal<sup>19</sup>*

Es decir, la directiva no se aplica al ámbito de nuestro estudio, aunque veremos cómo esa limitación ha sido en parte ignorada en la transposición (véase *infra* punto 3). Esta exclusión expresa de la materia penal en la Directiva 95/46/EC debe recordarse a la hora de calibrar la incidencia que la supresión de los «pilares» que la eventual entrada en vigor del Tratado de Lisboa tendrá.

Además del tenor literal claro del precepto hay que añadir su interpretación jurisprudencial. Ésta se ha producido de manera extensiva de la exclusión en la sentencia de fecha 30 de mayo de 2006 en el llamado caso PNR. El Parlamento Europeo cuestionó ante el Tribunal de Justicia la validez del acuerdo internacional entre la Unión Europea

<sup>17</sup> [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf).

<sup>18</sup> Que entonces comprendía no solo cooperación policial y judicial en materia penal, sino también, entre otros campos, la cooperación judicial civil.

<sup>19</sup> Las actividades del Estado en materia penal.

y EE.UU. aprobado por el Consejo de la UE y la consiguiente declaración de adecuación aprobada por la Comisión Europea para obligar a las compañías aéreas a transmitir (mejor dicho, permitir que cogieran) los datos de los pasajeros aéreos («PNR», en sus siglas inglesas) que van a volar a EE.UU. El Tribunal declaró la nulidad acogiendo el primer argumento, formal, del Parlamento, es decir, la ausencia de base legal en el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) y la necesidad de basarse en el TUE, por ser materia del tercer pilar<sup>20</sup>. El Parlamento obtuvo una victoria pírrica, porque en la conclusión del acuerdo internacional sustitutorio el propio Parlamento quedaba relegado. En ese contexto, el artículo 3.2 de la Directiva 95/46/EC recibió una interpretación radicalmente distinta a la que hasta ese momento la comunidad jurídica le venía dando. En el caso PNR se trataba de datos recogidos por empresas privadas de sus clientes para fines comerciales, que, por mandato legal, debían ser entregados a autoridades extranjeras encargadas de la seguridad y lucha contra el terrorismo. En esa transmisión no hay ningún Estado Miembro de la UE tratando los datos en materia penal. El precepto aplicable parecía el artículo 13 de la Directiva, que permite, entre otras excepciones a los principios, el cambio de la finalidad original (fines comerciales) a otra finalidad no compatible (fines policiales). Interpretando el Tribunal de Justicia el artículo 3.2 como lo hizo, dejó sin contenido el 13 y amplió las materias excluidas de la Directiva. El Tribunal tendrá ocasión de pronunciarse sobre una situación parecida, pues Irlanda ha impugnado la Directiva 2006/24/EC con parecidos argumentos, pretendiendo que la obligación de las compañías de telecomunicaciones de retener los datos de tráfico de comunicaciones durante un tiempo es materia del tercer pilar y la directiva adolece del mismo defecto esencial que el acuerdo internacional anulado en su día.

Esa Directiva 2006/24/EC, que España ha transpuesto, supuso la modificación del artículo 15 de la *Directiva 2002/58/EC, sobre protección de datos en el sector de las comunicaciones electrónicas*, que posibilitaba la conservación de los datos de tráfico de las comunicaciones más allá de los fines comerciales y de mantenimiento del sistema de comunicaciones, precisamente para su uso policial en la investigación penal. Ahora, esa conservación ha pasado a ser obligatoria en toda la UE. España ya había hecho uso de la posibilidad de obligar (véase *infra* punto 3).

Cronológicamente anterior a esa directiva es el *Convenio sobre ayuda mutua judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE*, de 29 de mayo de 2000<sup>21</sup>. En él la protección de datos está ya presente de forma explícita y su artículo 23 trata esencialmente el principio de limitación de uso.

Llegamos así al momento actual, en el que están pendientes tanto el proyecto de *Decisión Marco del Consejo sobre protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal*<sup>22</sup> como la entrada en vigor del Tratado de Reforma o de Lisboa. Este último contiene disposiciones cuyo efecto es significativo para la protección de datos.

En primer lugar, el nuevo artículo 6 del Tratado de la Unión da pleno valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales<sup>23</sup> y prevé la accesión de la Unión al CEDH; recordemos que ese convenio tiene su artículo 6 consagrado al juicio justo y el 8 al derecho a la intimidad y que la Carta Europea de Derechos Fundamentales incluye los artículos 7 (intimidad) y 8 (protección de datos) aplicables a todos los ámbitos, incluido el policial y judicial en materia penal, y un Título VI consagrado a la justicia.

<sup>20</sup> <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr&newform=newform&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurftp=jurftp&alldocrec=alldocrec&docj=docj&docor=docor&docop=docop&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&doc>

<sup>21</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:197:0001:0023:ES:PDF>.

<sup>22</sup> Para preparar este texto se ha utilizado la última versión en estos momentos, es decir el de 24 de junio de 2008, tras la revisión del texto de 11/12/07 (corr. 12/12/07) por los servicios de juristas-lingüistas. Al parecer será el texto definitivo. Las citas al texto proyecto se hacen sobre la versión inglesa con traducción al castellano del autor.

<sup>23</sup> A tal efecto el texto de la Carta ha sido adaptado, sin cambios sustanciales, a esa referencia del Tratado de Lisboa el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, DOUE. 14/12/07: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ%3AC%3A2007%3A303%3ASOM%3AES%3AHTML>.

En segundo lugar, el Tratado de Lisboa suprime formalmente la estructura de pilares vigente hasta ahora en la UE. Concretamente en materia de protección de datos, el artículo 16 del Tratado sobre el Funcionamiento de la UE (TFUE), tal como queda tras el Tratado de Lisboa, consagra ese derecho fundamental y dispone

*1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.*

*2. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes.*

*Las normas que se adopten en virtud del presente artículo se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el artículo 39 del Tratado de la Unión Europea.*

La referencia al artículo 39 del TUE (reformado por Lisboa) excluye la protección de datos ex artículo 16 TFUE, pero no de la protección de datos en sí<sup>24</sup>, al antiguo segundo pilar (política de defensa y seguridad común). Por el contrario, la cooperación policial y judicial en materia penal no queda excluida del artículo 16 TFUE. Pero esa afirmación ha de ser matizada inmediatamente, porque el Tratado de Lisboa incluye la *Declaración 21, sobre protección de datos en el campo de la cooperación judicial y policial en materia criminal*, en la cual se recoge la necesidad de normas específicamente pensadas para esos sectores. Si esta declaración se combina con Título VII del Protocolo 36 de la versión consolidada de los Tratados, sobre disposiciones transitorias, las disposiciones ya vigentes en el momento de entrada en vigor del Tratado de Lisboa se mantienen hasta que sean derogados, anulados o modificados, entre ellos el citado artículo 3.2 de la Directiva 95/46/EC. Y también puede ser el caso de la Decisión marco sobre protección de datos, si se aprueba en breve.

Ese proyecto de Decisión Marco ha estado sujeto a un largo proceso legislativo, desde 2005, y el resultado, aparentemente final, deja mucho que desear, no solo porque el nivel de protección de basa en el mínimo común denominador a que los Estados Miembros están dispuestos, sino en su ámbito de aplicación, pues ha quedado limitado a los datos obtenidos de otro Estado Miembro, con exclusión de los datos obtenidos nacionalmente. Esa limitación puede ser, y a buen seguro lo será en ciertos países, ignorada en la transposición al derecho interno, pues resulta difícil imaginar un régimen distinto para datos que se entremezclan en una misma investigación<sup>25</sup>. El proyecto tiene, con todo, un indudable beneficio, a saber que regula de forma sistemática la protección de datos en el ámbito policial y judicial en materia penal y obligará a los legisladores nacionales a hacer otro tanto.

Existen, por supuesto, otros instrumentos legales europeos que tienen impacto en la protección de datos personales en materia penal y que, por tanto, contienen disposiciones específicas sobre el régimen de protección. El Sistema de Información de Visados (VIS, en sus siglas inglesas)<sup>26</sup> contiene datos sobre solicitantes de visado necesarios para el intercambio de información entre los Estados Miembros de la UE

---

<sup>24</sup> El referido artículo 39 consagra también la protección de datos para las actividades de la UE en política exterior y seguridad comunes.

<sup>25</sup> Para un análisis detallado del proyecto véase Bayo Delgado, Joaquín, «Protección de datos en el proceso penal». Retención de datos de tráfico de comunicaciones electrónicas. Intercambio de información sobre antecedentes penales, en el Seminario sobre El Tratado de Lisboa, ¿Punto final a los problemas y carencias de la cooperación judicial penal en la Unión Europea? Toledo 22 y 23 de mayo de 2008, en curso de publicación por Aranzadi.

<sup>26</sup> Véanse el Reglamento 767/2008 de 9 de julio (DOUE 13.8.08, L 218) y la Decisión de la Comisión 2008/602 de 17 junio (DOUE 23.7.08, L 194).

que han abolido los controles en sus fronteras interiores. El VIS no es un instrumento en sí para la investigación criminal, sino para la aplicación de la política común sobre visados. Sin embargo, siguiendo las conclusiones del Consejo de la UE de 7 de marzo de 2005, finalmente ha sido aprobada la *Decisión del Consejo 2008/633/JHA de 23 de junio, sobre el acceso para consultar el Sistema de Información de Visados (VIS) por las autoridades designadas de los Estados miembros y por Europol, con fines de prevención, detección e investigación de delitos de terrorismo y otros delitos graves*<sup>27</sup>. Su artículo 8, dedicado a la protección de los datos, limita el acceso a las autoridades nacionales designadas, que deben utilizar un punto central de acceso; solo cabe el acceso para delitos de terrorismo y otros delitos graves, para un caso específico, según se define; y las transferencias ulteriores están restringidas. Europol también puede acceder dentro de los límites de su propio mandato legal.

Otro sistema de información crucial en el contexto europeo es el Sistema de Información Schengen (SIS), que entra en su segunda generación, el llamado SIS II. Es un sistema a caballo entre el primer y tercer pilar (fronteras y represión penal), lo cual ha obligado a adoptar dos instrumentos legales, el Reglamento 1987/2006 de 20 de diciembre<sup>28</sup> y la Decisión del Consejo 2007/533/JHA de 12 de junio de 2007<sup>29</sup>. Se basa en el sistema de alertas introducidas para reaccionar cuando un individuo (también vehículos, por ejemplo) aparece en el sistema. Su régimen de acceso, por su distinta naturaleza, es más amplio que en el VIS. Policía y autoridades judiciales y Ministerio Fiscal pueden realizar búsquedas (art. 27 del Reglamento y art. 40 de la Decisión). Tanto Europol como Eurojust tiene también acceso. La Decisión permite un uso ulterior de los datos vinculados a un caso específico bajo investigación, para prevenir un peligro inminente de seguridad o crimen grave, con la autorización del Estado Miembro que introdujo la alerta (art. 46 de la Decisión). El sistema tiene un régimen de protección de datos específico, superior al nivel de la Decisión Marco en general, y de supervisión por autoridades independientes, al igual que el VIS.

Por su parte, Europol también tiene un régimen específico de protección de datos bajo su actual Convenio de 1995 y posteriores modificaciones y protocolos<sup>30</sup>. Existe ya acuerdo sobre la «comunitarización» reemplazando el Convenio por una decisión del Consejo, en base a la propuesta de la Comisión<sup>31</sup>. La Decisión Marco sobre protección de datos se aplicará a los datos cedidos o recibidos por Europol (art. 1.b & c), igual que Eurojust.

También en el caso de Eurojust existe una iniciativa de 15 países, entre ellos España, para adoptar una Decisión del Consejo<sup>32</sup> que modifique la Decisión 2002/187/JHA de 28 de febrero<sup>33</sup>. Existe acuerdo político (25 de julio de 2008), pendiente de aprobación definitiva. Eurojust también tiene un régimen elevado de protección de datos.

El 27 de mayo de 2005 algunos países de la UE, entre ellos España, firmaron el llamado Tratado de Prüm<sup>34</sup>, sobre cooperación transfronteriza, en el que no solo se aplica el llamado principio de disponibilidad de bases de datos existentes en materia de ADN y perfiles dactiloscópicos entre autoridades de esos estados sino que se prevé la creación de tales bases si no existen. A veces se hace referencia a él como Schengen III. Sus artículos 33 a 41 contienen una serie de preceptos sobre protección de datos que tiene un buen nivel. Se trata de un convenio intergubernamental, no sometido al acervo comunitario, pero a iniciativa de quince estados algunos de sus aspectos, entre ellos los citados, han pasado a formar parte del derecho de la UE mediante las Decisiones 2008/615/JHA y 2008/616/JHA del Consejo<sup>35</sup>.

---

<sup>27</sup> DOUE 13.8.0 L 218.

<sup>28</sup> DOUE 28.12.06 L 381.

<sup>29</sup> DOUE 7.8.07, L 205.

<sup>30</sup> Véase <http://www.europol.europa.eu/index.asp?page=legal>.

<sup>31</sup> COM(2006) 817.

<sup>32</sup> DOUE 27.2.08 C 54.

<sup>33</sup> DOUE 6.3.02 L 63.

<sup>34</sup> Instrumento de ratificación de 18 de julio de 2006, BOE 25/12/06.

<sup>35</sup> DOUE 6.8.08.

Existe en trámite una propuesta<sup>36</sup> de Decisión Marco sobre la organización y contenido del intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales entre Estados Miembros<sup>37</sup>, en base a cuyo artículo 11 también se tramita una propuesta de Decisión<sup>38</sup> para el establecimiento del Sistema Europeo de Información sobre Antecedentes Penales (ECRIS, en sus siglas inglesas). La idea es intercambiar esos antecedentes a través de una autoridad central en cada país, sobre la base de una interconexión electrónica entre esas autoridades; el sistema solo incluirá a los nacionales de la UE, puesto que es el Estado Miembro de su nacionalidad el que centraliza los antecedentes propios y los comunicados por los demás estados donde haya condena. La clave desde la perspectiva de protección de datos será, por supuesto, la calidad de esos datos y su actualización efectiva (véase punto 4).

El ECRIS forma parte del proyecto más amplio llamado *e-Justice*, que ha sido objeto de una reciente comunicación de la Comisión Europea de 30 de mayo de 2008<sup>39</sup>. Incluye un portal sobre justicia y otras iniciativas. Esos pasos han de ser bienvenidos, pero recordando siempre que el intercambio de información, de datos personales, debe enmarcarse en las debidas garantías.

### 3. MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

El artículo 18.4 de la Constitución Española, interpretado a la luz de la jurisprudencia constitucional<sup>40</sup>, consagra el derecho a la protección de datos como un derecho autónomo al de la intimidad. Su desarrollo legislativo está constituido por la Ley Orgánica 15/1999 (LOPD), que sustituyó a la Ley Orgánica 5/1992 (LORTAD).

La LOPD transpone la Directiva 95/46/EC al derecho español. La opción del legislador español fue ignorar, de entrada, el artículo 3.2 de la Directiva e incluir en su ámbito de aplicación todos los tratamientos de datos, policiales y judiciales incluidos, salvo los «*ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada*». Luego en su articulado solo se ocupa de los ficheros policiales (art. 22 y 23<sup>41</sup>) e, indirectamente, de los judiciales en el artículo 24.1, al incluir como causa de excepción a los derechos de los afectados «*la persecución de infracciones penales*»<sup>42</sup>, y al mencionar la cooperación judicial internacional (apartado b) y la transferencia para un proceso judicial (apartado i) en el artículo 34.

Por imperativo de la Directiva, los tratamientos manuales destinados a incorporar los datos a un fichero organizado o que obren en un tal fichero quedan cubiertos por la LOPD, aunque su artículo 2.1 no se ajusta a la literalidad de aquélla. De hecho, el texto del artículo 2.1 solo exige soporte físico y susceptibilidad de tratamiento, lo cual es en realidad un campo más amplio.

Recientemente se ha aprobado el Reglamento de Protección de Datos por RD 1720/2007, de 21 de diciembre<sup>43</sup>. Su articulado no incluye especificidades en la materia aquí tratada, aunque contiene un artículo cuyo cumplimiento es del todo imposible en el ámbito judicial. Se trata del artículo 66.3, sobre notificación a la Agencia Española de las transferencias internacionales de datos. Luego de recoger las excepcio-

<sup>36</sup> COM(2005) 690 final.

<sup>37</sup> Véase <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st05/st05968.en08.pdf>.

<sup>38</sup> COM (2008) 332 Final.

<sup>39</sup> Véase <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/821&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

<sup>40</sup> Véase Lesmes, Carlos, y otros, *La Ley de Protección de Datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia*, Lex Nova, 2008, págs. 49 y ss., especialmente STC 292/2000.

<sup>41</sup> El artículo 23 se hace eco del artículo 13 de la Directiva, pero solo para limitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación, y no a otros aspectos también incluidos en el artículo 13. Decimos eco y no transposición porque la Directiva (por su ámbito de aplicación) parte de la premisa de que los datos pertenecen al «primer pilar», es decir no son datos originalmente recogidos con finalidad policial penal, pero ulteriormente son usados para fines de investigación penal.

<sup>42</sup> Las administrativas han sido anuladas por la STC 292/2000, igual que todo el apartado 2 del artículo.

<sup>43</sup> BOE 19.1.08.

nes a la necesidad de autorización, entre ellas la cooperación judicial internacional, el precepto obliga, pese a la excepción, a notificar a la Agencia cada transferencia que se haga. Esperemos que tal exigencia sea suprimida en un inmediato futuro.

En cumplimiento de la mencionada Directiva 2006/24/EC, el legislador español, de forma extraordinariamente diligente en este caso, la transpuso mediante la *Ley 25/2007 de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones*. España ya había hecho uso de la posibilidad prevista en el artículo 15 de la Directiva 2002/58/EC por *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Concretamente su artículo 12 preveía la retención de los datos de tráfico de comunicaciones electrónicas por parte de los proveedores de tales servicios por un plazo máximo de 12 meses, con modalidades diferidas al reglamento. La *Ley 25/2007* ha retomado esa obligación y ha derogado ese artículo. Y además ha ido más allá, al incluir los datos de localización geográfica del aparato en el momento de la comunicación (artículo 3.1.f) y al regular el mecanismo necesario para identificar al usuario de las tarjetas de prepago (disp. ad. única). En lo que aquí interesa hay que destacar que la *Ley 25/2007* solo autoriza la entrega de los datos para la investigación de *delitos graves*. Por otra parte, la Directiva, tras discusiones sin fin y nunca basadas en datos estadísticos de la experiencia previa, optó por dejar a los estados la elección del plazo entre 6 meses y dos años, contradiciendo así la pretendida finalidad de «homogeneización» europea. En el caso de España, se ha mantenido el plazo de doce meses, igual al de la *Ley 34/2002*. Esperemos que la obligación que todos los estados tienen de recoger estadísticas según el artículo 10 de la Directiva 2006/24/EC, conlleve una revisión a la baja del plazo de retención según el artículo 14, pues no parece demasiado fundado que datos recogidos tanto tiempo atrás sean de utilidad en la investigación de delitos graves, salvo casos puntuales en que el delito tarde mucho en descubrirse.

El marco normativo español en materia de protección de datos tratados en el ámbito judicial penal se completa con el artículo 230.5 de la LOPJ, que se remite a la antigua LORTAD. El artículo 95 del Reglamento 1/2005 del CGPJ, sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales<sup>44</sup> establece el procedimiento para la creación y notificación de ficheros judiciales. La creación por disposición legal y la notificación a la Agencia Española han sido, finalmente, cumplidas por el Consejo General del Poder Judicial mediante Acuerdo de 20 de septiembre de 2006<sup>45</sup>, cuyo anexo I describe los «ficheros jurisdiccionales», que incluyen los ficheros de «asuntos jurisdiccionales» y los de «registro de asuntos»<sup>46</sup>.

Partiendo de la situación de la regulación española, la transposición de la Decisión Marco puede hacerse de varias maneras. Cabe pensar en la modificación de la LOPD, pero esa opción sería técnicamente muy complicada porque supondría introducir la regulación específica para la policía y para la justicia penal de cada uno de los aspectos abordados en la ley, en paralelo a la regulación general. Otra posibilidad, sin duda la ideal, sería incorporar los aspectos de protección de datos en la futura ley de enjuiciamiento criminal, incluyendo la protección de datos en el ámbito policial en la regulación de la policía judicial. La indudable ventaja sería que la regulación aparecería de forma completa y no contradictoria en un solo texto legal y la complementariedad de los principios de protección de datos con los del proceso debido quedaría patente y armonizada. Pero esta solución estaría condicionada por el calendario de esa ley, con riesgo de incumplimiento del plazo de transposición. La tercera opción

---

<sup>44</sup> BOE 27.9.05.

<sup>45</sup> BOE 12.10.06.

<sup>46</sup> Para un análisis más detallados de esos reglamentos, véase Bayo Delgado, Joaquín, *La protección de datos en la jurisdicción civil: situación actual e incidencia de los proyectos legislativos de la Unión Europea*, Cursos del C.G.P.J., *El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. El derecho a la libertad frente al uso ilegítimo de la informática: Planteamiento general y problemas civiles*, mayo 2008.

es la aprobación de una ley orgánica, paralela a la actual, exclusiva para los sectores policial y judicial penal, es decir, con el mismo contenido que la Decisión Marco.

Cualquier que sea el método de transposición, sobre todo si se extiende a los datos «nacionales», el efecto positivo de la Decisión Marco, con todos sus defectos de nivel, será acabar con el sistema actual, que en muchos casos trata los datos policiales y judiciales como excepción absoluta y general a los principios de la protección de datos. Efectivamente, la Directiva 95/46/EC no se aplica a esos datos sino a los recogidos para otros fines (comerciales, administrativos, etc.) y es lógico que contemple en su artículo 13 que la prevención, la investigación, la detección y la represión de infracciones penales (art. 13.1.d.) comporten excepciones a los principios de calidad de datos, información al sujeto en la ulterior cesión, acceso a los propios datos y publicidad del registro (primer párrafo del art. 13.1) y que el artículo 26 exonere de la condición de nivel adecuado de protección de datos al país receptor por razón de que «*la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguardia de un interés público importante, o para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un procedimiento judicial*», porque se aplica a datos originariamente recogidos fuera del ámbito policial o judicial. Pero al implementar la directiva sin la exclusión de los ámbitos policial y judicial, paradójicamente, la excepción tiende a convertirse de particular a general (todos los datos policiales o judiciales). El volver a los principios generales en una ley específica, como ocurre en el proyecto de Decisión Marco, vuelve a situar las cosas en sus términos adecuados. Un buen ejemplo son las transferencias internacionales. La LOPD en su artículo 34 incluye como generosa excepción a la necesidad de nivel adecuado para transferir datos a terceros países (i.e. ni Estado Miembro de la UE o Parte del Convenio 108, que tienen nivel «equivalente») el mero hecho de que exista un tratado o convenio que contemple la transferencia, la necesidad para el auxilio judicial internacional o la salvaguarda de un interés público. Es decir, España puede ignorar la protección de datos al concluir convenios o tratados internacionales, y de hecho ni siquiera los necesita para ignorar, sin más, la protección adecuada en el contexto de la cooperación judicial internacional. Con la Decisión Marco (art. 13) se vuelve al principio de nivel adecuado del tercer país y la excepción queda definida como «legítimos intereses prevalentes [al del sujeto afectado], especialmente intereses públicos importantes» o la provisión de «garantías adecuadas» de que los datos serán tratados respetando la protección de datos. Además, aunque los acuerdos internacionales bilaterales o multilaterales previos no se ven afectados (art. 26), los futuros deberán adaptarse a ese principio, por imperativo de la Decisión Marco, cuando menos para los datos recibidos de otros Estados Miembros de la Unión. La situación actual es posible porque no hay normativa de la UE y, habiéndola en el marco del Consejo de Europa, solo cubre el tratamiento automatizado y no la transferencia internacional a terceros países, pues España no ha firmado el Protocolo adicional.

Otro efecto no menos importante debe ser que los ficheros sobre terrorismo y formas graves de crimen organizado, que ahora están excluidos, salvo en cuanto a la notificación de su existencia (art. 2.2.c. LOPD), deberán quedar incluidos en el ámbito de transposición de la Decisión Marco. Su artículo 1.4 prevé que esa decisión es «*sin perjuicio de los intereses nacionales esenciales de seguridad y las actividades específicas de inteligencia en el área de la seguridad nacional*». Interpretar esa disposición como portillo a la exclusión del terrorismo y crimen organizado sería un verdadero fraude de ley, ya que precisamente la justificación constante de todas las medidas de colaboración e intercambio de datos es la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado y la Decisión Marco es la condición necesaria, aunque no suficiente, para la protección de los derechos fundamentales en ese contexto.

Un tercer efecto no desdeñable de la Decisión Marco es la inclusión de los datos en soporte no automatizado, no cubiertos por el Convenio 108. El artículo 1.3 de la Decisión Marco los recoge. Bien es cierto que también la Directiva 95/46/EC y por

ende la LOPD someten a su regulación los datos no tratados con medios automáticos (i.e. informáticos), pero debe recordarse que los datos policiales y judiciales penales solo están en el ámbito de la LOPD por voluntad del legislador, no por imperativo europeo.

#### 4. PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN DE DATOS Y MATERIA PENAL

Un primer problema que debe analizarse al tratar de los datos policiales y judiciales es precisamente el relacionado que la anterior idea de datos tratados manualmente. La condición para su inclusión en el ámbito de la protección de datos es que esos datos formen parte o estén destinados a formar parte de un fichero organizado. Mucho se ha discutido en el pasado sobre ese concepto pero la realidad y necesidad de protección ha llevado a la inclusión en el concepto de fichero organizado todo conjunto de información organizado según criterios heterogéneos que permita la recuperación de esos datos para su ulterior tratamiento. Los ficheros y expedientes policiales y judiciales caen dentro de ese supuesto. No es necesario que los datos personales puedan buscarse alfabéticamente, por ejemplo. Una reciente sentencia *ad hoc* cuyas consecuencias son imprevisibles<sup>47</sup>. En cualquier caso, hay que recordar que el párrafo sexto de la introducción («Ámbito de aplicación y definiciones») de la mencionada Recomendación nº R(87)15 previene expresamente sobre que «[u]n tratamiento de datos no debe ser efectuado por vía manual con el fin de escapar a las disposiciones de la presente Recomendación».

La protección de datos en el ámbito policial y judicial penal tiene, por supuesto, caracteres especiales. Resulta altamente interesante en ese sentido la lectura de la mencionada Recomendación y sus informes y del Informe del Grupo del Proyecto de Protección de Datos del Consejo de Europa sobre el tratamiento de datos judicial, también mencionado.

El primer carácter especial del ámbito que nos ocupa es la definición del responsable del tratamiento y el rol de la autoridad de supervisión, en el caso de España, la Agencia Española de Protección de Datos. Existe, en efecto, una intercomunicación constante entre los datos tratados por el juez de instrucción y la policía. En ese contexto, la función del juez como garante de los derechos fundamentales le obliga a velar porque los datos que incorpora al proceso no hayan sido obtenidos con vulneración de esos derechos, entre ellos el de la protección de datos en sus aspectos sustantivos. Pero eso no debe obstar a que la policía, como responsable del tratamiento en su ámbito, no sea la primera responsable de ese respeto y que, en tal condición, está sujeta a la supervisión de la Agencia. Por contra, la situación del juez de instrucción, y el del plenario, es distinta. Excluyamos aquí los aspectos administrativo-gubernativos<sup>48</sup>. El tratamiento de datos en el proceso penal está bajo la autoridad independiente del juez y eso tiene dos consecuencias lógicas. La primera es que los derechos de los interesados deben ejercerse por la vía procesal adecuada y con respeto a sus principios fundamentales, que afortunadamente coinciden sustancialmente con los generales de la protección de datos (defensa/acceso y rectificación, etc.; véase a continuación); solo cuando no existe un cauce procesal preciso entran en juego supletoriamente los cauces procedimentales de la LOPD y su reglamento. La segunda consecuencia es que la Agencia Española de Protección de Datos, que

---

<sup>47</sup> Se trata de la sentencia TS, 3ª, de 24.9.08, rec. 6031/2007, sobre registros de bautismo. Es obvio que tales registros pueden ser ulteriormente tratados porque están ordenados por fecha de bautismo (no hay diferencia esencial respecto a la fecha de nacimiento, por ejemplo) y lo son cuando se emite un certificado de bautismo. Eso sin contar con la informatización de tales registros en muchas parroquias. Nadie duda de que el Registro Civil está sometido a la LOPD 15/1999, cuyo artículo 2.3.d. lo menciona.

<sup>48</sup> Véase Bayo, *La protección de datos en la jurisdicción civil...*, op. cit., para los aspectos gubernativos.

es independiente, debe respetar la independencia judicial, lo cual implica que la supervisión del caso concreto corresponde a sistema judicial mediante los recursos establecidos en las leyes procesales. Piénsese, por ejemplo, en el ejercicio de un derecho de acceso y/o de rectificación de los propios datos personales obrantes en un sumario. La Agencia, como autoridad administrativa, no puede imponer su criterio al criterio judicial. El artículo 4.4 de la Decisión Marco prevé explícitamente que la rectificación, supresión y bloqueo de los datos contenidos en una decisión judicial o del expediente que le sirve de base debe hacerse mediante los mecanismos previstos en el proceso. En igual sentido debe leerse el artículo 25.8 del Reglamento de Protección de Datos.

La protección de datos de carácter personal parte de la necesidad de base legal para su tratamiento lícito. En esencia la base legal es el consentimiento del interesado o otros supuestos previstos por la norma, esencialmente una disposición legal que prevea, ya sea obligando ya sea autorizando, el tratamiento. En el ámbito policial y judicial es obvio que el consentimiento es justamente la base legal residual o excepcional, cuando los datos son aportados por el interesado y/o su defensa. La mayor parte de los datos son recogidos legítimamente por la autoridad en base a sus obligaciones legales, es decir, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y demás disposiciones, que configuran la licitud de la recogida de datos. Pero esa recogida, para ser legal, no solo ha de basarse en esas normas en abstracto sino que los concretos datos deben ser necesarios en concreto para una determinada investigación, es decir en vista de la finalidad de la recogida. Eso lleva al principio de la proporcionalidad.

Un caso especial viene constituido por los datos sensibles, como los que revelen ideología, religión, orientación sexual, etc. A ellos se refiere el artículo 7 LOPD, al que remite el artículo 22.3 para el ámbito policial. Los principios de legalidad y necesidad son especialmente destacados<sup>49</sup>.

El tema se plantea además en la reutilización de datos obtenidos con un fin preciso para otro distinto, en términos de compatibilidad de finalidades. En general la reutilización para fines penales debe ser posible, salvo que una norma específica lo impida. Pensemos en los antecedentes penales: la cancelación impide su incorporación a un nuevo expediente. Pero hay más supuestos. Recientemente una AP<sup>50</sup> ha impedido, a nuestro juicio con cabal aplicación del principio de prohibición de la incompatibilidad de finalidades, que los informes emitidos en el contexto de la justicia penal de menores surtieran efectos en un proceso penal contra el mismo individuo ya mayor de edad; efectivamente, tal es el principio que se desprende del artículo 6 del Real Decreto 232/2002 de fecha 1 de marzo del año 2002, por el que se regula el registro de sentencias sobre responsabilidad penal de los menores.

Otro aspecto de la reutilización es el uso para fines administrativos o civiles. En ese sentido, un criterio útil es la expresión finalidades «directamente vinculadas» que utiliza el artículo 23.1.b del mencionado *Convenio de ayuda mutua judicial en materia penal* de 29 de mayo de 2000. El artículo 3 de la Decisión Marco permite el ulterior uso si se dan cumulativamente las condiciones de que no sea para un uso incompatible con el uso para el que los datos fueron recogidos, haya previsión legal de uso para esa ulterior finalidad y el tratamiento sea, a su vez, necesario y proporcional para esa finalidad.

La proporcionalidad es quizá el criterio más difícil de definir en general, pues por definición está vinculado a cada supuesto concreto. Sin embargo, en el ámbito judicial tales decisiones se toman cotidianamente al decidir sobre la pertinencia de la prueba, por ejemplo, o las diligencias de investigación. Es cierto que de aplicarse un margen de seguridad cuando la pertinencia no puede excluirse de entrada, pero importa aquí llamar la atención sobre la necesidad de realizar ese juicio continuamente. En el

---

<sup>49</sup> Véase SAN, 1ª, de 8 de junio de 2001, sobre el artículo equivalente de la anterior LORTAD, el 20.3.

<sup>50</sup> AP Barcelona, 1ª, Auto de 9 de mayo de 2008.

ámbito policial también rige ese principio y conviene recordar aquí lo dicho sobre el control judicial del respeto de los derechos fundamentales. La invasión en la esfera personal debe ser la mínima necesaria en una sociedad democrática, como establece el artículo 8 del CEDH.

El artículo 22 de la LOPD se refiere expresamente a los ficheros de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, haciendo la distinción entre los fines administrativos (que quedan fuera de la Decisión Marco) y los propiamente penales. La idea de proporcionalidad («*limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios...*») está implícita, así como la de calidad de los datos. Efectivamente, el principio de calidad de datos no solo implica que esa calidad ha de ser la mayor posible, atendidas las circunstancias y condicionantes, sino que deben distinguirse los datos en función de su fiabilidad. En la propuesta inicial de Decisión Marco esta idea estaba recogida de forma general; la limitación posterior del campo de aplicación ha hecho que ese principio solo se contemple en la transmisión de datos y así el artículo 8 de la Decisión Marco prevé que cualquier transmisión debe ir precedida de la comprobación de la calidad de los datos a transmitir y, en la transmisión, debe especificarse, en la medida de lo posible, la fiabilidad de los datos. En caso de transferencia de datos incorrectos, esa información debe remitirse sin dilación al receptor. La diferenciación de fiabilidad está también expresada en el punto 3.2 de la Recomendación N° R887)15.

Otro principio cardinal es la limitación de la conservación de los datos en función de su finalidad original o ulterior. A él se refiere el artículo 22.4 LOPD para los datos policiales y el 4.5 con carácter general. También se recoge en el artículo 9 de la Decisión Marco e implica la cancelación de los datos en función de su finalidad y de las previsiones legales. Especialmente importante es en el caso de los antecedentes penales, como hemos destacado a propósito del ECRIS, y está vinculado a la calidad de los datos (la LOPD lo incluye en ese apartado), que incluye la vigencia del dato. Salvo para fines históricos, científicos y estadísticos, con las debidas garantías de acceso y conservación, todos los datos deben tener un límite de conservación.

La recogida leal es también importante y requiere que, en la medida de lo posible y en el momento más temprano posible, dentro de las necesidades de la investigación, el interesado tenga información sobre el hecho de que sus datos (comunicaciones telefónicas, imágenes, etc.) han sido recogidos, de qué datos se trata y qué derechos le asisten. En el caso de recogida directa del interesado, esa información debe incluirse entre la información de derechos prevista en las leyes procesales. También rige el derecho de información en caso de transferencia de los datos.

Los derechos de acceso, rectificación y cancelación, junto con el de información, aplicados al ámbito penal, coinciden en gran medida con el derecho a la defensa y constituyen el ejemplo claro de ejercicio mediante las disposiciones específicas procesales. En el caso de los ficheros policiales, sin embargo, no difieren en su ejercicio respecto a los ficheros en poder de otras administraciones públicas, salvo en la posibilidad de limitación, a la que se refiere expresamente el artículo 23 LOPD. Pero en ese caso, la intervención de la autoridad de supervisión para comprobar la corrección de la denegación sustituye al ejercicio directo del acceso. En España se trata de la Agencia Española, salvo para los cuerpos policiales catalán y vasco, que corresponde a la Agencia Catalana y a la Agencia Vasca, respectivamente. En el caso de las policías municipales debe añadirse la Agencia de la Comunidad de Madrid.

La cesión a terceros privados de datos obrantes en los ficheros policiales es objeto de atención específica tanto en la Decisión Marco (art. 14) como en la Recomendación R(87) 15 (punto 5.3). Básicamente debe quedar limitada a los casos previstos por una norma o bien debe contar con consentimiento del interesado, salvo para proteger su propio interés o para evitar un daño inminente y grave. En el caso de los datos obrantes en los ficheros y actuaciones judiciales, de nuevo, habrá que estar a lo previsto en la norma procesal y, en su defecto, a la regulación general en la LOPD.

Las medidas de seguridad completan los aspectos a tener en cuenta. El Reglamento de 2007 fija tres niveles de medidas de seguridad (básico, medio y alto). Su artículo 81.b prevé el alto para «[l]os que contengan o se refieran a datos recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas» y el c. «[a]quéllos que contengan datos derivados de actos de violencia de género». Por lo que atañe a los ficheros jurisdiccionales el citado Acuerdo del CGPJ de 20 de septiembre de 2006 lo fija también en el nivel alto.

Finalmente, en materia de transferencia internacional de datos, a la que ya hemos hecho referencia en varias ocasiones, dos conceptos son usados por la LOPD y los instrumentos internacionales, la equivalencia y la adecuación. La primera es aplicable entre sí a todos los Estados Miembros de la UE y los Estados Partes del Convenio 108 del Consejo de Europa, a los primeros no tanto en virtud de la Directiva 95/46/EC, que no tienen obligación de trasponer en el ámbito policial y judicial en materia penal, sino por virtud del propio Convenio 108, del que todos son parte y sí cubre ese ámbito. Otros países han sido declarados adecuados (nivel no equivalente pero suficiente) por la Comisión Europea, pero solo en el ámbito del primer pilar (la declaración se basa en la Directiva) y no afecta a nuestro ámbito. En algún caso la declaración de cubre transferencias específicas (en citado PNR a EE.UU., que además no son datos penales en origen). Pero todo eso es pura teoría, por lo menos hasta que se transponga la Decisión Marco de protección de datos, pues las excepciones del artículo 34 LOPD son tan amplias que vacían de contenido el principio general del artículo 33 en el ámbito penal. En ese contexto, es imperioso recordar que, con todo, el CEDH y demás convenios internacionales sí se aplican y que las autoridades policiales y judiciales están sujetos a ellos. Unas mínimas garantías deben examinarse al remitir datos a terceros países. Piénsese, por ejemplo, en la remisión de datos sobre orientación sexual a un país en que es delito la homosexualidad, o sobre creencias religiosas si el receptor prevé la pena de muerte para la apostasía. También el análisis se impone en sentido inverso, en el de la recepción; por ejemplo, los datos personales que han sido obtenidos vulnerando manifiestamente la calidad de los datos no pueden ser tratados en España.

## 5. CONCLUSIONES

De cuanto antecede se desprende que el tratamiento de datos personales por la policía y por la autoridad judicial en el ámbito penal carece, incluso a nivel internacional, de una regulación específica y adecuada, pues ningún instrumento jurídico vinculante se refiere pormenorizadamente a esa materia. La futura Decisión Marco, que parece va a ser adoptada por el Consejo de la Unión Europea antes de final de 2008, vendrá a paliar, muy defectuosamente, esa carencia. Es de desear que el legislador español esté a la altura de las circunstancias y se plantee de forma seria y global una norma completa y de nivel técnico adecuado. Entretanto, el sistema de fuentes ya permite y obliga a proteger el derecho fundamental a la protección de los datos personales.

Para concluir, queda la piedra de toque. En cualquier circunstancia, ¿cuál debe ser la consecuencia de la vulneración de los principios esenciales de la protección de datos en relación a una información aportada por la policía a los autos judiciales u obtenida en ellos con igual vulneración? ¿Es admisible como prueba? Los países de nuestro entorno han abordado con mayor o menor profundidad ese tema, que queda para una ulterior ocasión.

# Nombramientos de cargos judiciales (Desconcertante jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo)

Juan IGARTUA SALAVERRÍA

La innovación jurisprudencial que supusiera la STS 29/05/2006 pareció tocar a su fin visto el razonamiento desplegado en el Auto de 23/02/2007 por el que la Sala 3ª desestimaba el recurso contra un tercer nombramiento del CGPJ —recaído las tres veces en el magistrado Gómez Bermúdez— para cubrir el puesto de Presidente de la Sala de lo Penal en la Audiencia Nacional<sup>1</sup>.

Pero, sorprendentemente, el Pleno de la Sala, en sentencia de 27/11/2007, recuperaba la sintonía con la primera resolución (incluso explicitando o perfilando aspectos que, en aquélla, estuvieran sólo implícitos o muy difuminados)<sup>2</sup>, con lo que se disparó la expectación acerca de lo que sucedería en decisiones venideras —alguna no tan lejana y de tronante impacto mediático, según se preveía (aunque luego no hubo tal)— que habría de adoptar tan Alto Tribunal.

Llegó el día (15 de enero de 2008). Y, esta vez, una Sección (no el Pleno) de la Sala plegó velas y frustró de nuevo el rumbo hacia tierras de promisión abandonando la nave doctrinal a merced de una coyuntural —pero sin duda poderosa— mar de fondo.

## I. LA STS 27/11/2007

En la citada sentencia, el Pleno resolvió estimar el recurso contencioso-administrativo frente a sendos Reales Decretos por los que se promovía a la categoría de Magistrados del TS a don José Manuel y doña Rosa María. Dejando de lado el reproche circunscrito en exclusiva al nombramiento de doña Rosa María (y que el demandante denominaba «cuota femenina») no por carecer de enjundia sino por no ser asunto del presente análisis, los motivos de impugnación comunes contra ambos nombramientos eran (cfr. FD 1º): (i) Discriminación porque los méritos del demandante no fueron relacionados o enumerados en el informe de la Comisión de Calificación, con el consiguiente agravio comparativo frente a los aspirantes incluidos en la terna. (ii) Infracción de los artículos 136 LOPJ y 73 ROF/CGPJ, por la falta de informe de la Sala de Gobierno correspondiente y por la omisión de los datos resultantes de la actividad inspectora del Consejo. (iii) Déficit o vicio de motivación en ambos nombramientos.

Pues bien, es el tercer motivo el que centrará mi mirada, si bien eso demandará ocasionales y someras observaciones sobre los otros dos, por cuanto en todos ellos se afronta, desde angulaciones diversas, la misma cuestión; a saber —y en términos de la propia STS— «que en los nombramientos aquí litigiosos el CGPJ no indagó ni ponderó correctamente los méritos y capacidad profesional

<sup>1</sup> De todo ello me he ocupado en el cap. VII de mi libro *La motivación en los nombramientos discrecionales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, a cuya continuación he dedicado los comentarios «La motivación en los nombramientos discrecionales», *Jueces para la Democracia*, 2007, nº 58; y «Sobre nombramientos discrecionales de altos cargos: un fallido iraje jurisprudencial», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2008, nº ¿?

<sup>2</sup> Lo que no fue óbice para que suscitara algún comentario negativo (que no comparto) como se deja adivinar desde el propio título del mismo (L. Martínez-Calcerrada y Gómez, «La patología de una sentencia», (a propósito de la dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007), *Diario La Ley*, 2008, nº 6976; págs. 7-8. Un análisis bien contextualizado de la citada sentencia tiene como autora a E. Desdentado Daroca, «Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial. Un análisis crítico», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2008, nº 139; págs. 555-573.

del recurrente, dispensándole por ello un trato discriminatorio y no justificando suficientemente la preferencia que otorgó a las personas sobre quienes recayeron dichos nombramientos» (FD 5°). Lo que no empece a que el mismo Pleno reivindicó la centralidad que corresponde a «decidir cuál es el *nivel de motivación* que debe exigirse en los nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo», porque, a fin de cuentas, «lo que estos tres motivos vienen a combatir es que los actos que son objeto de impugnación en este proceso *no fueron debidamente motivados* desde el parámetro que significan los principios de igualdad, mérito y capacidad» (FD 5°, cursivas mías).

A tenor de las palabras que acabo de reproducir, el Pleno de la Sala, en consonancia con la especificidad del recurso que examinaba, focalizó su atención en la concreta motivación requerida en los nombramientos para Magistrado del TS, concebido éste como la plenitud de un *cursus honorum* en el que cuentan «en términos casi absolutos» los méritos «de solvencia y excelencia en el ejercicio de la estricta función jurisdiccional» (FD 6°). No obstante, al margen del solícito examen con el que la Sala aborda ese particular tipo de nominaciones, en la sentencia se despliegan igualmente argumentos de cuño más generalista, que desbordan por ello las peculiaridades de esta querrela particularizada y ambicionan valer, con carácter universalizado, para todos los nombramientos discrecionales que efectúe el CGPJ (tanto para el TS como para un órgano distinto, o para un cargo estrictamente jurisdiccional como para otro con funciones de gobierno judicial).

Son estos últimos, los comunes para todo nombramiento discrecional, los únicos fundamentos de la sentencia que van a interesarme; por tanto, de los atinentes al perfil concreto de la plaza (Magistrado del TS) no diré ni palabra, porque, comparativamente, los considero de menor cuantía y, encima, porque eso me obligaría a montar un nuevo frente dialéctico, trote para el que ahora no estoy.

## 1. Principales pilares de la sentencia

La argumentación que alberga la STS combina censuras y pautas normativas. Aplacemos las prescripciones para más tarde y comencemos por las amonestaciones.

**A.** La Sala 3ª no se anduvo con chiquitas y, sin complacientes mitigaciones verbales, fue expeditivamente al grano con un par de frontales reproches al CGPJ.

El Consejo —para ponernos en antecedentes (cfr. FD 4°)— había dicho, respecto de don José Manuel, que «este nombramiento se fundamenta en la acreditada trayectoria del Magistrado nombrado en el orden jurisdiccional social, su labor docente y académico en este ámbito jurídico y las publicaciones realizadas en su especialidad». Y, en lo concerniente a doña Rosa María, había manifestado que «este nombramiento se fundamenta en la dilatada trayectoria profesional de la Magistrado nombrada en profesiones jurídicas directamente relacionadas con el Derecho del Trabajo, su amplia actividad docente en materias de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, su participación en actividades formativas de esta materia, y el elevado carácter técnico de sus resoluciones».

Pues bien, en su contundente réplica (FD 7°), la Sala textualmente respondía: «lo que contiene la pretendida motivación del Consejo es, de una parte, la simple enumeración de unos datos que son sustancialmente comunes a todos los aspirantes, por encarnar los jalones normales de cualquier trayectoria jurisdiccional o los requisitos que resultaban imprescindibles para el acceso a la carrera judicial (...). De otra parte, lo que se incluye son unos juicios de valor, exteriorizados a través de expresiones como las de “*elevado carácter técnico de las resoluciones*”, “*amplia cultura jurídica*”, “*acreditada trayectoria*”, “*dilatada trayectoria profesional*” o “*calidad científica*”, a los

que no puede atribuirse relevancia por haber sido realizada su formulación sin una referencia a un preciso soporte objetivo y en términos puramente genéricos».

La Sala, abundando en esta arremetida contra el CGPJ, añadía que «lo primero es de apreciar porque no se describe la concreta muestra de actividad jurisdiccional, académica o científica que específicamente es tomada en cuenta para, mediante su contraste con experiencias de parecida índole de los de otros candidatos, atribuir una preferencia a los nombrados; y lo segundo resulta porque, en relación a la muestra que pudiera haber sido ponderada, tampoco se precisa el singular rasgo o característica que se toma en consideración para hacerla acreedora de esa superior estimación cualitativa que le es otorgada».

En vista de todo ello, la Sala propinaba el consiguiente y fulminante golpe de mazo: «no acaba de averiguarse cuál es la razón que lleva, primero a la Comisión de Calificación y después al Pleno del Consejo, a atribuir esos positivos juicios de valor solamente a las dos personas que resultaron elegidas o, en todo caso, a hacerlo en grado superior», pues «esa pretendida explicación de los aquí discutidos nombramientos en los términos que se señalaron, no merece la consideración de verdadera motivación; y no la merece por muy flexible que se sea en cuanto a la configuración que puede presentar este requisito y por muy amplia que sea la potestad que legalmente tiene reconocida el Consejo para realizar esos nombramientos (que efectivamente lo es)».

**B.** Precisamente, la *coda* del razonamiento ahora transcrito daba pie a la Sala para, de seguido (FD 8º), poner confines a la vasta libertad de que dispone el Consejo en orden a los nombramientos de cargos judiciales; pues, aun siendo amplísima, «esa libertad no es absoluta».

En efecto, «tiene unos límites que representan un mínimo inexcusable y están constituidos por unas exigencias que resultan imprescindibles para demostrar que el ejercicio de esa potestad respetó estos mandatos constitucionales»; a saber: (i) «que el acto de nombramiento no fue mero voluntarismo y cumplió debidamente con el imperativo constitucional de interdicción de arbitrariedad (art. 9.3 CE)»; (ii) «que respetó, en relación a todos los aspirantes, el derecho fundamental de todos ellos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE)»; y (iii) «que el criterio material que finalmente decidió el nombramiento se ajustó a las pautas que encarnan los principios de mérito y capacidad (...) expresamente proclamados por el artículo 326.1 LOPJ y, sobre todo, presentes en el artículo 122.1 de la propia Constitución».

**C.** Una vez trazadas las coordenadas que delimitan la potestad discrecional del CGPJ, éstas se traducen —a juicio de la Sala— en sendas exigencias, de carácter sustancial y formal respectivamente (cfr. FD 8º).

La exigencia *sustantiva* obligaría al Consejo a «identificar claramente la clase de méritos que ha considerado prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento».

La exigencia *formal* se trifurca en tres menesteres: (i) «expresar las fuentes de conocimiento que haya manejado (el Consejo) para indagar cuáles podrían ser esos méritos en el conjunto de los aspirantes»; (ii) «asegurar que el criterio de selección de esas fuentes (...) ha observado rectamente el principio constitucional de igualdad»; (iii) «precisar las concretas circunstancias consideradas en las personas nombradas para individualizar en ellas el superior nivel de mérito y capacidad que les hace a ellas más acreedoras para el nombramiento».

**D.** A renglón seguido, la Sala proyecta lo antedicho sobre el informe de la Comisión de Calificación concluyendo (cfr. FD 9º) que: (i) «dicho informe deberá contener una descripción de las fuentes de información que han sido utilizadas, en relación a todos los solicitantes (y, en su caso, en relación también al candidato que pueda ser propuesto a pesar de no haberlo solicitado inicialmente)»; (ii) «también habrá de consignar los

específicos criterios de mérito y capacidad que, a la vista de la singular convocatoria de que se trate y de las circunstancias constatadas de los participantes, han sido considerados preferentes para elaborar la relación de candidatos que es elevada al Pleno»; (iii) «y por lo que en particular se refiere a los candidatos finalmente incluidos en esa relación, señalará las concretas actividades jurisdiccionales y extrajurisdiccionales que han sido tenidas en cuenta para apreciar en ellos la concurrencia en mayor medida de aquellos criterios de preferencia; y mediante su contraste con las actividades de parecida índole concurrentes en los otros aspirantes, el informe expresará también cuáles son las razones por las que se otorga prioridad o superior valor a las de los incluidos en la relación».

**E.** Y, en evitación de malentendidos, la Sala adjunta un par de precisiones (cfr. FD 10).

La primera, que la «potestad de nombramiento (del CGPJ) no puede quedar limitada a una simple operación de recuento y valoración de méritos de quienes aspiren a determinados cargos judiciales», sino «podrá también ponderar otras circunstancias, dirigidas a dar satisfacción al perfil, la configuración o las necesidades de los órganos jurisdiccionales que, en el ejercicio legítimo de su función constitucional de gobierno, juzgue el Consejo que merecen ser atendidos en cada circunstancia temporal de que se trate».

Y la segunda, que el CGPJ «tiene libertad para decidir la clase de méritos que deberán ser ponderados en cada momento, en función de las necesidades que aprecie en los órganos jurisdiccionales, así como la proporción que en cuanto a su dimensión o entidad haya de darse a los que así hayan sido acotados».

## **II. DESANDANDO EL CAMINO (LA STS 21/01/2008)**

Esperábamos expectantes esta nueva sentencia de la Sala 3ª, que no fue del Pleno de la misma sino de su Sección séptima, formada esta vez por cinco magistrados (que en la STS del Pleno recién comentada se alinearon con la mayoría) más un magistrado ya emérito (y no participante en el Pleno anterior), composición que proyectará nuestro estupor hasta alturas estratosféricas a poco que veamos el inesperado rumbo que toma esta última resolución (adoptada por unanimidad, ¡encima!).

### **1. Poniéndonos en antecedentes**

Nos encontramos con otro hito que jalona el largo y accidentado trayecto recorrido en la provisión de la presidencia de la Sala de lo Penal en la Audiencia Nacional, cargo que recayó en el magistrado Gómez Bermúdez. Es de común conocimiento que la Sala 3ª del TS anuló el primer nombramiento efectuado por el CGPJ, hizo lo propio con el segundo y, por fin, confirmó el tercero; el cual fue nuevamente recurrido (por el magistrado de Prada Solaesa). Pues bien, en la sentencia que pasaré a comentar se examina y se desestima el mencionado recurso.

¿Qué pretendía el recurrente? En sustancia, que se declarara la nulidad del nombramiento y se retrotrajera el procedimiento al momento del Informe de la Comisión porque en éste faltaba la preceptiva evaluación de sus méritos y con ello, además, había sufrido un trato discriminatorio respecto de los candidatos incluidos en la terna y de cuyos méritos sí se hablaba en el Informe.

### **2. Respuesta de la Sección Séptima**

Prescindiendo ahora de antecedentes y otros previos, lo cierto es que el Tribunal dedica al examen de este circunscrito asunto once páginas de la sentencia (de la 5

a la 15 inclusive en el documento dactilografiado por el/la funcionario/a ESG), de las que sólo la última, la undécima (la 15 del documento), se destina al cuerpo a cuerpo dialéctico con el motivo del recurso. El resto, conforme a la moderna e indolente metodología del «corta y pega», recoge el Informe íntegro de la Comisión de Calificación más el texto de los dos votos particulares formulados por otros tantos comisionados (págs. 5-9), unos cuantos extractos de la STS 29/05/2006 (págs. 10-11), y un interminable fragmento de la STS 27/11/2007, la que acabamos de analizar (que ocupa las págs. 11-14). No es casual —creo— la macrocefalia que padece esta sentencia (un imponente cabezón para cuerpo tan canijo), pero que tampoco sería de preocupar si el cuerpo estuviera bien musculado. Y eso es lo que, para bien o para mal, aquí se intentará comprobar.

El inventario de las razones que cimentan la sentencia en cuestión se salda con el siguiente resultado (cfr. FD 3º): A) la Comisión sí valoró y analizó los méritos del recurrente; B) en su informe puso de relieve que únicamente supera en antigüedad a uno de los candidatos de la terna; C) los méritos del recurrente no sólo han sido valorados en Comisión sino ampliamente discutidos por todos los miembros del Pleno del CGPJ por lo que no ha sufrido trato discriminatorio; D) el presente recurso es ajeno a la doctrina referente a la motivación de los nombramientos por parte del CGPJ; y E) como en el recurso no se impugna el fondo de la votación, ni se alega la existencia de mejores méritos que en el candidato elegido, sino sólo la posible existencia de un defecto formal, éste no tiene carácter invalidante al no haberse producido indefensión al recurrente. Veamos qué dan de sí estos ases que se saca de la manga la Sección 7ª.

**A.** El Tribunal, remitiéndose seguramente a la STS precedente, nos recuerda que «esta Sala ha mantenido la necesidad de estudiar todas las candidaturas, y que la valoración de los candidatos de la terna ha de hacerse en relación con los méritos de los otros candidatos». Y prosigue: «en el caso del recurrente consta que sus méritos han sido analizados y valorados (...) en la Comisión de Calificación, donde dos Vocales hacen voto particular con extenso contenido en uno de ellos (...), como en el acto de la votación (...), donde (...) se pone de manifiesto que fueron analizados todos los méritos de todos los candidatos por la Comisión de Calificación».

a) Arranquemos por lo segundo, es decir por la afirmación de que en el acto de la votación «se pone de manifiesto que fueron analizados *todos* los méritos de *todos* los candidatos» (cursivas mías).

Consultado el informe de la Comisión, nos encontramos con que el análisis de *todos* los méritos de *todos* los candidatos se agota en una indigente frase como esta: «sin desmerecer los méritos y virtudes del resto de los solicitantes, la Comisión de Calificación considera que la terna tiene que estar integrada, por orden alfabético, por...». O sea, lo que a lo sumo pone de manifiesto el informe es que la Comisión *dice* que no desmerecen los méritos y virtudes de los solicitantes excluidos; afirmación que nos induciría a creer (dependiendo de la credulidad de cada cual) que efectivamente han sido tomados en cuenta los historiales de todos sin excepción. Pero la *valoración* individualizada y razonada sigue sin dejarse ver.

En teoría del derecho es un lugar común distinguir la «interpretación-actividad» (la *operación* mediante la que se trata de atribuir significado a un enunciado normativo) de la «interpretación-producto» (el *resultado* de la susodicha operación). La distinción se revela fecunda para transportarla a nuestro ámbito y diferenciar la «valoración-actividad» (la *deliberación* acerca de qué valor ha de conferirse a tal historial) de la «valoración-producto» (la *decisión* por la que se otorga un valor determinado al currículo examinado).

Salta a la vista el extraviante *quid pro quo* con el que la Sección 7ª se desembaraza de la queja del recurrente. Se trata de un *quid pro quo*, porque el demandante denuncia la ausencia de una valoración (producto) y la Sección reafirma la presencia de una valoración (actividad). El comportamiento de la Sección 7ª resulta además saduceo

porque lo único que cabe aducir ante el Tribunal es el contenido del informe (la valoración en él plasmada, la valoración-producto) y no lo que se hizo o dejó de hacer en la deliberación (la supuesta valoración-actividad, de la que ni el recurrente ni el Tribunal tienen constancia). Es más, la doctrina que perfiló el Pleno de la Sala en la STS anterior —a la que, como he dicho, tan espléndida acogida le dispensa la Sección 7ª— tenía por objeto el informe de la Comisión, el acto de propuesta (en concreto: la motivación que debía acompañarlo), no los preparativos del mismo realizados a puerta cerrada.

b) Cabría replicar que la deficiencia del informe quedó subsanada gracias a dos votos particulares (de «extenso contenido» uno de ellos, según se apresura a subrayar la Sección 7ª).

Quiero denunciar el notable desafuero lógico que desfonda la contestación dada por el Tribunal. En ella se instaura una aparente relación de *complementariedad* entre el informe de la Comisión y los votos particulares, de modo que las eventuales lagunas del informe podrían ser colmadas con la información que portan los votos, pasando así por alto que es el *antagonismo* (no la integración) la nota definitoria de la relación entre el informe de la Comisión y los votos particulares de los comisionados discrepantes. Y de ello trae causa algo peor, la creencia de que el informe y los votos comparten la *misma función* (la de proporcionar al Pleno un cumplido conocimiento sobre los méritos y capacidad de los aspirantes), olvidando las relevantes diferencias que median entre el informe y los votos tanto en el plano institucional como en el de la eficacia práctica (uno proviene de un órgano colegiado, los otros de miembros individualizados; uno es obligatorio, los otros facultativos; uno es susceptible de recurso, los otros no, etc.), lo que coloca a los votos en una posición objetivamente subalterna respecto del informe, consecuencia nada baladí si —como he apuntado— el informe y los votos transportan valoraciones antitéticas.

**B.** Pero la Sección 7ª no cede en su empeño. Y así saca a la palestra que la Comisión de Calificación «claramente se refiere en su informe (...) en concreto al actor, poniendo de relieve que únicamente supera en antigüedad a alguno de los candidatos de la terna propuesta». ¿Qué hay de ello?

En lo que concierne a la persona del recurrente, el informe de la Comisión dice *todo y sólo* esto: «Respecto de los otros dos candidatos, adicionados con posterioridad a la elaboración de la terna según se ha indicado anteriormente, el Sr. de Prada Solaesa sólo cuenta con un año más de antigüedad que el más moderno de la terna, Sr. Gómez Bermúdez; y el Sr. Pedraz Gómez sólo tiene dos años más de antigüedad en servicio activo que el Sr. Gómez Bermúdez. En cualquier caso la antigüedad no es un dato relevante pues precisamente la ley extrae del sistema ordinario de provisión de vacantes la que ahora nos ocupa».

Me maravilla la aquiescencia del Tribunal ante la tendenciosidad que aquilatan estos renglones del informe. Advertiré, de pasada nada más, que si bien en un nombramiento discrecional la «antigüedad» no es un dato *determinante* (aunque lo sea en un sistema de concurso), eso no quita a que sea *relevante* (porque normalmente va asociada a la experiencia profesional, y la «experiencia» sí figuraba en el elenco de criterios resaltados por la Comisión); y si, de verdad, la antigüedad no revestía relevancia a ojos de la Comisión ¿a qué mencionarla? ¿y, en cambio, por qué no efectuar la comparación pasando revista a los *ítem* que debían contar?

La Sala 7ª elude esta cuestión distorsionando el sentido del informe. La Comisión dice literalmente: «el Sr. de Prada Solaesa sólo cuenta con un año más de antigüedad que el más moderno». El Tribunal le hace decir: «el actor (...) únicamente supera en antigüedad a alguno de los candidatos de la terna». El sentido del informe es: que, en antigüedad, de Prada *sólo supera por un año* al más moderno; y el significado de la sentencia es que de Prada *sólo supera en antigüedad* al más moderno (no en los otros aspectos, a lo que parece). En otras palabras: en el informe, el adverbio «sólo» afecta

al *tiempo* de «un año»; en la traducción del Tribunal, el adverbio «únicamente» está referido al *criterio* de la «antigüedad».

Hay más. El Tribunal pasa por alto que la Comisión se limite a un «mano a mano» competitivo entre de Prada y Gómez Bermúdez. ¿Y qué pasa con los otros dos magistrados de la terna, Guevara y Garzón? En el informe nada se dice de su comparación —si la hubo— con de Prada<sup>3</sup>, y el Tribunal transige impasible con tan flagrante omisión. La Sección 7ª se aparta notoriamente, pues, de la doctrina sentada por el Pleno de la Sala el pasado noviembre.

Huelga enunciar otros aspectos de la *grille* (para el control judicial de los nombramientos discrecionales) establecida en esa doctrina y que, sin embargo, también han sido desatendidos en esta ocasión, pese a que la propia Sección los rememore en su sentencia (al final del FD 2º). ¡Todo muy extraño!

**C.** Estos seis magistrados rematan su insólita lectura del informe de la Comisión, recalcando que «los méritos de *todos* los candidatos» previamente analizados por la Comisión, después «fueron *ampliamente discutidos* en el momento de la votación por *todos* los miembros del CGPJ» (cursivas mías).

Pues bien, estamos ante una afirmación que merece ser tiroteada desde todos los flancos (si atendemos a cuanto figura en el acta de la sesión plenaria).

a) En el acta del Pleno del Consejo, y descontados los componentes de la terna, únicamente se alude al magistrado de Prada; del resto (los magistrados Bermúdez de la Fuente, Martínez de Salinas, Pedraz Gómez y Urbano Castrillo) no hay noticia.

b) Obviamente, aquí interesa en exclusiva el trato que se le dispensó al recurrente. Al respecto, desconozco si la Sección 7ª se rige por algún código lingüístico particular, pero en el que nos es común a los hablantes del castellano, el verbo «discutir» implica, en la más rebajada de las acepciones, un intercambio de opiniones (nadie discute consigo mismo). Y sucede que en el acta de la sesión plenaria celebrada el 17 de enero de 2007, solamente se refleja el panegírico que del magistrado de Prada hiciera el vocal Félix Pantoja, con el mismo resultado que un sermón en el desierto, es decir sin suscitar reacción contraria alguna (a favor se alza la única voz de Montserrat Comas). O sea, en realidad, los méritos del recurrente no fueron discutidos en el Pleno.

c) Y si no fueron discutidos, el abuso lingüístico alcanza proporciones mayúsculas cuando se magnifica el término «discutidos» adjuntándole el adverbio «ampliamente».

d) Y por si con todo esto no tuviera bastante, el Tribunal redondea la faena con una definitiva e insuperable falsedad al afirmar que fueron «todos los miembros del CGPJ» los que discutieron ampliamente los méritos del magistrado de Prada. Queda claro que no.

**D.** Desde luego, la sentencia de la Sección 7ª es una prolífica caja de sorpresas. Aún queda alguna más, y no la menor.

Se diría que mi crítica ha sufrido un fatal desenfoque al haberse apoyado en gran parte sobre la STS 27/11/2007 (del Pleno de la Sala), siendo así que la Sección 7ª nos había prevenido con la siguiente advertencia: «Sin embargo, el presente recurso nada tiene que ver con esta doctrina que afecta en general a la necesidad de motivar los nombramientos por parte del CGPJ, puesto que el recurrente no sostiene que el acto impugnado no esté motivado, sino que no se ha cumplido por parte de la Comisión de Calificación con la necesidad de emitir un informe motivado sobre él» (FD 2º).

a) A duras penas logro sobreponerme del pasmo. Porque si «el presente recurso nada tiene que ver con esta doctrina...», ¿a cuento de qué consagra la Sección 7ª dos

---

<sup>3</sup> Del informe se deduce que le superan en antigüedad, pero la Comisión estima que esta circunstancia no es relevante. Entonces ¿en qué aspecto(s) relevante(s) le superan? Silencio absoluto.

páginas y pico de su sentencia a reproducir el meollo de una doctrina que no es de aplicación al caso?

b) Aducir ahora que el recurrente no alega que el acto impugnado carezca de motivación sino que la Comisión no ha emitido el necesario «informe motivado sobre él», es una argucia sin recorrido pues tanto la STS 29/05/2006 como la STS 27/11/2007 (ambas del Pleno de la Sala y citadas en este trabajo hasta el hartazgo) le cierran el camino.

i) En la primera (STS 29/05/2006), el TS entiende que, para compensar los inconvenientes del voto secreto a efectos de motivar la decisión del Pleno CGPJ, el informe de la Comisión es el que hace viable constatar «la posible existencia de un uso arbitrario o desviado de la potestad» (FD 6º) convirtiéndose así en un elemento «nuclear» en el conjunto del sistema (FD 7º), de modo que «no podrá apreciarse la existencia de una motivación suficiente, por faltarle su presupuesto esencial, si del acta (del Pleno) no resulta (...) el cumplimiento efectivo y adecuado del trámite previo de informe de la Comisión de Calificación» (FD 6º). Por tanto, la falta de motivación en el informe no sería cosa diversa de la falta de motivación del acto sino una especificidad de ésta. Seguramente la falta de motivación del acto admita distintas variantes, pero una de ellas —y quizás la más importante para el TS— es la falta de un informe (de la Comisión) debidamente motivado.

ii) En la segunda (STS 27/11/2007), que refrenda la anterior (en un extenso FD 2º) y que da lugar al despliegue doctrinal del que la Sección 7ª pretenderá desentenderse para el último caso a resolver, se aborda un recurso que tiene como primer motivo de impugnación curiosamente este: «Discriminación del demandante porque sus méritos no fueron objeto de relación o enumeración por parte de la Comisión de Calificación». Y como tercero este otro: «Déficit o vicio de “motivación en ambos nombramientos” (FD 1º), en el que «la censura dirigida a la actuación impugnada es que lo incluido en el informe de la Comisión de Calificación es “una motivación formularia y aparente”, que no permite apreciar “una verdadera motivación, sino apariencia o simulacro de la misma”» (FD 2º). El Pleno de la Sala decide estudiar conjuntamente los dos motivos porque en ellos «se viene a plantear desde perspectivas diferentes *la misma cuestión*: que en los nombramientos aquí litigiosos el CGPJ no indagó ni ponderó correctamente los méritos y la capacidad profesional del recurrente, dispensándole por ello un trato discriminatorio y no justificando suficientemente la preferencia que otorgó a las personas sobre quienes recayeron dichos nombramientos» (FD 5º) (cursivas mías).

Obsérvese que ambos motivos apuntan única y explícitamente al informe de la Comisión. Y añádase que el Tribunal, tras delimitar «la amplísima libertad para ejercer la potestad que constitucional y legalmente tiene atribuida (el CGPJ) en orden a los nombramientos de cargos judiciales» (FD 8º), concluye: «La consecuencia lógica de todo lo afirmado anteriormente es que *será en el Informe de la Comisión de Calificación* donde deberán estar presentes esas exigencias sustantivas y formales que han sido señaladas como inexcusables» (FD 9º) (cursivas mías).

¿Qué habrá sucedido para que cinco de los seis magistrados de la Sección 7ª que suscribieron y asumieron esta tesis, proclamen, apenas dos meses después, que el problema examinado en la STS 21/01/2008 (la falta del «informe motivado» de la Comisión) «nada tiene que ver» con lo resuelto en la STS 27/11/2007?

**E.** De esta amnesia se resiente también el último argumento de la Sección, la cual degrada la ausencia de motivación en el informe de la Comisión a la rasa categoría de un «vicio formal del procedimiento», puntualizando que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados», circunstancia que no se verifica en este caso pues el recurrente «no impugna el fondo de la votación, ni alega mejores méritos que el candidato elegido» (FD 3º).

Omito una discusión a fondo de este punto porque ya me empeñé en ella hace relativamente poco<sup>4</sup> y, sobre todo, porque desbordaría las dimensiones de este trabajo.

No obstante, no renuncio a recordar algunas tesis acordadas en las dos SSTS (las requetecitadas 29/05/2006 y 27/11/2007) de las que estos cinco magistrados de la Sección se erigen en paladines.

a) Si, de conformidad con la primera (de la que los cinco no disintieron, lo subrayo), cuando el informe de la Comisión no cumple «la relevante misión de suministrar información completa, razonada y coherente», «se hace *imposible* contrastar tanto la debida observancia del trámite como la posible existencia de un uso arbitrario o desviado de la potestad» (FD 6º, cursiva mía), entonces pregunto si el incumplimiento de ese trámite ocasiona o no indefensión. Me ahorro la respuesta por evidente.

b) Y si, como se sostiene en la segunda (también sufragada de buen grado por los cinco), la anulación del acto del CGPJ no prejuzga «la mayor o menor idoneidad para el nombramiento de las personas que lo fueron», sino sólo comporta «la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior, al del informe de la Comisión de Calificación» (FD 12º), entonces ¿por qué el magistrado de Prada debía impugnar el «fondo de la votación» o alegar «la existencia de mejores méritos que el elegido» para que pudiera prosperar su recurso?

### 3. El CGPJ modifica su ROF

La modificación que, con fecha de 25 de junio de 2008, el CGPJ ha introducido en su Reglamento de organización y funcionamiento me confirma en la creencia de que estoy en lo cierto.

El Pleno del Consejo, poniendo el pie en la «serie de criterios objetivos formales y materiales que han de presidir tanto el proceso de selección a cargo de la Comisión de Calificación (art. 135 LOPJ), como el acuerdo del Pleno» que emanan de «la Sentencia de 27 de noviembre de 2007» (la cual —continúa el Pleno— «sigue la línea trazada por Sentencias de 29 de mayo y de 27 de noviembre, ambas de 2006»<sup>5</sup>), dispone que «el informe de la Comisión de Calificación contendrá, al menos, los siguientes elementos: 1º Exposición general descriptiva de los méritos y perfil que se consideren adecuados para la plaza anunciada (...). 2º Descripción de los materiales empleados como fuente de información (...). 3º (...). 4º *Justificación de la composición de la terna, con indicación de las circunstancias apreciadas en sus integrantes que fundamentan su superior idoneidad para ocupar la plaza anunciada, con expresión de las razones por las que de forma contrastada se les otorga preferencia sobre las actividades de índole semejante concurrentes en los demás aspirantes (...)*» (cursivas mías).

---

<sup>4</sup> En el libro *La motivación en los nombramientos discrecionales*, Cizur Menor, 2007; págs. 207-219.

<sup>5</sup> Repárese en que, en esta relación de SSTS inspiradoras de la modificación reglamentaria, no hay ni rastro de la STS de 21 de enero de 2008, la que ha ocupado mi comentario.

# Competencia del Jurado

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ

*«Ninguna sorpresa, por tanto, si los historiadores tienden a considerar el jury trial como un equivalente del proceso por ordalía. Según ha escrito eficazmente Franco Cordero, los veredictos de los jurados conservan el timbre irracional de las pruebas ordálicas, y 'el jurado es el órgano de una cognición mística radicada en las vísceras de la comunidad'»*

Michele Taruffo

El artículo 125 CE contempla el Jurado (TJ) como una forma de participación en la administración de justicia. Un tipo singular de intervención ciudadana, ya que está referido a una instancia técnica, que no es de participación política, al no ser de las orgánicas o propias de la democracia representativa, y porque no tiene que ver con la gestión político-administrativa. En rigor, es ajena, por tanto, al artículo 23 CE, ya que la jurisdicción no es «asunto público» en el sentido de este precepto.

Por lo mismo, el valor «participación» aludido en el artículo 125 CE no es el del artículo 9,2 CE, que tiene como referente «la vida política, económica, cultural y social». De ahí que, en relación con el TJ, no incumba a los poderes públicos ninguna función promocional ex artículo 9.3 CE, en contra de lo que a veces se ha dicho o escrito, sin ningún fundamento.

De este modo, la previsión constitucional de un derecho de los ciudadanos a participar en la administración de justicia a través del TJ, se satisface plenamente con la precisa aplicación de las reglas legales de organización y conformación del mismo, en el caso concreto. Una aplicación que, como se verá, en materia de competencia debe ser restrictiva, porque restrictivo es el criterio seguido en el desarrollo del artículo 125 CE. Entre otras cosas —lo ilustra la Exposición de motivos de la LOTJ— al atribuir al TJ *sólo* el conocimiento de delitos en los que, a juicio del legislador, «la acción típica carece de excesiva complejidad o en los que los elementos normativos integrantes son especialmente aptos para su valoración por ciudadanos no profesionalizados en la función judicial».

En este punto, los jueces están obligados a hacer una interpretación rigurosa de aquellos preceptos. Una lectura, ajena, pues, a cualquier apostolado o voluntarismo juradista, al que es extraño incluso el legislador de 1995, dado su tratamiento, claramente limitativo, de la institución.

Pues bien, a partir de estos presupuestos, para determinar la competencia del TJ, en general y por conexidad, habrá que estar a las siguientes consideraciones.

- a) Conexión es enlace o relación de una cosa con otra.
- b) En derecho procesal-penal, conexión es relación entre hechos-delitos, determinada según criterios legales, dentro de un marco general de competencia.
- c) Antes de la incorporación del TJ, el universo-marco de esa relación, por la esencial homogeneidad de los tribunales, era todo el catálogo de delitos del Código Penal.
- d) La LOTJ acota —dentro de la primera reducción operada por el art. 1.1— un universo de competencia objetiva para el TJ: los delitos relacionados en el artículo 1.2.
- e) En la LOTJ la conexidad debe operar (exclusivamente) dentro de este universo.

Esta última afirmación resulta del tenor del artículo 1.2 LOTJ y de la lectura del artículo 5 LOTJ más coherente con ese precepto y que mejor se ajusta a la idea de TJ patente en la Exposición de motivos de la ley; que, con alguna discontinuidad de escaso relieve, tiene clara expresión en las disposiciones a que acaba de citarse, conforme se hará ver a continuación.

Es cierto que, en una primera aproximación, podría parecer que, en algún momento, el artículo 5.2,2º LOTJ contradice el artículo 1.2. Pero es algo que se resuelve fácilmente en la interpretación más compatible con lo que éste dispone; la obligada, por dos razones. La primera es el carácter inequívocamente imperativo de su primer enunciado («será competente para»). La segunda que lo regulado es un ámbito de competencia objetiva circunscrito, de manera estricta, por la especialísima naturaleza —limitada aptitud cognoscitiva— del TJ. Esto hace que aquella sea *objetivamente* improrrogable a otra clase de delitos que los de tal catálogo cerrado. Algo que resulta también del hecho de que el precepto que se examina (art. 5.2,2º LOTJ) debe regir «sin perjuicio» —es decir, *dejando a salvo* o con preservación— de lo previsto en el artículo 1,2 LOTJ, que habrá de prevalecer en todo caso. En consecuencia, hay que reiterarlo, la conexidad sólo podrá operar dentro de ese universo. Lo ilustra el propio artículo 5.2 LOTJ, cuando excluye la aplicación del criterio de conexidad previsto en el artículo 17,5 Lecrim. Esto implica que la «analogía», y, sobre todo, la posible «relación» entre delitos del artículo 1.2 y otros del Código Penal debida a la identidad del autor o autores, no es razón hábil para atribuir la competencia al TJ. En similar sentido se orienta la prescripción 3,2º del mismo artículo, que impide que el criterio de continuidad entre delitos ex artículo 1.2 LOTJ y otros ajenos a éste (art. 5.3,2º LOTJ) pueda jugar, en el sentido de ampliar la competencia objetiva del TJ. Y otro tanto cabe decir de previsiones como la que radica el homicidio intentado en el régimen general.

Es verdad que la consideración aislada del artículo 5.2,2º LOTJ, en concreto, su referencia a la prevaricación, podría sugerir una lectura en el sentido de que la prohibición de ampliar la competencia del TJ por razón de conexidad a este delito, se circunscribe a él solo y, por tanto, no afectará a otros posibles. Pero tal alusión sólo puede entenderse como mera especificación, y sin que constituya una vía indirecta o implícita para extender la competencia del TJ. En primer término, porque ello daría lugar a una antinomia en la propia lógica del sistema competencial centrado en el artículo 1.2 LOTJ; que, como se ha visto, y por la especial naturaleza del órgano y su limitada aptitud para conocer, debe prevalecer. Y, además, porque tal inteligencia del precepto podría hacer crecer la competencia del TJ incluso más allá de la previsión del artículo 1.1 LOTJ, destinada a circunscribir eventuales, improbables, futuros desarrollos al alza de la competencia del TJ.

La última regla del artículo 5.2,2º LOTJ no plantea problemas, pues no establece ninguna pauta de conexión, y está sólo referida al tratamiento procesal de los delitos conexos en la fase del juicio. Aunque, es lo cierto, contiene una curiosa prescripción con algo de contradictorio: el TJ *no podrá enjuiciar por conexión... los delitos conexos...*; salvo que no hubiera otro remedio, por razón de la continencia de la causa. Supuesto éste en el que se le pedirá un arriesgado esfuerzo-límite. Con cierta imprudencia, en vista de que inmediatamente antes se ha puesto en cuestión su capacidad para realizarlo. Así, de forma emblemática —y siempre por la especial naturaleza del TJ— viene a negarse en la práctica el efecto legalmente buscado con el instituto de la conexidad, que es la razonable y funcional acumulación de delitos dentro del mismo trámite, para evitar la inútil duplicación del trabajo, y la pérdida de calidad del enjuiciamiento en que la dispersión de la prueba pudiera traducirse.

En consecuencia, cuando el artículo 1.2 reza: el Tribunal del Jurado «será competente para» conocer «de las causas por los delitos tipificados» en los preceptos del Código Penal que, a continuación, enumera; está diciendo que *no lo es* para conocer de otra clase de delitos. Y cuando el artículo 5.2 LOTJ afirma que la competencia del TJ «se extenderá», dado que esto sólo puede ocurrir en los términos previstos en los apartados a), b) y c) del mismo, y que se excluye la posible ampliación ex artículo 17,5 Lecrim, a más de las otras a las que ya se ha hecho mención, en realidad lo que resulta es que la competencia del TJ *se limita* en los términos que se siguen de ese precepto, leído en el contexto de referencia, de la forma que acaba de ilustrarse.

Este planteamiento de conjunto sale asimismo reforzado por lo que establece el, ya aludido, artículo 5.3,2º LOTJ, dirigido a impedir que la continuidad se convierta en un portillo apto para extender la competencia del TJ más allá del catálogo del artículo 1.2 LOTJ. Algo que, dado su tenor, estará vedado, incluso en presencia de delitos tipificados en preceptos «de igual o semejante naturaleza» (art. 74 Cpenal) que alguno de los comprendidos en aquella relación. Un nuevo giro de tuerca pues, en el blindaje de la misma.

De este cuadro normativo complejo resulta que la que establece la competencia del TJ es una *ley especial*, que, en cuanto tal, deroga las reglas *generales* de determinación de la competencia, en la forma —por lo demás, clara— que ella misma prevé.

En este caso, el criterio de especialidad —según el esquema sugerido por Guastini— opera así:

a) Una cierta norma  $N_1$  regula de determinada manera una clase —*género*— de supuestos (aquí delitos, a los solos efectos de determinación de la competencia).

b) Esta clase —*género*— comprende diversas subclases —*especies*— (tipos de aquéllos);

c) Una segunda norma  $N_2$  acota algunas de esas subclases (tipos delictivos), y les dota de una regulación diferente (a los mismos efectos).

d) Con ello, los sustrae a la aplicación de la norma  $N_1$ , creando otro campo, más restringido: el de aplicación de la norma  $N_2$ .

e) De este modo,  $N_2$  constituye una norma *especial* respecto de  $N_1$ , a la que *excepciona* y en tal sentido *deroga*.

Aquí el recurso al criterio de especialidad está determinado por la propia singularidad —*especialidad*— del TJ. O, dicho en términos más expresivos, la competencia de éste para conocer resulta rígidamente circunscrita por razón de su reconocida falta de preparación: de su reconocida *incompetencia*.

En efecto, pues se da la ya aludida circunstancia de que los tribunales entre los que las reglas ordinarias de determinación de la competencia distribuyen las causas a efectos de enjuiciamiento son, por sus características, perfectamente intercambiables, fungibles. Sin embargo, entre éstos (que responden al estándar de preparación técnica universalmente considerado necesario para el tratamiento jurídico de las formas de desviación penal que constituyen delito) y el TJ, existe una heterogeneidad esencial desde ese punto de vista del bagaje y la cualificación. Que es lo que demanda un régimen también esencialmente diferente en la atribución del conocimiento de los delitos. E impone un canon de lectura de las normas dedicadas al tratamiento de la materia que ha de ser necesariamente fiel a la *ratio* inspiradora del régimen competencial de un órgano como el TJ, seriamente connotado por el déficit de cualificación que el propio legislador no ha podido dejar de reconocer.

En definitiva, el TJ es competente para conocer:

A) De delitos del artículo 1,2 LOTJ (salvo homicidio no consumado) con estas modalidades:

- Un solo autor de un solo hecho.
- Varios autores de un solo hecho.
- Varios autores de varios hechos, simultáneamente o en concierto.
- Algún delito medio para la ejecución o encubrimiento de otro.
- Varios hechos en régimen de continuidad.

B) De otros delitos (salvo el de prevaricación) en concurso ideal con uno ex artículo 1,2 LOTJ, si se diera tal supuesto (art. 5.3,1º LOTJ).

Se trata de un precepto, esta vez sí, expresa e inequívocamente ampliatorio del espectro del artículo 1.2 LOTJ, en el sentido de que el TJ podrá tomar en consideración algún tipo penal no contemplado en él. Pero que será siempre morfológicamente muy próximo a uno que sí lo esté, tanto como para compartir el mismo referente fáctico. Con todo, es claro que el artículo 5.3,1º LOTJ introduce un momento de contra-

dicción en el tratamiento de la materia, que, con las mejores razones, podría reducirse en el ámbito de la interpretación.

La aplicación del criterio interpretativo de las reglas de determinación de la competencia del TJ que aquí se postula tiene el apoyo legal sobre el que se ha discurrido y, además, responde a las siguientes razones de fondo:

a) El TJ es un juzgador improvisado.

b) Su constitucionalidad emana del artículo 125, y, en la perspectiva del artículo 24 CE, es una *constitucionalidad débil*, pues el déficit de preparación técnica, y eventualmente cultural, impide al TJ hacer un uso eficaz del principio de presunción de inocencia como regla de juicio y del deber de justificar las decisiones (art. 120,3 CE).

c) El legislador, cuya actitud tiene bastante de experimental, ha operado restrictivamente en el desarrollo de la institución —acerca de cuya capacidad autónoma de juicio manifiesta patentes reservas: de ahí el régimen de *tutela* por parte del magistrado-presidente que ha previsto para ella— marcando con esto una pauta operativa que debe seguir el intérprete judicial.

d) La experiencia demuestra ampliamente que, al menos en este punto, el legislador está en lo cierto, pues son patentes las dificultades del TJ en el orden de la valoración de la prueba, sobre todo, al manejar algunas categorías ricas en implicaciones de carácter técnico-jurídico y no sólo. Así, en el caso del dolo y sus modalidades, de la imputabilidad, y, en general, de los cursos inferenciales complejos.

e) El elenco de infracciones del artículo 1,2 LOTJ responde al intento de adecuar la competencia jurisdiccional del TJ a su déficit de competencia técnica y eventualmente cultural.

Lo expuesto autoriza a concluir que el criterio restrictivo de la interpretación de la competencia por conexidad en las causas correspondientes al TJ, que se ha impuesto, es no sólo rigurosamente legal, sino, también el más racional. Por lo que, incluso, la posible infracción de una regla de competencia en la materia, no denunciada temporalmente por ninguna de las partes al no sentirse negativamente afectadas en un derecho fundamental y, desde luego y en general, no generadora de indefensión, una vez producido, pues, el juicio con todas las garantías ante la Audiencia Provincial o el Juzgado de lo Penal, carecerá de consecuencias:

a) Porque no existe para éstos una limitación para conocer, por razón de aptitud, derivada de la pena imponible ni de la naturaleza del delito.

b) Porque los demoledores efectos para la calidad del enjuiciamiento que comporta la repetición de una vista no guardan ninguna relación de proporcionalidad con lo que representa una eventual irregularidad formal de las aludidas. Más, cuando el nuevo juicio tendría que darse ante un tribunal, el TJ, al que la propia ley considera dotado de inferior cualificación.

c) Porque en la perspectiva del artículo 24 CE el juicio ante los órganos técnicos ofrece, en general, mayores garantías, sobre todo, en presencia de supuestos difíciles. La prueba también que el Tribunal Constitucional (STC 156/2007, de 2 de julio) ha considerado «de aplicación por la variedad y complejidad de las actuaciones delictivas imputadas el criterio, legal y jurisprudencial, de exclusión de la competencia del Tribunal del Jurado en los casos en que la conexión daría lugar a someter al enjuiciamiento de éste cuestiones demasiado complejas».

## Presentación y liquidación de impuestos

A partir del día 1 de octubre, las sociedades anónimas y limitadas tendrán la obligación de presentar telemáticamente sus impuestos a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). Las empresas afectadas no podrán realizar el pago mediante el modelo oficial utilizado hasta ahora.

Por ello, "la Caixa" ofrece a sus clientes, a través de Línea Abierta, una solución integral para el pago y presentación telemática de sus impuestos.

Además, las empresas que no dispongan de certificado digital propio podrán realizar la presentación a la AEAT mediante el certificado digital de "la Caixa".

## Documentación 'on-line' con i-Crédito Importación

Este servicio ha sido diseñado para que gane tiempo y seguridad en sus operaciones de importación. Con él, podrá visualizar *on-line* toda la documentación recibida, en el mismo momento en que llega a "la Caixa", con lo que ganará 4 o 5 días para revisarla y anticipar, si procede, sus movimientos logísticos. Así, mejorará la seguridad y eficiencia en sus operaciones de comercio exterior.

Y todo, a través de Línea Abierta, disponible las 24 horas, los 365 días, para que pueda autogestionarse sus créditos desde cualquier lugar del mundo y sin que importen las diferencias horarias.

## Pagos urgentes en divisas

Con el servicio de transferencias en divisas de "la Caixa", usted puede emitir totalmente *on-line* y en cualquier momento una transferencia a cualquier país del mundo y solicitar el acuse de recibo del banco de su proveedor para poder enviarle, si lo requiere, el justificante del mensaje original de SWIFT.

Además, si desea financiar el pago, puede hacerlo tanto en divisas como en euros en el mismo momento de la emisión, ya sean órdenes individuales o transferencias masivas en fichero.

## i-Factoring Express



Inmediatez, innovación e internet son los 3 conceptos que definen el servicio exclusivo de *factoring* de "la Caixa". Es un producto idóneo para aquellas empresas que desean cubrir el riesgo de insolvencia de sus clientes, así como poder anticipar, en cualquier momento, sus ventas a plazo.

Además, usted cuenta con la máxima flexibilidad, ya que puede anticipar parcial o totalmente las facturas y, con el *i-Factoring Express* exclusivo de "la Caixa",

tendrá abonadas sus facturas en el mismo instante de su presentación.

Asimismo, su gestión electrónica a través de CaixaFactura es cómoda y sencilla, ya que usted envía y firma la factura y los demás documentos a través de Línea Abierta, con su propio certificado o con el de "la Caixa" y, una vez su cliente ha visualizado y aceptado la factura, esta ya está lista para ser anticipada y recibir su importe.

## Alta rentabilidad con la Cuenta Especial Empresas



Diseñada para premiar la vinculación de las compañías, la Cuenta Especial Empresas combina la disponibilidad total con una atractiva rentabilidad, vinculada a la evolución del EURIBOR.

Así, la remuneración de la cuenta corriente está ligada al grado de vinculación que el cliente mantenga con la entidad, de forma que la retribución es mayor cuantos más sean los servicios utilizados.

Entre otros, se incluyen el pago de nóminas a empleados, el uso de tarjeta de crédito, la realización de transferencias de comercio exterior y la contratación de seguros.

## Volkswagen Passat 2.0 TDI DPF 140CV Highline

Oferta de CaixaRenting válida hasta el 30 de noviembre de 2008, o hasta agotar existencias, en la Península y Baleares. Renting a 48 meses que incluye: alquiler (15.000 km/año), mantenimiento, cambio de neumáticos (según contrato), reparaciones, asistencia en carretera, impuesto de circulación y seguro a todo riesgo sin franquicia con sistema bonus-malus.

**481 €/mes**  
(IVA no incluido)



## El juez Víctor Covián y Junco Aproximación a su vida y a su obra

Fructuoso DÍAZ GARCÍA

### INTRODUCCIÓN

¿De quién es esta extraordinaria Biblioteca? Esta pregunta está en el origen de la investigación que tuvo como final el descubrimiento de uno de los juristas españoles más importantes de su época y que alcanzó las más altas responsabilidades en el mundo del Derecho en un periodo histórico de especial significación para la historia de España: el que transcurre entre el exilio de Isabel II y la dictadura de Primo de Rivera. Su prestigio se afirmó sobre una constante voluntad reformista en lo jurídico, una intachable actitud ética y una sabiduría armada sobre un profundísimo conocimiento del Derecho español y europeo obtenido, en buena parte, en su rica Biblioteca.

Sabemos a través de los testimonios de algunos contemporáneos suyos que la Biblioteca de Covián fue una de las mejores de su época. Pero tras la catalogación y estudio de la parte de la misma que se conserva en Valdesoto (Siero, Asturias) aquella aseveración, que se ha convertido en un lugar común de la bibliografía profesional relativa a la historia del libro en Asturias, quedará confirmada cuando se aprecie que los libros conservados forman un conjunto bibliográfico de un alto interés patrimonial.

Esta es una breve aproximación a la figura de uno de los juristas más importantes de aquella época.

### EL PERIODO ASTURIANO

Don Víctor Covián y Junco nació en la tarde del día seis de marzo de 1848 en la villa asturiana de Colunga y fue bautizado en la vieja iglesia parroquial de San Cristóbal el Real de la misma villa al día siguiente, siendo sus padrinos el presbítero don Manuel María Suerpérez, de Lastres y doña María de la Merced Arada Covián, vecina de Colunga<sup>1</sup>.

Fueron sus padres Benito Covián y Lue y Juana Junco y Prieto, natural de Junco, Ribadesella.

Su padre nació en 1810 en Lastres y fue abogado de profesión<sup>2</sup>; ocupó cargo de regidor perpetuo del concejo de Colunga, procurador general en el estado de hijosdalgo en el mismo municipio, regidor por elección después de establecido el régimen constitucional, alcalde en 1841 y 1842 y Juez de Paz en 1861. Fue el único hijo varón del matrimonio formado por Francisco Alonso de Covián Miravalles y Josefa Lue Incola, y su padre fue Bachiller en derecho canónico y civil, regidor perpetuo del concejo de Colunga y juez 1º noble en el mismo, cargos que habían disfrutado desde la

---

<sup>1</sup> Según la copia certificada de su partida de bautismo, inserta en su expediente académico, Madrid, Archivo Histórico Nacional, Universidades, caja 3.858, expediente 3.

<sup>2</sup> Constantino Suárez, *Escritores y Artistas asturianos. Índice bio-bibliográfico*, Tomo II, Madrid, 1936, págs. 474-478, especialmente pág. 475.

Baja Edad Media los primogénitos de la familia Alonso de Covián, *ejerciendo señalada influencia en la vida municipal de aquel concejo*<sup>3</sup>.

Víctor Covián era el menor de cinco hermanos: Ángel, licenciado en Derecho en 1862 en la Universidad de Oviedo, era el primogénito; Ricardo Covián, licenciado en Medicina en 1866 en Barcelona<sup>4</sup>, destacado miembro del Partido Conservador en Asturias, fue diputado provincial desde 1877 y presidente de la Diputación de Oviedo a finales del siglo XIX<sup>5</sup>; Genaro, teniente de ingenieros militares, murió en 1865, y finalmente Telesfora, casada con el coronel del Cuerpo de Ingenieros Manuel Vallespín.

Su familia era una de las más importantes de la zona centro oriental de Asturias, pertenecía a la nobleza hidalga del Principado<sup>6</sup> y tenía al menos desde el siglo XV responsabilidades en el gobierno local de Colunga, donde los antecesores cabeza de familia ocuparon cargos de regidores, personeros, jueces primeros, procuradores, y capitanes de la milicia, hasta alcanzar su padre la alcaldía durante la Regencia de Espartero.

Desde finales del siglo XVIII alguno de los varones de su familia había realizado estudios universitarios en Oviedo, concretamente en la Facultad de Derecho: su tío abuelo Melchor Alonso de Covián Miravalles estudió en la Universidad y fue un destacado militar liberal; su abuelo cursó estudios de derecho civil y penal, lo mismo que su padre y su hermano mayor Ángel, y recordemos que su hermano Ricardo era licenciado en Medicina. Durante todo el siglo XIX, y posteriormente durante el siglo XX, la familia ha mantenido estrechos vínculos con el mundo del Derecho, pues una buena parte de los hijos, los nietos y los bisnietos de nuestro biografiado han realizado estos estudios en las universidades españolas, y han ejercido como profesionales en las múltiples actividades vinculadas con el mismo.

En 1859 comenzó sus estudios de bachillerato en el Instituto de Oviedo, el mismo año en que se convierte en Instituto Provincial<sup>7</sup>. Allí realiza, junto a otros 145 alumnos aproximadamente, estudios de latín, castellano, geografía, historia, aritmética, álgebra, gramática griega y latina, francés, retórica y poética, geometría y trigonometría, psicología, lógica, ética, física y química, historia natural, religión y moral, dibujo y repaso de lectura y escritura, asignaturas en las que alcanza siempre las mejores calificaciones, consiguiendo el grado de bachiller en artes el 23 de junio de 1864 con la calificación de sobresaliente<sup>8</sup>.

En cuarto de Bachillerato Víctor Covián ya parecía tener decidido su futuro como Ingeniero de Caminos, y según una de sus reseñas biográficas había estudiado un año para ello<sup>9</sup>. En su familia, recordemos, su hermano Genaro, fallecido en 1865, fue teniente de ingenieros militares, y Ricardo se licenció como médico en 1866 y pudiera ser que

---

<sup>3</sup> Braulio Vigón, «Casa de los Alonso de Covián de Colunga», *Folklore del mar, juegos infantiles, poesía popular y otros estudios asturianos*, Oviedo, Biblioteca Popular Asturiana, 1980, págs. 309-318. Publicado por primera vez en *La Opinión de Villaviciosa*, Villaviciosa, 10 de abril de 1895.

<sup>4</sup> Alcalá de Henares, Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, caja 15.589, expedientes 12 y 13.

<sup>5</sup> Ricardo Covián casó con Esperanza Cañedo Casaprín y tuvieron seis hijos (Ricardo, licenciado en Derecho, Manuel, licenciado en Medicina, Genaro Diego, Ángel, María Dolores y María). Esta última casó con el médico Emilio Grande del Riego, natural de Muros del Nalón, y tuvieron como hijo al conocido médico y científico Francisco Grande Covián. Según Leonor Sancho-Miñano y Servet, *Genealogía de Alonso de Covián o Covián*, Madrid, 1982, 3 h. mecanografiadas, conservado en la Biblioteca Asturiana del Padre Patac, Gijón, BA FF 140-61.

<sup>6</sup> El solar de la familia se encuentra en la villa de Colunga, y la casa es uno de los mejores ejemplos de la escasa arquitectura renacentista asturiana. Se trata de un edificio rectangular, planta y dos pisos, en cuya fachada destacan dos estrechas aspilleras rematadas a los lados de las puertas de acceso, el balcón principal, sobre el que se dispone el escudo de la familia, y en el último piso una ventana en esquina dividida por una columnilla. Véase María Covadonga Burgos González, «Colunga. Arte», *Gran Atlas del Principado de Asturias*, Tomo 7, Oviedo, Ediciones Nobel, 1996, pág. 281.

<sup>7</sup> Francisco Diego Llaca, «Desde los orígenes hasta 1898», en Francisco Diego Llaca, Adolfo Fernández Pérez, Tomás de la Ascensión Recio García y Julio Antonio Vaquero Iglesias, *Instituto Alfonso II: siglo y medio de historia*, Oviedo, Instituto de Enseñanza Secundaria Alfonso II, 1999, págs. 33-48.

<sup>8</sup> Según su expediente académico, Madrid, Archivo Histórico Nacional, Universidades, caja 3.858, expediente 3.

<sup>9</sup> Alberto de Segovia, «El hombre que trabaja y ríe. Don Víctor Covián», *La Acción*, Madrid, 31 de agosto de 1922.

hayan tenido algún influjo sobre su hermano menor. Pero probablemente la mayor ascendencia sobre el estudiante la tuvo la actividad científica desarrollada por sus profesores de instituto, trasladados al clausurar la Facultad de Ciencias, a la cabeza de los cuales se encontraba el físico León Salmeán, rector de la Universidad en el periodo 1866, 1868-1884<sup>10</sup>. A su influencia, y al trabajo de sus compañeros se debe el desarrollo de numerosos experimentos científicos, que tuvieron un gran impacto en la sociedad local<sup>11</sup>.

Inmediatamente se incorpora a la Universidad de Oviedo y tras cursar durante los cursos académicos de 1864-65, 1865-66 y 1866-67 las asignaturas de literatura clásica griega y latina, historia universal, literatura general y española, metafísica, geografía, Derecho romano (primer curso), economía política y estadística, continuación del Derecho romano y estudios griegos sobre los prosistas griegos, todas con las máximas calificaciones, recibe el 13 de abril de 1867 el grado de Bachiller en Filosofía y Letras con la clasificación de sobresaliente.

Realiza los primeros estudios de Derecho en la Universidad de Oviedo en el curso 1867-1868, superando con brillantez las asignaturas de Derecho civil español común y foral, Derecho canónico (primer curso) y Derecho político y administrativo (primer curso).

En la universidad de esta época la minuciosa reglamentación de las enseñanzas y la rigurosa disciplina marcan el pulso de una educación entendida como un medio para que la burguesía consolide sus posiciones sociales a través de la formación de nuevos estudiantes interesados por la ingeniería, la química, el derecho y la medicina. La enseñanza del estudiante se traducía —nos recuerdan los hermanos Peset— en la diaria y obligatoria asistencia a la lección de cátedra de las asignaturas en que estuviese matriculado. El curso se extendía de octubre a junio y culminaba con los exámenes finales, y así año tras año hasta alcanzar el grado de licenciatura.

Si bien España fue tierra de juristas durante toda la Edad Moderna, la Revolución Burguesa y la emergencia de los principios liberales obligó a una transformación radical de la legislación y de la justicia<sup>12</sup> y al mismo tiempo exigió la formación de un elevado número de profesionales del Derecho que, ocupando los más diversos cargos y responsabilidades (ministros, parlamentarios, senadores, profesores universitarios, altos cargos de la administración, jueces, abogados, etc.), conformaron las élites gobernantes españolas durante todo el siglo XIX. *Los liberales fueron hombres de fe en el derecho porque creían en una justicia nueva y más perfecta, capaz de asegurar la igualdad de los hombres y de remodelar su vida y el Estado desde nuevos principios y libertades*<sup>13</sup>.

Por este motivo una buena parte de los alumnos de las diez universidades españolas de la segunda mitad del siglo se matriculan en las respectivas facultades de Derecho.

En la Universidad de Oviedo, la más pequeña de la época entre las españolas, se matriculan junto a Víctor Covián en su primer año de la carrera de Derecho 149 alumnos, muy lejos de los 5.707 que lo hacen en Madrid, los 1.694 de Barcelona o los 1.129 de Valladolid<sup>14</sup>.

Compañeros y contemporáneos suyos en la Universidad de Oviedo fueron Rogelio Jove y Bravo, fundador de *El Carbayón* en 1879, Catedrático de Derecho Político y Administrativo en la Universidad de Oviedo, y uno de los animadores de la Extensión Universitaria, que *ejerció un apostolado católico entre los obreros que, en cierto modo,*

---

<sup>10</sup> Lluís Xabel Álvarez, *La Universidad de Asturias*, Salinas, Ayalga Ediciones, 1978, págs. 205-207.

<sup>11</sup> Las actividades científicas de este grupo de profesores se detallan en la obra clásica de Fermín Canella y Secades, *Historia de la Universidad de Oviedo y noticias de los establecimientos de enseñanza de su distrito (Asturias y León)*, 2ª ed. Reformada y ampliada, Oviedo, Imp. de Flórez, Gusano y C<sup>a</sup>, 1903-1904, págs. 194-195.

<sup>12</sup> Benjamín González Alonso, «La justicia», en *Enciclopedia de Historia de España dirigida por Miguel Artola. II. Instituciones políticas. Imperio*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, pág. 400.

<sup>13</sup> Mariano Peset y José Luis Peset, *La Universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, Taurus, 1974, especialmente págs. 525-550 y 679-706. Una reciente visión general sobre la universidad española del siglo XIX en Jean-Louis Guereña, «La universidad y su función educativa», en Víctor García de la Concha (Dir.), *Historia de la literatura española. Siglo XIX (I)*, Madrid, Espasa Calpe, 1997, págs. 3-8.

<sup>14</sup> Mariano Peset y José Luis Peset, *La Universidad española...*, págs. 528-530.

complemente, vivificándola, la acción de los institucionistas<sup>15</sup>; Adolfo Álvarez Buylla y González-Alegre, Catedrático de Economía Política y Hacienda Pública de la Universidad desde 1877; Félix de Aramburu y Zuloaga, penalista y profesor de la misma Universidad de Oviedo desde 1870, y rector entre 1888 y 1905; Fermín Canella y Secades, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad desde 1876, rector de la misma y uno de los más importantes asturianistas de todos los tiempos, y Fortunato de Selgas y Albuérne.

También lo fueron Félix Infanzón y García Miranda, magistrado suplente de la Audiencia de lo Criminal de Tineo; el jurista Faustino Álvarez del Manzano, profesor de la Universidad desde 1871; Víctor Díaz Ordóñez y Escandón, catedrático de la Universidad de Oviedo desde 1877; Vicente Fernández Buján, que también llegó a profesor de la Universidad, al igual que Gerardo Borjano Escobar; Joaquín García Caveda, escritor y pedagogo; Luis González Valdés, quien llegó a ser magistrado del Tribunal Supremo; César Argüelles Piedra, abogado y periodista republicano; Jesús Pando y Valle, abogado, pedagogo y escritor; Severo Rivero Gómez, profesor de la Universidad, Alejandro P. De Salmeán, funcionario público y escritor, José Saro y Rojas, abogado y escritor e Inocencio Faustino de la Vallina, profesor y escritor.

Clarín, quien comenzó sus estudios de bachillerato un año antes de comenzar Covián los de Filosofía y Letras en la Universidad de Oviedo<sup>16</sup>, coincidió con él en el caserón de San Francisco, vieja sede de la Universidad, y en aquellos años también del Instituto, igual que sus amigos Armando Palacio Valdés, Tomás Fernández Tuero, Emilio Martín González del Valle y Carvajal, primer marqués de la Vega de Anzo, político liberal y escritor, su hermano Anselmo, gran aficionado a las artes, pianista, compositor y estudioso de la música, y José Fernández Quevedo González Llanos (*Pepín Quevedo*), notable poeta asturiano<sup>17</sup>.

Entre los citados en esta lista, que sólo incluye una pequeña parte de los estudiantes universitarios asturianos de la etapa en torno a la Revolución de 1868, se encuentra alguna de las personalidades más relevantes de la cultura y la jurisprudencia española, que al mismo tiempo representan lo mejor de la vida cultural asturiana de los siglos antepasado y pasado.

Tuvo como profesores en Oviedo entre otros a Guillermo Estrada Villaverde, catedrático de Derecho desde 1864; a Justo Álvarez Amandi, catedrático de Literatura Latina y Castellana y posteriormente las de Lengua Griega, Historia Universal y Geografía; Domingo Álvarez Arenas y Secades; León Salmeán, científico y rector; al krausista José Manuel Piernas Hurtado y probablemente también a Diego Fernández Ladreda y a Máximo Fuertes Acevedo. Entre todos ellos fue su profesor de Metafísica su primer maestro, quien le adscribió al grupo de sus alumnos más avanzados, *que había de sostener el mayor radicalismo en la Filosofía del Derecho y hasta en Psicología y Moral*<sup>18</sup>.

## MADRID 1868-1874

La necesaria obtención de la licenciatura, que en la centralizada universidad de mediados del siglo XIX exigía terminar los estudios superiores en la capital de España, obligó a muchos estudiantes asturianos a desplazarse a Madrid tras graduarse en Oviedo.

<sup>15</sup> Santiago Melón Fernández, «Un capítulo en la historia de la Universidad de Oviedo», *Estudios sobre la Universidad de Oviedo*, Oviedo, Universidad de Oviedo y Vicerrectorado de Extensión Universitaria, 1998, pág. 46. (editado por primera vez por el Instituto de Estudios Asturianos en 1963).

<sup>16</sup> Leopoldo Alas comenzó sus estudios de bachillerato en el curso 1863-1864, y recibió el grado de Bachiller en Artes en mayo de 1869, ingresando inmediatamente en la Facultad de Derecho. En 1871 consiguió la Licenciatura de Derecho y se traslada a Madrid. Véase Juan Antonio Cabezas, *Clarín. El provinciano universal*, Madrid, Espasa Calpe, 1962, págs. 35-52.

<sup>17</sup> Sobre los amigos de Clarín, compañeros suyos y de Víctor Covián en la Universidad de Oviedo véase *Clarín y su tiempo. Exposición conmemorativa del centenario de la muerte de Leopoldo Alas (1901-2001)*, Oviedo, Cajastur y Fundación Ramón Areces, 2001, págs. 309-312.

<sup>18</sup> La Redacción, «Una jubilación», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 142, Madrid, 1923, págs. 319-327.

El Madrid de esta época es una ciudad que vive inmersa en un constante proceso de modernización: se había iniciado el ensanche urbano, se realizaban importantes obras de reforma interior (apertura del Paseo de Recoletos y de Bailén y remodelación de la Puerta del Sol), al tiempo que la desaparición de la cerca permitía la transformación de algunas zonas del casco histórico; se extendían nuevas redes de infraestructuras y equipamientos (ferrocarril, Canal de Isabel II, alumbrado público, tranvía, etc.) y la ciudad crecía hacia el norte y el sur, surgiendo nuevos arrabales (Chamberí y Peñuelas) y barrios (Salamanca y Argüelles)<sup>19</sup>.

El 15 de septiembre de 1868, dos días antes del pronunciamiento de la armada en Cádiz que da inicio a la *Revolución Septembrina*, Víctor Covián solicita el traslado a la Universidad Central de Madrid, matriculándose en Derecho mercantil y penal, Derecho canónico 2º, Administrativo 2º, ampliación de Derecho civil, Disciplina eclesiástica y Teoría y práctica forense. En abril de 1869, por las circunstancias extraordinarias en que se encuentra, según expresa en la carta que el estudiante Víctor Covián y Junco remite al Rector de la Universidad Central<sup>20</sup>, traslada la matrícula a Oviedo, y el 29 de ese mismo mes recibe el grado de Bachiller en Derecho Civil y Canónico, y un mes después el grado de Licenciado en Derecho civil y canónico, ambos títulos con la calificación de sobresaliente.

En ese año se asoció junto a otros compañeros de Facultad en una de las restablecidas Academias o Cátedras libres de estudios de Derecho, en las que se realizaban debates públicos, conferencias y sesiones literarias, cursando así las preceptivas prácticas privadas que exigían los programas de estudios de la época. Se trata probablemente de la dirigida por el profesor de Economía política y estadística José Manuel Piernas Hurtado<sup>21</sup>. Al parecer, fue clausurada a consecuencia de un debate en el que Covián se había atrevido a sostener la libertad de cultos y otras tesis entonces radicales, propias del ideario político republicano<sup>22</sup>.

Completó sus estudios universitarios en los cursos 1869-70, en la Facultad de Derecho de la Universidad Central cursando las asignaturas de Derecho internacional, Legislación comparada, Historia de la Iglesia, concilios y colecciones canónicas, Hacienda pública de España y Filosofía del Derecho, y en el de 1870-71, en la Facultad de Filosofía y Letras de la misma Universidad las asignaturas de Historia de España, Estudios críticos sobre los autores griegos, Lengua árabe y Estética. Según se afirma en una de sus biografías, terminados estos estudios se presentó en Valladolid en tres ocasiones a oposiciones a una cátedra de Geografía e Historia, no llegando, por razones que no se aclaran, a efectuar los ejercicios<sup>23</sup>.

Víctor Covián vivió durante esos años en tres pensiones diferentes en el centro de la villa. En el curso 1869-70 en la calle de las Infantas, paralela a Gran Vía; en el de 1868-1869 en la calle de Atocha, y a su vuelta a Madrid, desde 1870 hasta 1874 en la del Carmen. Fue su fiador de la matrícula universitaria y posiblemente su tutor en los

---

<sup>19</sup> Javier García Gutiérrez-Mosterio, «La ciudad en transición: génesis de la ciudad burguesa (1845-1875)», en Virgilio Pinto Crespo (Dir.), *Madrid. Atlas histórico de la ciudad, 1850-1939*, Madrid, Fundación Caja Madrid y Lunwerg Editores, 2001, págs. 46-71.

<sup>20</sup> La carta se conserva en su expediente académico.

<sup>21</sup> Fermín Canella y Secades, *Historia de la Universidad de Oviedo...*, pág. 204. Es el más directo precedente de la Academia de Jurisprudencia impulsada por Adolfo Buylla, Ureña y Manzano, que conservó el ideario de su antecesora.

José Manuel Piernas Hurtado (Madrid, 1843-1911), estudió Derecho en la Universidad Central y consiguió la Cátedra de Economía Política y Estadística y Hacienda Pública en la Universidad de Oviedo, de la cual pasó a la de Zaragoza y finalmente a la de Madrid, donde se jubiló en 1909. De filiación republicana y krausista, entre otros cargos llegó a ser miembro del Instituto de Reformas Sociales.

<sup>22</sup> La Redacción, «Una jubilación...», pág. 320. Hace referencia a ello Adolfo A. Buylla en «Cuartillas de D. Adolfo Buylla leídas en la sesión necrológica a Canella», *Boletín del Centro de Estudios Asturianos*, nº 4, 1924, Oviedo, págs. 13-20, especialmente págs. 15-16. Sobre las academias asturianas de jurisprudencia es imprescindible la obra de José Luis Pérez de Castro, *Las academias teórico-prácticas de derecho, legislación y jurisprudencia en Oviedo*, Oviedo, Academia Asturiana de Jurisprudencia, 1981, especialmente págs. 26-27. Sobre la manía de los discursos en una época de efervescencia republicana recuérdense las notas de Armando Palacio Valdés en *La novela de un novelista*, págs. 275-296.

<sup>23</sup> Alberto de Segovia, «El hombre que trabaja y ríe...».

primeros años estudiantiles Pedro Frera, de origen asturiano, procedente de Colunga como él, probable amigo de su padre, y comerciante, con tienda y vivienda en la calle del Carmen. Con los años se convertiría además en su suegro, al casarse Covián con su hija Eloísa pocos años después. En la pensión hace amistad con Demetrio Alonso Castrillo<sup>24</sup>, jurista y político liberal, que llegó a ministro de la Gobernación en el gobierno canalejista de 1910-1912, Cosme Churruca, que fue el fiador de su matrícula en el curso 1870-71<sup>25</sup> y José Heredia y Mora, natural de Cabra (Córdoba), soltero y abogado, que fue testigo de su boda<sup>26</sup>.

El periodo que discurre entre el final del reinado de Isabel II y la coronación de su hijo Alfonso XII es un momento clave en la historia contemporánea de España. Víctor Covián y Junco participó activamente desde los foros públicos madrileños, y desde el Ministerio de Gracia y Justicia en lo que la mejor historiografía jurídica considera la *tercera fase de la revolución burguesa*, entendida ésta como *el proceso estructural que transformó las bases de la sociedad del Antiguo Régimen y creó las condiciones jurídicas y políticas necesarias para la constitución de una sociedad dominada por la burguesía, organizada políticamente bajo la forma del Estado liberal y caracterizada por la implantación y desarrollo de unas relaciones capitalistas de producción y de cambio*<sup>27</sup>.

Durante estos seis años aparecen importantes textos legislativos, todos ellos animados por principios de corte liberal-democrático, como la Constitución de 5 de junio de 1869, que reconocía el principio de sufragio universal, la unidad de códigos y de jurisdicción (necesarios instrumentos para lograr la igualdad jurídica y la defensa judicial de los derechos), una amplia panoplia de derechos individuales y una división de poderes que potenciaba la importancia del poder judicial con el fin de que *la seguridad, la propiedad y la libertad queden bajo el amparo inviolable de los tribunales de justicia*.

En el Sexenio se buscará colocar el poder judicial como pieza suprema del edificio democrático y herramienta principal de la defensa frente a la tiranía, principio básico e imprescindible de la transformación del Antiguo Régimen en el nuevo Estado liberal decimonónico<sup>28</sup>.

El impacto de esos años en la vida política y cultural de la Restauración es muy importante, tal como recordaba apasionadamente Mario Méndez Bejarano precisamente en el momento en que el régimen comenzaba a manifestar sus mayores síntomas de agotamiento: *La revolución, herida en el campo, siguió alentando en las leyes y en las costumbres, infiltró su espíritu en la renovada Monarquía y la obligó a postrarse ante ella. Compárese la situación de España actual con la España de 1868. Ved consolidados con más o menos atenuaciones, el jurado, el sufragio universal, la tolerancia religiosa, el derecho de reunión, la inviolabilidad del domicilio, el matrimonio civil, la libertad de cátedra; ved la diferente instrucción del pueblo y el peso de la opinión pública, y decidme si ha muerto o si ha vencido la revolución*<sup>29</sup>, recordando al mismo tiempo el gran trabajo que el Ministerio de Gracia y Justicia llevó a cabo durante el Sexenio<sup>30</sup>.

---

<sup>24</sup> [Víctor Covián y Frera], *Víctor Covián y Junco*, [Valdesoto], 1923, 9 pág., manuscrito, inédito, pág. 2.

<sup>25</sup> Madrid, Archivo Histórico Nacional, Universidades, caja 6462, expediente 2.

<sup>26</sup> Según su *Expediente personal* conservado en la Subdirección de Clases Pasivas del Ministerio de Hacienda, Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, Dirección General de costes de personal y pensiones públicas.

Sobre la vida de los estudiantes universitarios asturianos en el Madrid de la época véase de Armando Palacio Valdés, *Años de juventud del Doctor Angélico. (Nuevos papeles del doctor Ángel Jiménez)*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1918.

<sup>27</sup> Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Editorial Tecnos, 1983 (1ª ed., 1979), pág. 404.

<sup>28</sup> José Manuel Romero Moreno, «Reflexiones en torno a la evolución del Poder judicial en el siglo XIX», *Anuario de Derechos Humanos*, nº 3, Madrid, 1985, págs. 357-396.

<sup>29</sup> Mario Menéndez Bejarano, *Idealismo jurídico-político. Historia interna de la revolución de septiembre de 1868*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1919, conferencia pronunciada en la sesión pública del 12 de abril de 1919, pág. 44.

<sup>30</sup> Mario Menéndez Bejarano, *Idealismo jurídico-político...*, pág. 42.

Lo mismo sucedió entre los intelectuales de la generación de Víctor Covián, los *hombres del 68*, conocidos como *Generación de la Restauración*, (apelativo que responde más a su encuadre temporal que a su procedencia espiritual)<sup>31</sup>, como en el caso de Clarín, quien mantendrá durante toda su vida la fidelidad al espíritu de la Revolución Burguesa, a la Gloriosa y a su reivindicación de los derechos del hombre<sup>32</sup>.

En la universidad madrileña de aquellos años un grupo crecido y homogéneo de docentes, discípulos en su mayor parte de Julián Sanz del Río, mantiene por la sabiduría de sus lecciones, la amabilidad y benevolencia de su trato, la asiduidad a sus clases, la amplitud de sus conocimientos y la ejemplaridad de sus vidas<sup>33</sup> un profundo magisterio sobre su alumnado, cuando éste se incorpora activamente a la agitada vida política de la época. La nómina de profesores de Víctor Covián en la Universidad Central, todos ellos krausistas, no deja lugar a dudas respecto al ambiente intelectual y cultural en el que se mueve nuestro biografiado, y al impacto que estos profesores tienen sobre su persona y sobre sus primeros pasos en su larga carrera judicial: Francisco Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate<sup>34</sup>, Segismundo Moret, Nicolás Salmerón, Emilio Castelar, Manuel de la Revilla, Francisco Fernández y González, Joaquín Sanromé y Creus y Eugenio Montero Ríos, entre otros<sup>35</sup>.

Los bachilleres en Derecho Civil y Canónico, aspirantes a la licenciatura, debían cursar dos años de prácticas en un centro privado. Consistían éstas en la participación como disertantes u objetantes en sesiones públicas de carácter teórico y práctico, además de la asistencia a sesiones literarias, conferencias y cátedras. En Madrid era la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, sita en la calle Montera, la que cubría estas necesidades. Desde mediados de siglo sus sesiones fueron revisitando un carácter marcadamente político<sup>36</sup>, llegando a convertirse en una de las instituciones desde la que se irradia el mismo ideario jurídico y político que se venía manifestando en la Universidad<sup>37</sup>. Víctor Covián concurrió asiduamente a las sesiones en las que se discutían los problemas jurídicos que trajeron consigo las reformas de 1869 y 1870, debatiendo estos asuntos con Ramón Nocedal, Francisco Silvela, el Marqués de Vadillo, Raimundo Fernández Villaverde, y otros<sup>38</sup>.

En marzo de 1870, por intercesión de un compañero de pensión, jefe de sección en el Ministerio de Gracia y Justicia<sup>39</sup>, se incorpora a la Subsecretaría de éste como Aspirante sin sueldo con la categoría de Promotor fiscal de entrada. Era Ministro del ramo en aquel momento Eugenio Montero Ríos. Los auxiliares y aspirantes del Ministerio realizaban tareas puramente administrativas (llevar los libros de registro de los negociados, elaborar y completar los expedientes instruidos, atender a los interesados

---

<sup>31</sup> Los *Hombres del 68* serían aquellas personalidades que protagonizaron la explosión republicana, la mantuvieron durante la Restauración y mantuvieron el mismo espíritu de revolución burguesa, todos ellos contemporáneos de Víctor Covián y Junco. Véase al respecto el estudio de Carlos José Barbachano García, «Clarín y los jóvenes del 98. (Esbozo de un enfrentamiento a través de la figura de Leopoldo Alas)», en *Clarín y la Regenta en su tiempo*, Actas del Simposio Internacional, Oviedo, del 26 al 30 de noviembre de 1984, Oviedo, Ayuntamiento de Oviedo, Universidad de Oviedo y Consejería de Educación, Cultura y Deportes, págs. 1005-1021, especialmente pág. 1005, nota 1.

<sup>32</sup> Sergio Beser, «Leopoldo Alas o la continuidad de la Revolución», en *La Revolución de 1868, Historia, Pensamiento, Literatura*, selección de Clara E. Lida e Iris M. Zavala, New Cork, Las Américas Publishing Company, 1970, págs. 397-411; y Juan Oleza, «La Regenta y el mundo del joven Clarín», en Antonio Vilanova (Ed.), *Clarín y su obra. En el centenario de la Regenta (Barcelona 1884-1885)*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 1985, págs. 163-180.

<sup>33</sup> Luis García de Valdeavellano, «Prólogo», en Adolfo Posada, *Breve historia del krausismo español*, Oviedo, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1981, pág. 13.

<sup>34</sup> Recuérdese que su propio hijo, en las notas biográficas ya mencionadas indica que en 1870 Víctor Covián y Junco estudiaba el doctorado con Azcárate, Arduarregui y Giner de los Ríos. Véase [Víctor Covián y Frera], *Víctor Covián y Junco...*, pág. 1.

<sup>35</sup> María Dolores Gómez Molleda, *Los reformadores de la España contemporánea*, Madrid, C.S.I.C., Escuela de Historia Moderna, 1981, págs. 181-192.

<sup>36</sup> Vicente Cachó Viu, *La Institución Libre de Enseñanza*, Madrid, Rialp, 1962, págs. 114-115.

<sup>37</sup> José Maluquer y Salvador, *Reseña histórica de la Real Academia matritense de Jurisprudencia y Legislación*, Barcelona, Redondo y Xumetra, 1884, pág. 208, y Juan José Gil Cremades, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1968, págs. 29-34.

<sup>38</sup> La Redacción, «Una jubilación...», pág. 320.

<sup>39</sup> [Víctor Covián y Frera], *Víctor Covián y Junco...*, pág. 1.

acerca del estado de los asuntos, y cualquier otro trabajo que les encomiende el jefe del negociado en el que desempeñasen sus trabajos), y en la escala laboral se encontraban por debajo del secretario general, jefes de sección, oficiales de secretaría y por encima de escribanos, porteros y ordenanzas, repartiéndose unos y otros en las diversas dependencias, negociados y oficinas ministeriales<sup>40</sup>.

Pero su capacidad de trabajo, recordada por su hijo en las notas biográficas mencionadas aquí<sup>41</sup> le situó entre el grupo de juristas responsables de las reformas legislativas impulsadas durante el Sexenio y plasmadas en una larga lista de normas y leyes, alguna de las cuales, como la Ley Orgánica Provisional de organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 se han mantenido vigentes hasta hace unos años.

Estos trabajos fueron encabezados por dos destacados representantes del grupo de intelectuales progresistas de la época: los Ministros Eugenio Montero Ríos y Nicolás Salmerón. El primero de ellos, que estuvo entre 1870 y 1873, en diversos periodos, durante dos años al frente del Ministerio, fue uno de los redactores de la Constitución de 1869, e impulsó la promulgación de la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870, la Ley Provisional para la organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, el Código penal de 1870 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal o Código procesal penal de 22 de diciembre de 1872, y proyectó otras como la Ley del Jurado de 14 de noviembre de 1872 y la reforma de la Ley de enjuiciamiento civil de enero de 1873<sup>42</sup>.

Victor Covián participó en la corrección del Código penal<sup>43</sup>, en la elaboración de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>44</sup> tras ser ascendido en agosto de 1872 a Oficial de negociado de cuarta clase en administración y auxiliar de la Secretaría del Ministerio de Gracia y Justicia<sup>45</sup>, y en las reformas legales intentadas durante la República, especialmente durante el breve mandato de Nicolás Salmerón, firme defensor de la separación de poderes y del fortalecimiento de un poder judicial fuerte frente a los restantes organismos del Estado<sup>46</sup>. Fue Salmerón quien recomendó a Covián que realizase oposiciones, primero a funcionario del Ministerio y posteriormente a juez: Cuando en 1873 anunció Salmerón la provisión por oposición de unas plazas en el mismo departamento, solicita el modesto auxiliar tomar parte en las mismas, por consejo de hombre público (...). Deja el Ministerio<sup>47</sup>, y entonces, viendo que sus sucesores proveían las plazas que él dejara vacantes para los opositores, y que tal acto no se llevaba a cabo, aconseja a Covián que tome en las segundas a la Judicatura, y así lo hizo, pues no obstante tener en el Ministerio adquirida la categoría de promotor fiscal por el *Decreto orgánico vigente a su ingreso en aquél, los que formaban parte de las dos*

<sup>40</sup> *Reglamento interior del Ministerio de Gracia y Justicia*, Madrid, Imp. del Ministerio de Gracia y Justicia, 1874.

<sup>41</sup> ...*Con motivo de un viaje de don Amadeo se recibieron en el Negociado de indultos había que despachar todos los expedientes formados y el aspirante sin sueldo recibía todas las noches cajas de ellos que eran recogidos al día siguiente con el extracto, nota, etc. ... don Eugenio Montero Ríos, Ministro del ramo en 1872, a las once en punto, hora entonces de entrada, se constituyó en el Ministerio, fue abriendo la puerta de todos los despachos, encontrando sólo al Aspirante, ascendido a los pocos días...* [Victor Covián y Frera], *Victor Covián y Junco...*, págs. 2-3.

<sup>42</sup> Decreto de 29 de enero de 1873.

<sup>43</sup> El Código, según los especialistas, es un buen texto jurídico, y estuvo vigente hasta finales de 1932. Una buena parte de las reformas que introduce son de carácter político y de marcada tendencia liberal; otras eran de índole técnica y a través de ellas se introdujeron principios propios del Derecho penal liberal como la garantía de legalidad, el individualismo y el humanitarismo. Concedía muy escaso margen a los jueces para la concreción de las penas y la valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso. Véase Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español...*, págs. 501-502.

<sup>44</sup> La Ley no daba al inculcado intervención en el sumario y el juez instructor seguía siendo el sentenciador de la causa, por lo que no permitía un proceso penal con plenas garantías a favor del reo. La novedad más importante de esta ley fue el establecimiento del juicio oral como segunda fase del proyecto. Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español...*, pág. 533.

<sup>45</sup> Según su *Expediente Personal* fue nombrado por Real Orden de 30 de agosto de 1872, tomó posesión de su cargo el 2 de septiembre de ese año y presentó renuncia al cargo el 22 de septiembre de 1874, que fue aceptada al día siguiente, probablemente para presentarse a oposiciones a la judicatura.

<sup>46</sup> Juan Francisco Lasso Gaité, *El Ministerio de Justicia. Su imagen histórica (1714-1981)*, Madrid, el autor, 1984, págs. 124-128 y 135-135.

<sup>47</sup> Nicolás Salmerón fue entre el 11 de febrero de 1873 y el 11 de junio del mismo año el primer ministro de Gracia y Justicia de la I República.

*carreras sin oposición, eran amovibles, condición que no convenía al que huérfano de toda influencia en la situación del 3 de enero de 1874, necesitaba un punto seguro por razones económicas y de familia*<sup>48</sup>.

## UN JUEZ EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XIX

Afirma Delgado del Rincón que con el advenimiento del Estado liberal se introduce en España una nueva concepción de la justicia y una nueva regulación del Poder judicial inspirados en los principios clásicos del liberalismo continental, cuyo paradigma es el liberalismo francés, y en clara oposición con los principios que imperaron bajo el Absolutismo monárquico. En la Constitución de 1812, que constituye la mejor expresión ideológica e institucional del liberalismo, el constituyente gaditano manifiesta su concepción liberal sobre la justicia mediante la proclamación y el reconocimiento constitucional de una serie de principios que afectan claramente al orden judicial. Entre estos principios que tienen su fundamento en el más amplio de la división de poderes, pueden destacarse el principio de independencia judicial, el principio de la unidad y exclusividad judicial, el de la inamovilidad judicial como garantía principal de la independencia y el de responsabilidad judicial como complemento o contrapeso de la inamovilidad e independencia judicial<sup>49</sup>.

Pero durante gran parte del siglo XIX, a pesar de la voluntad reformadora del constituyente liberal, la administración de justicia en España presenta un carácter desastroso. Muchos de quienes administraban e impartían justicia incumplían o desconocían la compleja legislación recopilada de la época. Eran también permeables a las órdenes recibidas desde el Gobierno y a las «recomendaciones» formuladas ante ellos por personajes poderosos a favor de una de las partes de los procesos. Por otro lado la organización judicial fue extremadamente confusa hasta el Sexenio, pues junto a la jurisdicción ordinaria, formada por los alcaldes (actuando como jueces de paz), los mismos alcaldes como jueces ordinarios, los jueces letrados de primera instancia, las Audiencias y el Tribunal Supremo, había otros muchos de carácter especial<sup>50</sup>.

El Gobierno provisional revolucionario del Sexenio, antes de aprobar la nueva Constitución promulgó el Decreto de 6 de diciembre de 1868 suprimiendo los fueros especiales y refundiéndolos dentro de la jurisdicción ordinaria, cumpliendo de ese modo con el clamor popular y los programas políticos de algunas juntas provinciales revolucionarias que exigían la unidad de fueros y la abolición de todos los especiales.

La Constitución de 1869 sancionó estos principios elevándolos a rango constitucional, y finalmente fueron desarrollados por la Ley provisional sobre organización del poder judicial promulgada el 15 de septiembre de 1870, que era fiel a la idea de un poder judicial bien organizado, independiente, técnico responsable y dedicado de forma exclusiva y excluyente al ejercicio de su función<sup>51</sup>.

El Decreto de 1868 y la Ley de 1870 contribuyeron notablemente a mejorar, al menos en el terreno de la mera legalidad, la situación de la administración de justicia. No obstante en el de la práctica las cosas no mejoraron ni mucho ni pronto. La inestabilidad política, los crecidos gastos que habría ocasionado adaptar a su articulado la organización judicial existente y, de manera especial, el rápido regreso al poder de

---

<sup>48</sup> La Redacción, «Una jubilación...», pág. 321.

<sup>49</sup> Luis E. Delgado del Rincón, «La configuración de la administración de justicia como parte de la administración pública durante el siglo XIX español. (Análisis de algunos aspectos que influyeron en el proceso de burocratización de la justicia)», en Juan José Gil Cremades y otros (Eds.), *La configuración jurídica política del estado liberal en España*, Actas del Congreso en conmemoración del segundo centenario del nacimiento de D. Alejandro Oliván (1796-1996), Huesca 12-13 de diciembre de 1996, Huesca, Universidad de Zaragoza, 1997, págs. 75-88, especialmente págs. 78-79.

<sup>50</sup> Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español...*, págs. 524-525.

<sup>51</sup> Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español...*, págs. 525-526.

los conservadores monárquicos, impidieron su inmediata aplicación en los términos exactos en que había sido promulgada esta última norma<sup>52</sup>.

Durante la primera etapa de la Restauración el sistema judicial se completó con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que no introdujo las reformas aconsejadas por la ciencia procesal, y mantuvo un modelo procesal de exagerado formalismo, anticuado y lento, y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, que en cambio resultó ser un excelente código procesal, de carácter liberal y progresivo, preocupado por desterrar el predominio de los principios inquisitivos en el proceso penal y por restablecer la igualdad de condiciones en la contienda jurídica<sup>53</sup>.

Andando el tiempo, como recordaba Tomás y Valiente, el distanciamiento entre la buena ley de 1870 y la práctica cotidiana de la curia no se acertó de modo muy notorio y el pueblo mantuvo siempre todas las prevenciones con la administración de justicia y la opinión de que el favor, las recomendaciones y el dinero influían en las sentencias y ciertamente pocos tribunales se liberaban de la presión caciquil o política<sup>54</sup>.

La carrera judicial de Víctor Covián se desarrolla a lo largo del medio siglo que se corresponde con uno de los periodos más importantes en la historia contemporánea de España, entre la Primera República y la Dictadura de Primo de Rivera. Teniendo en cuenta que sólo transcurren quince años desde su primer destino como Juez de Primera Instancia hasta su nombramiento como presidente de Sala de la Audiencia de la Coruña en 1890 (o su incorporación un año antes al equipo de juristas que participan en el proyecto reformista de Canalejas), para después permanecer en destinos superiores dentro de la carrera judicial otros treinta y dos años hasta su jubilación, podría afirmarse que la suya fue una carrera sólida, meritoria y rigurosa, a pesar de que las circunstancias políticas de la época mantuvieran al poder judicial en una situación de extrema inestabilidad y precariedad.

A finales de ese mismo año renuncia al cargo que había ocupado en el Ministerio durante cuatro años y medio para presentarse a las inminentes oposiciones a juez convocadas por el gobierno de Sagasta, el último de la Primera República. Dos meses más tarde es nombrado Juez de Primera Instancia de Ramales, en la provincia de Santander<sup>55</sup>, cuando ocupaba el duodécimo puesto en la escala del Cuerpo de aspirantes a la Judicatura. Toma posesión del cargo el dos enero de 1875 y cinco días más tarde es cesado y trasladado a Totana, en la provincia de Murcia, al otro extremo de la península, en lo que parece un castigo o un traslado disciplinario<sup>56</sup> realizado días antes del Real Decreto de 23 de enero de 1875 por el que se derogaron o dejaron en suspenso algunos artículos de la Ley de 1870 y se realizó una depuración de jueces y fiscales<sup>57</sup>.

Si algo caracterizó la carrera judicial de Víctor Covián fue la permanente exigencia de prontitud en la administración de justicia y una rectitud moral que le concedía una gran

---

<sup>52</sup> Benjamín González Alonso, «La justicia...» pág. 412.

<sup>53</sup> Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español...*, pág. 531. Fue convertida en Ley siendo ministro el liberal Manuel Alonso Martínez.

<sup>54</sup> Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español...*, pág. 527. Todavía en 1922 Víctor Covián y Junco criticaba duramente las frecuentes suspensiones de juicios, que impedían la plena administración de Justicia; véase «Suspensión de juicios», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, tomo LVI, Madrid, 1922, págs. 79-84, 102-106 y 126-128. Y también de Francisco Villacorta Baños, Profesión judicial y política. El nacimiento del corporativismo jurídico, en *Fallstudien zur spanischen und portugiesischen Justiz 15. bis 20. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1994, págs. 177-208, especialmente pág. 178.

<sup>55</sup> Por resolución de 26 de noviembre de 1874 y artículos 123.2 y 124 de la Ley provisional orgánica del poder judicial de 15 de septiembre de 1870. Parece que ejerció de Juez de entrada en la Inclusa de Madrid: *La experiencia de su aprendizaje en el [ juzgado ] de la Inclusa le había demostrado la imposibilidad de hacerlo todo, absolutamente solo por sí mismo*. En *La Redacción*, «Una jubilación...» pág. 322.

<sup>56</sup> Según su *Expediente Personal* fue nombrado por Orden del 26 de diciembre de 1874. Toma de posesión del cargo el 17 de enero de 1875 y cesa por Real Orden de 6 de noviembre de 1876. Ocupó el cargo durante casi dos años.

<sup>57</sup> Alicia Fiestas Loza, «Codificación procesal y estado de la administración de justicia (1875-1915)», en José Luis García Delgado (Ed.), *La España de la Restauración: política, economía, legislación y cultura*, I Coloquio de Segovia sobre Historia Contemporánea de España dirigido por Manuel Muñón de Lara, Madrid, Siglo XXI, 1985, págs. 413-433, especialmente pág. 418.

autoridad entre sus administrados: *En su dilatada carrera de 53 años menos 10 días no ha tenido el menor rozamiento ni con los Colegios ni con los letrados aislados, lejos de esto siempre mantuvo una armonía tan provechosa a la pronta administración de justicia que en todos los juzgados que desempeñó, no obstante las dificultades que ofrecía el antiguo procedimiento, las causas graves en que desde sus comienzos era descubierto el autor, se dictaba sentencia en primera instancia dentro del primer mes*<sup>58</sup>.

Durante ocho años, coincidiendo con el periodo de gobiernos conservadores de Cánovas, fue Juez de Primera Instancia en cinco destinos diferentes: en Ramales como ya hemos indicado, Totana (Murcia), durante dos años<sup>59</sup>; en Torrelavega tres años<sup>60</sup> y posteriormente un año y medio en Getafe<sup>61</sup> y otro año y medio en Almendralejo<sup>62</sup>. Muchos años más tarde recordaba las difíciles condiciones en las que los jueces de la época desempeñaban su trabajo: *Los técnicos de Gracia y Justicia, sin una gran remuneración, entraban de aspirantes sin sueldo, que al cabo de tres o cuatro años, ora se marchaban a su casa, ora los favorecidos por la fortuna ascendían a dos mil pesetas, y luego de quinientas en quinientas, como los demás empleados de la administración... En pleno vigor de la Ley Orgánica, los jueces de entrada cobrábamos cincuenta duros al mes menos la habilitación, que en Murcia, por ejemplo, importaba cinco pesetas; ni casa, ni ningún otro emolumento*<sup>63</sup>.

Su primer ascenso fue concedido por el primer gobierno liberal de la Restauración, siendo Ministro de Gracia y Justicia Manuel Alonso Martínez. Fue trasladado en el mismo Almendralejo del Juzgado de Primera Instancia a la Audiencia de lo Criminal y ascendido de juez a magistrado<sup>64</sup>. La Ley de 15 de julio de 1882 autorizó al Gobierno a proceder al planteamiento del juicio oral en las causas criminales, estableciendo para ello estos Tribunales colegiados en lo criminal. La Ley adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 14 de octubre de ese mismo año crea 95 de esos tribunales, que se ponen en funcionamiento en enero del año siguiente, siendo Covián, firme defensor de la implantación de ese procedimiento<sup>65</sup>, quien pone en funcionamiento el de Almendralejo. Ocupó el cargo durante mes y medio para ser destinado a la Audiencia de Oviedo como Teniente Fiscal<sup>66</sup> por el Ministro liberal Romero Girón: *La implantación del juicio oral y público determinó a Romero Girón a llevarle a la Tenencia fiscal de Oviedo, cargo que tenía más de 600 causas aún del antiguo procedimiento y del nuevo las de Oviedo con Pola de Siero y Gijón, y lo civil de la Hacienda, etc., entonces de las atribuciones del Ministerio fiscal. Al año fue ascendido por ser el primer número de su categoría, tocándole entonces una Presidencia de Audiencia de lo criminal, Tineo*<sup>67</sup>.

---

<sup>58</sup> [Víctor Covián y Frera], *Víctor Covián y Junco...*, págs. 1-2. Dos anécdotas sobre su autoridad moral son recogidas en la semblanza biográfica de Alberto de Segovia, «El hombre que trabaja y ríe...».

<sup>59</sup> Nombrado por Orden del 26 de diciembre de 1874. Toma posesión el 17 de enero de 1875 y cesa en el cargo por Real Orden de 6 de noviembre de 1876.

<sup>60</sup> Nombrado por Real Orden de 6 de noviembre de 1876. Toma posesión del cargo el 6 de diciembre de 1876 y cesa: el 1 de noviembre de 1879. El 4 de diciembre de 1876 jura en la Audiencia de Burgos guardar y hacer guardar las leyes fundamentales de la Monarquía..

<sup>61</sup> Nombrado por Real Orden de 30 de octubre de 1879. Toma posesión del cargo el 21 de noviembre de 1879 y cesa el 28 de junio de 1881.

<sup>62</sup> Nombrado por Real Orden de 23 de junio de 1881. Toma posesión el 11 de agosto de 1881 y cesa el 24 de diciembre de 1882.

<sup>63</sup> «El contrato de empleo y el derecho a la huelga y a la asociación con fines de resistencia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 134, Madrid, 1919, pág. 7.

<sup>64</sup> Nombrado por Orden de 18 de noviembre de 1882. Toma posesión el 2 de enero de 1883 y cesa el 14 de febrero de 1883. Fue trasladado inmediatamente después de ser constituidas las Audiencias de lo Criminal por la Ley adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 14 de octubre de 1882, con las que se pretendía contar con los órganos judiciales necesarios para la implantación de la única instancia penal y del juicio oral y público estatuidos por la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal promovida por el ministro liberal Manuel Alonso Martínez.

<sup>65</sup> La Redacción, «Una jubilación...» pág. 324.

<sup>66</sup> Nombrado por Real Decreto de 8 de febrero de 1883, toma posesión del cargo el 1 de marzo de 1883. Cesado el 23 de febrero de 1884.

<sup>67</sup> La Redacción, «Una jubilación...», págs. 321-322.

En Tineo estuvo destinado durante poco más de un año<sup>68</sup>, antes de ser nombrado Magistrado de la Audiencia Territorial de la Coruña, en donde continuó en el puesto durante dos años y medio<sup>69</sup>. La de La Coruña era una de las quince Audiencias capitales establecidas por ley en las provincias españolas. Estaba formada por su Presidente, Presidentes de Sala y Magistrados y organizada en una Sala de lo Civil (con Presidente y cuatro Magistrados) otra Sala de lo Criminal y una Sala de Gobierno integrada por el Presidente de la Audiencia, los de Sala y el Fiscal<sup>70</sup>.

En noviembre de 1887 es nombrado por el liberal Manuel Alonso Martínez Presidente de la Audiencia de lo Criminal de Almedralejo, en la provincia de Badajoz<sup>71</sup>, precisamente en un momento clave de la Restauración, durante la Regencia de María Cristina de Habsburgo, en el periodo político conocido como *Parlamento Largo* de Sagasta (27 de diciembre de 1885 a 5 de julio de 1890). La estabilidad política y la relativa paz social vivida en esos años permitió el desarrollo de una parte importante del programa liberal y la realización de las aspiraciones de la Gloriosa que fueran compatibles con los principios constitucionales aprobados en 1876<sup>72</sup>. Los gobiernos del momento pudieron promulgar textos jurídicos tan fundamentales como el Código de Comercio (1885), la Ley de Asociaciones (1887), la Ley de Jurado (1887), reformas militares (1889), el Código Civil (1889) y Ley del Sufragio Universal (1890)<sup>73</sup>.

La culminación del proceso de codificación logró el pleno desarrollo del derecho liberal, modernizando la legislación y consolidando el proceso de racionalización jurídica y social iniciado con el triunfo de la revolución liberal. Por otra parte, la Ley de Asociaciones fue primordial para el posterior desarrollo del mundo sindical y asociativo, y la del Jurado venía a conseguir poner en práctica la idea de una justicia liberal que no concebía un régimen de libertades sin un jurado que permitiese la participación popular en la administración de justicia<sup>74</sup>.

---

<sup>68</sup> Nombrado por Real Decreto de 19 de febrero de 1884 siendo Ministro de Gracia y Justicia el conservador Francisco Silvela. Toma posesión del cargo el 1 de marzo de 1884 y cesa el 22 de mayo de 1885.

Las Audiencias de lo Criminal o Audiencias Provinciales, compuestas cada una de un presidente y dos magistrados, fueron creadas en 1882 por la Ley adicional a la Orgánica del Poder Judicial. A la provincia de Oviedo correspondieron tres: La de la capital, integrada como Sala de lo Criminal en su Audiencia Territorial, que comprendía los Juzgados de Avilés, Gijón, Oviedo, Pola de Lena y Pravia. La de Cangas de Onís, que abarcaba los Juzgados de su nombre, Infiesto, Llanes, Pola de Laviana y Villaviciosa y la de Tineo, que incluía los juzgados de Belmonte, Cangas de Tineo, Castropol, Grandas de Salime y Luarca. En 1892, al ser excesivo su número, se suprimieron todas las que no estaban situadas en las capitales de provincia, pasando a ser de competencia de las subsistentes, con la denominación de Audiencias Provinciales, el conocimiento de las causas que correspondían a las suprimidas en la misma provincia. Como consecuencia, la Audiencia Provincial de Oviedo pasó a tener, desde entonces, una circunscripción análoga a la de la Territorial, o sea la asignada a la provincia. Francisco Tuero Bertrand, «Bosquejo histórico de la demarcación judicial asturiana: Audiencia territorial, Audiencia Provincial y Partidos judiciales», *Boletín del Instituto de Estudios Asturianos*, nº 71, Oviedo, 1970, págs. 292-326 y especialmente págs. 299-300. Recuerda su paso por la Audiencia de Tineo Fernando Menéndez de Llano, «Tribunales de Tineo», *Miscelánea Tinetense*, Tineo, 1998, págs. 195-197.

<sup>69</sup> Nombrado por Real Decreto de 18 de mayo de 1885 durante el ministerio del conservador Francisco Silvela. Toma posesión del cargo el 17 de junio de 1885 y cesa el 18 de noviembre de 1887.

<sup>70</sup> Juan Climent Barberá, «La administración de Justicia en el presente siglo (1870-1985)» en *Dels furs a l' estatut, Actes del I Congrés d' Administració Valenciana, de la Història a la Modernitat*, Valencia, Institut Valencià d' Administració Pública, 1992, págs. 557-567.

<sup>71</sup> Nombrado por Real Decreto de 14 de noviembre de 1887. Toma posesión el 5 de diciembre de 1887 y cesa el 25 de octubre de 1889.

<sup>72</sup> Los liberales procuraron acercarse a los sectores más moderados del republicanismo. Una buena porción de su programa a comienzos de la Regencia estuvo orientado a facilitar ese tránsito. La aprobación del sufragio universal en 1890 motivó el paso de la mayoría de los republicanos posibilistas de Emilio Castelar al Partido Liberal de Sagasta. Véase esto en Javier Moreno Luzón, «El Partido Liberal de la Regencia, 1885-1902. La década liberal, 1886-1895», en *Sagasta y el liberalismo español*, Madrid, Fundación Argentina, 2000, págs. 356-381.

<sup>73</sup> Manuel Suárez Cortina, «La Regencia de María Cristina (1885-1902)», en Javier Paredes (Coord.), *Historia Contemporánea de España (siglo XIX)*, Barcelona, Editorial Ariel, 1998, págs. 386-408.

<sup>74</sup> Los periodos de funcionamiento del jurado coinciden con otras tantas etapas de gobiernos democráticos o de puesta en práctica de un programa político de libertades públicas. Hasta 1923, en que fue suspendido, su funcionamiento no fue todo lo satisfactorio que los legisladores hubieran deseado. Véase en Juan Antonio Alejandre, *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los tribunales de jurados*, Madrid, Edit. de la Universidad Complutense, 1981, especialmente pág. 10.

Al final de este periodo político José Canalejas Méndez accede desde el Ministerio de Fomento al Ministerio de Gracia y Justicia tras la crisis parcial de 10 de diciembre de 1888<sup>75</sup>. En el discurso de apertura de los Tribunales leído por Canalejas el 16 de septiembre de 1889 expuso un ambicioso proyecto de reformas legislativas que incluía la reforma del Código Civil, del Código Penal, las Leyes de Enjuiciamiento Criminal y Civil y organización de Tribunales, y la consecución de la efectiva separación de poderes y la independencia del Poder Judicial.

El 21 de octubre de 1889 crea en el Ministerio de Gracia y Justicia una Sección encargada de organizar y resumir las informaciones de las Audiencias y Fiscales sobre las leyes vigentes, estudiando las reformas que conviniese introducir para proponerlas a la Comisión General de Codificación, y además dirigir la Colección Legislativa y las ediciones oficiales de Códigos o Libros y sentencias de los Tribunales y concordar las leyes vigentes con otras nuevas. Estaba integrada por un Magistrado del Tribunal Supremo, Jefe de la misma; un Presidente de Sala, Fiscal de Audiencia territorial o Magistrado de la de Madrid y tres Magistrados de Audiencia territorial o Presidentes de Audiencia de lo Criminal<sup>76</sup>. Víctor Covián fue nombrado vocal de esta Sección de Reformas Legislativas el 21 de octubre de 1889<sup>77</sup>, cargo que ocupó hasta el verano de 1890, unos meses después de abandonar Canalejas el Ministerio y ser sustituido por Joaquín López Puigcerver. Durante ese semestre largo fue también Secretario de la Comisión General de Codificación<sup>78</sup>.

Suspendidos los trabajos de reforma legislativa durante el verano de 1890, Covián fue nombrado Presidente de Sala de la Audiencia de La Coruña<sup>79</sup>, ocupando el cargo durante menos de dos meses y medio, para retornar a Madrid como Auxiliar en el Ministerio de Gracia y Justicia en los trabajos especiales sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil impulsados por el Ministro Conservador Raimundo Fernández Villaverde, amigo íntimo suyo, que se prolongaron hasta el otoño de 1891<sup>80</sup>. El proyecto, del que Covián parece haber sido su máximo responsable, terminó en el limbo de las reformas de la Justicia emprendidas durante la Restauración y nunca convertidas en leyes;

---

<sup>75</sup> José Canalejas Méndez (El Ferrol, 1854-Madrid, 1912), se doctoró en Derecho y Filosofía en la Universidad Central en 1872. Fue diputado liberal desde 1881 y Ministro en diversas carteras y gobiernos, hasta alcanzar la presidencia del Consejo de Ministros. Fue uno de los más destacados políticos liberales de la Restauración, y estaba cercano a las corrientes liberales democráticas europeas. Defensor de un Estado reformista e intervencionista, del desarrollo de la legislación obrera, contrario al impuesto de consumos, firme defensor de la separación de la Iglesia y el Estado y en general partidario de la modernización económica y administrativa. Véase Salvador Forner Muñoz, *Canalejas y el Partido Liberal Democrático (1900-1910)*, Madrid, Ediciones Cátedra e Instituto de Cultura Juan Gil-Albert, 1993.

<sup>76</sup> *Crónica de la Codificación Española. 1. Organización judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia y Comisión General de Codificación, 1970, págs. 182-186.

<sup>77</sup> Nombrado por Real Decreto de 21 de octubre de 1889. Toma posesión del cargo el 31 de octubre de 1889 y cesa el 30 de junio de 1890.

<sup>78</sup> Nombrado por Real Decreto de 12 de diciembre de 1889. Toma posesión el 16 de diciembre de 1889 y cesa el 30 de junio de 1890.

En esas fechas fue Vicepresidente primero del Centro Asturiano de Madrid, ocupando la presidencia don Acisclo Fernández Vallín, quien delegó la presidencia en él a finales de enero de 1890. En el mes de mayo Covián delegó sus funciones a favor de don Eugenio Ruidíaz y Caravia tras ser destinado a la Audiencia de La Coruña. Agradecemos sinceramente a D. Cosme Sordo Obeso, Presidente del Centro Asturiano de Madrid esta información.

<sup>79</sup> Nombrado por Real decreto de 23 de junio de 1890. Toma posesión el 1 de julio de 1890 y cesa el 12 de septiembre de 1890 y el 27 de octubre de 1891, tras permanecer este periodo en Comisión de servicios en el Ministerio de Gracia y Justicia.

<sup>80</sup> Nombrado por Real Decreto de 2 de septiembre de 1890. Prorrogado en el cargo por Reales Decretos de 17 de noviembre de 1890, 5 de marzo de 1891, 2 de julio de 1891 y 8 de octubre de 1891.

Víctor Covián fue amigo suyo probablemente desde su época de estudiante en la Universidad Central y ya sabemos que ambos eran asiduos concurrentes a la Academia de Jurisprudencia. Raimundo Fernández Villaverde (Madrid, 1848-1905), fue diputado a Cortes desde la legislatura 1872-1873 y ocupó diversos cargos políticos de relevancia. Fue además un importante hacendista y las leyes que bajo su mandato se dictaron en 1899 y 1900 fueron pilares sustanciales para salvar la situación resultante del desastre colonial. Alberto Rull Sabater, *Diccionario sucinto de Ministros de Hacienda (s. XIX-XX)*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1991.

Los resultados de estos trabajos vieron la luz pública en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* entre 1890 y 1893: Víctor Covián y Junco, «Procedimiento Civil de España: ensayo sobre su reforma», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 76-83, Madrid, 1890-1893.

se fundaba en un profundo conocimiento de la literatura jurídica extranjera y defendía una radical modificación del procedimiento civil, que parecía imprescindible dadas las carencias que presentaba el vigente<sup>81</sup>. Fue presentado en el Senado el 13 de junio de 1891, pero la reforma fue frenada por los senadores afectos a las capitales de provincia, dado que se proponía reforzar las Audiencias de lo Criminal no radicadas en las cabeceras provinciales<sup>82</sup>.

Finalizados los frustrados trabajos de reforma judicial es trasladado a la Audiencia Territorial de Madrid como Magistrado<sup>83</sup>, ocupando el cargo durante nueve meses, tras los cuales es ascendido a Presidente de Audiencia Territorial y destinado a la de La Coruña<sup>84</sup>. Quince meses más tarde es nombrado para el mismo cargo en la Audiencia Territorial de Pamplona, puesto que ocupará durante siete años y medio, el destino de más larga duración desde sus inicios como profesional de la administración de Justicia. Esta estabilidad le permite conocer en profundidad el derecho foral navarro, llegando a publicar una de las obras de derecho civil foral más valiosas escritas antes de la Guerra Civil<sup>85</sup> y dejando inédita la parte dedicada a las nociones generales respecto a las cosas y al derecho de familia, de obligaciones y hereditario y también el apéndice foral navarro complementario del Código Civil<sup>86</sup>.

## EN LA CUMBRE DE LA CARRERA JUDICIAL

Poco tiempo después de la vuelta de los liberales al poder, tras un trienio de gobiernos conservadores, el ministro liberal de turno, Julián García San Miguel, Marqués de Teverga, asturiano como él, *vistas sus actividades reformistas, le trajo al Tribunal Supremo, Sala de lo Civil*, centro superior de la administración de Justicia y autoridad en que vienen a reunirse todas las ramificaciones de la potestad judicial<sup>87</sup>. Su jurisdicción se extendía a todas las provincias españolas y de sus sentencias no había apelación. De 1893 a 1904 estuvo organizado por dos Salas (Civil y Penal) y a partir de 1904 en tres (Civil<sup>88</sup>, Penal y Contencioso) y una Sala de Gobierno en la que participan el Presidente del Tribunal, los de las Salas de Justicia y el Fiscal, y estaba compuesto por el Presidente del Tribunal, los cuatro Presidentes de Sala y veintiocho Magistrados<sup>89</sup>. Su

---

<sup>81</sup> *Crónica de la Codificación Española. 2. Procedimiento Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia y Comisión General de Codificación, 1970, págs. 162-173.

<sup>82</sup> Víctor Covián y Junco, «El Proyecto de reforma orgánica y de división judicial de 1891 y las opiniones del Sr. Ministro de Gracia y Justicia sobre esas materias», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, tomo LIX, Madrid, 1925, págs. 281-283. El Real Decreto de 16 de julio de 1892 suprimió 46 Audiencias de lo Criminal no establecidas en capitales de provincias y la Ley de Presupuestos de 5 de agosto de 1893 hizo desaparecer las salas de lo Criminal de las Audiencias Territoriales, que fueron sustituidas por Audiencias Provinciales.

<sup>83</sup> Nombrado por Real Decreto de 27 de octubre de 1891 siendo Ministro el Conservador Raimundo Fernández Villaverde. Toma posesión del cargo el 18 de noviembre de 1891 y cesa el 20 de julio de 1892.

<sup>84</sup> Nombrado por Real Decreto de 16 de julio de 1892 siendo ministro el conservador Fernando Cos-Gayón. Toma posesión del cargo el 1 de agosto de 1892 y cesa el 2 de noviembre de 1893. Ocupa el cargo durante un año y tres meses.

<sup>85</sup> Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español...*, pág. 628.

<sup>86</sup> Víctor Covián y Junco, *El derecho civil privado de Navarra y su codificación: estudio histórico-crítico*. Primera parte, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Góngora, 1914. Las referencias a la segunda parte de la obra, inédita, en *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, tomo XLVIII, Madrid, 1914, págs. 408-409. El apéndice foral navarro se conserva, inédito en el Archivo de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, *Proyecto de apéndice foral navarro. Exposición de motivos y articulado*, por don Víctor Covián y Junco, Madrid, 1926. Escrito a mano en cuartillas, sin fecha ni firma. En la carpeta dice además año 1926. En Juan Francisco Lasso Gaité, *Crónica de la Codificación española. 4. Codificación civil. Génesis e historia del código*, Tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia y Comisión General de Codificación, 1970, pág. 762.

<sup>87</sup> Nombrado por Real Decreto de 15 de julio de 1901. Toma posesión del cargo el 18 de julio de 1901 y cesa el 17 de diciembre de 1917. Ocupa el cargo durante dieciséis años y medio. La Redacción, «Una jubilación...» pág. 322.

<sup>88</sup> En esta época la Sala de lo Civil estaba formada por un presidente y nueve magistrados.

<sup>89</sup> La Sala Primera (materia civil) se encarga de los recursos de casación, competencias entre inferiores sin superior común y recursos de fuerza contra el Tribunal de la Rota. La Sala Segunda (materia penal), competencias entre inferiores sin superior común, recursos de queja y admisiones de casaciones

cometido principal era realizar la interpretación judicial de las disposiciones legales y de las acciones de los legisladores. Covián desarrolló su magistratura en el Tribunal de Casación, la Sala de lo Civil, presidió la Sala chica o de tres magistrados encargada de fallar los recursos sobre accidentes de trabajo<sup>90</sup> y junto a Álvaro Landeira Mariño fue el responsable desde 1904 hasta 1913 de la Inspección de Tribunales y Juzgados, organismo dependiente del Tribunal Supremo<sup>91</sup>.

Formó parte de diversas comisiones convocadas por los gobiernos de la época sobre los más variados asuntos: desempeñó en el invierno de 1906 durante el gobierno del general López Domínguez una comisión encargada por el gobierno del estudio y extinción del bandolerismo en Andalucía; Covián se trasladó a Carmona y durante un mes estudia sumarios, oye a todo el mundo y redacta una memoria<sup>92</sup>. El segundo gobierno del Conde de Romanones (diciembre de 1915-abril de 1917) le hizo presidente de la comisión encargada del estudio del sindicalismo catalán y del estado social de Barcelona; su informe generó una importante polémica<sup>93</sup>. En 1914 participó junto a Gumersindo de Azcárate, Alejo García Moreno, Rafael María de Labra, Rafael Ureña y otros en la Comisión encargada de la reforma de los estatutos del Instituto Ibero-Americano de Derecho Comparado<sup>94</sup>. Presidió también en 1918 la Comisión organizada por el gobierno de Antonio Maura encargada de depurar las responsabilidades del Ejército en la represión de la huelga revolucionaria en Barcelona en el verano de 1917<sup>95</sup>.

Participó en diversos proyectos de reformas legales emprendidos en la época: en 1900 en el Proyecto articulado de Ley sobre la Organización del Poder Judicial impulsado por el conservador Francisco Javier González de Castejón, Marqués del Vadillo<sup>96</sup>. Tomó parte de forma parcial en las reformas de 1904 en unión de otros juristas como Groizard, Martínez del Campo y Azcárate<sup>97</sup>. Ponente de la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1910<sup>98</sup>. Miembro de la Comisión especial creada por el Gobierno de Canalejas también en 1910 para la reforma del Código Penal, redactó las bases y el proyecto articulado del mismo<sup>99</sup>. También participó en el Proyecto de Ley de Respon-

---

por quebranto de Ley o de forma. La Sala Tercera (materia penal), casación, revisión de causas criminales contra determinados aforados. La Sala cuarta recursos contra resoluciones de la Administración general del Estado y el Pleno causas criminales contra el resto de aforados y recusaciones del Presidente del Tribunal de los de Sala o de dos o más Magistrados del propio Tribunal Supremo. Juan Climent Barberá, «La administración de Justicia en el presente siglo (1870-1985)...» págs. 561-563.

<sup>90</sup> *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, tomo XLVIII, Madrid, 1914, págs. 408-409 y también *La Redacción*, «Don Víctor Covián», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 151, Madrid, págs. 169-171, especialmente pág. 171.

<sup>91</sup> Constituida por el artículo 7.º de la Ley de Presupuestos de 29 de diciembre de 1904, Reales Decretos de 4 de enero de 1904 y 27 de febrero de 1905 y Real Orden de 3 de junio de 1905. Cesó en sus funciones desde el 1.º de enero de 1913. Fue establecida con el doble objeto de corregir los defectos introducidos en el servicio judicial y mantener la disciplina por medio de una vigilancia inmediata y personal sobre los jueces y magistrados. Según Víctor Covián era el nervio de la Justicia, pues los jueces y magistrados, obligados a rendir cuenta periódica de sus actos, serían más celosos en el cumplimiento de su deber y no permitirían corruptelas que dañasen el buen servicio de la administración de justicia. Véase Víctor Covián y Junco, «Inspección de Tribunales y Juzgados», *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona, Francisco Seix Editor, 1911-h. 1922, tomo XIX, págs. 326-331.

<sup>92</sup> *Revista de los Tribunales*, 1923, pág. 216. También <http://www.abreu.es.org/ultimos.html> (consulta: 21.12.02)

<sup>93</sup> *Revista de los Tribunales*, 1923, pág. 216 y también A. Ullrich, «La reforma judicial. El Fiscal de S. M.», *Heraldo de Madrid*, Madrid, 17 de mayo de 1921.

<sup>94</sup> Cf. Vicente Ramos, *Rafael Altamira*, Madrid, Alfaguara, 1968, págs. 202-203.

<sup>95</sup> La Redacción, Don Víctor Covián ... pág. 170. Hace referencia a esta Comisión Eduardo Dato en *El movimiento revolucionario de agosto de 1917, Discursos pronunciados en el Congreso de los Diputados por los excelentísimos señores don Eduardo Dato Iradier y don José Sánchez Guerra en las sesiones de los días 29 y 31 de mayo de 1918*, Madrid, 1918, Imprenta de Fortanet, pág. 110.

<sup>96</sup> *Crónica de la Codificación española. 3. Procedimiento penal*, con la colaboración de Juan Francisco Lasso Gaité, Madrid, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1970, pág. 326.

<sup>97</sup> La Redacción, «Una jubilación...» pág. 326.

<sup>98</sup> *Crónica de la Codificación española. 3. Procedimiento penal...* págs. 326-329.

<sup>99</sup> Por Real Decreto de 12 de marzo de 1910 el Gobierno de Canalejas creó una comisión especial compuesta de nueve individuos, de la cual era presidente nato el Ministro de Gracia y Justicia, con el objeto de que, dividida en las secciones necesarias, procediera inmediatamente a la formación de los oportunos proyectos para la revisión del Código Civil, la reforma de las leyes procesales civil y criminal, la Orgánica de los Tribunales y la del Código Penal. Fue suprimida por Real Decreto de 31 de marzo de 1913. Véase

sabilidad Judicial, Proyecto de modificación de la Ley del Jurado y Reforma de la Ley Hipotecaria<sup>100</sup>.

Como Vocal del Instituto de Reformas Sociales y representante en el mismo del Ministerio de Gracia y Justicia participó activamente en el desarrollo de la legislación obrera de la época<sup>101</sup>, y desde 1909 fue Vocal de las secciones 2ª y 4ª de la Comisión General de Codificación y Presidente de la Sección 2ª desde 1925 hasta su fallecimiento dos años más tarde<sup>102</sup>.

El deceso de don Álvaro Landeira llevó a Víctor Covián en 1917 a la Fiscalía del Tribunal Supremo, precisamente en la fecha en la que se manifiesta de forma más virulenta la crisis del sistema social de la Restauración<sup>103</sup>. Se mantuvo en el cargo durante cinco años, periodo en el que hubo doce cambios de gobierno, manteniendo una posición muy crítica con la situación de la Administración de Justicia de la época<sup>104</sup>. Alcanzada la jubilación en 1923, continuó su actividad como publicista y jurista hasta su fallecimiento en el verano de 1927.

## REPUBLICANISMO, REFORMISMO Y LIBERALISMO EN VÍCTOR COVIÁN Y JUNCO

Durante decenios, desde mediados del siglo XIX, cientos de juristas españoles fueron educados en el espíritu krausista, la corriente filosófica más importante e influyente en el panorama universitario español, especialmente dentro de las facultades de Derecho. Desde estas, una parte considerable de su profesorado defendió y divulgó entre sus alumnos una filosofía racionalista, humanista, armónica, liberal y reformista que buscaba la transformación de la sociedad española a través de un cambio en las instituciones políticas y también a través de la reforma ética del hombre. Expresaba de este modo con bastante coherencia las aspiraciones y la mentalidad de algunos no muy amplios sectores sociales pertenecientes a la burguesía progresista e ilustrada de la España del siglo XIX<sup>105</sup>.

---

Juan Francisco Lasso Gaité, *Crónica de la Codificación española. 5. Codificación penal*, Madrid, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1970, págs. 602-614.

<sup>100</sup> [Víctor Covián y Frera], *Víctor Covián y Junco...* pág. 7.

<sup>101</sup> El Instituto de Reformas Sociales, sobre el que nos detendremos más adelante, fue creado por Real Decreto de 23 de abril de 1903. Tenía la función de preparar las leyes referentes al trabajo y de cuidar de su ejecución y cumplimiento. En 1924 fue refundido en el Ministerio de Trabajo.

<sup>102</sup> La Comisión General de Codificación o Comisión de Códigos era el organismo encargado de preparar y redactar los proyectos de ley o decreto y cualesquiera otros trabajos sobre legislación civil y mercantil, penal y procesal que le encomiende el gobierno. Fue creada en 1843 y tras diversas vicisitudes reorganizada definitivamente por Real Decreto de 17 de abril de 1899 con 28 vocales y 6 correspondientes. Estaba formada por cuatro secciones: de Derecho Civil, Derecho mercantil, Derecho penal y Organización y proyectos judiciales.

<sup>103</sup> Nombrado por Real Decreto de 15 de diciembre de 1917 durante el gobierno de Manuel García Prieto (1/noviembre/1917-21/febrero/1918). Toma posesión: el 18 de diciembre de 1917 y cesa el 6 de marzo de 1923, por jubilación (Real Decreto de 5 de marzo de 1923). Los fiscales son los encargados de promover la acción de la justicia por razones de interés público y como representación del Gobierno en sus relaciones con el poder judicial. El Fiscal del Tribunal Supremo era el Jefe del Ministerio Fiscal y el superior jerárquico de los fiscales de las Audiencias y de los Tribunales de Partido; dependía directamente del Ministro de Gracia y Justicia y el Gobierno podía libremente promover su libre separación, suspensión, traslado y jubilación. Véase Juan Climent Barberá, «La administración de Justicia en el presente siglo (1870-1985)...» pág. 564.

<sup>104</sup> Víctor Covián y Junco, *Memoria elevada al Gobierno de su Majestad en la solemne apertura de los Tribunales*, Madrid, 1920.

<sup>105</sup> Véase Elías Díaz, *La filosofía social del Krausismo español*, Madrid, Ed. Debate, 1989 (1ª ed., 1972), págs. 59-61; José Manuel Pérez Prendes, «Las ciencias jurídicas», en *Historia de España* de Menéndez Pidal, tomo XXXIX, *La Edad de Plata de la cultura española (1898-1936)*, Volumen II. *Letras. Ciencia. Arte. Sociedad y Culturas*, tercera edición, Madrid, Espasa Calpe, 1999, págs. 339-388 y del mismo autor «Consideraciones sobre el influjo del Krausismo en el pensamiento jurídico español» en Enrique M. Ureña y Pedro Álvarez Lázaro (Eds.), *La actualidad del Krausismo en su contexto europeo*, Madrid, Publicaciones Universidad Pontificia Comillas, 1999, págs. 187-216, donde se defiende que el Krausismo fue determinante de la configuración del pensamiento jurídico español al menos hasta 1936, con absoluta supremacía sobre cualquier otra corriente actual, especialmente en la crítica jurídica penal y penitenciaria, el Derecho público, la Historia del Derecho, el Derecho Romano, Civil y Procesal Civil.

Víctor Covián fue uno de esos discípulos aventajados del krausismo desde sus estudios universitarios en Oviedo y Madrid, cuando mantenía el mayor radicalismo político, jurídico y ético, fue alumno de los mejores y más dotados profesores universitarios de la época y probablemente discípulo de alguno de ellos; concretamente de Nicolás Salmerón y de Eugenio Montero Ríos, quienes fueron sus superiores en el Ministerio de Gracia y Justicia del Sexenio, le promocionaron y le animaron a incorporarse a la judicatura, iniciando una carrera profesional con un perfil muy diferente al de muchos de los más conocidos reformistas de la época, políticos y profesores universitarios, con alguno de los que mantuvo relaciones personales cercanas<sup>106</sup>.

Su brillante expediente académico no le animó a convertirse en profesor universitario como hicieron muchos de sus compañeros y paisanos, pero más sorprendente resulta saber que nunca aceptó incorporarse a la vida política a pesar de ser solicitado para ello en las Constituyentes de 1873, en 1891 y en 1917, cuando el liberal Manuel García Prieto le requirió para formar parte del Primer Gobierno de Concentración como Ministro de Gobernación, con la responsabilidad de garantizar la limpieza y neutralidad de las elecciones al Parlamento<sup>107</sup>. Algunas notas biográficas que más parecen autobiográficas justifican su alejamiento del mundo de la política del Sexenio y de la Restauración por su escaso fundamento ético: *...determina su apartamiento total de la política, lo que con otros entendió el fracaso de la Revolución; cuando vio que el primer número de la Gaceta, después de este acontecimiento, se limitaba a dar ascensos en el Ejército, premiando a los sublevados de 1866 y a los parientes y adictos de aquel movimiento y que, por otra parte, producía las guerra civiles de Cuba, la Carlista de las Vascongadas y Navarra, la Republicana de Andalucía, en una palabra, que la Revolución nos proporcionaba el desorden de todo, incluso en materia financiera, hubo de caer en la cuenta de que nada más exacto que aquel aforismo atribuido al Conde de San Luis: «El arte de bien gobernar no es propio y peculiar de forma alguna determinada, sino de las personas que le desempeñan»<sup>108</sup>.*

Pero no aceptar un escaño de Diputado a Cortes o un Ministerio no significa que Víctor Covián no defendiese desde su posición de científico del Derecho y jurista una concreta posición ideológica o política. Si inicialmente en sus años de juventud se identifica con un republicanismo moderado<sup>109</sup>, resulta más evidente su carácter de jurista liberal, contradictor de las opiniones absolutistas y reformista en lo jurídico, que

---

<sup>106</sup> Rafael María de Labra le escribe el 25 de abril de 1919 agradeciéndole el regalo del libro sobre el Derecho Civil Privado de Navarra y animándole a publicar el trabajo sobre ejecución de sentencias en el extranjero y alabando su autoridad como jurista (carta conservada en Valdesoto, Archivo de la Casa de Camino, Fondo Víctor Covián y Junco). Adolfo Álvarez Buylla le dedicó su *Memoria acerca de la información agraria en ambas Castillas encomendada a este centro por Real Orden de 25 de junio de 1904*, Madrid, Imprenta de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1904: *A mi querido amigo el competente magistrado e ilustrado escritor-jurista A. Buylla. Enero 1905*, que se conserva en la Biblioteca de Víctor Covián.

<sup>107</sup> La Redacción, «Una jubilación...» pág. 320. En la prensa de la época apareció en las listas de posibles ministros; véase por ejemplo en *La Nación* del 3 de noviembre de 1917 y en *El Pueblo Vasco* de la misma fecha. El 5 de noviembre escribe a su hijo Víctor lo siguiente: *Mi querido Víctor: No cegado por la ambición, ni un solo momento, en cuanto vi el sábado 3 por la mañana que, vencida la resistencia de La Cierva, formaba Alhucemas Ministerio, escribí inmediatamente desautorizando lo dicho por los periódicos, puesto que yo no había hecho manifestación alguna y que conociendo él mis aptitudes, si acaso tenía alguna, eran diametralmente contrarias a un cargo político de esa clase. Si tengo la debilidad de aceptar, a los ocho días estoy en un manicomio o en el cementerio.* (Valdesoto, Archivo de la Casa de Camino, Fondo Víctor Covián y Junco).

Sobre la razón de incorporar un jurista de prestigio al Ministerio de la Gobernación, que en aquel tiempo suponía la responsabilidad ministerial más importante tras el de Presidente del Consejo, véase Carlos Seco Serrano, *La España de Alfonso XIII. El Estado. La política. Los movimientos sociales*, Madrid, Espasa Calpe, 2002, pág. 427.

<sup>108</sup> La Redacción, «Una jubilación...» pág. 320. Postura que recuerda a la de Francisco Giner de los Ríos; véase al respecto Juan Marichal, «El joven Giner y la disyuntiva política de 1870», en *El secreto de España. Ensayos de historia intelectual y política*, Madrid, Taurus, 1995, págs. 105-114.

<sup>109</sup> Cercano probablemente al de su mentor Nicolás Salmerón. Véase al respecto Carlos Dardé, «Biografía política de Nicolás Salmerón (C. 1860-1890)», en Manuel Chust Calero y José A. Piqueras, *Republicanos y repúblicas en España*, Madrid, Siglo XXI, 1996, págs. 135-161, y especialmente págs. 138-139. La relación entre el krausismo, los kraustistas españoles y el liberalismo progresista véase en las páginas que Elías Díaz dedica en *La filosofía social del krausismo español...*, págs. 142-157.

deriva en los últimos años de su vida, coincidiendo con la crisis de la Restauración hacia un conservadurismo que procuraba la defensa de un régimen que era incapaz de dar soluciones a los múltiples problemas planteados desde diversos frentes<sup>110</sup>.

Como ya hemos descrito anteriormente, está bien documentada su participación desde 1870 en multitud de reformas jurídicas, cuyo trasfondo ideológico es el de la defensa de las libertades, de las personas y de la propiedad y la condena de la violencia y de la arbitrariedad del poder. Víctor Covián fue ascendido a magistrado por el gobierno liberal que pretendía poner en marcha la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, un *código completamente nuevo y de carácter tan liberal y progresivo como el más adelantado de los Códigos de procedimiento criminal del continente europeo*<sup>111</sup>; participó intensamente en las fracasadas reformas canalejistas de 1889 y de 1910, cuando se preparó una reforma del Código Penal que iba a suprimir las penas perpetuas y la pena de muerte. Otro ministro liberal le trasladó al Tribunal Supremo y un gobierno del mismo perfil político le ascendió a la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Su lucha por la reforma de la Administración de Justicia y su preocupación por la mejora de uno de los pilares fundamentales del Estado fue una constante a lo largo de su vida. Desde la Inspección de los Tribunales, junto a Álvaro Landeira, procuró la mejora de las condiciones de la Justicia, pero este organismo vivió durante una década y no consiguió probablemente los fines que perseguía, si tenemos en cuenta que desde la Fiscalía del Tribunal Supremo, años después, volvió a insistir en la necesidad de un amplio programa de reformas en el Poder Judicial que tuvo escaso predicamento<sup>112</sup>.

Pero quizá su poco conocida participación en el importantísimo desarrollo de la legislación obrera de la época, que es destacada por la historiografía como uno de los mayores logros de la Restauración, sea el más claro ejemplo de su protagonismo dentro del programa reformista jurídico y social del momento<sup>113</sup>.

El 23 de abril de 1903 un Real Decreto refrendado por Francisco Silvela dio forma al Instituto de Reformas Sociales. Se trataba de un cuerpo consultivo y deliberante, agregado al Ministerio de la Gobernación, encargado de preparar la legislación del trabajo en su más amplio sentido y cuidar de su ejecución, organizando para ello servicios de inspección y estadística y también de favorecer la acción social y gubernativa en beneficio de la clase obrera<sup>114</sup>. El Instituto en pleno estaba compuesto por 34 vocales y se organizaba en tres secciones corporativas; contaba además para la realización de sus trabajos con una Secretaría General y tres secciones técnico administrativas<sup>115</sup>. Covián

---

<sup>110</sup> Probablemente con un talante próximo al de Eduardo Dato, cuyo conservadurismo radicaba más en su lealtad al edificio político de la Restauración que a su ideario político, que le permitía dentro del Partido Conservador ser la persona más adecuada para colaborar al intervencionismo estatal que desde la izquierda dinástica caracterizaba a José Canalejas. Carlos Seco Serrano, *La España de Alfonso XIII...* págs. 326-327. La *Revista Jurídica*, dirigida por Leopoldo Alas Argüelles, reconocía en la necrológica que dedicó a Víctor Covián en noviembre de 1927 que *a pesar de ser hombre de ideas conservadoras y moderadas era un cerebro audaz y modernísimo que llevaba corrientes generosas y renovadoras a toda obra donde intervenía*.

<sup>111</sup> Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español...* pág. 534.

<sup>112</sup> En la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1920 realizó un brillante examen de la Justicia española y sus problemas, proponiendo reformas para corregir vicios y mejorar la Administración de Justicia. También trató de los problemas de la Justicia en las Memorias de 1920 y 1921 y en algunos otros de sus trabajos publicados.

<sup>113</sup> Fundamentales sobre el Instituto de Reformas Sociales son los trabajos de Juan Ignacio Palacio Morena, «Crisis política y crisis institucional: la experiencia del Instituto de Reformas Sociales en el periodo 1914-1924», en José Luis García Delgado (Ed.), *La crisis de la Restauración. España entre la Primera guerra mundial y la II República*, Madrid, Siglo XXI, 1986, págs. 271-289, y La institucionalización de la reforma social en España, 1883-1924: *La Comisión y el Instituto de Reformas Sociales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988 y de Manuel Carlos Palomeque López, *Derecho del trabajo ideología: medio siglo de formación ideológica del derecho del trabajo español, (1873-1923)*, Madrid, Tecnos, 1995. El Instituto, además de otras tareas fundamentales, llegó a desarrollar centenares de disposiciones legales sociolaborales.

<sup>114</sup> Constancio Bernardo de Quirós, «Instituto de Reformas Sociales», *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona, Francisco Seix Editor, 1911-h. 1922, tomo XIX, pág. 369.

<sup>115</sup> Sobre el funcionamiento de las secciones técnicas recuérdense las palabras de Adolfo Posada en *Fragmentos de mis memorias...* págs. 309-318.

fue nombrado vocal nato y representante del Ministerio de Gracia y Justicia probablemente por Eduardo Dato, Ministro del ramo del Gobierno Silvela<sup>116</sup>, y llegó a ser vicepresidente y temporalmente presidente del Instituto<sup>117</sup>.

Desde el Tribunal Supremo influyó poderosamente en la aplicación recta y humana de la Ley de Accidentes del Trabajo: *Un aspecto de la labor del Sr. Covián ha influido grandemente en la paz social, aunque de fijo no será estimado, ni siquiera conocido por quienes recibieran sus beneficios. Mientras formó parte de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, presidió durante muchos años, la Sala chica o de tres Magistrados encargada de fallar los recursos sobre accidentes del trabajo. De allí salió el sentido comprensivo y amplio de la jurisprudencia que ha permitido que tome pacíficamente asiento en nuestros hábitos, esa legislación sanamente revolucionaria*<sup>118</sup>. Colaboró además con José Marv en el Instituto Nacional de Previsión<sup>119</sup>.

En el reinado de Alfonso XIII 1917 representa el momento en el que tiene lugar la quiebra de los fundamentos del sistema de la Restauración. El mundo político y el Estado no habían participado de la evolución que desde principios de siglo había tenido lugar en el seno de la sociedad española y *quedó como un peso muerto, incapaz de adaptarse a la situación nueva del país ni de representarlo de ninguna manera*<sup>120</sup>. Precisamente desde uno de los cargos más importantes de ese Estado, el responsable de la defensa judicial de los intereses de la sociedad, del Estado y de la causa pública va a contemplan la desintegración del sistema que había ayudado a consolidar y mejorar desde diferentes cargos y responsabilidades durante sus más de cincuenta años de dedicación profesional.

Como recuerda Eduardo González Calleja, entre 1917 y 1923 la violencia política alcanzó en España y en el resto de Europa unas cotas de intensidad y de generalización desconocidas desde las conmociones de 1848 y 1870. Tal agravamiento de los problemas de orden público vino unido a un fuerte recrudecimiento de la conflictividad socioeconómica, fruto a su vez de la obligada adaptación general a una situación de posguerra. En la España de fines de los años diez a fines de los años treinta se dieron con desigual fuerza y diverso resultado todas estas respuestas al cambio social, político y económico de posguerra. Entre 1916 y 1923 se perfilaron con nitidez los principales antagonismos que desembocaron en la liquidación del sistema liberal y se plantearon cuatro conflictos al mismo tiempo: el político entre la izquierda y el caciquismo; otro regionalista entre la burguesía catalana y el centralismo; el tradicional problema agrario y el contencioso político-laboral en las zonas industriales, agravado por la creciente agresividad de algunos sectores sindicalistas y patronales. Además, desde 1917 el estado quedó paralizado por los conflictos entre sus diversos poderes,

---

<sup>116</sup> Eduardo Dato desempen un brillantísimo papel en el gobierno regeneracionista de 1899-1900; al frente del Ministerio de la Gobernación inauguró entonces en la política de la Restauración la legislación laboral con las Leyes de Accidentes de Trabajo y de Protección de la Mujer y el Niño. Fue una de las figuras trascendentales en la historia de la legislación social española. Sobre su obra véase el reciente trabajo de María José Espuny, «Eduardo Dato y la legislación obrera», *Historia Social*, no 43, Valencia, 2002, págs. 3-14. También recuerda su obra como reformista social el propio Víctor Covián y Junco en su necrológica «El amor al obrero», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, no 138, Madrid, 1921, págs. 224-230.

<sup>117</sup> Instituto de Reformas Sociales, *Memoria referente a la organización y funcionamiento del Instituto de Reformas Sociales*, Madrid, Imp. de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1912. Su participación en las tareas del Instituto se rastrea en los resúmenes de las actas del Pleno del I. R. S. publicados en el *Boletín del Instituto de Reformas Sociales*, por ejemplo en las sesiones de 7 de noviembre de 1911, 30 de abril de 1912, 26 a 30 de septiembre y 1 de octubre de 1913, 9 de diciembre de 1918, 8 de enero de 1919, 28 de mayo de 1919 o 3 de octubre del mismo año, cuando es encargado por Real Orden del Ministerio de la Gobernación de la presincia del Instituto.

<sup>118</sup> Marceliano Isbal, «La Fiscalía del T[ribunal] S[upremo]», *Heraldo de Aragón*, Zaragoza, 15 de octubre de 1917 y también La Redacción, «Don Víctor Covián...» pág. 171.

<sup>119</sup> El propio José Marv lo recuerda en carta a Víctor Covián y Junco de 7 de marzo de 1923: *La jubilación de usted se presentó con el cambio de gobierno. ¡Hay tantos a quienes contentar! Yo lo siento, a parte de la amistad, por que siempre, en los asuntos de los dos Institutos de Previsión y de Reformas Sociales, he encontrado en usted un grande y valioso apoyo.* (Valdesoto, Archivo de la Casa de Camino, Fondo Víctor Covián y Junco).

<sup>120</sup> Santos Juli, *Un siglo de España. Política y sociedad*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pág. 13.

acosado por la rebelión de diversas instituciones y corporaciones, las actitudes reivindicativas de cuerpos de funcionarios y la creciente autonomía del Ejército<sup>121</sup>.

Contrario como había sido siempre a todo tipo de violencia, en sus años de Fiscal tiene que enfrentarse al pistolero barcelonés<sup>122</sup>, a los atentados terroristas<sup>123</sup>, a los movimientos corporativistas dentro de la escala judicial<sup>124</sup>, a la radicalización del sindicalismo<sup>125</sup> y finalmente al golpismo militar<sup>126</sup>. Su reacción ante todos estos procesos fue la propia de un responsable de la defensa del edificio legal de la Restauración: procuró la adopción de medidas reformistas en unos casos, disciplinarias en otros o legales extraordinarias, o finalmente exigiendo rigor ético y disciplina, pero no sirvieron de casi nada en el momento en el que la sociedad rechazó al Estado como garante de sus libertades, sus derechos y sus proyectos de futuro. El fracaso de los intentos reformistas de Víctor Covián es el fracaso de una época y un régimen precisamente a las puertas de un nuevo tiempo histórico en el que tendrán lugar los mayores cambios nunca sufridos en el mundo durante siglos.

A pesar de esa sensación de derrota, en la actualidad han sido rescatados del olvido algunos de los protagonistas de aquella contradictoria etapa de la Historia de España<sup>127</sup>, personas que creyeron que la educación, la instrucción intelectual y ética del hombre y la acción política y social orientada desde una moral austera y humana podían cambiar el mundo en que vivían. Lo cierto es que una buena parte de los fundamentos éticos y jurídicos de la sociedad en que vivimos fueron la obra inacabada y frustrada de aquellas personalidades.

## LA LITERATURA JURÍDICA DE LA ÉPOCA Y LA OBRA ESCRITA DE VÍCTOR COVIÁN Y JUNCO

Una de las consecuencias del desarrollo y consolidación del Estado Liberal y de la Revolución Burguesa, como ya hemos visto, fue la proliferación entre las élites de los estudios de Derecho, y al mismo tiempo, el desarrollo de una abundantísima literatura jurídica que va a crecer de forma considerable a partir de la Revolución de 1868,

---

<sup>121</sup> Eduardo González Calleja, *El Máuser y el sufragio. Orden público, subversión y violencia política en la crisis de la Restauración (1917-1931)*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1999, págs. 19-29.

<sup>122</sup> Entre fines de 1919 y septiembre de 1923 el pistolero dejó de ser una manifestación accesorio de la conflictividad sociolaboral y se transformó en un fenómeno central del debate sociopolítico. Entre 1917 y 1922 se cometieron en España 1.472 atentados, provocando sólo en Barcelona cerca de 300 muertos. Véase en Eduardo González Calleja, *El Máuser y el sufragio...* págs. 226-227, 236 y 238.

<sup>123</sup> En la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1919 trató el tema de la represión de los crímenes sociales. Describía la ineficacia del ejercicio de la acción pública en cuanto a ciertas clases de delitos y proponía la aplicación de una ley especial ante un problema de tal magnitud.

<sup>124</sup> En 1919 presentó en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* su opinión al respecto; consideraba ilegales las huelgas y las Juntas de Defensa de los empleados públicos y privados, que creía propio de la clase obrera, y no de los servidores del Estado, que estaban obligados a la disciplina. Víctor Covián y Junco, «El contrato de empleo y el derecho a la huelga y a la asociación con fines de resistencia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 134, Madrid, 1919, págs. 5-14. También trató el tema en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1918. Respecto a los conflictos presentados en la administración civil y militar de la época acerca de los ascensos y traslados, era partidario de que la antigüedad fuese el único sistema válido; véase su opinión en la *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, tomo LIX, 1920, págs. 326-327; y también Francisco Villacorta Baños, *Profesionales y burócratas: estado y poder corporativo en la España del siglo xx, 1890-1923*, Madrid, Siglo XXI, 1989, págs. 31-43.

<sup>125</sup> Criticada con fuerza en la reseña biográfica que dedicó a Eduardo Dato: El amor al obrero, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 138, Madrid, 1921, págs. 224-230.

<sup>126</sup> La *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* abrió sus páginas en 1923 con un artículo de Covián en el que trataba del Supremo Tribunal de Justicia según la Constitución de 1812. Algunos párrafos del texto podrían leerse perfectamente en clave contemporánea respecto a lo que ocurría el mismo año de la publicación del artículo: y concluye por el anhelo de ver a un Rey que había de dar al traste con la Constitución y toda innovación liberal, inaugurando el despotismo más brutal que ha conocido la historia patria. Víctor Covián y Junco, «El Supremo Tribunal de Justicia según la Constitución de 1812», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 143, Madrid, 1923, págs. 5-18.

<sup>127</sup> Véase como ejemplo de lo que decimos la obra coordinada por Jorge Uría, *Institucionismo y reforma social en España. El Grupo de Oviedo*, Madrid, Talasa, 2000.

cuando la fiebre legisladora del último tercio del siglo XIX y el desarrollo de todas las ramas de la administración del Estado y de las Universidades impulsan también la aparición de nuevas revistas, de editoriales especializadas en temas de Derecho, de compilaciones, diccionarios, etc., coincidiendo por otra parte con la consolidación de la industria editorial en una sociedad que lentamente va urbanizándose y aumentando el número de alfabetizados. Aunque desde nuestra posición actual esto nos parezca así, en la época de Víctor Covián uno de los mejores juristas de la época no veían las cosas del mismo modo: *España es actualmente un pueblo muy poco fecundo en lo que toca a la literatura jurídica. Es triste pensar a qué se reduce nuestra producción en ese orden. Los más de los libros de Derecho son, o textos de enseñanza de tan escaso mérito, salvo excepciones, que no saldrían a la luz si de antemano sus autores no contarán con un monopolio de hecho, o textos legales exornados, para facilitar su aplicación en la práctica, con unas cuantas notas de sentencias del Supremo, reglamentos, circulares, etc.*

*Las fuentes (Profesorado, Administración, Magistratura, Abogacía) de donde en otras naciones brota a raudales la ciencia jurídica en sus varias ramas, ya para investigar y discutir los principios fundamentales, ya para exponer dogmática o exegéticamente el contenido de las leyes, están en nuestra patria poco menos que secas*<sup>128</sup>.

La producción escrita de un científico del Derecho, jurista y legislador que ha desarrollado su profesión durante más de cincuenta años y ha tenido numerosas responsabilidades tiene que ser necesariamente muy extensa, especialmente en lo que se refiere a sus sentencias dictadas, consideradas en su época como *admirables piezas jurídicas*<sup>129</sup>, que probablemente se contarán por centenares<sup>130</sup>. Ese carácter de su obra, a la que habría que sumar circulares, informes, memorias<sup>131</sup>, trabajos científicos publicados en revistas profesionales, obras manuscritas e inéditas, etc. hace que pretender un estudio completo de sus escritos y una recopilación exhaustiva de los mismos sea tarea de difícil realización en la actualidad. A pesar de ello, lo recogido en estas páginas puede resultar suficientemente representativo de su labor como científico del Derecho y jurista.

La producción científica de Covián comenzó a aparecer en las revistas profesionales en torno a 1880, con la publicación en la *Gaceta del Notariado* de algunos artículos sobre memorias testamentarias y otras materias relacionadas con el Derecho civil y con la institución notarial. Poco después, el deseo de contribuir al éxito de la implantación del nuevo procedimiento en 1883 le impuso la publicación de varios trabajos en la *Revista de los Tribunales* a instancias del director de la misma Romero Girón. Víctor Covián fue uno de los fundadores de esta revista, órgano de las carreras judicial y fiscal, que tuvo entre sus propósitos *coadyuvar al éxito de las reformas orgánicas y procesales, que la opinión imponía, y preparar el planteamiento del Código Civil, cuyo proyecto del libro I databa ya de la Revolución de Septiembre* y sostuvo campañas para el mejor planteamiento del Juicio Oral y del Jurado y más adelante la del Código civil. En aquellos años formaron parte del Consejo de Redacción políticos y juristas del prestigio de Manuel Alonso Martínez, Cristino Martos, Manuel Pedregal y Francisco Pi y Margall<sup>132</sup>. Colaboró activamente también en la *Revista General de Legislación*

<sup>128</sup> Marceliano Isábal, «Literatura Jurídica. Un libro de Derecho Foral», *Heraldo de Aragón*, Zaragoza, 26 de noviembre de 1914.

<sup>129</sup> «Don Víctor Covián», *Revista Jurídica*, Oviedo, 1 de septiembre de 1927. Una buena parte de esas sentencias están recogidas en la prensa oficial de la época.

<sup>130</sup> Como ejemplo pueden consultarse las publicadas en el *Boletín del Instituto de Reformas Sociales*, Tomo I, 1904-1905, págs. 274-283 relativas a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de accidentes de trabajo.

<sup>131</sup> Como las que preceptivamente debía enviar al Ministerio de Gracia y Justicia como Presidente de la Audiencia de Pamplona; véase *El Jurado en España: Resumen de las Memorias remitidas al Ministerio de Gracia y Justicia por los Presidentes y Fiscales de las Audiencias*, Valencia, Imp. Unión Tip., 1899.

<sup>132</sup> La Redacción, «Una jubilación...» pág. 324, y Víctor Covián y Junco, «El órgano por excelencia de la Judicatura y del Ministerio Fiscal», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo LIX, Madrid, 1925, págs. 281-283.

No hemos podido localizar aún estos primeros estudios.

y *Jurisprudencia*, la «revista de los abogados», que comenzó a aparecer en 1853 y que desde su inicio se asoma principalmente al movimiento krausista e historicista alemán<sup>133</sup>. Algunas publicaciones extranjeras y otras revistas españolas recogieron también en sus páginas trabajos de Víctor Covián<sup>134</sup>.

Como publicista verdadero, como señalan las referencias a su biografía publicadas en los años veinte, se dio a conocer a partir de finales de los años ochenta, y a partir de ese momento hasta su fallecimiento sus trabajos conocidos son muy numerosos, destacando especialmente la labor realizada en la *Enciclopedia Jurídica* de Seix, arriesgado esfuerzo editorial, obra inmensa, de gran calidad, en la que participaron muchos juristas pero en la que sólo un pequeño grupo llevó el peso de redactar la mayor parte de las entradas de la obra; entre ellos destacan Adolfo Posada, Constan- ciano Bernaldo de Quirós, Aniceto Sela o Víctor Covián.

Algunos de sus trabajos científicos quedaron inconclusos o inéditos, como la segunda parte del libro sobre el procedimiento penal teórico-práctico, el segundo tomo de su trabajo sobre el derecho foral navarro, la obra sobre *El Derecho mercantil marítimo*, en colaboración con su hijo Víctor Covián, el estudio sobre *la vía de apremio motivada por incumplimiento de los tratados internacionales* y la publicación de los Códigos reformados<sup>135</sup>.

La temática de sus trabajos abarca prácticamente todas las ramas del Derecho: administrativo, canónico, civil, internacional, mercantil, penal, procesal, foral, etc., lo que le aproxima más al tipo humano del jurista enciclopédico que al competente en una específica rama del ordenamiento jurídico más abundante desde mediados del siglo XIX<sup>136</sup>. Pero si algo caracteriza al conjunto de su obra además de su relativa heterogeneidad es la pasmosa erudición que despliega en los escritos que salen de su pluma, siempre rigurosamente fundamentados en un denso aparato bibliográfico proveniente en su mayor parte de su rica biblioteca personal.

## OBRA ESCRITA CONOCIDA

- *Legislación extranjera: Códigos de procedimiento penal. Sistema mixto. Francia, Bélgica e Italia*, Traducción, notas y concordancias de Víctor Covián y Junco, Madrid, Imprenta de los Hijos de J. A. García, 1886<sup>137</sup>.

- *El procedimiento penal teórico-práctico para la jurisdicción ordinaria, concordado y comentado por Víctor Covián y Junco*, Madrid, Fuentes y Capdeville, 1886<sup>138</sup>.

- *Bases para un proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, redactadas por la Sección de Reformas Legislativas por encargo del Ministro de Gracia y Justicia don José Canalejas Méndez*, Madrid, 1889-1891<sup>139</sup>.

- «Procedimiento civil de España: ensayos sobre su reforma», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, nº 76, págs. 477-493 y 597-621, 1890; nº 77, págs. 25-37, 244-270 y 550-566, 1890; nº 78, págs. 81-87, 138-152 y 464-479, 1891; nº 79,

<sup>133</sup> Juan José Gil Cremades, *El reformismo español...* págs. 43-46.

<sup>134</sup> Como se afirma en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 151, pág. 170 y en la *Revista de los Tribunales*, 1923, pág. 216.

<sup>135</sup> La Redacción, «Una jubilación...» pág. 325; *Revista de los Tribunales*, 1923, pág. 216; [Covián y Frera, Víctor], *Víctor Covián y Junco...* pág. 9; *Revista de los Tribunales*, Tomo LXI, 1927, pág. 463.

<sup>136</sup> Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español...* pág. 624.

<sup>137</sup> Se trataba del tomo primero de una obra que tenía el propósito de dar a conocer las disposiciones vigentes de la legislación extranjera en materia de enjuiciamiento criminal.

Su publicación era recogida positivamente en la prensa asturiana de la época; el libro estaba a la venta en la Librería de Martínez; véase *El Carbayón*, Oviedo, 10 de marzo de 1885 y 22 de julio de 1886

<sup>138</sup> Continuación de su estudio anterior sobre los Códigos de Procedimiento penal de Francia, Bélgica e Italia. La obra presenta todas las cuestiones relativas a la materia del procedimiento penal. Es el producto de los estudios hechos por Víctor Covián en sus cinco años de estancia en el Ministerio de Gracia y Justicia durante el periodo 1870-1875. El trabajo fue el más importante publicado en la época sobre procedimiento penal. Véase la reseña bibliográfica de la obra a cargo de Manuel Torres Campos, publicada en la *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XVIII, 1889, págs. 151-152.

<sup>139</sup> Publicado en *Crónica de la Codificación Española. 2. Procedimiento Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia y Comisión General de Codificación, 1970, págs. 162-173.

págs. 569-577, 1891; nº 80, págs. 119-137 y 333-368, 1892; nº 81, págs. 158-180, 1892; nº 82, págs. 159-173 y 590-594, 1893; nº 83, págs. 121-137, 1893; tomo 85, pág. 602.

- «Testamento ológrafo», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XXVIII, Madrid, 1894, págs. 182-192.

- «El procedimiento penal en Chile», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XXVIII, Madrid, 1894, págs. 605-611.

- «La prisión por deudas», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XXIX, Madrid, 1895, págs. 609-615.

- «La comunidad de pastos en el Código civil», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XXX, Madrid, 1896, págs. 81-87.

- «Ejercicio de la acción penal contra los ministros de la Corona por delitos cometidos antes del cargo. Tribunal competente para conocer de los mismos», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XXX, Madrid, 1896, págs. 17-24.

- «Deficiencias del Código civil. De la novación comprendida en el número 1º del artículo 1.203 de este cuerpo legal», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XXX, Madrid, 1896, págs. 65-72.

- «Del teléfono como medio de prueba en materia civil y mercantil», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Madrid, Tomo XXXI, 1897, págs. 4-8 y 41-45.

- «De la renuncia a la prescripción», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XXXI, Madrid, 1897, págs. 289 y 481.

- «De la revisión en materia civil», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XXXII, Madrid, 1898, págs. 513-518 y 529-533.

- «Observaciones a los preceptos del Código civil español», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XXXII, Madrid, 1898, págs. 478-481 [firmado: V.C.].

- «Las enfermedades mentales en relación al derecho penal, según Mittermaier», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XXXII, Madrid, 1898, págs. 33-35, 65-68 y 81-87.

- «Jurisdicción Civil de los cónsules españoles en los pueblos civilizados, especialmente en materia de sucesiones», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XXXII, Madrid, 1898, págs. 185-189, 209-214, 257-261.

- «La futura reforma de nuestro enjuiciamiento civil», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XXXII, Madrid, 1898, págs. 593-598.

- «Deficiencias del Código civil», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XXXIII, Madrid, 1899, pág. 249.

- «Deficiencias del Código civil. Artículos 245, 247, 248, 262 y 314», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Madrid, Tomo XXXIII, 1899, pág. 361.

- «Deficiencias del Código civil, artículos 61 y otros con él relacionados», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XXXIII, Madrid, 1899, pág. 329.

- «Carácter de la profesión de inmuebles», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Madrid, Tomo XXXIII, 1899, pág. 393.

- «Interrupción civil de la prescripción», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 100, Madrid, 1902, págs. 516-534.

- «El Consejo de Familia en la práctica», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Madrid, tomo XXXVI, 1902, págs. 81-83, 209-214, 529-531 y 548-553; tomo XXXVII, 1903, págs. 241-245, 369-373 y 385-389; tomo XXVIII, 1904, págs. 3-6, 17-20, 665-669, 681-684, 713-717; tomo XXXIX, 1905, págs. 257-260, 273-277, 305-309, 609-612 y 640-647, y tomo XL, 1906, págs. 145-152, 209-213, 385-389, 337-340 y 353-356.

- «La reforma de la Ley del Jurado. Su elaboración», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Madrid, tomo XXXVI, 1902, págs. 115-117.

- «El testamento hecho de palabra en el Código civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 102, Madrid, 1903, págs. 5-21.

- «El derecho transitorio en relación a la forma de los testamentos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 102, Madrid, 1903, págs. 467-476.

- «El exequátur de las ejecutorias procedentes de los Tribunales italianos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 104, Madrid, 1904, págs. 190-194.
- «La ley de ensanche de las poblaciones y la capacidad de los Ayuntamientos para recurrir a la vía contenciosa contra las Reales órdenes que se dicten en la materia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 106, Madrid, 1905, págs. 97-110.
- «La nueva ley de justicia municipal y el recurso de casación en los juicios sobre desahucio», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XLII, Madrid, 1908, págs. 433-435.
- «La Ley de usura en el Tribunal Supremo», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XLIII, Madrid, 1909, pág. 353.
- *Ponencia de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Libro II, Madrid, 1910<sup>140</sup>.
- *Anteproyecto articulado de reforma del Código Penal*, Madrid, 1910-1911, con la colaboración de Álvaro Landeira Mariño<sup>141</sup>.
- *Proyecto de Ley de Bases para la reforma del Código Penal*, Madrid, 1911, con la colaboración de Álvaro Landeira Mariño<sup>142</sup>.
- «Asociación (Derecho y contrato de)», en Luis Moutón Ocampo, Lorenzo María Alier y Cassi, Enrique Oliver Rodríguez y Juan Torres Ballesté, *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona, Francisco Seix, editor, 1911-h.1922, Tomo III, págs. 684-697<sup>143</sup>.
- «Asociaciones», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo III, págs. 701-748.
- «Beneficios eclesiásticos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo IV-V, págs. 312-325.
- «Bienes eclesiásticos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo IV-V, págs. 391-400.
- «Capellanías», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo IV-V, págs. 699-754.
- «Cementerio», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo IV-V, págs. 998-1.048.
- «Congregación», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo VIII, págs. 290-293.
- «Consejo de Familia», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo VIII, págs. 364-404.
- «Costas», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo IX, págs. 758-787.
- «Culto y clero», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo X, págs. 254-266.
- «Daños y perjuicios. Derecho foral», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo X, págs. 368-370.
- «Depósito», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo X, págs. 812-856.
- «Depósito de cosas», *Enciclopedia Jurídica*

<sup>140</sup> Conservado en Madrid, Archivo de la Comisión General de Codificación, Enjuiciamiento Criminal, legajo 8, carpeta 3.

Publicado en *Crónica de la Codificación Española. 3. Procedimiento Penal*, con la colaboración de Juan Francisco Lasso Gaité, Madrid, Ministerio de Justicia y Comisión General de Codificación, 1970, págs. 326-328.

<sup>141</sup> Conservado en Madrid, Archivo de la Comisión General de la Codificación, legajo 25, carpeta 2<sup>a</sup>.

Referencia en Juan Francisco Lasso Gaité, *Crónica de la Codificación Española. 5. Codificación Penal*, Madrid, Ministerio de Justicia y Comisión General de Codificación, 1970, págs. 608-614.

<sup>142</sup> Conservado en Madrid, Archivo de la Comisión General de la Codificación, legajo 25, carpeta 2<sup>a</sup>. Redactado siendo Presidente del Consejo de Ministros José Canalejas y Ministro de Gracia y Justicia Trinitario Ruiz Valarino.

Publicado en Madrid, Reus, 1920. Referencia en Juan Francisco Lasso Gaité, *Crónica de la Codificación Española. 5. Codificación Penal*, Madrid, Ministerio de Justicia y Comisión General de Codificación, 1970, págs. 600-604.

<sup>143</sup> Publicados 30 volúmenes en 29 tomos. Entre los colaboradores más activos en la obra se encuentran algunos de los juristas progresistas más importantes de la Restauración como C. Bernardo de Quirós, Demófilo de Buen, Marceliano Isabal, Adolfo Posada y Aniceto Sela Sampil. Los trabajos de don Víctor Covián y Junco aparecen en 24 de los 30 volúmenes que componen la obra, y sus artículos suman, salvo error u omisión un total de 138 entradas, alcanzando cerca del millar de páginas impresas. Hasta 1959 se publicaron anualmente apéndices de actualización.

Como continuación de esta obra y siguiendo el mismo esquema, en 1950 se empezó a publicar la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, dirigida por Carlos E. Mascareñas, Barcelona, Francisco Seix, 1950-. Hasta el momento se han publicado veinte volúmenes.

La enciclopedia se publicó por fascículos de 41 pliegos y por tomos, compuestos aproximadamente de tres fascículos; cada fascículo cortaba 5 pesetas de las de 1911. La obra podía adquirirse al contado o a plazos, pudiendo elegir entre dos tipos de encuadernación de tapas de más o menos lujo, que costaban unas 5 y otras 2,5 pesetas, y la encuadernación 1, 50 ó 1 peseta. Según se indica en la *Revista de los Tribunales*, Tomo XLV, 1911, pág. 542.

Se trató de una obra sin precedentes en España tanto por el valor científico de sus artículos como por su utilidad práctica, ya que reproducía los textos legales. Al respecto véase Ana María Barrero García, «Los repertorios y diccionarios jurídicos desde la Edad Media hasta nuestros días. Notas para su estudio» *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo XLIII, Madrid, 1973, págs. 311-351, especialmente págs. 346-347, nº 41.

*Española*, Tomo X, pág. 859. «Depósito de hijos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo X, págs. 861-863. «Depósito de huérfanos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo X, págs. 864-865. «Depósito de incapacitados», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo X, págs. 865-866. «Depósito de menores», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo X, págs. 866-867. «Depósito de mujer casada», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo X, págs. 867-871. «Depósito de mujer soltera», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo X, págs. 875-876. «Depósito de personas», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo X, págs. 876-878. «Depósito regular e irregular», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo X, pág. 879. «Desamortización», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XI, págs. 398-424. «Dictamen de letrados», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, págs. 182-185. «Dichos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, págs. 187-188. «Diligencia debida», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, págs. 216-219. «Disolución», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, págs. 327-329. «Disolución de las obligaciones», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, pág. 329. «Disolución de las sociedades», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, págs. 329-330. «Distracto», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, págs. 360-361. «División», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, págs. 376-378. «División de bienes», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, págs. 378-384. «Divorcio», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, págs. 426-448. «Dolo», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, págs. 545-548. «Dominio directo», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, págs. 549-550. «Dominio eminente», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, pág. 550. «Dominio menos pleno», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, pág. 551.

«Dominio pleno», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, pág. 552. «Dominio público», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, págs. 552-564. «Dominio útil», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, págs. 568-569. «Enfiteusis», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XIII, págs. 531-608. «Enfiteusis de feudo», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, págs. 632-634. «Enfiteusis de señorío», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, págs. 634-635. «Enfiteusis de señorío», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XII, págs. 635-636. «Fábrica de la Iglesia», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XV, págs. 573-587. «Fabriquero», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XV, pág. 597. «Fadiga», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XV, pág. 720. «Falcidia», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XV, págs. 722-723. «Fama», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XV, págs. 803-805. «Fideicomisario», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVI, págs. 322-324.

«Forano», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVI, págs. 496-497. «Foro», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVI, pág. 529. «Foros», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVI, págs. 529-560. «Fuegos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVI, págs. 626-627.

«Funeral. Derecho Canónico», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVI, págs. 1.010-1.015. «Funeral de los regulares», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVI, pág. 1.017. «Funeraria», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVI, pág. 1.017. «Grado», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, págs. 232-237. «Habitación», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, págs. 412-414. «Hija», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, págs. 769-770. «Hijastro», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, pág. 770. «Hijos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, págs. 770-773. «Hijos adoptivos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, págs. 778-779. «Hijos adulterinos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, págs. 780-785. «Hijos de bendición», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, pág. 785. «Hijos de familia», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, págs. 785-787. «Hijos de traidores», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, págs. 787-789. «Hijos emancipados», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, págs. 789-790. «Hijos ilegítimos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, págs. 790-793. «Hijos incestuosos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, págs. 797-798. «Hijos legitimados», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII,

págs. 798-799. «Hijos legítimos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, págs. 799-807. «Hijos manceres», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, págs. 808-809. «Hijos naturales», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, págs. 809-824. «Hijos póstumos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, págs. 843-845. «Hijos puestos en condición», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, págs. 845-846. «Hijos sacrílegos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XVII, págs. 846-850. «Inspección de los servicios penitenciarios», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XIX, págs. 300-302. «Inspección de Tribunales y Juzgados», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XIX, págs. 326-331. «Jurisprudencia», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XX, págs. 703-712. «Justa causa», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XX, págs. 715-716. «Marquero o marchero», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXI, págs. 788-789. «Matrimonio», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXI, págs. 834-871. «Matrimonio a bordo de buques de guerra y mercantes», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXI, págs. 872-873. «Matrimonio a cambio», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXI, pág. 873. «Matrimonio a yuras», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXI, pág. 873. «Matrimonio civil», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 1-10. «Matrimonio clandestino», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 37-41. «Matrimonio consumado», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 41-42. «Matrimonio de conciencia», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, pág. 42. «Matrimonio de empleados públicos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 42-43. «Matrimonio de españoles en el extranjero», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 43-50. «Matrimonio de extranjeros en España», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 50-52. «Matrimonio de guardias civiles», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 52-53. «Matrimonio de infantes y de títulos del Reino», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 53-54. «Matrimonio de marinos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 55-56. «Matrimonio de militares», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 57-64. «Matrimonio de militares en campaña», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 72-73. «Matrimonio de penados», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 73-74. «Matrimonio en inminente peligro de muerte», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 74-75. «Matrimonio in articulo mortis», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 75-79. «Matrimonio mixto», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 79-83. «Matrimonio morganático», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, pág. 83. «Matrimonio por poder», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 83-86. «Matrimonio putativo», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 86-91. «Matrimonio rato», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 91-92. «Matrimonios especiales», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, pág. 95. «Matrimonios reales», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, págs. 98-99. «Memoria de misas», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, pág. 222. «Mujer», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXIII, págs. 62-74. «Mujer casada», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXIII, págs. 74-91. «Mujer casada comerciante», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXIII, págs. 91-101. «Mujer infanzona», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXIII, págs. 101-102. «Mujer pública», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXIII, págs. 102-105. «Nieto», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXIII, págs. 366-369. «Obra Pía de los Santos Lugares de Jerusalén», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXIII, págs. 599-615. «Padrastro», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXIV, págs. 195-203. «Padre de familia», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXIV, págs. 203-204. «Pago de los indebidos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXIV, págs. 224-236. «Parentesco. Derecho civil común», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXIV, págs. 301-312. «Parentesco civil», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXIV, págs. 312-313. «Partición», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXIV, págs. 335-336. «Partición de herencia», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXIV, págs. 336-389. «Pastos de facería», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXIV, págs. 464-466. «Precario», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXV, págs. 338-342. «Prenda», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXV, págs.

375-405. «Prenda viva», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXV, págs. 413-414. «Préstamo», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXV, págs. 502-546. «Procuratriz o procuradora», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXVI, págs. 17-18. «Propiedad», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXVI, págs. 44-62. «Prueba inmemorial», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXVI, pág. 440. «Reivindicación», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXVII, págs. 175-178. «Subenfitéusis», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXIX, págs. 127-131. «Usura», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXX, págs. 638-661. «Vecindad forana», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXX, págs. 717-722. «Vínculos», *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXX, págs. 819-822.

• «Introducción. Juicio crítico del trabajo y estudio analítico-comparativo de las Costums de Tortosa. El Derecho consuetudinario escrito: su expresión en Tortosa», en *Código de las costumbres escritas de Tortosa: a doble texto, traducido al castellano del más auténtico ejemplar catalán. Obra comenzada con importantes referencias y anotaciones por Ramón Foguet; continuada, completada y concluida con el cotejo de variantes de la compilación oficial manuscrita y un apéndice-resumen práctico por José Foguet Marsal; con el juicio crítico del eminente jurisconsulto Víctor Covián; y un magistral trabajo... historia externa e interna del Libre de les Costums por Juan J. Permanyer, Tortosa, Imprenta Querol, 1912, págs. I-XIII<sup>144</sup>.*

• *El derecho civil privado de Navarra y su codificación: estudio histórico-crítico*. Primera parte, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Góngora, 1914. Publicado también como «El derecho civil privado de Navarra y su codificación», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Madrid, Tomo XLVI, 1912, págs. 197-203, 273-277, 289-292, 417-421, 449-453, 561-565, 625-634, 721-725, 753-759 y 769-773; Tomo XLVII, 1913, págs. 113-117, 177-181, 225-227, 289-294, 369-375, 417-421, 497-503, 513-518, 529-536, 561-565, 577-580, 609-613, 627-632 y 817-818; Tomo XLVIII, 1914, págs. 349-352, 397-401, 429-432 y 461-465<sup>145</sup>.

• «Prólogo», en *Código civil español con las correcciones y reformas introducidas posteriormente...*; prólogo de Víctor Covián y Junco, Madrid, Centro Editorial Góngora, 1915, 14ª edición. Alcanzó al menos hasta la 22ª edición, 1956.

• «Las obras de la Gran Vía de Madrid y la ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales ingleses», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo LI, Madrid, 1917, págs. 385-391.

• *Memoria elevada al Gobierno de S. M. en la solemne apertura de los Tribunales el día 16 de septiembre de 1918*, Madrid, Hijos de Reus, 1918. Publicada parcialmente en la *Revista de los Tribunales*: «El problema de la actividad en la administración de Justicia», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo LIII, Madrid, 1919, págs. 158-163, 180-182, 243-246, 254-257, 284-286, 311-315 y 323-325<sup>146</sup>.

<sup>144</sup> Escrito en Madrid el 1 de mayo de 1912

<sup>145</sup> Este trabajo fue publicado como libro por el interés de Serafín Mata y Oneca, Vicepresidente de la Diputación Foral de Navarra. Dado el escaso éxito de la obra, que no llegó a vender una docena de ejemplares en Navarra, y la falta de apoyo de la Diputación de la misma provincia, la editorial Góngora no llevó a la imprenta la segunda parte del estudio, que estaba preparada ya en 1915 y que trataba de las nociones generales respecto a las cosas y al derecho de familia, de obligaciones y hereditario. El compromiso del autor con la Editorial Seix para la publicación de la *Enciclopedia Jurídica* terminó por aplazar el segundo volumen de esta obra. Véase la *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo XLVIII, 1914, págs. 408-409 y 767-768.

<sup>146</sup> Desde 1883 la Fiscalía del Tribunal Supremo publicaba anualmente una memoria o exposición dirigida al Gobierno, comprensiva del estudio del funcionamiento de la Administración de Justicia en España y de las reformas que se estimaban convenientes, más el desarrollo de uno o varios temas doctrinales del Derecho; incluía además circulares instructivas a los fiscales de la Nación de carácter obligatorio, resoluciones de consultas elevadas por los mismos y datos y comentarios estadísticos de asuntos judiciales intervenidos por el Ministerio Fiscal durante el año de referencia. Era considerado un cuerpo de doctrina jurídica muy importante y útil para la interpretación de las leyes sustantivas y procesales en los extremos no comprendidos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sobre estas Memorias véase Carlos Carrasco Maldonado, *Compendio de las Memorias Anuales de la Fiscalía del Tribunal Supremo desde 1883 a 1934. (Circulares, instrucciones, consultas y cuestiones)*. Ordenadas por el Doctor D. Carlos Carrasco Maldonado..., Madrid, Góngora, 1935, y también Carlos Viada y López-Puigcerver, *Doctrina*

- «El contrato de empleo y el derecho a la huelga y a la asociación con fines de resistencia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 134, Madrid, 1919, pág. 5-14.
- «Dos circulares del Fiscal del Supremo. Contra el contrabando de productos alimenticios», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo LIII, Madrid, 1919, págs. 457-459<sup>147</sup>.
- *Memoria elevada al Gobierno de S. M. en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1919*, Madrid, Editorial Reus, 1919. Publicada parcialmente en la *Revista de los Tribunales*: «Represión de los crímenes sociales», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo LIII, Madrid, 1919, págs. 482-484.
- [Respuesta de Víctor Covián y Junco a la] Encuesta de actualidad. ¿Es usted partidario del régimen de antigüedad como único sistema para ascensos y traslados en las carreras judicial y fiscal?, *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo LIX, Madrid, 1920, págs. 326-327.
- «Las causas matrimoniales canónicas y los recursos en Roma», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 136, Madrid, 1920, págs. 481-497 y nº 137, 1920, págs. 5-20.
- *Memoria elevada al Gobierno de su Majestad en la solemne apertura de los Tribunales*, Madrid, 1920. Publicada parcialmente en la *Revista de los Tribunales*: «El prestigio de la Justicia», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo LIX, Madrid, 1920, págs. 453-454
- *Memoria elevada al Gobierno de S. M. en la solemne apertura de los Tribunales...*, Madrid, Editorial Reus, 1921. Publicada parcialmente en la *Revista de los Tribunales*: «El Ministerio Fiscal. Resultados de la experiencia adquirida para la futura organización del Ministerio Fiscal», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo LV, Madrid, 1921, págs. 439-443, 457-460 y 483-486.
- «El amor al obrero», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 138, Madrid, 1921, págs. 224-230.
- *El Tratado de Paz de Versalles y el derecho de los vencidos*, Madrid, Talleres Tipográficos de la Editorial Reus, 1921; publicado previamente en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 137, 1920, págs. 289-310, 385-397 y 481-496; nº 138, 1921, págs. 5-27, 97-112, 289-308 y 481-499 y nº 139, 1921, págs. 97-119.
- «Prólogo», en Manuel Sanmartín Puente, *Tratado de derecho electoral español: legislación aplicable a las elecciones de Diputados a Cortes, Concejales, Diputados provinciales, Consejeros a los cabildos insulares de Canarias y Senadores... extensamente comentada... y concordada con varias legislaciones...*; con un prólogo de Víctor Covián y Junco, Madrid, Reus, 1921-1922, 3 v.
- *Memoria elevada al Gobierno de S. M. en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1922 por el Fiscal del Tribunal Supremo don Víctor Covián y Junco*, Madrid, Reus, 1922. Publicada parcialmente en la *Revista de los Tribunales*: «Tratamiento del reo conforme a las leyes y a las costumbres, prácticas, usos y estilos de nuestros tribunales», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo LVI, Madrid, 1922, págs. 478-480 y 499-501.
- «Intervención de un tercero en el procedimiento civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 141, Madrid, 1922, págs. 5-34.
- «Suspensión de juicios», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo LVI, Madrid, 1922, págs. 79-84, 102-106 y 126-128.
- «Homenaje a un ilustre Magistrado. Las dos últimas Circulares del Sr. Covián como Fiscal del Supremo», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo LVII, Madrid, 1923, págs. 109-114<sup>148</sup>.

---

*penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo. Comprende la doctrina sentada en las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo, desde la del año 1883 hasta la de 1955*, Madrid, Aguilar, 1961.

<sup>147</sup> Sobre las medidas tomadas desde la Fiscalía del Tribunal Supremo contra el contrabando de alimentos durante la crisis de subsistencias de la época.

<sup>148</sup> Publicación de las dos últimas circulares de Víctor Covián como Fiscal del Tribunal Supremo, publicadas en la *Gaceta* del 6 de marzo de 1923.

- «El Supremo Tribunal de Justicia, según la Constitución de 1812», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 143, Madrid, 1923, págs. 5-18<sup>149</sup>.
- «El órgano por excelencia de la judicatura y del Ministerio Fiscal», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo LIX, Madrid, 1925, págs. 281-283.
- «Comisión General de Codificación. Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho foral de Aragón, redactado por la Comisión permanente», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo LIX, Madrid, 1925, págs. 393-400<sup>150</sup>.
- *Proyecto de apéndice foral navarro. Exposición de motivos y articulado*, por don Víctor Covián y Junco, Madrid, 1926<sup>151</sup>.
- «Crónica de la Jurisprudencia. Materia penal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 148, Madrid, 1926, págs. 443-453.
- «Crónica de la Jurisprudencia. Jurisprudencia criminal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 149, Madrid, 1926, págs. 256-273.
- «El Proyecto de reforma orgánica y de división judicial de 1891 y las opiniones del Sr. Ministro de Gracia y Justicia sobre esas materias», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo LX, Madrid, 1926.
- «De la posesión: concepto y teorías acerca de la misma», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Tomo LX, Madrid, 1926, págs. 621-626 y 631-632<sup>152</sup>.
- «Jurisprudencia penal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 150, Madrid, 1927, págs. 328-351.
- «Crónica de la Jurisprudencia. Sección de lo Criminal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 150, Madrid, 1927, págs. 469-491.
- «Crónica de la Jurisprudencia. Materia criminal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 150, Madrid, 1927, págs. 644-668 y 779-804.
- «Crónica de la Jurisprudencia. Materia criminal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 151, Madrid, 1927, págs. 109-131 y 236-259.

<sup>149</sup> Transcribe el discurso pronunciado por el asturiano Ramón de Posada y Soto, Presidente del Supremo Tribunal de Justicia, en 20 de junio de 1812, día de su instalación.

<sup>150</sup> Firmado en Zumaya el 26 de agosto de 1925. Covián participó en la elaboración de este apéndice foral, como recuerda Marceliano Isabal en carta a Víctor Covián y Frera el 15 de agosto de 1927: *Mi amistad con él era ya relativamente antigua. La contraje por mediación de mi fraternal amigo D. Tomás Burillo, en la época en que era su padre el V. Presidente de la Audiencia de Pamplona. Fue después consolidándose con el trato, y contribuyó a ella nuestra colaboración en la obra del Apéndice foral Aragonés que dio lugar a las reuniones de la Comisión de Códigos en casa de otro hombre eminente: el Sr. Maura.* (Valdesoto, *Archivo de la Casa de Camino, Fondo de don Víctor Covián y Junco*).

<sup>151</sup> Escrito a mano en cuartillas, sin fecha ni firma. En la carpeta dice además año 1926. Conservado en Madrid, Archivo de la Comisión General de Codificación, Apéndice foral navarro (1880-1926), legajo 27; según Juan Francisco Lasso Gaité, *Crónica de la Codificación española. 4. Codificación civil. Génesis e historia del código*, Tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia y Comisión General de Codificación, 1970, pág. 762.

Hay también una copia mecanografiada del mismo Proyecto en el Colegio Notarial de Pamplona y en la Biblioteca de la Universidad de Navarra Francisco Salinas Quijada, *Derecho Civil de Navarra*. Tomo primero. Introducción, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1971, págs. 327-328. El manuscrito conservado en el Colegio Notarial de Pamplona consta de una extensa exposición de motivos (56 folios), 155 artículos, una disposición final, 10 transitorias y 2 adicionales. Incluye la materia sustancial del Derecho navarro que se refiere al Libro III del Código (Sucesiones) y IV (contratos matrimoniales) más algunas otras innovaciones. Véase en Francisco de Asís Sancho Rebullida, «El Código civil en la codificación civil navarra», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, págs. 1985-1986. El manuscrito de la Biblioteca de la Universidad de Navarra tiene la signatura C 135102.

<sup>152</sup> Preliminares del tratado de la Posesión que figura en la Continuación de la obra sobre Derecho Civil privado de Navarra, publicado por la Editorial Góngora y que no fue continuado «por la poca afición que a estos estudios históricos había en España y la escasa rentabilidad por tanto de la edición». (Según nota a pie de página en pág. 621).

# La nueva ley «de la memoria» y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo\*

Miguel Ángel RODRÍGUEZ ARIAS

«En esta España marcada por cuarenta años de fascismo, sólo cabe descubrir a los muertos y enterrarlos de nuevo. Recuperar la dignidad que les llevó a oponerse a la barbarie de un golpe militar no merece el esfuerzo de aplicar las normas del derecho internacional de los derechos humanos. La conclusión es clara, los españoles durante los años de la dictadura no teníamos derechos humanos, sólo éramos súbditos y además extraterrestres».

José Antonio Martín Pallín, *La sombra de Franco es alargada*.

I. Contra la impunidad *también* en España: miles de crímenes de *lesa humanidad* de desaparición forzada de personas en abierta consumación permanente treinta años después.

Como ya hemos tenido ocasión de abordar en otro lugar<sup>1</sup> el específico carácter permanente del crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas ha de suponer la inaplicabilidad de amnistías domésticas —rebasadas éstas el mismo día siguiente a su promulgación en tanto que no haya sido interrumpido dicho estado consumatorio mediante la localización de los desaparecidos o de sus restos mortales— tanto como la propia aplicabilidad de *la ley en vigor en el momento de terminación del hecho*, en reconocida formulación del § 2. 2 del Código penal alemán<sup>2</sup>; lo que en nuestro caso es tanto como apuntar la entrada en escena del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte penal internacional a partir del 1 de julio de 2002, así como de la propia *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992*<sup>3</sup>, o más previsiblemente ya, de la nueva *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, llamada a sustituirla una vez unánimemente aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el pasado 20 de diciembre de 2006 y en abierto proceso de ratificación —en el caso de España iniciado el trámite por acuerdo del Consejo de Ministros del pasado 15 de junio de 2007.

---

\* Dedicado a la memoria de los defensores de la Constitución española de 1931 y a sus familias, tras toda una vida de lucha, sufrimiento y olvido. Con agradecimiento a Luis Arroyo Zapatero y a Rosario de Vicente Martínez sin cuyo magisterio este artículo no habría sido posible.

<sup>1</sup> Me remito aquí a mi reciente artículo Rodríguez Arias, M. A. (2007): «Las fosas de Franco y la *diligencia debida* del Estado ante el crimen de desaparición forzada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en: *Jueces para la Democracia*, n. 60, págs. 70-89; así como a mi monografía Rodríguez Arias, M. A. (2008): *El caso de los niños perdidos del franquismo: Crimen contra la humanidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia; singularmente el apartado primero del capítulo cuarto, «Doble trascendencia penal e internacional del carácter permanente del crimen de *lesa humanidad* de desaparición forzada de los hijos de los Defensores de la Segunda República española».

<sup>2</sup> Así conforme el § 2 StGB «*Zeitliche Geltung*»: «(2) *Wird die Strafdrohung während der Begehung der Tat geändert, so ist das Gesetz anzuwenden, das bei Beendigung der Tat gilt*»; justamente, como el propio § 2 puntualiza a continuación, a diferencia del caso de modificación legislativa tras el cierre de la consumación conforme la idea de la *lex posterior favorable*: «(3) *Wird das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert, so ist das mildeste Gesetz anzuwenden*».

<sup>3</sup> Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992. En este sentido el artículo 17.1 de la vigente Declaración, es claro: «Todo acto de desaparición forzosa será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos».

Y ello sin olvidar tampoco que, ya desde nuestro propio Código Penal interno, respecto el delito permanente únicamente se dará inicio al cómputo de prescripción «desde que se eliminó la situación ilícita» —art. 132.1—, lo que manifiestamente no es así ante los miles de crímenes de desaparición forzada perpetrados por la dictadura franquista, y ha de mostrarse igualmente congruente con todo lo anterior<sup>4</sup>.

Ante todo ello, transcurridos ya treinta años desde la reinstauración de las libertades y la entrada en vigor de la nueva Constitución española de 1978 —29 años desde la ratificación española del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950<sup>5</sup>—, la impunidad de los incontables crímenes de desaparición forzada de los Defensores de la Segunda República española abandonados en alguna de las numerosas fosas comunes que aún salpican nuestra geografía<sup>6</sup> —pero también la desaparición de un número indeterminado de menores de su entorno que, al igual que en otros casos como el denunciado por las Abuelas de la Plaza de Mayo, o el caso australiano de las «generaciones perdidas» fueron arrebatados a sus familias como parte de una política de Estado— viene a representar una esfera de responsabilidad autónoma por parte de las instituciones y autoridades del Estado democrático.

Una responsabilidad de la que nos ocuparemos aquí de forma limitada al anómalo régimen de auto-restitución familiar introducido en nuestro ordenamiento —*reintroducido* más bien a la luz de la Orden de 1 de Mayo de 1940 «sobre exhumaciones e inhumaciones de cadáveres asesinados por los rojos»— tras la reciente entrada en vigor de la denominada ley «de la memoria histórica»<sup>7</sup>. Y así, nos centraremos aquí en contrastar ello mismo a la luz del contrapuesto deber internacional de localización e identificación de los desaparecidos por parte del Estado, así como de un adecuado examen de la escena de estos crímenes internacionales y recuperación del material probatorio, en sí mismo habilitador tanto de la posterior investigación oficial conducente al esclarecimiento de los hechos y depuración de las responsabilidades penales a que hubiese lugar, tanto como de unas reales posibilidades de interposición de un recurso efectivo por parte de los familiares de las víctimas —propia-mente consideradas *víctimas indirectas* ellos mismos del crimen de desaparición

---

<sup>4</sup> Y así, conforme al artículo 5 de la misma *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*: «La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable»; mientras el artículo 8 señala como, sin perjuicio de lo dispuesto en dicho artículo «Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: a) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito; b) Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo [*sic*] de este delito»; mientras que, en otra esfera distinta de responsabilidad y tal y como señalaría igualmente la resolución 56/83 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en su artículo 14.2: «2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el periodo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional». Véanse los comentarios al respecto en Crawford, J. (2004): *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, Dykinson, Madrid, págs. 174 y ss.

<sup>5</sup> Instrumento de ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963, y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE n. 243 de 10/10/1979, págs. 23564-23570.

<sup>6</sup> De insustituible referencia a ese respecto habrá de resultar igualmente el amplio informe del Equipo Nizkor (2004): *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas*, documento electrónico, <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/impuesp.html>, en cuyo punto cuarto de su plan de actuación se abogaría por «4. Elaborar una ley de exhumaciones e identificación de víctimas que tenga en cuenta los tipos de delitos, el necesario conocimiento de la verdad y que fije los procedimientos acordes con el derecho internacional de derechos humanos. Dicha ley ha de tener en cuenta además los diferentes tipos de enterramientos clandestinos, oficiales, etc. y resolver el caso de las fosas comunes producto del plan de exterminio, de los enterramientos ilegales y de las fosas comunes de las tropas regulares en los frentes de batalla».

<sup>7</sup> Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura. Jefatura de Estado (BOE n. 310 de 27/12/2007).

forzada<sup>8</sup>— todo ello de conformidad con los artículos 2 y 13 del aludido Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos como hemos visto. O, mejor dicho, nos ocuparemos de la definitiva puesta en peligro que, para el cumplimiento de tales irrenunciables funciones estatales y de lucha a la impunidad *no únicamente fuera de España*, ha de suponer ahora la *irrupción* de dicha nueva —como esperamos mostrar *deficiente*—, regulación de la materia: la denominada ley «de la memoria» histórica como inadecuado marco de tutela del derecho a la vida de todas las personas bajo su jurisdicción.

No serán, ciertamente, éstos los únicos artículos en liza, ni dicha misma Convención europea el único instrumento internacional desatendido por la reestablecida democracia española ante tales víctimas, objeto hasta el momento de una tutela «de segundo orden» en lo tocante a sus derechos fundamentales profundamente conculcados —y apuntar que haya existido algún tipo de tutela respecto los desaparecidos del franquismo por parte de nuestro Estado de Derecho ya es decir mucho—, en unos términos rallanos con lo discriminatorio hacia un concreto colectivo político y social; todo lo cual ha de llevarnos, inevitablemente, a preguntarnos ya no únicamente por el sobrecogedor alcance de lo actuado por los responsables de la dictadura, sino, también, por el impactante calado de lo que a lo largo de las últimas décadas ha sido omitido, y continúa siéndolo, por parte de las autoridades de la reestablecida democracia española, para impedir la silenciosa continuación de estos crímenes, y el sufrimiento de estas familias.

II. El artículo 13 de la ley «de la memoria» como reedición del modelo franquista de «auto-restitución» familiar de la Orden de 1 de Mayo de 1940 «sobre exhumaciones e inhumaciones de cadáveres asesinados por los rojos».

La conocida como ley «de la memoria histórica», abordará la cuestión de la localización y recuperación de los restos de víctimas de desaparición forzada en su artículo 13, estableciendo un marco legal para una suerte de «auto-restitución» de los desaparecidos por parte de los propios familiares:

«2. Las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias, establecerán el procedimiento y las condiciones en que los descendientes directos de las víctimas referidas en el apartado 1 del artículo 11, o las entidades que actúen en su nombre, puedan recuperar los restos enterrados en las fosas correspondientes, para su identificación y eventual traslado a otro lugar.

3. En cualquier caso, la exhumación se someterá a autorización administrativa por parte de la autoridad competente, en la que deberá ponderarse la existencia de oposición por cualquiera de los descendientes directos de las personas cuyos restos deban ser trasladados. A tales efectos, y con carácter previo a la correspondiente resolución, la administración competente deberá dar adecuada publicidad a las solicitudes presentadas, comunicando en todo caso su existencia a la Administración General del Estado para su inclusión en el mapa referido en el apartado primero del artículo anterior».

---

<sup>8</sup> Y así en todo caso de conformidad con el artículo 24. de la nueva Convención internacional contra las desapariciones forzadas «1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “víctima” la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada. 2. Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto»; me remito en todo caso, más ampliamente a este respecto, a mi artículo «Las fosas de Franco y la diligencia debida del Estado...», *ob cit*, en especial referencia al caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, Sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de Noviembre de 2000, así como la sentencia de reparaciones de 22 de febrero de 2002.

Aun siendo constatables ciertas mejoras introducidas respecto la redacción inicial de los artículos 13-16 del proyecto de ley<sup>9</sup>, varias serán las perplejidades jurídicas a poner de relieve ante lo que viene a constituir la creación de un marco administrativo para la *auto exhumación* por parte de los familiares de estas víctimas de crímenes sistemáticos de lesa humanidad perpetrados por agentes del mismo Estado que entiende, ahora, adecuado y suficiente, con limitarse a subvencionar los gastos en que puedan incurrir sus propios familiares —los que aún vivan, agrupados en torno a distintas asociaciones—, para emprender la tarea de localizarles y sacarles de las fosas comunes en que fueron ejecutados y darles digna sepultura. Una subvención para desenterrar a sus propios muertos de allí donde el Estado los asesinó de forma atroz y masiva, y trató de ignorarlos después durante varias décadas de dictadura y ya casi otras tantas de democracia. Verdadera pieza de cierre del sistema de duelo privado ante las víctimas de esta violencia pública —la propia restitución ahora también por los propios familiares— de todas las décadas precedentes.

Y lo primero a constatar será el hecho de que, con ello, no se hará otra cosa que reeditar, *reintroducir en nuestro ordenamiento democrático*, el mismo modelo contemplado desde la ley de 16 de mayo de 1939 dictada por Franco en Burgos —«facultando a los Ayuntamientos para dispensar o reducir las exacciones municipales que gravan las inhumaciones, exhumaciones y traslados de cadáveres víctimas de la barbarie roja o muerta en el frente»<sup>10</sup>— y, especialmente de las Ordenes de 1 de mayo de 1940 —«sobre exhumaciones e inhumaciones de cadáveres asesinados por los rojos»<sup>11</sup>, y de 22 de julio del mismo año<sup>12</sup>, esta última aclaratoria de la primera y ambas dictadas por Serrano Suñer.

Así, y conforme las disposiciones primera y tercera de dicha Orden de 1 de mayo, la sujeción a régimen de autorización administrativa, el carácter familiar —incluso la dimensión representativa de la acción en el caso de las congregaciones religiosas—, y la ayuda económica del Estado, en términos de exención de pago, serán igualmente previstas de forma reconocible en sus líneas esenciales:

«Primero — Toda persona que desee exhumar el cadáver de alguno de sus deudos que fueron asesinados por la horda roja, para inhumarlos de nuevo en el cementerio, puede solicitarlo al gobernador civil de la provincia correspondiente que, previa la justificación de aquel extremo, concederá el permiso para el traslado e inhumación con arreglo a las disposiciones sanitarias vigentes.

(...)

Tercera — La instancia solicitando la autorización correspondiente será elevada por el familiar del finado de más próximo parentesco, el que, en consideración a la patriótica muerte de su deudo, estará exento de pago de derechos sanitarios. Cuando se trate de religiosos o religiosas, la instancia la presentará el Superior o Superiora de la Comunidad a la que perteneciese el asesinado, y gozará así mismo de la exención de derechos mencionada».

---

<sup>9</sup> Así en determinados aspectos como el nuevo artículo 11.2 el Estado parecerá asumir al menos, si bien en términos genéricos, la elaboración de planes de trabajo en la materia, y, más firmemente, la normal previsión de subvenciones frente a la mera apertura de una tal posibilidad ex artículo 13.2 del proyecto salido del Consejo de Ministros. De este modo, y conforme el actual texto, «La Administración General del Estado elaborará planes de trabajo y establecerá subvenciones para sufragar gastos derivados de las actividades contempladas en este artículo», mientras respecto el anterior, referido también en su segundo punto genéricamente a «Las Administraciones públicas, en el marco de sus competencias», meramente recogía: «Conforme a su normativa reguladora, podrán arbitrarse subvenciones para contribuir a sufragar los gastos derivados de las actividades contempladas en este artículo». Lo mismo podrá ser señalado respecto el actual artículo 12.1 respecto al artículo 14.1 del Proyecto.

<sup>10</sup> Jefatura del Estado, BOE n. 137, de 17/05/1939, pág. 2687-2688.

<sup>11</sup> Ministerio de la Gobernación, BOE n. 130, de 09/05/1940, pág. 3157.

<sup>12</sup> Ministerio de la Gobernación, BOE n. 207, de 25/07/1940, pág. 5151.

Que, a las alturas de 2007, dicha suerte de «*auto-restitutio*» familiar, haya sido estimado por nuestras autoridades democráticas como un mejor modelo a seguir, más adecuado y respetuoso con la debida protección estatal de los derechos humanos, que los estándares emanados en las últimas décadas por parte de distintos organismos internacionales en materia de «*restitutio in integrum*» estatal —singularmente desarrollada ante casos de desaparición forzada de personas como ya vimos<sup>13</sup>—, ha de ser, a mi juicio, objeto de crítica<sup>14</sup>. Más aún, justamente, ante la especial necesidad de sacar plenamente de la esfera privada o familiar la restitución de los desaparecidos, o sus restos mortales, en términos de pública satisfacción por parte del Estado<sup>15</sup>.

Que sea además la propia ley «de la memoria» la que —precisamente en materia de reparaciones a las víctimas del franquismo— venga a reintroducir nuevamente en nuestro ordenamiento tales concepciones jurídicas y prácticas pretéritas del régimen franquista, también; además de ofrecernos una insustituible perspectiva de lo verdaderamente desenfocado del abordaje de la intervención legislativa ante toda esta cuestión desde sus mismos planteamientos de base; y no precisamente por ausencia de los instrumentos internacionales de referencia ya aludidos, de modo especialmente significativo al respecto el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, como esperamos poder mostrar a continuación.

---

<sup>13</sup> Me remito aquí nuevamente a mi precedente estudio «Las fosas de Franco y la diligencia debida del Estado...», ob cit.

<sup>14</sup> Una *restitutio in integrum* por parte del Estado cuyo mismo aparato de poder se vió envuelto en los crímenes, que, como ha explicado García Ramírez, debe ser entendida además en una relación de complementariedad con las restantes formas reparatorias: Restitutio in integrum significa, *en sentido estricto* —que es también su alcance literal—, restitución de las cosas al estado que guardaban antes de que ocurriera la conducta ilícita y se vieran afectados los bienes jurídicos de ciertas personas. Eso es lo que se dice y se pretende al hablar de «plena restitución», que no es una restitución a secas, inevitablemente parcial y relativa. Aquella restitución plena —que implica un retorno pleno— es conceptual y materialmente imposible. (...) Lo que se quiere —mejor todavía: lo único que se puede— no es tanto restituir íntegramente la situación previa a la violación cometida —en su tiempo, su espacio, sus características, su absoluta continuidad, para siempre modificados—, sino construir una nueva situación que se asemeje, tan fielmente como sea posible, a la que antes se tuvo. Con este propósito es que se aportan al sujeto elementos de reparación, compensación, satisfacción, retribución, liberación, complemento, sustitución, etcétera. Así se rescatarán los bienes jurídicos de la víctima, al menos en parte, y se le colocará en una posición muy parecida a la que antes tuvo. Empero, lo perdido se habrá perdido para siempre. De esta diferencia inevitable entre lo que fue y lo que puede ser resulta, lógicamente, el sistema de reparaciones en su vertiente resarcitoria. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del caso Bámaca Velásquez, 22 de febrero de 2002, párr. 1.; y así, conforme el artículo 24.5 de la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas: «5. El derecho a la reparación al que se hace referencia en el párrafo 4 del presente artículo comprende todos los daños materiales y morales y, en su caso, otras modalidades de reparación tales como: a) La restitución; b) La readaptación; c) La satisfacción; incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación; d) Las garantías de no repetición». Y, muy particularmente, conforme el punto 20 de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobados por resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005; en relación al derecho de restitución *vid* en todo caso los iniciales trabajos como relator de Theo Van Boven (1993): *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Consejo Económico y Social, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 451 período de sesiones, Tema 4 del programa provisional, E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993, inicial precursor de todo ello.

<sup>15</sup> En especial una vez tomada constancia, con Moreno Gómez, del hecho de que la represión se llevase a cabo en los pueblos de origen de las víctimas, no en las capitales, respondía además a las finalidades de ejemplaridad y exhaustividad, en un ámbito donde represores y reprimidos eran perfectamente conocidos entre sí; como señalará el mismo con elocuencia, para los verdugos «ningún sitio mejor que el propio pueblo para depurar la menor veleidad izquierdista o revolucionaria», Moreno Gómez, F. (1989): «La represión en la España campesina», en: García Delgado, J.L. (Ed) *El primer franquismo, España durante la Segunda Guerra Mundial*, pág. 193.

III. El auténtico problema de «memoria»: las autoridades democráticas españolas olvidan su deber de llevar a cabo una *investigación oficial efectiva*, conducente al esclarecimiento de los hechos, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

a) Violación del artículo 2 del Convenio Europeo por la constatada ausencia, *de facto*, de una *investigación oficial efectiva* respecto los miles de casos de desaparición forzada del franquismo.

Pero, sin duda alguna, lo que precisamente hará que todo ello se nos muestre como jurídicamente insostenible será el hecho mismo de tratarse de escenarios, y víctimas, de crímenes de lesa humanidad —ni tan siquiera crímenes de gravedad y trascendencia «ordinaria»— no sólo imprescriptibles, sino en abierta consumación permanente.

Y ello sea en relación a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto a la denominada tutela procesal del derecho a la vida ex artículo 2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos<sup>16</sup> —también en cuanto al artículo 13 del mismo Convenio como veremos<sup>17</sup>—, sea en relación a las debidas garantías probatorias ex artículo 11.2 de la nueva Convención Internacional en conexión al principio *aut dedere aut judicare* consagrado en el artículo 11.1 de la misma —estableciéndose un igual nivel de exigencia probatoria frente a los acusados con independencia de que se instituya la propia jurisdicción nacional o se los transfiriera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido<sup>18</sup>— y la específica obligación prevista por el artículo 12.3 a) del mismo texto, relativa a que las autoridades judiciales dispongan, ante tales crímenes «de las facultades y recursos necesarios para llevar a cabo eficazmente la investigación»; pero también de forma poco congruente, más ampliamente considerado, con lo propios deberes de búsqueda de los fallecidos para darles «destino decoroso» igualmente referible ex artículo 8 del Segundo Protocolo a la Convención de Ginebra para los casos de conflictos armados internos ratificado por España desde 1989<sup>19</sup>.

Y si bien no habría de ser el régimen franquista el que tuviese la necesidad de plantearse, ciertamente, ninguna de tales cuestiones al decretarse la Orden de 1 de Mayo de 1940 —especialmente las relativas a la afectación de las garantías probatorias resultantes de la exhumación familiar— difícilmente puede pensarse que nuestro actual Estado democrático de Derecho pueda prescindir también de tales consideraciones a la hora de reeditar un tal modelo.

Así, y conforme la jurisprudencia constante emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>20</sup>, uno de los deberes más genuinamente reconocibles por parte

<sup>16</sup> «2.1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por el tribunal al reo de un delito para el que la Ley establece esa pena», cursivas propias.

<sup>17</sup> «Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

<sup>18</sup> Artículo 11. 2. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito común de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado. En los casos previstos en el párrafo 2 del artículo 9, el nivel de las pruebas necesarias para el enjuiciamiento o inculpación no será en modo alguno menos estricto que el que se aplica en los casos previstos en el párrafo 1 del artículo 9.

<sup>19</sup> Conforme al mismo se tomarán sin demora todas las medidas posibles, entre otros supuestos, «buscar a los muertos, impedir que sean despojados y dar destino decoroso a sus restos». Vid. Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados, en vigor desde el 7 de diciembre de 1978, de acuerdo con el artículo 95. Instrumento de ratificación española de 11 de abril de 1989, publicado en BOE n. 177 de 26/7/1989; vid así mismo BOE n. 241 de 7/10/1989 y BOE n. 242 de 9/10/1989.

<sup>20</sup> Como complemento de los distintos posicionamientos que abordaremos a continuación nos remitimos aquí, en todo caso, más ampliamente a nuestros comentarios semestrales a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde enero de 2004 hasta abril de 2007, por todos, Maroto Calatayud, M., Rodríguez Arias, M. A. y Scheunemann de Souza, D. (2007): «Comentarios a la Jurisprudencia

de las instituciones del Estado de Derecho en materia de protección del derecho a la vida será el de llevar a cabo una investigación «suficiente y efectiva» —investigación «exhaustiva e imparcial», «emprendida sin demora», «aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal», como calificará por su parte el artículo 12 de la Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas, en sus apartados 1 y 2<sup>21</sup>.

Como se reconocerá ya desde el caso *McCann contra el Reino Unido*:

*una prohibición general de ejecuciones arbitrarias por parte de los agentes del Estado sería inefectiva, en la práctica, de no existir procedimientos de revisión de la conformidad a derecho del uso de la fuerza letal por parte de las autoridades estatales. La obligación de proteger el derecho a la vida bajo tal previsión (art. 2) ha de ser entendida en conjunción con el deber general del Estado bajo el artículo 1 de la Convención de «asegurar a toda persona dentro de su jurisdicción los derechos y libertades recogidos en la Convención», lo que requiere que deba darse alguna forma de investigación oficial efectiva cuando ha habido individuos que han perdido la vida como resultado del uso de la fuerza*<sup>22</sup>.

Y, así, ha sido desarrollada una amplia línea jurisprudencial en materia de violación de dicho mismo deber de protección del derecho a la vida ex artículo 2, en una vertiente denominada «procesal», en relación a los casos de ausencia de actividad investigadora efectiva por parte de las autoridades de tal modo que no sea posible la determinación de la existencia, o no, de la violación material, ni por tanto de las concretas responsabilidades y reparaciones debidas al respecto; sin perder de vista ciertamente tampoco la intrínseca dimensión que, por dicha misma razón, ello ha de conllevar respecto a la paralela violación del artículo 13 del Convenio Europeo, derecho a un recurso efectivo, cuya vigencia práctica ha de quedar justamente comprometida como abordaremos posteriormente.

En sintética exposición del Tribunal Europeo en *Kelly contra el Reino Unido*:

*debe darse alguna forma de investigación oficial efectiva cuando ha habido individuos asesinados como resultado del uso de la fuerza. (...) El propósito esencial de una tal investigación ha de ser el de asegurar una efectiva implementación de las leyes domésticas que protegen el derecho a la vida así como, en los casos en los que se vean envueltos agentes o cuerpos del Estado, la exigencia de responsabilidades (...)»<sup>23</sup>.*

---

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (octubre 2006- abril 2007)», en: *Revista General de Derecho penal*, Iustel (Revista electrónica); así mismo Fernández Aparicio, J. M. (2003): «Una visión jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la cuestión de los desaparecidos», en: *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n. 34, págs. 121-136; Martín-Retortillo Baquer (2006): *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos, Perspectivas española y europea*, Madrid, Thompson Civitas; Grabenwarter, C. (2005): *Europäische Menschenrechtskonvention*, BECK, München, pág. 130-132.

<sup>21</sup> Precisamente será la propia Convención internacional la que, ex artículo 12.2, preverá que con independencia de la previsión de posibilidades de impulso por parte de las víctimas, el Estado deberá investigar de oficio. 2. Siempre que haya motivos razonables para creer que una persona ha sido sometida a desaparición forzada, las autoridades a las que hace referencia el párrafo 1 iniciarán una investigación, aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal; si bien ya en relación al artículo 3 de la previa, y actualmente vigente, Declaración de 1992, se señalaría: «It is, however, not enough for legislative, administrative, judicial or other measures to be taken, since they also have to be “effective” if they are to achieve the objective of prevention and termination. If the facts showed that the measures taken were ineffective, the international responsibility of the State would be to take other measures and to adapt its policies so that effective results would be achieved. The main criterion for determining whether or not the measures are suitable is that they are effective in preventing and, as appropriate, terminating acts of enforced disappearance», «General Comment on article 3 of the Declaration», WGEID report 1995 (E/CN.4/1996/38), pto. 48, en: *Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances Compilation of General Comments on the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/WGEID%20compilation%20of%20general%20comments.doc>, pto. 52.

<sup>22</sup> *McCann y otros contra el Reino Unido*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 1995, párr. 161.

<sup>23</sup> *Kelly y otros contra el Reino Unido*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de mayo de 2001, párr. 94; y así, en *Ogur contra Turquía* se hablará más exactamente del concepto de «effective investigations capable of leading to the identification and punishment of those responsible for the

Y si bien, en palabras del Alto Tribunal, qué forma de una tal investigación efectiva e independiente puede resultar apta a tales propósitos *puede variar en diferentes circunstancias*<sup>24</sup>, en todo caso será igualmente puntualizado cómo *las autoridades deben actuar de propia iniciativa una vez la cuestión haya sido suscitada a su atención;*

En contundentes términos del Tribunal Europeo en el fallo *Seker contra Turquía*:

*El mero hecho de que las autoridades sean informadas del asesinato de un individuo da lugar, ipso facto, a la obligación, bajo el artículo 2 de la Convención, a llevar a cabo una investigación efectiva acerca de las circunstancias que rodearon la muerte (...) dicha obligación resulta igualmente aplicable en casos en los que una persona ha desaparecido en circunstancias que puedan ser consideradas como de temor por su vida. A este respecto, debe ser aceptado que cuanto más tiempo pase sin noticia alguna por parte de la persona que ha desaparecido, mayor resulta la probabilidad de que él o ella han muerto*<sup>25</sup>.

O nuevamente en *Kelly contra el Reino Unido*, en cita a su vez de *İlhan contra Turquía* —y en sentido también aquí difícilmente reconciliable con los actuales postulados de la «ley de la memoria»—:

*(las autoridades) no pueden dejar esta cuestión a la iniciativa de los parientes para plantear una denuncia oficial o asumir la responsabilidad por el impulso de cualesquiera procedimientos de investigación*<sup>26</sup>.

No será tampoco ésta, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una cuestión únicamente relativa a la existencia de una mejor regulación *teóricamente* adecuada, y así en *Taniş y otros contra Turquía*, se entenderá igualmente violado el artículo 2 en un caso en el que el Tribunal llegará a reconocer una clara apatía y abstención,

---

*events in question*», Vid. *Ogur contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de mayo de 1999, párr. 93; o como señalará igualmente el Alto Tribunal con toda contundencia ante la actitud de las autoridades en el caso de desaparición sometido a su valoración en el caso *Gongadze contra Ucrania*, al apreciar la violación del artículo segundo del convenio en su vertiente procesal «*The Court considers that the facts of the present case show that during the investigation, until December 2004, the State authorities were more preoccupied with proving the lack of involvement of high-level State officials in the case than by discovering the truth about the circumstances of the disappearance and death of the applicant's husband*», *Gongadze contra Ucrania*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2006, párr. 179.

<sup>24</sup> Y así, en *Ogur contra Turquía* se llegará a admitir que la investigación oficial fuese llevada a cabo fuera del contexto específicamente penal, siempre habría de serlo por parte de las instancias oficiales independientes adecuadamente capacitadas para ello: «*The subsequent investigation carried out by the administrative investigation authorities scarcely remedied the deficiencies noted above in that, again, no post-mortem or other forensic examination, notably in the form of ballistic tests, was ordered and no members of the security forces that took part in the operation were questioned, although their names were known (...)*», vid. *Ogur contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de mayo de 1999, párr. 90; sobre idéntico punto se pronunciaría el fallo *Tas contra Turquía* «*(...) It has already found in a number of cases that the use of provincial administrative councils to investigate allegations of unlawful killings did not comply with the requirement that the investigation be carried out by an independent body in a process accessible to the alleged victim's close relatives, in particular since these councils were composed of officials under the authority of the Governor who was administratively in charge of the security forces under investigation*», *Tas contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de noviembre de 2000, párr. 71; junto a ello, en *Imakayeva contra Rusia*, y en términos igualmente críticos con la actuación de la fiscalía y las autoridades turcas, al apreciar la violación procesal del artículo segundo del convenio se llegará a señalar: «*Their behaviour in the face of the applicant's well-established complaints gives a strong presumption of at least acquiescence in the situation and raises strong doubts as to the objectivity of the investigation*», *Imakayeva contra Rusia*, de 9 de febrero de 2007, párr. 155.

<sup>25</sup> *Seker contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2006, párr. 67 y 69; de hecho, y como se puntualizará así mismo en *Seker contra Turquía*, «*This obligation is not confined to cases where it has been established that the killing was caused by an agent of the State*», Idem, párr. 67; o como se precisará por su parte en *Tashin Acar contra Turquía* «*Such investigations should take place in every case of a killing resulting from the use of force, regardless of whether the alleged perpetrators are State agents or third persons. However, where an involvement of State agents or bodies is alleged, specific requirements as to the effectiveness of investigation may apply*», *Tashin Acar contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril de 2004, párr. 220.

<sup>26</sup> *Kelly y otros contra el Reino Unido*, ob cit, párr. 94.

por parte de las fuerzas policiales turcas, en el uso de los mecanismos *teóricamente adecuados* para desarrollar la investigación<sup>27</sup>.

De este modo, y entre otras características que ha de reunir la investigación oficial llevada a cabo por las autoridades del Estado, nos cabrá extraer las siguientes cinco notas esenciales, definitorias, del umbral de diligencia debida establecido por la jurisprudencia del Alto Tribunal Europeo respecto dicha investigación oficial *efectiva e independiente*:

a) que sea capaz de llevar a determinar si el uso de la fuerza usada en el caso fue, o no, justificada por las circunstancias<sup>28</sup>.

b) a la identificación y castigo de sus responsables. Ello no es una obligación de resultado sino de actividad<sup>29</sup>.

c) las autoridades deben haber tomado las medidas razonables a su alcance para el aseguramiento de las evidencias relativas al incidente, incluidas, *inter alia*, los testimonios de testigos oculares, evidencias forenses, y donde ello resulte apropiado una autopsia que suministre un completo y riguroso expediente de las lesiones y un análisis objetivo de los hallazgos clínicos, incluida la causa de la muerte (...) toda deficiencia en la investigación que socave su capacidad para establecer la causa de la muerte o la persona responsable arriesgará la apreciación de su insuficiencia bajo un tal estándar<sup>30</sup>.

d) Un requerimiento de prontitud y expedición razonable resulta implícito en un tal contexto (...) debe ser aceptado que podrá haber obstáculos o dificultades que traben el progreso en una investigación en una determinada situación. En todo caso, una pronta respuesta por parte de las autoridades en la investigación del uso de la fuerza letal será habitualmente contemplado como esencial en el mantenimiento de la confianza de la ciudadanía en su adhesión al Estado de derecho y en la prevención de toda apariencia de colusión o tolerancia con actos ilegales<sup>31</sup>.

e) Por la misma razón, debe darse un suficiente grado de control público de la investigación o sus resultados para asegurar la exigencia de responsabilidades en la práctica tanto como en la teoría. El grado de control público requerido es susceptible de cambiar de caso a caso. En todos los casos, sin embargo, los parientes cercanos a la víctima deben ser tomados en cuenta en el procedimiento en la medida necesaria en que ello resulte preciso para salvaguardar sus legítimos intereses<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> Como será señalado en *Taniş y otros contra Turquía*: «It follows that the authorities have failed to set in motion the machinery which in theory would be adequate to investigate the disappearance of Serdar Taniş and Ebubekir Deniz», *Taniş y otros contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de 30 de noviembre de 2005, párr. 209.

<sup>28</sup> *Kelly y otros contra el Reino Unido*, ob cit, párr. 96.

<sup>29</sup> *Kelly y otros contra el Reino Unido*, ob cit, párr. 96;

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Idem*, párr. 97; en el mismo sentido vid. *Seker contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2006, párr. 68; igualmente *Gongadze contra Ucrania*, Sentencia de 8 de febrero de 2006, párr. 177, entre otros.

<sup>32</sup> *Idem*, párr. 98; y así, cuestión muy distinta a la previsión de un régimen administrativo para tales prácticas auto exhumatorias de los muertos «de la familia», será igualmente que el deber de una investigación efectiva conlleve, junto a todo lo anterior, el lógico deber de suministrar información y documentos a los familiares sobre el curso de la misma, de modo que no quede impedida la posibilidad de ejercicio de sus derechos como ha sido reconocido en casos como *Kişmir contra Turquía*, «the Court notes that the Government have not submitted any information to show that the family of Aydın Kişmir have ever been informed of the developments in the investigation. Neither is there any information in the case file to suggest that the documents concerning the investigation have been made available to the applicant. The Court finds that these failures effectively prevented the applicant from being involved in the procedure to safeguard her legitimate interests. In these circumstances, and having particular regard to the Government's own submission that an objection must be supported by proof and facts which justify the opening of a prosecution (see paragraph 64 above), the Court finds that a possible objection by the applicant against the decision not to prosecute, without first having regard to the documents in the investigation file, would have had no chance of success», *Kişmir contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2005, párr. 119 y 121; el ya apuntado *Sergey Vasilyevich Shevchenko contra Ucrania o Koku contra Turquía*: «The Court reiterates that for an investigation into a death to be regarded as effective within the meaning of the case-law of the Court, it is imperative that the next-of-kin of the victim be involved in the procedure to the extent necessary to safeguard their legitimate interests», *Koku contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2005, párr. 157, vid así mismo el párr 143, en relación a la pasividad mostrada por la fiscalía, y, más detenidamente los párr, 153-161.

Como es fácil de constatar, ni nada de esto ha sido observado, *de facto*, hasta ahora por parte de las autoridades de la reestablecida democracia española respecto el caso de los miles de desaparecidos del franquismo, ni lo será ahora, *de iure*, desde el criticable marco legal introducido por artículo 13 de la nueva ley «de la memoria», desde el momento en que la grave responsabilidad estatal de localización, levantamiento y examen de restos mortales del propio escenario de las matanzas viene a ser ahora impropriadamente «delegado» en manos de familiares y particulares —no digamos ya del efecto de todo ello en cuanto a la posterior validez del material probatorio así obtenido—.

De hecho, y ahondando en relación al tercero de tales requisitos, de particular interés aquí para nosotros, el completo desentendimiento por parte del Estado en *Gul contra Turquía* de actividades básicas como la localización de casquillos, la realización de autopsias, la realización de fotografías del lugar, de la posición en la que la víctima había quedado, será considerado una flagrante violación del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos por más que el gobierno turco alegase que la causa de la muerte resultaba clara; siendo, además, expresamente invocado por el Alto Tribunal el deber del Estado de atenerse cuando menos al *Model Autopsy Protocol annexed to The Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions* adoptado por Naciones Unidas en 1991, que, justamente, enfatizará la especial necesidad de un examen sistemático y exhaustivo, y la debida prevención de la omisión o pérdida de pruebas importantes, especialmente necesaria en ese tipo de casos<sup>33</sup>.

Dicha misma cuestión de la existencia de tales actuaciones del Estado en relación al tratamiento del material probatorio e indagaciones en la escena del crimen, y consiguiente investigación, sería igualmente suscitada en el caso *Adali contra Turquía*, en el que la ausencia de prácticas esenciales como la toma de huellas dactilares, de fotografías del lugar de los hechos, de un examen balístico o de un informe detallado de lo encontrado en éste, por parte de las autoridades del Estado, son algunos de los aspectos que moverían al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a apreciar la concurrencia de tal violación de la dimensión procesal del deber de proteger el derecho a la vida ex artículo 2<sup>34</sup>; mientras, por su parte, también en otro tipo de casos como *Sergey Vasilyevich Shevchenko contra Ucrania* se estimará igualmente la existencia de una violación del artículo 2 del Convenio Europeo en su vertiente procesal ante una investigación plagada de irregularidades, como no haber sido realizado un examen forense de las manos de la víctima a la búsqueda de restos de haber abierto fuego, no haberse procedido a la reconstrucción de los hechos, o no haber examinado suficientemente la autoría de la supuesta carta de suicidio mediante pruebas grafológicas<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> *Gul contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de diciembre de 2000, párraf. 89.

<sup>34</sup> En palabras del Tribunal Europeo: «*In this connection, the Court would point out that the investigating authorities failed to take fingerprints on the terrace or inside the applicant's family home with a view to finding a clue which could have shed light on the tragic event (see paragraphs 117, 139 and 147 above). It is to be observed in this latter connection that there was no real coordination or monitoring of the scene of the incident by the investigating authorities. A typical example of this is that there was no report on what was found on the terrace and inside the house, whereas according to a photograph which was taken shortly after the incident and produced to the Court by the applicant there was a glass, a bottle and an ashtray on the terrace (see paragraph 139 above). It is also striking that the police officers who examined the scene of the incident did not consider taking photographs of the terrace or of the inside of the house. The Court further considers that the ballistic examination carried out by the authorities was insufficient. In particular, although the investigators compared the bullet cartridges found at the scene of the incident against those held in the police laboratories of the "TRNC", there is no record of any attempt having been made to broaden the scope of the ballistic tests so as to cover the archives of the police in Turkey (see paragraphs 125 and 126 above). While the chief inspector, Mr Soyalan, advanced a claim to the contrary, no report of a ballistics test in Turkey has been furnished to the Court (Ibid.)*», vid. *Adali contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de marzo de 2005, párr. 227-228.

<sup>35</sup> *Sergey Vasilyevich Shevchenko contra Ucrania*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de julio de 2006, párr. 72-73, así como 67.

Con todo, y como quedará de manifiesto en la más reciente sentencia *Luluyev y otros contra Rusia*, en un caso de víctimas de ejecución extrajudicial hallados en una fosa común en Chechenia, no se tratará únicamente de una tal obligación de examen forense por las autoridades sino, más ampliamente, de la subsiguiente investigación, apreciándose, de hecho, la existencia de una *intensificación* de tales obligaciones de investigación derivadas del Convenio Europeo justamente a la luz de la *especial gravedad criminal* apreciada por el Tribunal respecto tales masacres<sup>36</sup>.

Que junto a esto, en determinados supuestos de *sujección especial* como *Celikbilek contra Turquía de 31 de mayo de 2005*, o *Süheyla Aydin contra Turquía de 24 de mayo de 2005*, —en los que se constatará que la víctima había quedado bajo custodia de agentes del Estado—, sea además apreciada la existencia de una violación del artículo segundo *también en su sentido material* —incluso a pesar de que los restos mortales no hayan sido recuperados<sup>37</sup>— debe ser igualmente subrayado<sup>38</sup>; al tiempo que en recientes evoluciones jurisprudenciales a la luz de casos como *Estamirov y otros contra Rusia*<sup>39</sup> cabe apreciar una paulatina tendencia a la ampliación de tal noción —o *materialización* del calado de la violación desde su mera vertiente procesal, en defecto de la debida explicación por parte de las autoridades, constatada la relación de *sujección especial*— hasta dar idéntico tratamiento jurisprudencial a la más genérica situa-

<sup>36</sup> *Luluyev y otros contra Rusia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de noviembre de 2006. párr. 98: «The Court further notes that the discovery of Nura Luluyeva's body in 2001 provided the authorities with new important facts. In particular, it was then established that her death was a result of a murder and, what is more, one of a series of murders. Such a major event should have prompted the investigative authorities to intensify their efforts. However, no information has been submitted by the Government as to whether any investigative actions were taken following the discovery of the mass grave, apart from the identification and forensic examination of the bodies».

<sup>37</sup> A este último respecto véase igualmente *Ismail Ertak contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de mayo de 2000, párr. 131 y ss.

<sup>38</sup> Y así conforme dicho fallo, las evidencias respecto la responsabilidad por la ejecución extrajudicial han de ir más allá de toda duda razonable, precisamente en casos en los que la persona queda bajo la custodia policial, en los que corresponde a las fuerzas policiales y de seguridad suministrar una explicación suficiente y convincente de lo sucedido (párr. 66) —como por ejemplo la ruptura de la custodia por cualquier circunstancia no siendo tal el caso ante la clara ausencia de documentos y toda comunicación a tal respecto, (párr. 67-68); así las cosas no cabrá apreciar pues insuficiencia en el material probatorio aportado por el hermano de la víctima, recurrente habiendo realizado todo lo que razonable y realísticamente cabía esperar de él (párr. 69)— y Turquía resultará pues condenada tanto en el sentido procesal del artículo 2 por no haber llevado con posterioridad una investigación efectiva al respecto, como también en su sentido material. Vid. *Celikbilek contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de mayo de 2005; véase igualmente *Süheyla Aydin contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de agosto de 2005, donde el Tribunal Europeo recordará, una vez más, que las personas sujetas a custodia se encuentran sometidas a una posición de vulnerabilidad, y ello coloca a su vez a las autoridades detentadoras en una muy especial posición al respecto: «*here the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons within their control in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and death occurring during such detention. Indeed, the burden of proof may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation*» (párr. 147). Nótese por tanto la especial trascendencia de todo ello para un caso como el español donde los agentes estatales o paraestatales implicados en las desapariciones tomaron bajo custodia a las víctimas en sus mismas casas, delante de sus propios familiares, o ya en los propios centros de detención con la clara aquiescencia de los responsables del mismo.

<sup>39</sup> *Estamirov y otros contra Rusia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2007, caso este último además en el que tras una matanza al margen de la legalidad con ocasión de la toma de Grozny por parte de las tropas rusas, la corte subrayaría que la investigación oficial en las muertes nunca fue terminada ni se identificaron ni fueron procesados los individuos responsables, ni fue facilitada explicación alguna por parte del Estado por la muerte de esas víctimas: «*Inexplicably, no actions in that direction were taken until more than three years after the commencement of the investigation. (...) There is no information about the identification of the cartridges and bullets collected at the site of crime or about the carrying out of a military or security operation in the area on the relevant dates*». Vid. *Estamirov y otros contra Rusia*, ob cit. párr. 108; así el Alto Tribunal no sólo recordará que el hecho de que los Estados faciliten tal acceso a los documentos ha de ser de la máxima importancia para la operatividad efectiva del sistema de tutela individual instaurado por el artículo 34 de la Convención (párr. 103), sino que el hecho de que el gobierno ruso rehúse en el presente caso cumplir sus obligaciones hacia el Tribunal y el Convenio no ha de impedir que el Tribunal Europeo pueda enjuiciar la existencia de responsabilidad material por las autoridades rusas, siendo indiscutido que los familiares de los recurrentes fueron víctimas de una matanza al margen de la legalidad (párr. 106); dicha laguna en el conocimiento de los hechos provocada por Rusia determinará la *inversión de la carga de la prueba* y no dando por tanto el Gobierno ruso explicación alguna debidamente fundamentada respecto lo acaecido a las cinco víctimas mientras esa parte de Grozny estaba bajo control del ejército federal declarará la responsabilidad material de Rusia por tales ejecuciones.

ción de control del territorio por parte del ejército ocupante; de especial interés también para nosotros como mecanismo de imputación de vulneración material a la luz de la práctica de desapariciones forzadas de modo paralelo al avance de las líneas del frente y la ocupación de las nuevas zonas en el caso español. Todo ello en el sentido de lo que, de hecho, venía siendo reclamado por miembros como Bonello en su voto particular al caso *Şirin Yılmaz contra Turquía*<sup>40</sup>.

Finalmente y concluyendo aquí, todavía, con el cuarto de los requisitos apuntados en *Kelly contra el Reino Unido*, la propia valoración por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del tiempo transcurrido hasta el inicio de las investigaciones será, en definitiva, otro factor de especial relevancia a la hora de valorar dicha misma «efectividad y suficiencia» de las investigaciones<sup>41</sup>.

O en palabras de *Taniş y otros contra Turquía*, en un caso de ausencia de investigación efectiva una vez ya transcurridos cuatro años de producirse dos casos de desaparición:

*«Ningún procedimiento penal fue instituido para determinar a los responsables de la desaparición de los hombres. (...) Las circunstancias en las que Serdar Taniş y Ebubekir Deniz quedaron desaparecidos (...), el hecho de que cuatro años más tarde su destino continúa siendo desconocido, y la ausencia de una investigación apropiada y una explicación plausible de las autoridades sobre lo sucedido lleva a la Corte a*

---

<sup>40</sup> En gráfica argumentación del juez Bonello en su voto disidente ante el caso *Şirin Yılmaz*, de 29 de octubre de 2004 —disidente, nótese, en tanto que junto al sentido procesal de la violación plenamente reconocido por la Corte, Bonello entenderá que el Estado Turco violará *simultáneamente* la dimensión material del artículo 2 debido a la propia situación de imposibilidad probatoria en que ello colocará a las víctimas en su acción frente a la Corte Europea—: *Hablando claro, la Corte comparte que el Estado demandado no hizo prácticamente nada, y ya es decir mucho, para asegurar que las evidencias fuesen descubiertas y preservadas (o que lo fueran los hechos reales mediante los cuales la verdad sobre lo sucedido pudiese ver la luz). (...) El Estado tiene una obligación, reconocida por la Corte y su jurisprudencia, de recoger y proveer las pruebas y evidencias de todas las circunstancias que rodeen la muerte en cuestión por medio de investigaciones efectivas. Es el Estado el que falla en cumplir con esta obligación. Y entonces, efectivamente, la Corte ha de decirle a los recurrentes que su acción en Estrasburgo no puede prosperar por no conseguir aportar las evidencias que es el Estado el que indebidamente no ha conseguido aportar Şirin Yılmaz contra Turquía de 29 de octubre de 2004, partly dissenting opinion of judge Bonello, párr. 3 y 5.*

<sup>41</sup> De hecho aun de no existir una base probatoria suficiente como para poder sostener, más allá de toda duda razonable, que el desaparecido fuese asesinado por agentes del Estado (párr 65) justamente en aquellos casos en que la desaparición se dé en circunstancias en las que quepa temer por la vida la obligación de investigar ha de permanecer necesariamente intacta, subrayándose además cómo *«the more time passes without any news of the person who has disappeared, the greater the likelihood that he or she has died»*, idem, párr. 69; mientras que, muy por el contrario, el Tribunal apreciará como: *«within the context of the investigations initiated in October 1999 by the Bismil and Diyarbakır public prosecutors into the disappearance of Mehmet Şah Şeker, the only serious step that the public prosecutors took was to obtain statements from four persons and to request the custody records of 8-11 October 1999 from the Security Directorate and the Gendarmerie Command in Bismil»*, idem, párr. 71; junto a ello en *Taniş y otros contra Turquía*, se señalará: *«The apathy displayed by the investigating authorities poignantly bears out the importance attached to the prompt judicial intervention required by Article 5 §§ 3 and 4 of the Convention which may lead to the detection and prevention of life-threatening measures in violation of the fundamental guarantees contained in Article 2»*, *Taniş y otros contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de 30 de noviembre de 2005, párr. 208; en *Timurtas contra Turquía* se señalará: *«The Court is in particular struck by the fact that it was not until two years after the applicant's son had been taken into detention that enquiries were made of the gendarmes in Şirnak. (...) The lethargy displayed by the investigating authorities poignantly bears out the importance of the prompt judicial intervention required by Article 5 §§ 3 and 4 of the Convention, Timurtas contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de junio de 2000, párr. 89; y en *Tahsin Acar contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril del 2004, junto a otras carencias se tomaría igualmente constancia del inicio de las investigaciones tan sólo tres meses después, párrafo 220; por su parte en *Ognyanova y Choban contra Bulgaria*, el inicio efectivo de las investigaciones más de seis meses después de la muerte de Mr. Stefanov, con una duración posterior de éstas de casi cinco años únicamente para realizar, en cambio, una mínima actividad investigadora, salpicada además de largos periodos de inactividad (párr. 114) y, muy especialmente, la toma en consideración de la carencia de objetividad de la misma, llevará a apreciar también la violación del artículo 2 en su dimensión procesal: *«the investigation lacked the requisite objectivity and thoroughness, a fact which undermined its ability to establish the cause of Mr. Stefanov's death and injuries. Its effectiveness cannot, therefore, be gauged on the basis of the number of reports made, witnesses questioned or other investigative measures taken»*, *Ognyanova y Choban contra Bulgaria*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 febrero 2006, párr. 113.

*concluir la existencia de responsabilidad por parte del Estado demandado respecto la desaparición de los dos hombres en relación al artículo 2 de la Convención»<sup>42</sup>.*

Y aún cuando en el caso de los desaparecidos del franquismo habrá de ser tenida en cuenta la imposibilidad de iniciar la búsqueda e investigación hasta el reestablecimiento del Estado Democrático, parece difícilmente reconciliable una tal dicotomía entre la ratificación por parte de España, desde 1979, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y lo posteriormente (no) actuado por nuestras autoridades democráticas frente al consabido mantenimiento en el tiempo de tales situaciones —la consumación permanente de tales delitos—.

Ciertamente los deberes de «*promptness and reasonable expedition*» de las actuaciones, que deben ser valorados *dentro de las concretas circunstancias y obstáculos del caso*, como hemos apenas apuntado con la jurisprudencia reconocible desde *Kelly contra el Reino Unido*<sup>43</sup>, pero incluso constatada en nuestro caso la gravísima entidad, y efecto intimidatorio, del intento de golpe de Estado contra las instituciones democráticas españolas en 1981, al poco de ser promulgada nuestra Constitución, parece difícilmente argumentable la ausencia de toda actuación a este respecto, a lo largo de las últimas dos décadas, en algún momento posterior tras la propia entrada en la Unión Europea y la definitiva consolidación de nuestro sistema democrático.

Tal y como nos mostrará el fallo *Bazorkina contra Rusia* —donde algunos de los interrogatorios serían igualmente omitidos hasta cuatro años y cuatro meses después de perpetrada la desaparición—: la comprensión de determinadas circunstancias excepcionales no representará en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos ningún tipo de carta en blanco en cuanto a la legitimación del retraso en el cumplimiento del deber de investigar crímenes de una tal gravedad:

*De hecho, pareciera que la mayoría de las acciones necesarias para resolver el crimen ocurrieron únicamente después de diciembre de 2003, cuando la demanda del recurrente fue comunicada al gobierno. Tales retrasos por sí mismos considerados no es que hayan podido sino que han tenido un negativo impacto en el propósito de llegar a la verdad. Incluso aceptando, en alguna medida, que una explicación para tales retrasos pudiera haberse fundado en las excepcionales circunstancias que han prevalecido en Chechenia y a las que se refiere el Gobierno, la Corte estima que en el presente caso, todo ello excede claramente toda posible limitación de eficiencia que pudiera ser tolerable en el abordaje de un crimen de una semejante gravedad<sup>44</sup>.*

A lo que todavía habrá que sumar, como nos mostrará una vez más el caso de la fosa común chechena en *Luluyev y otros contra Rusia*, el propio retraso en dar el reconocimiento de la condición de víctima de tales crímenes a *los familiares* representará, en sí mismo, otro elemento temporal especialmente tomado en consideración por el Tribunal Europeo en cuanto al establecimiento de la violación del derecho a la vida en el sentido procesal que aquí nos ocupa<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> *Taniş y otros contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de 30 de noviembre de 2005, 208 y 210; concluyendo todavía: «*In the light of the foregoing (see paragraphs 206-09 above), the Court finds that the investigation carried out into the disappearance of the applicants' next-of-kin was inadequate and, therefore, in breach of the State's procedural obligations to protect the right to life. The Court accordingly dismisses the Government's preliminary objection (see paragraphs 190-91 above) and holds that there has also been a breach of Article 2 of the Convention on that account*», Idem, párr. 211.

<sup>43</sup> Remitimos de nuevo a *Kelly y otros contra el Reino Unido*, ob cit, párr. 97, así como, en el mismo sentido, a *Seker contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2006, párr. 68; igualmente *Gongadze contra Ucrania*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2006, párr. 177, entre otros.

<sup>44</sup> *Bazorkina contra Rusia*, Sentencia de 11 de diciembre de 2006, párr. 121; en el mismo sentido y en idéntico contexto checheno, vid. *Baysayeva contra Rusia*, Sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de septiembre de 2007, párr. 127.

<sup>45</sup> *Luluyev y otros contra Rusia*, ob cit, párr. 100: «*Finally, there has been a substantial delay in granting victim status to the applicants. It was not until December 2000 that the decision to grant victim status*

En definitiva, que en el caso español hayan sido las propias autoridades del Estado —las de la democracia en las últimas décadas casi tanto como las de la dictadura anteriormente—, las que se hayan desentendido tan largo tiempo de dicha tarea, no puede ser excusa, ahora, para el definitivo abandono de sus funciones en materia de justicia y tutela de los derechos humanos ante víctimas de crímenes internacionales, sino, en todo caso, motivo de un mayor celo indagatorio, y uso de las últimas tecnologías hoy disponibles en la recopilación de pruebas y el examen del lugar de los hechos.

Al tiempo que, a la luz de todo ello, y haciendo nuestros los argumentos de Mularoni, nos cabrá preguntarnos aquí por una paralela toma en consideración del artículo 14 del Convenio Europeo (no discriminación), en tanto que también apreciable en nuestro propio caso español la concurrencia de tales déficit de tutela estatal debida en torno a las víctimas de un determinado colectivo humano —en nuestro caso el de los defensores de la Segunda República española—, de forma autónoma ya a la propia violación del artículo 2<sup>46</sup>.

**b) Vulneración del artículo 2 del Convenio Europeo por consagrar ahora la definitiva ausencia, *de iure*, de una *investigación oficial efectiva*: la deficiente regulación legislativa del deber de proteger la vida.**

Si la omisión, hasta ahora *de facto*, de una tal investigación efectiva e independiente en los términos analizados resulta ya contraria al Convenio Europeo, la pretendida consagración de ello mismo *de iure*, ex artículo 13 de la ley «de la memoria», nos parecerá igualmente enfrentada con otro aspecto —acaso menos desarrollado jurisprudencialmente, pero en todo caso reconocible— en cuanto al deber del Estado de proteger la vida en el ámbito del artículo 2: el propio deber de una adecuada organización del Estado, y todos sus órganos e instituciones, de modo no contradictorio con dicha obligación internacional.

Y dicho inadecuado funcionamiento de los agentes y autoridades del Estado será lo que terminará determinando una tal legislación «de la memoria» de obligado cumplimiento interno en términos conflictuales con las obligaciones internacionales del Estado a tal respecto; así tal y como nos mostrará la Jurisprudencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos en pronunciamientos como *Makaratzis contra Grecia*, de 20 de diciembre de 2004<sup>47</sup> ante un supuesto de ausencia de establecimiento de un marco normativo que impidiese que las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado ejerciesen su deber «en el vacío» en materia de uso de la fuerza, o en *Öneryildiz contra Turquía* —donde quedará igualmente de manifiesto que la obligación positiva de tomar todas las medidas necesarias para la protección de la vida, en el sentido del artículo 2, implica, ante todo, para los Estados el deber primordial de establecer un adecuado marco legislativo y administrativo<sup>48</sup>, acorde con los deberes hacia el Convenio— mientras en *Byrzykowski contra Polonia* se recordará como la debida tutela del derecho a la vida, aun si no tiene porque determinar la obligación del Estado de penalizar determinadas conductas, lo que sí determinará, en todo caso, será la garantía de un funcionamiento independiente y eficaz del sistema de justicia que permita indagar

---

*to the second applicant was taken, thus affording him minimum guarantees in the criminal proceedings. Moreover, even after victim status had been granted, information concerning the progress of the investigation was provided to him only occasionally and in part»; vid así mismo los párrs. 111-113, así como 117.*

<sup>46</sup> Vid. Su voto particular en *Dizman contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de septiembre 2005, así como el igualmente formulado en *Kipmir contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de mayo de 2005, *Yasin atep contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 mayo 2005 y *Koku contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2005.

<sup>47</sup> *Makaratzis contra Grecia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 20 de diciembre de 2004, párr. 59 y 71, incumpléndose ya con ello mismo, dicha obligación positiva del Estado hacia el derecho a la vida en tal contexto; Vid. En el mismo sentido Gollwitzer, W. (2005): *Menschenrechte im Stra-verfahren, MRK und IPBPR. Kommentar*, De Gruyter Recht, Berlin, pág. 159.

<sup>48</sup> *Öneryildiz contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2004, párr. 89.

y determinar la causa de la muerte, respecto lo cual las obligaciones del Estado no serán satisfechas si la protección producida por ley doméstica existe solamente en teoría: por encima de todo debe también funcionar con eficacia en la práctica<sup>49</sup>.

c) Obstaculización en la práctica de un recurso efectivo por omisión de las funciones del Estado: la consustancial afectación del artículo 13 del Convenio Europeo.

Por último, y junto a la propia vulneración del artículo 2 del Convenio Europeo, habrán de ser igualmente resaltadas las consecuencias de todo ello respecto la paralela vulneración del artículo 13 del mismo, en cuanto a la constatable obstaculización *de facto* —más allá de lo teóricamente recogido en la legislación nacional— del acceso de víctimas y allegados a un recurso efectivo, como consecuencia de dicha misma ausencia de una investigación efectiva e independiente por parte de las autoridades.

Nos hallamos aquí ante una línea igualmente consolidada y reconocible en el seno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ya en Kurt contra Turquía señalaría:

*El objetivo de la obligación bajo el artículo 13 varía dependiendo de la naturaleza de la pretensión del demandante al amparo de la Convención. Sin embargo, el remedio requerido por el artículo 13 debe ser «efectivo» en la práctica así como en ley, particularmente en el sentido de que su ejercicio no debe ser injustificadamente obstaculizado por los actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado<sup>50</sup>.*

O como ha sido igualmente observado, por su parte, por el Comité de Derechos Humanos en cuanto al alcance de las obligaciones internacionales en materia de recurso efectivo ante el fundamental Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>51</sup>: no sólo se requerirá que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados —de modo que si ésta no es otorgada la obligación de proporcionar un recurso efectivo no se cumple<sup>52</sup>—, sino que «el derecho a un recurso efectivo puede en algunas circunstancias hacer necesario que los Estados Partes adopten y apliquen medidas provisionales para evitar violaciones constantes y para reparar lo más pronto posible cualquier daño que se pueda haber causado de resultas de esas violaciones»<sup>53</sup>. En resumen: «la falta de realización por un Estado Parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto. El cese de una violación continua es un elemento esencial del derecho a un recurso eficaz»<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> Y así, en palabras del Alto Tribunal «the obligations of the State under Article 2 of the Convention will not be satisfied if the protection afforded by domestic law exists only in theory: above all, it must also operate effectively in practice within a time-span such that the courts can complete their examination of the merits of each individual case», *Byrzykowski contra Polonia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2006, párr. 105. En otros casos se regresará sobre la cuestión de la imparcialidad como en *Kakoulli contra Turquía*, de 22 noviembre 2005, donde el Tribunal Europeo tomará cuenta de un alto número de significativas omisiones que arrojarán dudas sobre la efectividad e imparcialidad de la investigación en cuestión (párr 125), y con especial incidencia para nuestro propio caso, habida cuenta de las carencias de la autopsia: «Thus, the failure of the autopsy examination to record fully the injuries on Petros Kakoulli's body hampered an assessment of the extent to which he was caught in the gunfire, and his position in relation to the soldiers on guard duty. In this context, the Court reiterates that the purpose of a post-mortem examination is to elucidate the circumstances surrounding the death, including a complete and accurate record of possible signs of injury and an objective analysis of clinical findings (see in that connection the Model Autopsy Protocol annexed to the Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions adopted by the United Nations in 1991, which emphasises the necessity in potentially controversial cases for a systematic and comprehensive examination and report to prevent the omission or loss of important details, and is referred to in Gül, cited above, § 89)», *Idem*, párr. 126.

<sup>50</sup> *Kurt contra Turquía*, sentencia de 25 de mayo de 1998, párr. 139.

<sup>51</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España por Instrumento de 27 de abril de 1977, BOE n. 103 de 30/4/1977.

<sup>52</sup> Observación general n. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004) pto. 16.

<sup>53</sup> Observación General 31, ob cit, pto 19, cursivas propias.

<sup>54</sup> Observación General 31, ob cit, pto 15, cursivas propias.

A la luz de ello mismo, y en sintética exposición de la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Akhmadova y Sadulayeva contra Rusia*, de 12 de noviembre de 2007:

*Dada la fundamental importancia del derecho a la protección de la vida, el artículo 13 requiere, junto al pago de una compensación apropiada, una investigación pormenorizada y eficaz, capaz de llevar a la identificación y al castigo de los responsables de la privación de la vida y de infligir un tratamiento contrario al artículo 3, incluyendo un acceso eficaz del denunciante al procedimiento de la investigación que lleva a la identificación y al castigo de esos responsables*<sup>55</sup>.

Y con idéntica contundencia se expresaría el Alto Tribunal ante el caso *Kurt contra Turquía*<sup>56</sup>, fallando a favor de la pretensión de los familiares de apreciarse la violación de dicho artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, en especial a la vista de la ausencia de toda «seria consideración» otorgada al caso por parte de la fiscalía nacional a la situación de desaparición<sup>57</sup>.

Finalmente, el mero hecho de que junto a la completa ausencia de una tal investigación el artículo 13 de la «ley de la memoria» contemple además la posibilidad de *oposición* a que dichos restos mortales de las víctimas del crimen sean debidamente localizados y examinados, no hará sino ahondar en el sentido de dicha misma *obstaculización indebida* por acción u omisión del Estado, en su formulación de las distintas actuaciones.

**IV. Conclusiones:** la reestablecida democracia española en la encrucijada de la legalidad internacional de los derechos humanos ante el caso de los desaparecidos del franquismo.

Dicho mismo desenfoque de toda esta cuestión por parte de la «nueva» regulación introducida por la «ley de la memoria» habrá de llevarnos, por último, a la constatación de la existencia de otros aspectos críticos a este mismo respecto —singularmente la técnica de limitación de la participación de las asociaciones en función de la constitución de las mismas con fecha anterior a primero de junio de 2004 tal y como contempla el inciso final del artículo 11.1<sup>58</sup>—; si bien, y como hemos tratado de apuntar, el

<sup>55</sup> *Akhmadova y Sadulayeva contra Rusia*, Sentencia del 12 de noviembre de 2007, párr. 125; vid. igualmente *Baysayeva contra Rusia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de septiembre de 2007, párr. 157; en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el Estado en Velásquez Rodríguez está en el deber jurídico de «investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción», ha de tener la concreta finalidad de identificar a los responsables, e imponerles las sanciones pertinentes así como «asegurar a la víctima una adecuada reparación». Ambas citas, *Velásquez-Rodríguez contra Honduras*, ob cit. párr. 174; así y junto a dicho caso, y al caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, nos cabrá referir igualmente, y con Dondé Matute, el fallo Paniagua Morales y otros de 8 de marzo de 1998, párr. 157 y ss y 173 y ss. Vid. el apdo. «Obligación de investigar y sancionar», Dondé Matute, J. (2006): *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su relevancia para el Derecho penal internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), Méjico, pág. 224.

<sup>56</sup> «*In the view of the Court, where the relatives of a person have an arguable claim that the latter has disappeared at the hands of the authorities, the notion of an effective remedy for the purposes of Article 13 entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the relatives to the investigatory procedure*», *Kurt contra Turquía*, ob cit, párr. 140.

<sup>57</sup> «*The Commission found that the applicant had brought the substance of her complaint to the attention of the public prosecutor. However, her petitions received no serious consideration. The public prosecutor was not prepared to inquire further into the report issued by the gendarmes that her son had not been detained; no statements were taken from the soldiers or village guards who were involved in the military operation in the village and the inadequacy and ineffectiveness of the investigation were further compounded by the fact that the task of taking witness statements from villagers was entrusted to the gendarmes against whom the complaint had been made (see paragraph 38 above). For these reasons the Commission found that the authorities were in breach of Article 13*», *Kurt contra Turquía*, ob cit, párr. 138.

<sup>58</sup> Como ya hemos visto «Lo previsto en el párrafo anterior podrá aplicarse respecto de las entidades que, constituidas antes de 1 de junio de 2004, incluyan el desarrollo de tales actividades entre sus fines»; anómala diferenciación ésta, que —en contraste con otras asociaciones que pudiesen haber sido constituidas con posterioridad a dicha fecha o incluso constituibles en el futuro dentro de unos fines igualmente

problema esencial viene representado por el propio recurso a una tal impropia delegación de funciones estatales, de modo que las propias deficiencias identificables dentro de una tal anómala lógica han de resultarnos, ya, de un evidente segundo orden más allá de nuestro específico objeto de estudio: lo que creemos plenamente rechazable es ya el mismo modelo de *auto restitutio familiar* seguido por la misma.

Otro será, en definitiva, el verdadero problema de fondo de toda esta cuestión: *la obligación de reparar que se regula, en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno*<sup>59</sup>. A la luz de ello mismo tanto la crítica regulación de la ley de la memoria aquí analizada, como los restantes deberes de reparación y justicia que nuestras instituciones democráticas continúan sin abordar tras largos años, no puede dejar de representar una *huida hacia delante*, meramente vigente en lo doméstico en tanto no sean objeto de acciones en lo internacional —como pudiera llegar a ser el caso ante toda una tal abrumadora serie de precedentes jurisprudenciales en torno a la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo—; o de una más deseable revisión y toma de conciencia de nuestras mismas instituciones en torno al verdadero alcance de las responsabilidades que le conciernen respecto todos estos miles de víctimas y sus familias a la luz de los deberes internacionales asumidos por nuestro Estado en materia de derechos humanos.

Para que el derecho a la vida de toda persona quede debidamente protegido por la ley en los términos requeridos por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, sin discriminación alguna hacia ningún grupo político concreto, ni de ninguna otra índole, por parte de nuestras instituciones; y el derecho a un recurso *efectivo* también.

Por ello, y al contrario de lo actuado por nuestro legislador con la reedición del aludido modelo *auto-restitutivo*, lo que habría que introducir en nuestro ordenamiento en atención al deber de *adecuada organización del Estado y todos sus órganos e instituciones* en relación al derecho a la vida, se asemeja más al modelo de *restitución estatal a dos órganos* —Comisión gubernamental de búsqueda de los desaparecidos del franquismo y Base Nacional de Datos Genéticos—, promovida en los fallos *Molina Theissen contra Guatemala* y *Serrano Cruz contra el Salvador* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>60</sup>; acaso a tres —resultando igualmente congruente la propuesta de crear una fiscalía especializada formulada por Amnistía Internacional y en la línea, también, con lo contemplado por el artículo 12.3.a) de la nueva *Conven-*

---

légimos— resulta de mal encaje a la luz del derecho fundamental de asociación recogido en el artículo 22 de nuestra Constitución —más aún a la luz del expreso llamamiento en este sentido del artículo 24.7 de la Convención Internacional contra las Desapariciones forzadas de «garantizar», —el derecho a formar y participar libremente en organizaciones y asociaciones que tengan por objeto contribuir a establecer las circunstancias de desapariciones forzadas y la suerte corrida por las personas desaparecidas—, en lo que se muestra una técnica legislativa también a este respecto altamente cuestionable para acotar las organizaciones participantes en el ámbito de dicha anómala delegación de funciones de tutela, en lo que en su caso podía haber quedado referido como asociaciones de una determinada antigüedad desde su constitución si la pretensión era la de contar con organizaciones de una solvencia acreditada en el tiempo.

<sup>59</sup> *Caso Serrano Cruz contra el Salvador*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de marzo de 2005, ob cit., párr. 135-136.

<sup>60</sup> Me remito así a tal respecto a mi estudio «Las fosas de Franco y la diligencia debida del Estado...», ob cit. De hecho, dicho mismo deber de establecimiento judicial de los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental sería igualmente consagrado en el *Caso Barrios Altos* en tanto que, en palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «sobre el Estado recae una obligación positiva de garantizar información esencial para preservar los derechos de las víctimas, asegurar la transparencia de la gestión estatal y la protección de los derechos humanos, *Barrios Altos contra Perú*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2001, párr. 45; a este respecto la propia Corte señalaría: el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención», Idem, párr. 48.

*ción internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*—<sup>61</sup>.

En definitiva: la necesidad de una urgente revisión de la ley «de la memoria» en cuanto a su adecuación a los extremos analizados, y su no interferencia con el deber de España de llevar a cabo una *investigación oficial efectiva e independiente*, como auténtica encrucijada —en sí misma expresiva de otras cuestiones de fondo—, para el conjunto de nuestras reestablecidas instituciones democráticas.

## novedad estrotta

### ÉTIENNE DE LA BOÉTIE

Discurso de la servidumbre voluntaria

### ABŪ NASR AL-FĀRĀBĪ

Obras filosóficas y políticas

### BENJAMIN CONSTANT

De la religión considerada en sus fuentes, formas y desarrollo

### LUIGI FERRAJOLI

Democracia y garantismo

### HANS KÜNG y ANGELA RINN-MAURER

La ética mundial entendida desde el cristianismo

### PAUL RICOEUR

Lo justo II. Estudios, lecturas y ejercicios de ética aplicada

### JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN y RAFAEL ESCUDERO ALDAY (eds.)

Derecho y memoria histórica

### HILARY PUTNAM y JÜRGEN HABERMAS

Normas y valores

### RUDOLF VON JHERING

Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico

### MAURO BARBERIS

Ética para juristas

### MARCO REVELLI

La política perdida

### MOISEI OSTROGORSKI

La democracia y los partidos políticos

### JOSÉ LUIS GORDILLO

Nostalgia de otro futuro. La lucha por la paz en la posguerra fría

### PEDRO M. SASIA y CRISTINA DE LA CRUZ

Banca ética y ciudadanía

### JACQUES DERRIDA

El animal que luego estoy sí(gui)endo

### HANS KELSEN

La paz por medio del derecho (2ª ed.)

### EDITORIAL TROTТА

Tel. 34 91 543 03 61 - editorial@trotta.es  
Ferraz 55. 28008 Madrid  
visita la NUEVA WEB WWW.TROTТА.ES

<sup>61</sup> Véanse, en particular, el primer y tercer informe formulado en relación a la impunidad de los crímenes del franquismo: Amnistía Internacional: (2005): *España: poner fin al silencio y a la injusticia, la deuda pendiente con las víctimas de la Guerra Civil española y del régimen franquista*, documento electrónico, <http://www.es.amnesty.org/paises/espana/>; —(2006): *Víctimas de la Guerra Civil y el franquismo: no hay derecho. Preocupaciones sobre el proyecto de ley de «derechos de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo*, documento electrónico, <http://www.es.amnesty.org/paises/espana/>; en cuanto a la cuestión de las Bases de Datos Genéticos, y como sexta propuesta del plan de Acción del Equipo Nizkor se señalaría la necesidad de proceder a una «Normalización legislativa de los bancos de datos de ADN para la identificación de víctimas, procediendo al registro judicial de las muestras de los restos de las víctimas, así como las de los familiares que lo soliciten, y creando los parámetros de reconocimiento que surjan de la experiencia antropológico forense y sociológica», *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas*, ob cit.

# La intervención del juez de instrucción en las diligencias de investigación seguidas por desapariciones forzadas en la dictadura franquista\*

Amaya OLIVAS DÍAZ

*Hay quienes vilipendian este esfuerzo de memoria. Dicen que no hay que remover el pasado, que no hay que tener ojos en la nuca, que hay que mirar hacia adelante y no encarnizarse en reabrir viejas heridas. Están perfectamente equivocados. Las heridas aún no están cerradas. Laten en el subsuelo de la sociedad como un cáncer sin sosiego. Su único tratamiento es la verdad. Y luego, la justicia. Sólo así es posible el olvido verdadero. La memoria es memoria si es presente y así como Don Quijote limpiaba sus armas, hay que limpiar el pasado para que entre en su pasado. Y sospecho que no pocos de quienes preconizan la destitución del pasado en general, en realidad quieren la destitución de su pasado en particular.*

(Juan Gelman, Discurso en la recepción del Premio Cervantes)

## 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo esencial del presente trabajo es la elaboración de un protocolo que describa las diligencias de investigación que deberían ser practicadas en los procedimientos judiciales comenzados tras las denuncias por desapariciones forzadas y/o detenciones ilegales que tuvieron lugar durante la Guerra Civil española (1936 a 1939) así como, y sobre todo, durante la posguerra y la dictadura franquista. Muy especialmente, ese Protocolo se centra en las medidas para la localización e identificación de restos humanos y la exhumación de fosas comunes.

El delito de desaparición forzosa, viene claramente definido en el Artículo 2 de la «Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas»<sup>1</sup>, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de diciembre del 2006 y abierta a la firma en París, el 6 de febrero del 2007, firmada por España el 27 de septiembre del mismo año: *A los efectos de la presente Convención, se entenderá por «desaparición forzada» el arresto, detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo, o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley.*

Si bien España aún no se considera Estado Parte de la Convención, sí está dentro del ordenamiento jurídico interno, con efectos vinculantes, el texto en que aquella tiene su origen, la «Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas,» aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, (A/RES/47/133, 18 de diciembre de 1992) que establece una redacción similar acerca de este delito.

---

\* Este trabajo tiene su origen en la conferencia impartida, con el mismo nombre, en la Escuela del Verano del Poder Judicial, en el curso sobre *Derecho, historia y memoria en la perspectiva de la transición española al Estado democrático*, celebrado en el Pazo de Marián, Coruña, del 17 al 20 de Junio del 2008.

<sup>1</sup> (Vid: <http://huachen.org.spanish/law/disappearance-convention.htm>)

Según el Artículo 17 de la Declaración y Artículo 8 de la Convención este delito es imprescriptible, («todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos»). En el mismo sentido establece el Artículo 132. 1 del CP que el cómputo del plazo de la prescripción en el caso de delito permanente solo puede iniciarse desde el día en que se eliminó la situación ilícita, o cuando cesa la conducta delictiva. En principio, correspondería su investigación a los órganos de la jurisdicción ordinaria, atendiendo a las reglas procesales de distribución de competencia territorial (Arts. 14 y 15 de la LEcrim). Efectivamente, tal competencia vendría dada bien por el lugar de comisión del hecho delictivo, o bien, y en su defecto, por el lugar donde se hubieran descubierto pruebas materiales de su comisión.

Como explica Martín Pallín, refiriéndose a los actos cometidos a partir del golpe militar que inició el referido periodo, «la masacre alcanzó dimensiones homologables con la Alemania de Hitler. Inauguramos los crímenes contra la humanidad, hoy catalogado jurídicamente como ejecuciones extrajudiciales y desaparición forzada de personas»<sup>2</sup>. Por ello, lo que se defiende aquí es la necesidad de que España dé cumplimiento judicial interno y efectivo a las obligaciones internacionales adquiridas a partir de la ratificación de una serie de Convenios y Tratados Internacionales sobre protección de Derechos Humanos.

Como punto de partida, cabe recordar que el *Conjunto de Principios para la Protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, del año 2005, adoptado por la Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, establece en los Principios 36, 37 y 38, en lo que se refiere a las obligaciones estatales y en especial, en lo que atañe al Poder Judicial, la *necesidad de emprender todas las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento independiente, imparcial y eficaz de los tribunales, de conformidad con las normas internacionales relativas a las garantías procesales debidas*. Asimismo, los Capítulos V a X de los Principios se dedican al tratamiento que debe ser dado a las víctimas de violaciones de derechos humanos, incluyendo dentro de esta noción a la familia inmediata y a las personas a cargo de ellas o a las que hayan sufrido daños por prestarles asistencia. Se garantiza su derecho a disponer de recursos, incluyendo el acceso a la justicia, y dentro de esta, a ser asistidas con consideración y dignidad, de forma que los procedimientos judiciales no supongan un «nuevo trauma» (Arts. 10 y 11).

Muy al contrario, hasta la fecha, en España los familiares de las víctimas desaparecidas han carecido de acciones para establecer la suerte que corrieron aquellas, sin que se les hayan ofrecido medios judiciales o extrajudiciales para la restitución de los restos. Los obstáculos de las asociaciones que acogen a las familias de desaparecidos tanto para el acceso a los archivos y fuentes documentales, como para investigar los lugares donde se pueden encontrar localizadas las fosas comunes, han sido constantes y múltiples. Así lo puso de manifiesto, entre otros, el Informe de Amnistía Internacional (AI) de 18 de julio del 2005, *Poner fin al silencio y la injusticia*, respecto a las inmensas dificultades que hasta la fecha habían encontrado. (Págs. 43 y 44 del Informe)<sup>3</sup>.

En lo que atañe al ámbito del poder judicial, en la mayoría de los casos, los Jueces de Instrucción se han basado fundamentalmente en el argumento de la prescripción de los delitos para vedar la investigación judicial, dictando Autos de Archivo que han sido confirmados por la Audiencias Provinciales. En otros casos, se ha procedido a efectuar, bajo el cauce procesal de «diligencias indeterminadas» (o «previas» posteriormente archivadas) las diligencias esenciales en los casos de hallazgos fortuitos de restos humanos (básicamente, inspección y recogida de muestras por la Policía Judicial, análisis biológico de muestras y cotejo del ADN con el de los familiares interesados).

---

<sup>2</sup> Martín Pallín, J.A. *La ley que rompió el silencio. Derecho y memoria histórica*. Ed. de Martín Pallín y Escudero Alday. Trotta. Madrid.

<sup>3</sup> Cabe también consultar el Informe de AI del año 2006 sobre las Víctimas de la Guerra Civil y el franquismo: *No hay derecho. Preocupaciones sobre el proyecto de ley de «Derechos de las Víctimas de la Guerra Civil y el franquismo»*.

Ante el panorama general, estos últimos casos han supuesto, al menos, mayores facilidades para los familiares o asociaciones, teniendo en cuenta que en algunos casos, Ayuntamientos o/y otros poderes públicos incluso se negaron a facilitar la entrada en los lugares en los que se supone se encontraban las fosas. Sólo en alguno de estos supuestos, y ante tal negativa previa, algunos Juzgados ordenaron la práctica de las exhumaciones<sup>4</sup>.

Sin embargo, entendemos que conforme a la normativa internacional que rige esta materia y la adecuación de la misma al derecho interno, los Juzgados de Instrucción deben efectuar las diligencias que corresponden, como en toda instrucción seguida por otro delito. No existe excusa ni razón legal alguna amparada por el ordenamiento que impida que se proceda en tal forma. Al contrario, dejar de hacerlo sí supone un grave quebranto de las obligaciones que atañen a los jueces y tribunales, en su labor básica de actuar conforme a la legalidad ordinaria en la forma más efectiva para los derechos fundamentales de los ciudadanos.

## 2. **NORMATIVA INTERNACIONAL Y OBLIGACIONES A CARGO DEL ESTADO**

Respecto al delito de desapariciones forzadas, existen un conjunto de disposiciones destacables dentro del ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, desde una perspectiva universal, que resultan de aplicación directa en España, dado que forman parte de su derecho propio (Arts. 10.2 y 96 de la CE de 1978), partiendo de la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Asimismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas procede a dictar en el periodo comprendido entre 1992 y 2005 una serie de Resoluciones que versan sobre la Protección de las Personas Desaparecidas y las Comisiones sobre el Derecho a la Verdad, incluyendo el dictado de una Resolución el 16 de diciembre del 2005 que establece los Principios y Directrices Básicos sobre los Derechos de las Víctimas. Por supuesto, no podríamos olvidar en estas citas al propio Estatuto de Roma de 1998 que crea la Corte Penal Internacional (CPI), tratado relevante, tanto para el derecho internacional de los derechos humanos, como para el derecho internacional humanitario. En particular, este Estatuto contempla, en su Artículo 7, la desaparición forzada de personas como un *crimen de lesa humanidad* de competencia de la Corte.

Respecto a las concretas obligaciones a cargo del Estado, debe recordarse que España ratificó el 27 de abril de 1977 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (PIDCP), el cual garantiza en su Artículo 2 el compromiso adquirido por los Estados Partes para establecer recursos efectivos que los ciudadanos víctimas de violaciones de los derechos reconocidos en aquel puedan interponer.

En desarrollo específico de este precepto, el Comité de Derechos Humanos estableció en la Observación General nº 31 (29 de marzo del 2004), entre otras consideraciones, las siguientes:

«...Todos los poderes del Estado, a cualquier nivel que sea, están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado parte. El mismo principio se aplica con el fin de evitar que los Estados invoquen disposiciones de derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones dimanantes del presente tratado. Aquel artículo impone a los Estados partes la obligación de adoptar medidas legislativas, judiciales, educativas y de otra índole adecuadas para cumplir con sus obligaciones jurídicas».

---

<sup>4</sup> Esta información, así como gran parte del valioso material utilizado para el artículo, me fue facilitado por miembros de las propias asociaciones memorialistas.

Dentro del derecho a un recurso efectivo, conectado esencialmente con el derecho a la tutela judicial efectiva del Artículo 24 de la CE, debe destacarse, por tanto, la obligación estatal de garantizar que toda persona disponga de recursos accesibles y eficaces para que sus derechos sean protegidos de forma efectiva y adecuada, teniendo en cuenta, muy especialmente, la situación de aquellas personas en condiciones de vulnerabilidad. En este plano, el Comité también entiende que la obligación de proporcionar un recurso efectivo a las personas cuyos derechos han sido violados no se cumple si no se otorga una reparación a las mismas. Por reparación, el Comité entiende:

«Además de la reparación explícita exigida por el Artículo 9.5 y el Artículo 14.6, el Comité señala que cuando procede, la reparación puede entrañar la restitución, la rehabilitación, y medidas de satisfacción, así como otros medios reparadores que se apuntan con ánimo no exhaustivo, pero de los que debe destacarse aquí el sometimiento a la justicia de los autores de las violaciones de derechos humanos, dando por tanto primacía a las investigaciones judiciales cuyo objeto sea precisamente esclarecer hechos delictivos como el de la desaparición forzada, para lo que aquí interesa».

La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 18 de diciembre de 1992 establece en su Artículo 13 el procedimiento a seguir cuando se interponga una denuncia por este delito, garantizando una investigación exhaustiva e imparcial, con las facultades y recursos suficientes, así como las disposiciones a adoptar para la protección de testigos y otros participantes.

Con todos estos precedentes, expuestos de forma sintética, la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas establece de forma clara las obligaciones del Estado referidas a la investigación de tales delitos en su Artículo 3 haciendo referencia a la adopción de las medidas apropiadas para ello. En concreto, el Artículo 12 detalla y reproduce las garantías necesarias para la investigación correcta e imparcial de la denuncia presentada.

### **3. LAS VÍCTIMAS: DERECHO A SABER Y DERECHO A LA REPARACIÓN EFECTIVA**

En nuestro país, la conexión de la reivindicación legítima de las víctimas de estos delitos y de sus familias con la defensa de los derechos humanos se ha producido fundamentalmente a través de organizaciones internacionales como AI o el Equipo Nikzor. Efectivamente el denominado Proceso para la Recuperación de la mal llamada Memoria Histórica ha venido sustentado por las organizaciones de familiares y asociaciones en defensa de la verdad y la justicia. Este proceso no ha sido lineal, pudiendo distinguir tres etapas a grandes rasgos, como explica Sergio Gálvez<sup>5</sup>: la que se prolonga desde la muerte del dictador Franco, en 1975, en la que se producen las primeras exhumaciones, hasta el fallido golpe de estado en 1981; la caracterizada por el olvido institucional de las víctimas, con contadas iniciativas legislativas, dentro de un proceso de «modernización y europeización» emprendido por el Partido Socialista en el gobierno, hasta 1996, y la tercera etapa, en la que la negativa absoluta del Partido Popular, partido gobernante por aquel entonces, a efectuar cualquier tipo de reconocimiento tuvo como efecto correlativo el despertar del movimiento asociativo, naciendo una «nueva cultura reivindicativa de la memoria».

Las exhumaciones de fosas comunes, como tendremos ocasión de ver, han sido llevadas a cabo por este movimiento asociativo, en un esfuerzo sin precedentes, contando en ocasiones con la ayuda voluntaria y desinteresada de equipos de forenses y antropólogos. Sólo a partir de las referidas denuncias de organizaciones como AI y del propio Defensor del Pueblo, (Informe del año 2003, Apartado 19.5), las

---

<sup>5</sup> Gálvez Biseca, Sergio: «Las víctimas y la batalla por la memoria». *Mientras tanto*, nº 97.

administraciones institucionales comenzaron a poner en marcha políticas que, cuanto menos, tenían por objeto la reparación moral de las víctimas.

Sin embargo, cabe recordar que las víctimas perjudicadas de estos delitos así como, por extensión, sus familiares y asociaciones que los agrupan, tienen reconocidos, de forma especial, tanto el derecho a saber como el derecho a la reparación efectiva. Como expone Carlos Villán, en su Informe sobre las Obligaciones del Estado español en materia de desapariciones forzadas de fecha 3 de marzo del 2005, estos derechos implican correlativas obligaciones para el Estado<sup>6</sup>.

Así, el derecho a saber se conecta con el *derecho inalienable a la verdad*, como se recuerda con la cita del Informe del Relator Especial, M. Joinet, de la Subcomisión sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos), en aplicación de la decisión 1996/119; mientras que el *derecho a la reparación efectiva* implica que toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus causahabientes a obtener reparación por todos los daños y perjuicios sufridos. En caso de fallecimiento, se le debe restituir el cuerpo en cuanto se identifique el mismo, independientemente de que se haya establecido o no la identidad de los autores de la desaparición y se los haya o no encausado y juzgado<sup>7</sup>.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que «la entrega de los restos mortales constituye un acto de reparación y justicia en sí mismo», por lo que el Estado está obligado a hacer todos los esfuerzos posibles para localizar e identificar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares (caso *Neira Alegría y otros c. Perú*, sentencia de 1996). Es un acto de reparación porque «conduce a dignificar a las víctimas, al hacerle honor al valor que su memoria tiene para los que fueron sus seres queridos y permitirles a éstos darles una adecuada sepultura» de acuerdo con sus creencias y costumbres (caso del *Caracazo, Reparaciones*, sentencia de 29 de agosto de 2002). Y es un acto de justicia, por lo que la Corte ha ordenado al Estado localizar e identificar los restos mortales de la víctima mediante el uso de técnicas y medios idóneos que no dejen duda alguna, y posteriormente entregarlos a sus familiares (caso *Las Palmeras, Reparaciones*, sentencia de 26 de noviembre de 2002).

Tanto la *satisfacción* como las *garantías de no repetición* deben incluir la verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad. Además, comprende la búsqueda de los cadáveres de las personas muertas o desaparecidas y la ayuda a los familiares para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según las prácticas culturales de sus familias y comunidades. También debe incluirse una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y los derechos de la víctima y de las personas más vinculadas a ella. Tal declaración debe incorporar el reconocimiento público de los hechos y la aceptación oficial de responsabilidades.

Las conclusiones de Villán se centran en la necesidad de la adopción, por parte del Estado, de medidas urgentes que implican el cumplimiento de tales obligaciones, y que pasan, como mínimo, por el establecimiento de una Comisión de la Verdad, y por la creación de una Fiscalía sobre Desapariciones. Este organismo adquiriría gran relevancia en el caso de que se iniciara una auténtica instrucción penal de este tipo de delitos.

Como Fiscalía especializada, dispondría de los recursos necesarios para las investigaciones judiciales de acuerdo con los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (resolución 1989/65 de 24 de mayo de 1989), así como a lo previsto en el Artículo 12.5 de la mencionada Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en lo que atañe a los principios internacionales sobre esta materia.

---

<sup>6</sup> Este informe se ha incorporado como anexo al elaborado por la Asociación Española para el Desarrollo y la Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH), el 30 de abril del 2008, a solicitud de la Asociación por la Defensa de la Memoria Histórica.

<sup>7</sup> Theo Van Boven y Ch. Bassiouni, «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones», doc. E/CN.4/2000/62, de 18 de enero de 2000; proyecto revisado el 5 de agosto de 2004 con motivo de la última reunión consultiva convocada por la Alta Comisionada.

Serían además obligaciones de esta Fiscalía:

- Instar de los tribunales de Justicia la adopción de las medidas necesarias para la exhumación de las fosas comunes.

- Contar con la participación de los representantes de las asociaciones para la recuperación de la memoria histórica así como los expertos que estas proporcionen.

- Colaborar activamente con todas las instituciones públicas a fin de que no se obstaculicen las investigaciones.

- Velar en todo caso porque las víctimas reciban las reparaciones a las que tienen derecho, incluyendo la indemnización íntegra por los daños materiales y morales.

De otro lado y debido a la peculiaridad propia de la investigación estudiada, sería interesante hacer mención a las directrices sobre el tratamiento a las víctimas contenidas en el Informe denominado *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto*, emitido por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, en el año 2006. Estos Instrumentos proponen un modelo de investigación a adoptar como el que, de hecho, se ha seguido en países como Perú, Colombia, y en el caso de los anglosajones, respecto a algunos crímenes de guerra. De tales ejemplos, se destaca la importancia de la intervención de abogados familiarizados con este tipo de delitos, analistas expertos en historia o política, investigadores de los lugares donde se cometieron los crímenes, o profesionales que se ocupen de la atención específica a las víctimas.

Para evitar la «victimización secundaria», se proponen unas novedosas técnicas basadas en la gestión correcta de sus expectativas en la búsqueda de la justicia, las comunicaciones regulares de información, la educación, la capacitación y sensibilización del personal o su adecuada preparación antes del juicio, en su caso. También se establecen orientaciones para la protección adecuada de los testigos.

Con todos estos precedentes, la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas* del año 2006 establece de forma clara, en su Artículo 24, la noción de *víctima*, y recoge los derechos a la reparación con las correlativas obligaciones a cargo del Estado para la búsqueda y localización de desaparecidos así como para la identificación de los restos. Detalla las modalidades de la reparación (restitución, readaptación, satisfacción y garantías de no repetición) y las disposiciones a adoptar en relación con la situación legal de las personas desaparecidas. También refiere el alcance del acceso a la información obtenida en las investigaciones realizadas, para los allegados y personas que demuestren un interés legítimo al respecto.

Por último, cabe hacer una breve referencia a las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad*. Éstas emanan de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia del 4 al 6 de marzo del 2008. Resulta interesante por la visión del sistema judicial como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas más débiles, por determinadas circunstancias (edad, discapacidad, pobreza, género, pertenencia a minorías, etc.) así como la importancia otorgada a la efectividad real de los derechos en contraste con su mero reconocimiento formal. Partiendo de tales premisas, se desarrollan una serie de recomendaciones para los órganos públicos y todos los operadores del sistema judicial, garantizando la protección efectiva de las víctimas, entre otros aspectos, el acceso efectivo a la justicia para la defensa de sus derechos, la recepción adecuada de información o las condiciones idóneas de su comparecencia en juicio.

#### **4. LEGITIMACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE LOS FAMILIARES. LA POSICIÓN DE LAS ASOCIACIONES POR LA DEFENSA DE LAS VÍCTIMAS. DENUNCIA Y QUERRELLA**

Seguidamente se procede a estudiar la legitimación en los procedimientos judiciales tanto de los familiares de las víctimas desaparecidas, como de las asociaciones de defensa de la memoria democrática.

Los Convenios Internacionales en materia de derechos humanos equiparan en general la situación procesal de los familiares directos a la de las víctimas. Según la profesora Margalida Capellà i Roig<sup>8</sup>, en el ámbito del derecho americano se ha invocado capacidad en cuanto titulares del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, y del derecho a garantías procesales. La Comisión de Derechos Humanos ha optado por la consideración de los familiares como víctimas en aplicación del Artículo 7 del Convenio, relativo al derecho a no ser sometido a tortura, ni a tratos crueles, humillantes o degradantes. Se entiende así que la desaparición les causa graves sufrimientos, en concordancia con lo establecido en el Artículo 1.2 de la Declaración sobre Desapariciones Forzadas.

Capellà i Roig cita al TEDH, al aplicar el Artículo 13 del CEDH como disposición infringida en perjuicio de los familiares demandantes, pero también cita jurisprudencia contraria por la que se estableció que no se podía afirmar como principio general, y en todo caso, que un familiar de víctima de persona desaparecida fuera víctima de un trato contrario al Artículo 3 de tal Convenio.

En la mayoría de la normativa internacional citada hasta el momento se reconoce legitimidad a los familiares para interponer la pertinente denuncia o querrela por los delitos en cuestión, bien de forma directa —es decir, considerando que aquellos son víctimas del delito por el sufrimiento que el mismo les comporta— o bien en todo caso como causahabientes. Además, debe ser garantizado su acceso efectivo a la justicia, dentro del reconocimiento del derecho a saber y a la reparación efectiva, como no podía ser de otro modo atendiendo a las características del propio delito.

La definición de *víctima* incluida en la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas*, reconoce como tal tanto a la persona desaparecida como a toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada (Art. 24), resultando importantes las precisiones que establecen los apartados 6, respecto a las disposiciones a adoptar por el Estado para los allegados de las víctimas en ámbitos tales como la *protección social, las cuestiones económicas, el derecho de familia y los derechos de propiedad*, y el apartado 7, respecto al derecho garantizado a *formar y participar libremente en organizaciones y asociaciones que tengan por objeto contribuir a establecer las circunstancias de desapariciones forzadas y la suerte corrida por las personas desaparecidas, así como la asistencia a las víctimas de desapariciones forzadas*.

Desde la perspectiva de la *legislación interna*, sabido es que la Lecrm dedica a la regulación de la denuncia los Artículos 259 a 269, y los Artículos 270 a 281 a la querrela. También es conocida la distinción entre una y otra, pues si ambas son medios para poner en conocimiento del juzgado la perpetración de unos hechos supuestamente delictivos, mediante la querrela se ejercita la acción penal, es decir, se manifiesta de forma expresa la voluntad de constituirse en parte del proceso penal. Por otro lado, y dado que las detenciones ilegales-desapariciones forzadas son un delito público, no se hace referencia a la denuncia o querrela privada, es decir, aquellos medios reservados sólo a los sujetos especialmente legitimados para instar su persecución (delitos privados o semipúblicos).

En cuanto a la oportunidad, a grandes rasgos, de ejercer una u otra forma, sabido es que la querrela exige una serie de requisitos que no se predicán de la denuncia, como la necesidad de su presentación mediante Procurador con poder bastante, suscrita por letrado, relación de diligencias a practicar, etc. (Art. 277), así como el hecho de que los requisitos de aptitud para formularla, que coinciden con los exigidos para ser parte acusadora, difieren básicamente de que quien ejercite la acción sea o no ofendido por el delito. Así, la acción popular puede ser ejercitada únicamente por ciudadanos españoles, mientras que, en el caso de existencia directa de ofensa delictiva, la querrela puede ser interpuesta por personas físicas y jurídicas, españolas o extranjeras.

---

<sup>8</sup> Soroeta Licerias, Juan (ed), *Cursos de Derechos Humanos* de Donostia-San Sebastián, volumen VI, 2005.

Otro matiz no desdeñable sería la cuestión referente a la obligación de prestar fianza, dado que esta viene exigida por el Artículo 280 de la Lecrm, exceptuando de la misma a los ofendidos directos y sus herederos o representantes legales, así como para ciertos delitos (asesinato u homicidio), a los familiares.

Estas cuestiones, por tanto, enlazan directamente con la legitimación tanto de los familiares individualmente considerados, como de las asociaciones colectivas de los mismos o aquellas que defienden sus intereses (defensa de la memoria democrática). Es claro que, atendiendo a la regulación expuesta, tanto las personas físicas referidas como las jurídicas pueden ejercitar la acción popular, aunque teniendo en cuenta lo expuesto, resulta más sencillo el ejercicio de la denuncia.

Ello no obstante, resulta interesante efectuar una mínima referencia a la posibilidad de que no se exigiese fianza o de que, subsidiariamente, la cuantía de la misma fuera mínima. Así, la combinación entre el Artículo 274.2 y el Artículo 280 de la Lecrm evidencia, siguiendo a la jurisprudencia (ver STS de 3 de mayo de 1973) que en realidad, uno de los objetivos de la prestación de la fianza es la de evitar querellas puramente calumniosas o que pretendan satisfacer un ánimo extraprocesal del querellante diverso al legítimo ejercicio de la acción penal, de forma que se utilice el procedimiento a modo de presión coactiva.

Es evidente que, atendido el delito investigado y las especiales circunstancias de las partes interesadas, debe prevalecer la doctrina del TC (STC 62-83) que interpreta que la facilidad que se otorga en la regulación de la querrela a la posición de los directamente afectados por el delito no puede llegar hasta el punto de impedir el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de quienes ostentan una legitimidad e interés en la persecución del delito, aunque no reúnan los requisitos del Artículo 281. Asimismo el Artículo 20.3 de la LOPJ establece que «no podrán exigirse fianzas que, por su inadecuación, impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita».

Debe tenerse muy en cuenta, para el caso que nos ocupa, la especial naturaleza de las entidades que serían querellantes en este caso, como perjudicadas en sentido amplio, toda vez que se trata de asociaciones que desde su origen, finalidad y actividades, se han caracterizado por los esfuerzos desplegados en esclarecer las circunstancias del delito investigado, muy especialmente en todo lo que se refiere a la búsqueda de los restos humanos consecuencia de tal delito, localización y exhumación de las fosas comunes donde aquellos se encuentran, etc. De otro lado, les ampara también la restauración del orden jurídico, como parte integrante del principio de legalidad y de justicia material, en la medida en que en estas diligencias están comprometidos bienes de interés general.

Estas asociaciones, por tanto, como garantes especiales de los derechos de las víctimas desaparecidas y sus familiares, ostentan una doble legitimación, como sucede en las acciones colectivas (la *class action* del derecho anglosajón o *Verbadklage* del derecho alemán). Es una legitimación originaria, de un lado, en defensa de los intereses de los asociados, pero también derivada en la medida en que defiende el interés general o difuso, del colectivo social, en el que la asociación se constituye como legítima portadora.

Por tanto, a estas entidades o bien no se les debería exigir fianza, dado que en estricto sentido no serían propiamente acusadores populares por dicha legitimación originaria o, en su caso, facilitarles en la mayor medida las adecuadas oportunidades procesales, para evitar cualquier situación de indefensión.

Por otro lado estamos ante asociaciones sin ánimo de lucro, cuyos recursos económicos provienen de las aportaciones individuales de los socios, de forma que la imposición de una fianza podría ser desproporcionada o resultar discriminatorio. En todo caso, y de forma subsidiaria a estos argumentos, podría imponerse, como máximo, y en el sentido indicado, una cantidad mínima o simbólica. Así lo razona la mencionada STC 62-83, ya referida, para posibilitar el ejercicio de este derecho en la forma más adecuada o concordante con el texto constitucional y el principio de

general accesibilidad a la justicia que el mismo contempla. Tampoco cabría olvidar otros parámetros de cara a su eventual imposición, como la idoneidad o la adecuación de la fianza a la finalidad perseguida.

## 5. MODELO DE INVESTIGACIÓN JUDICIAL CON ESPECIAL REFERENCIA A LA EXHUMACIÓN DE FOSAS COMUNES

Seguidamente se propone un modelo tipo a seguir en instrucciones judiciales seguidas por delitos de desapariciones forzadas, con la exposición de las diligencias que deberían practicarse, atendiendo a la normativa internacional en la materia, adaptada a la legislación estatal interna. Efectivamente, resultan esenciales tanto los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, aprobados por el Consejo Económico y Social, de Naciones Unidas, en su resolución 1985/65 de 24 de mayo de 1989<sup>9</sup>, como el *Manual sobre la prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, adoptado por las Naciones Unidas en Nueva York, en 1991, como complemento de aquél, y conocido como Protocolo de Minnessota<sup>10</sup>.

Los Principios se elaboraron precisamente para invitar a los estados a adoptar todas aquellas medidas necesarias para evitar que los dramáticos y numerosos casos registrados de ejecuciones ilegales se pudieran repetir dando una serie de orientaciones y prescribiendo varias prohibiciones al respecto (nº 1 a 8).

Posteriormente, detallan la forma en la que las investigaciones de tales delitos deberían ser realizadas para un adecuado conocimiento del delito y sus autores, posibilitando al máximo la obtención de información y la necesaria colaboración del resto de poderes públicos y particulares. Se hace especial hincapié en las garantías de independencia que deben tener estas investigaciones recomendando de hecho la apertura de vías paralelas (Comisiones independientes de investigación), así como la necesidad de efectuar las autopsias por médicos y especialistas capacitados al respecto. Otras cuestiones relevantes serían las de protección de víctimas, familiares, testigos de los hechos o colaboradores, la defensa de los derechos de aquellas, la obtención de información, etc. (nº 9 a 17).

Por último, los Principios nº 18 a 20 se dedican de forma específica a la garantía de incoación de los procedimientos judiciales, restringiendo al máximo las posibles formas en que pueda evitarse la existencia de aquellos y estableciendo, de nuevo, el derecho a la compensación justa y eficiente de las familias y las personas que estén a cargo de las víctimas.

En cuanto al Protocolo de Minnessota, elaborado en 1991, constituye el resultado de varios años de análisis, investigación y redacción acerca de las ejecuciones extralegales y el resto de delitos citados, interviniendo en los trabajos previos tanto diversas organizaciones no gubernamentales especializadas en la persecución y esclarecimiento de tales sucesos como el Comité Internacional de Abogados de Derechos Humanos en Minnessota. También se contó con la elaboración esencial de médicos y patólogos forenses, así como con la de diversos especialistas en derechos humanos, criminología o ciencia forense, entre otros.

En nuestra opinión, este Protocolo constituye el referente de actuación que debe regir las diligencias que han de practicarse en este tipo de instrucciones judiciales, ya que, como el mismo expone, todas aquellas asociaciones internacionales dedicadas a las investigaciones de muertes violentas, desde los años 70, venían constatando la necesidad de establecimiento de un protocolo científico que, conjugando la ciencia forense, en sentido amplio, con la normativa legal interna de cada país, permitiese

<sup>9</sup> <http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/fosas/anexo1.html>.

<sup>10</sup> <http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/fosas/cap1.html>.

que, de un lado, se redujese el ámbito de impunidad, y de otro, se garantizase tanto la independencia en la investigación, como la sujeción de la misma a criterios aprobados por la comunidad científica que permitiesen niveles adecuados de eficacia en la práctica de las pruebas.

No cabe olvidar que estaremos ante diligencias de investigación que, de entrada, diferirán de las ordinarias llevadas a cabo en un procedimiento tipo, teniendo en cuenta que en el caso de las fosas comunes, cuando los restos humanos se descubren, es frecuente que se encuentren en estado de descomposición, lo que produce, entre otros problemas, la desaparición de otras pruebas colaterales (forma de las heridas, armas utilizadas, huellas en el lugar de los hechos, etc.), para determinar con rigor la causa de la muerte, y los responsables de la misma. Otras cuestiones no menos importantes serían las referentes a las declaraciones testimoniales, debido bien a la desaparición de testigos oculares, por el paso del tiempo, o el miedo a las represalias, como la labor obstaculizadora de determinados poderes o autoridades públicas, cuando las consecuencias de los hechos aún provocan heridas en el tejido social, como, supuestamente, sería el caso de España.

Por todo ello, entendemos que el auto de incoación dictado tras la denuncia por este tipo de delitos deberá incluir las diligencias a practicar, recordando el contenido del Artículo 13 de la Lcrlm (*Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas...*), los Artículos 299 y siguientes para el caso de los sumarios, y en especial, el Artículo 311 en lo que se refiere a las diligencias a practicar, (o los Art. 774 y siguientes para el caso del procedimiento abreviado, siendo en este caso el Artículo 777 el que determina para las diligencias esenciales y las facultades de los jueces en lo que se refiere a las mismas, incluyendo el tipo de diligencias, las órdenes de investigación referidas a la policía judicial, las declaraciones de testigos, peritos, etc.).

Entendemos que el mero hecho de motivar adecuadamente este auto de incoación, incluyendo de forma ordenada y rigurosa los propósitos de la indagación y los medios que se seguirán para la consecución de los mismos, constituye, en primer término, la forma mínima de cumplir con las obligaciones impuestas al poder judicial por los Convenios Internacionales referidos hasta el momento. Solo así se pueden garantizar los derechos de las víctimas y sus familiares, así como del resto de partes personadas en el procedimiento.

Además, es el punto de partida esencial para lograr una investigación viable sobre las causas de la muerte, siguiendo los principios de competencia, minuciosidad, oportunidad e imparcialidad. El Principio nº 9 establece que el objeto general de una indagación es descubrir la verdad acerca de acontecimientos que ocasionaron la muerte sospechosa de un víctima. En el caso que nos ocupa, por las características generales en que se produjeron las desapariciones forzadas investigadas, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, y la ausencia de investigaciones judiciales hasta la fecha, los objetivos fundamentales que deberían constar en el auto y guiar las actuaciones para su consecución serán:

- La identificación de las víctimas.
- La recuperación y conservación de medios probatorios relacionados con la muerte.
- La identificación de testigos posibles, directos o de referencia, para obtener declaraciones de los mismos con respecto a las muertes o desapariciones ilegales.
- La distinción entre las causas de la muerte.

En cuanto al procedimiento, en concreto, debe guiarse por la reunión y análisis de pruebas. En este sentido, la normativa del *derecho procesal penal interno* permite realizar de forma coordinada con el Protocolo la investigación a través de una serie de etapas consecutivas. Nos permitimos citar seguidamente las Propuestas para el

estudio de fosas con restos humanos de la Guerra Civil Española elaboradas por el profesor titular de Medicina Legal y Forense Dr. Francisco Etxeberria<sup>11</sup>.

Este médico ha colaborado en la exhumación de varias fosas colaborando con las familias y asociaciones memorialistas, y resulta importante en la medida en la que adapta y concreta el Protocolo de Minnessota en la parte de directa aplicación al caso que nos ocupa. Atendiendo a ello mismo, la investigación debe tener en cuenta los siguientes parámetros de actuación:

- Estudio histórico a través de fuentes documentales.
- Recogida de testimonios relativos a los episodios.
- Actuación arqueológica de recuperación de los restos.
- Estudio antropológico de los restos.

La dirección judicial debe ser capaz de coordinar a los técnicos que intervienen en cada etapa, y tener presente la visión multidisciplinar del procedimiento. De hecho, ya existen protocolos de referencia para casos de grandes catástrofes, (como Aznalcollar, entre otros) en los que los jueces intervinientes hubieron de realizar un esfuerzo sobreañadido por las especiales magnitudes del suceso, no debiendo por ello constituir un obstáculo a priori la mayor complejidad derivada de los datos, que pueden presentar estos casos.

Tratando de adaptar las Propuestas referidas del Dr. Etxeberria y el Protocolo de Minnessota a nuestra legislación interna, obtendríamos sintéticamente el siguiente modelo tipo de instrucción:

### 5.1. Ofrecimiento de acciones a los familiares y afectados por las desapariciones

En esta etapa, deben llevarse cabo las declaraciones previstas en los Artículo 109 y siguientes de la Lecrm, así como en el Artículo 776, con la debida información al respecto de sus derechos, que deberán incluir las prevenciones ya mencionadas y recogidas por la normativa internacional.

Además de lo anterior, resulta interesante la posibilidad de entregar una serie de *fichas de contacto*, para la obtención clara de los datos personales y de los datos de identidad de la persona fusilada o desaparecida, la relación que guarda con la misma y la información que pueda facilitar al respecto (existencia o no de juicio, asistencia en el mismo, prisión, en su caso, fechas, descripción de las condiciones del fusilamiento e información relativa al lugar del mismo, con todos los datos posibles, aislados o agrupados).

Las declaraciones referidas unidas a las fichas servirán para completar la ficha *ante mortem*, que según el Dr. Etxeberria, se utiliza en los procesos de búsqueda de personas desaparecidas, siguiendo un modelo admitido internacionalmente, y que para el caso, constituirá una forma de obtención de claridad en los posibles posteriores análisis de ADN, así como para la investigación histórica y documental de los aspectos necesarios para completar la información personalizada de los desaparecidos.

En este punto y a partir de estos datos se deberá comenzar a recabar toda información documental de los archivos, públicos o privados, que puedan ser de utilidad. Deben incluirse todos los datos obrantes en los fondos documentales depositados en archivos públicos, de carácter histórico u otro tipo, a nivel municipal-provincial, autonómico o estatal, incluyendo también los de la Guardia Civil o Archivo Militar, sin olvidar aquellos archivos privados que estén sostenidos total o parcialmente con fondos públicos. Debe estarse también a los libros de las actas de defunciones de los Registros Civiles dependientes de la Dirección General de Registros y del Notariado, así como a la información que puede extraerse al respecto de los Libros de Defunciones de las parroquias. Cabe también recuperar el informe, de existir, del Comandante de la Guardia Civil que estuviera al mando en el momento de los hechos.

---

<sup>11</sup> [www.geocities.com/priaranza\\_36](http://www.geocities.com/priaranza_36).

Todo ello deberá tener como finalidad la elaboración de una prueba documental que incluya los datos relativos a las personas desaparecidas, así como las circunstancias concretas de los lugares donde estarían localizadas las fosas en la localidad de que se trate.

## 5.2. La obtención de testimonios

Los Artículos 410 y siguientes de la LEcrm se dedican a este aspecto. De entre los mismos, cabe destacar el Artículo 421 en cuanto al contenido de las declaraciones a practicar y el Artículo 438, sobre la posibilidad de conducir al testigo al lugar de los hechos para examinarle en el mismo para que pueda ofrecer *in situ* toda la información disponible.

Asimismo, deben ser citados los Artículos 337 y 339, dado que el primero refiere específicamente la posibilidad de que el testigo concorra a la inspección judicial del lugar aportando declaraciones que constituirán un complemento de aquellas mientras que el segundo se encamina a la identificación del cadáver antes o después de la exhumación.

En este punto, el Protocolo de Minnesota contiene unas extensas instrucciones sobre la forma en la que deben ser identificados los testigos y su toma de declaración, debiendo tenerse en cuenta que, lógicamente, serán los afectados los que puedan facilitar la identidad de las personas que puedan tener de otra forma conocimiento de lo ocurrido o del lugar de fusilamiento, circunstancias del lugar, etc. Debe garantizarse en todo caso su adecuada protección y asegurar una forma correcta de practicar las declaraciones. El Dr. Etxeberria aporta ejemplos de entrevistas practicadas por él mismo así como la diversidad de contenido informativo que pueden aportar, debiendo analizarse con mayor rigor aquellas que ofrezcan datos concretos. En cuanto a la precaución debida a la hora de discernir entre memoria *aprendida* y memoria espontánea y la forma de reconstruir críticamente la historia oral pueden consultarse también las espléndidas reflexiones de Font Agulló<sup>12</sup>.

## 5.3. Elaboración de informes y práctica de la exhumación. Diligencias periciales

En este apartado, trataremos de cuestiones diversas:

### A) **Elaboración de informes sobre los desaparecidos y sobre las fosas**

Efectivamente, como venimos apuntando, debido a la complejidad de este tipo de instrucciones, sería importante que a medida que se vayan obteniendo datos precisos al respecto sobre la información de los sucesos que produjeron o que rodearon a la perpetración de los delitos, la identidad de las personas afectadas, entre otros posibles, se fueran confeccionando informes que, siguiendo un modelo tipo, contuvieran los datos históricos, las circunstancias de las muertes y los datos personales de valor identificativo, como nombre, apellidos, edad, sexo, marcas, etc. Deberían contener, por tanto:

- Un breve resumen general de los acontecimientos referidos al lugar concreto.
- Relación nominal de los desaparecidos.
- Aspectos específicos de cada uno de ellos.
- Soporte documental y/o bibliográfico existente.

---

<sup>12</sup> Font Agulló, F. «Anotaciones sobre los usos de la historia oral y las dinámicas de la memoria de la Guerra Civil y el franquismo. Materiales para la memoria». *Mientras tanto*, nº 97. Barcelona, 2005.

Asimismo, deben efectuarse informes sobre los datos referentes a la localización de las fosas con carácter previo a la exhumación de las mismas. Estos informes deberían ser efectuados tras la visita previa por el equipo formado al respecto, e integrado, como mínimo, por un médico forense especializado, un antropólogo, y un arqueólogo, que serían, además, las personas legitimadas para la elaboración del mismo, y que debería incluir, por tanto, los antecedentes existentes y el resultado de la visita, en la que habría de incluirse la valoración final sobre la posibilidad de exhumación.

En este sentido, cabe entender la arqueología forense como una herramienta para recuperar el pasado y promover una visión crítica del presente, dado que centra su objetivo en fomentar, a partir del conocimiento de hechos pasados, un análisis de situaciones actuales que contribuya a guiar actuaciones públicas como parte del desarrollo de derechos sociales<sup>13</sup>.

## B) **Exhumación: Inspección ocular e intervención de peritos**

A partir de tales informes, el juez ordenará la exhumación de las fosas. Cabe advertir que, de forma obligada, debe tenerse en cuenta la titularidad de los terrenos, para notificar la existencia del procedimiento al Ayuntamiento o propietario individual, así como la concreta fecha de la realización de la exhumación, para que tenga conocimiento y pueda efectuar alegaciones al respecto, que deberán ser resueltas con carácter previo a la misma.

En este sentido, debe recordarse que la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, *por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura* regula esta cuestión dentro de los Artículos 11 a 14, dedicados precisamente a las medidas para la localización e identificación de víctimas. Desde la perspectiva administrativa, con respecto a la posible duplicidad de vías y el contenido de tales medidas, cabe consultar a Luciano Parejo, si bien resulta discutible la descarga (por «administrativización») al poder judicial que defiende<sup>14</sup>, dados los argumentos expuestos hasta ahora.

En todo caso, resulta conveniente que, en la providencia por la que se ordene esta diligencia, se detallen las personas que podrán intervenir y los motivos que lo fundamenten, por lo desaconsejable que resulta la intervención de personas que carezcan de la cualificación suficiente.

Para la práctica de la exhumación, debe seguirse la normativa procesal referida tanto a la inspección ocular como a la intervención de peritos y emisión de informes de los mismos.

Los Artículos 326 a 343 de la Lecrm regulan minuciosamente la inspección ocular por el juez, acompañado del secretario judicial y del fiscal, previendo la presencia de peritos y de testigos, si fuera necesario. Aspectos básicos para este caso son la descripción detallada del lugar, restos, o planos del terreno, en el acta diligenciada que deberá ser extendida por el secretario y firmada por todos los intervinientes. Serán de utilidad los mapas de localización previstos en la Ley 52/07 citada, en el caso de que finalmente sean elaborados, y la necesaria coordinación para la transmisión recíproca de datos con las administraciones municipales y autonómicas competentes<sup>15</sup>.

Debe constar la recogida de muestras o restos que en su caso deban ser analizados, garantizando la cadena de custodia a través de la Policía Judicial. Deben ser citados especialmente los Artículos 336 y 339, en cuanto a la posibilidad de que los

---

<sup>13</sup> Gassiot Ballbè, E. «Arqueología forense de la Guerra Civil: Justicia y memoria de la represión fascista», *Mientras tanto*, nº 97. Barcelona, 2005.

<sup>14</sup> Parejo Alfonso, L. *Administración pública y memoria histórica*. Derecho y memoria histórica. Ed de Martín Pallín y Rafael Escudero. Trotta. Madrid, 2008.

<sup>15</sup> Puede consultarse a Parejo, idem.

peritos inspeccionen el lugar y efectúen los informes que quedarán igualmente unidos a esta diligencia.

El Protocolo de Minnessota incluye un modelo específico para el caso de exhumación y análisis de restos óseos, dado que la misma difiere de lo que es una autopsia típica (detallada en los Artículos 343 ó 353 de la Lecrm) y aborda todo lo relativo a la investigación de la escena, profesionales intervinientes, forma de análisis de los restos óseos, elaboración del informe final y depósito de las pruebas<sup>16</sup>.

Toda la regulación citada es de perfecta aplicación al caso en cuestión, dado que la exhumación debe estar dirigida por equipos multidisciplinares. Los profesionales arqueológicos con experiencia en casos de necrópolis serán esenciales, debido a la dificultad específica de la recuperación de restos (sobre todo en el caso de fosas comunes). Además deberán cumplirse los requerimientos en materia de patrimonio histórico, de conformidad con la de 16/85, de 25 de junio, referente al patrimonio histórico español.

La intervención coordinada de los distintos profesionales como peritos especializados, aportará la garantía del seguimiento de una metodología específica de trabajo para la excavación, que incluirá:

- Planificación previa.
- Documentación de las tareas realizadas.
- Fundamentos y pasos de la excavación en sí.
- Diario de actuación (técnicos intervinientes, las incidencias, etc).

Además, deben tenerse en cuenta los principios generales de criminología, de forma que intervengan en el equipo de trabajo otros profesionales con experiencia en este campo, para la adecuada y eficiente integración del mismo: miembros de la policía judicial u otras fuerzas de seguridad, para la protección del lugar, o expertos en antropología forense para las cuestiones referidas a la tafonomía y patología que deben ser investigadas *in situ*, entre otros. En el caso de exhumaciones en cementerios, se requiere tener en cuenta el Decreto 2263/1974, de 20 de julio, que aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, así como la legislación autonómica específica que regule esta materia. En estos casos será aconsejable contar con la participación de técnicos registrados como tanatólogos.

Los pasos posteriores vienen constituidos por la recogida de muestras, debiendo seguirse las normas esenciales para la cadena de custodia. Según Exteberría, citando a Josefina Gómez, Jefe del Instituto de Toxicología de Madrid, la cadena de custodia es el documento escrito donde quedan reflejadas todas las incidencias de la muestra. Esta debe ser convenientemente conservada para asegurar su integridad y su identificación correcta a través de su transporte al laboratorio que corresponda y análisis posterior.

Deben quedar en todo caso reflejados una serie de datos para su archivo en cada etapa de la custodia (desde la toma en sí, la conservación, el transporte, la entrada al laboratorio y durante y después del análisis). Los profesionales encargados tendrán en cuenta la normativa dictada al efecto<sup>17</sup>.

Posteriormente será efectuado el trabajo de laboratorio, que atenderá tanto a los aspectos identificativos como a los patológicos. Debe tenerse en cuenta por ello lo dispuesto en los Artículos 363 y 778.3, respecto a la *práctica de los análisis químicos indispensables para la necesaria investigación judicial*.

Del resultado íntegro, se extenderá Informe Pericial que tendrá en cuenta la información recogida en la ficha *ante mortem* y la procedente de la excavación arqueológica en sí. Deberá incluirse en el mismo la investigación relativa a los aspectos de

---

<sup>16</sup> Cabe consultar también a Gassiot Ballbè, E.(id) dado que referencia un proyecto pionero de excavaciones, realizado a partir de un convenio entre la Asociación memorialista de Cataluña con la Universidad Autónoma de Barcelona y un equipo antropólogo-forense de la Binghamton University.

<sup>17</sup> Norma UNE-EN I SO/IEC I SO 17025, sobre «Requisitos Generales relativos a la competencia de los laboratorios de ensayo y calibración» y Orden de 8 de noviembre de 1996 que aprueba las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología, BOE 23 de diciembre de 1996.

patología forense con el objetivo de esclarecer en la medida de lo posible las causas del fallecimiento y sus circunstancias.

En este punto, deberán tenerse en cuenta los principios esenciales que rigen la elaboración de tales informes, regulados en los Artículos 456 a 485 de la Lecrm. Los peritos actuarán como especialistas técnicos que aportarán al procedimiento los conocimientos científicos, en este caso, que precisa el objeto investigado, exponiendo toda la información precisa para la obtención de la verdad. Serán de aplicación aspectos generales como la promesa de proceder fielmente en sus operaciones (Art. 474) y describir en el informe detalladamente las operaciones realizadas y las conclusiones alcanzadas al respecto (Art. 478).

Con respecto a los argumentos científicos contenidos en los Informes, son de gran utilidad, de cara a la valoración judicial, la utilización de criterios basados en reglas de proporcionalidad y validez procesal<sup>18</sup>, atendiendo a los siguientes criterios de selección:

1. Fundamento fáctico de la conclusión científica.
2. Utilización de principios y metodología fiables.
3. Conclusión aplicable a lo sucedido de manera verificablemente correcta.

Los criterios expuestos siguen reglas de actuación específicas que tienen como propósito la distinción de la prueba científica cuya atendibilidad resulte metodológicamente segura, como las siguientes:

1. Elaboración del dictamen de conformidad con el método científico.
2. Conclusión científica sometida a procesos de refutabilidad y control (verificación empírica).
3. Identificación de la comunidad científica, y definición por la misma de la aceptación, concreta o difusa, del método utilizado.
4. Aplicación de criterios de error o resistencia para controlar la eficacia de la técnica.

La obtención de una diligencia pericial y la consecuente valoración en la forma expuesta garantiza de modo adecuado los derechos de las víctimas y de los familiares en la forma exigida por la normativa constitucional e internacional. Además permite que los peritos sean retribuidos por su trabajo, y quede garantizada su neutralidad e independencia profesional.

Tras la emisión de los informes, y solo cuando quede garantizada la identificación en forma suficiente, podrá acordarse la entrega de los restos a los familiares, haciéndolo constar en el procedimiento a través de la correspondiente diligencia, para que puedan recibir el tratamiento funerario, y luego de que se hayan practicado, de ser necesario, las inscripciones o rectificaciones en el Registro Civil competente.

En el caso de que no pueda identificarse al «occiso», los restos exhumanos o todas las pruebas deben conservarse, según recomienda el protocolo, durante un tiempo razonable, en un depósito *ad hoc*, que podrá ser de 5 a 10 años, en casos en los que puedan necesitarse en una fecha posterior.

Por último, y en lo que respecta a toda la información obtenida en estas instrucciones, debe llevarse a cabo una combinación entre lo dispuesto en el Artículo 19 de la *Convención Internacional del 2006, —para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas—*, respecto a las cautelas a propósito de la información obtenida, —(los datos no se pueden utilizar para fines distintos de la propia búsqueda, sin perjuicio de la utilización en el propio procedimiento penal o para el ejercicio del derecho a obtener reparación)—, y lo previsto en los Artículos 22 a 25 de

---

<sup>18</sup> Hernández García, J. «Conocimiento científico y verdad judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?». *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, nº 54. Noviembre 2005.

la ley 52/2007, dedicados a la creación del Centro Documental de la Memoria Histórica y el Archivo General de la Guerra Civil.

«A modo de conclusión, sirvan las palabras de Jordi Borja como imagen del que ha sido el escenario existente hasta el momento, y la necesidad, desde una óptica democrática, de instar una profunda transformación al respecto:

Una virtud de las democracias, incluso las que nacen deformes o imperfectas, es que permiten la denuncia profética, la crítica intelectual, la movilización social, la propuesta política y jurídica. Nunca se agradecerá bastante pues el trabajo de tantos y tantos militantes de derechos humanos, historiadores y juristas, periodistas e intelectuales varios, representantes de colectivos de víctimas y asociaciones de ex presos o ex deportados, que han luchado contra el silencio, que han recuperado el valor de las palabras de la resistencia, que han exigido responsabilidades y reconocimiento, que han conseguido que se iniciaran procesos judiciales ejemplares. Pero hay que reconocer que lo conseguido no es comparable con lo que se ha hecho en Chile o en Argentina. En España se ha tenido más valor para perseguir los crímenes del poder cometidos fuera que dentro del país»<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Borja, J; «Memoria histórica y progreso democrático». *Mientras tanto*, nº 97. Barcelona, 2005.



**COMISIONES  
DE SERVICIO\*  
INDEFINIDAMENTE**

Queremos  
**ser tu banco**

Además del plan **QUEREMOS SER TU BANCO**, disfruta de las condiciones preferentes del Convenio de Colaboración con la **Asociación de Jueces para la Democracia**. Identifícate como miembro de la **Asociación de Jueces para la Democracia** en cualquier oficina Santander y solicita más información.



[www.bancosantander.es](http://www.bancosantander.es)

**EL BANCO INTERNACIONAL CON MÁS OFICINAS DEL MUNDO**

\* Comisiones no financieras. Beneficio de carácter no contractual. Consulta las condiciones y requisitos en las Bases disponibles en las Oficinas Santander o en [www.bancosantander.es](http://www.bancosantander.es)

# CUESTIONES DE ORDENAMIENTO JUDICIAL

---

## Hacia la reforma del sistema de acceso a la función judicial (a modo de introducción)\*

Javier HERNÁNDEZ GARCÍA

### I. EL MODELO DE SELECCIÓN JUDICIAL COMO POLÍTICA CONSTITUCIONAL

No puedo comenzar esta reflexión sin agradecer al Secretariado la oportunidad que ofrece de debatir en este foro una cuestión de tanta trascendencia como la del acceso a la función judicial. Pero quiero agradecer, y destacar, también, el planteamiento que lo inspira y que, de alguna manera, debe marcar nuestro trabajo colectivo durante estas jornadas.

Éste no puede limitarse a una identificación de patologías o a una crítica o *moción a la totalidad* del actual sistema de acceso sino que debe constituir un *hito*, un arranque de una verdadera propuesta ideológica, metodológica, y articulada del cómo debería diseñarse y plasmarse, en términos instrumentales, el modelo de selección de los jueces y juezas en este país.

No creo equivocarme al afirmar que uno de los contenidos primarios de toda asociación judicial pasa por activar mecanismos críticos, reflexiones activas, propuestas de reforma que sirvan para mejorar el estado de cosas. Y creo, y por ello milito en esta asociación, que nosotros asumimos un compromiso particularmente exigente.

Los déficit de cultura jurisdiccional, la transición inadvertida, *sigilosa*, políticamente neutralizada, de una administración de justicia al servicio de paradigmas formalistas y de contravalores democráticos, a un poder judicial de la Constitución nos obliga, primero, a tomar conciencia del fenómeno y, segundo, a convertirnos en activos agentes de una transformación que constituye, a mi parecer, un reto constitucional en buena medida pendiente.

En pocos escenarios, como el del proceso selectivo de los llamados a ejercer el poder judicial, se aprecia con tanta claridad la ausencia de transición de modelos o, al menos, la dimensión transformadora que supone la irrupción y consolidación de un régimen constitucional.

Con ello no quiero afirmar, ni mucho menos, que en su conjunto los jueces y juezas que conformamos el Poder Judicial no hayamos ofrecido *rendimientos constitucionales* estimables y que quepa trazar una aceptable línea de correspondencia entre lo que

---

\* El presente trabajo se presentó al Comité Permanente celebrado en Bilbao, en febrero de 2008, dedicado al análisis del sistema de selección y formación tanto inicial como continuada. Se ha mantenido su texto original, sin *aggiornamenti* derivados del cambio de circunstancias y de la elección del nuevo Consejo. El conjunto de las ponencias fueron objeto de un trabajo de síntesis y armonización coordinado por Carlos Gómez que dio como resultado un Documento de Trabajo asociativo cuyas conclusiones comparto plenamente. Las posibles discrepancias entre este texto y el texto refundido deben, por tanto, leerse en la clave de reflexión preparatoria que inspiró tanto el planteamiento del Comité como la propia elaboración de los trabajos que se presentaron al mismo.

ofrecemos y lo que la Constitución nos exige pero ello no implica, de contrario, que dicha *tasa de correspondencia* sea la óptima y, desde luego, que sea la consecuencia de un modelo normativo institucional de reclutamiento que la favorezca.

Nuestro sistema de selección responde, en esencia, a una suerte de *continuum* ideológico que arrastra de forma inevitable graves disfunciones que repercuten de forma estimable en el modo de ejercicio del poder y, sobre todo, en el grado de satisfacción que nuestros conciudadanos muestran del servicio público de la justicia.

Pero, como anticipaba, no podemos seguir anclados en el *lamento*, en la pereza intelectual o en el desánimo provocado por una cierta sensación de que las cosas no pueden cambiar.

Nuestro objetivo pasa por estimular el debate público, por sacar a la esfera de los agentes sociales y políticos una cuestión esencial de la que, junto a otras, pende la salud constitucional de nuestro sistema de convivencia. Como bien afirma Carlos Gómez en su ponencia, también presentada a este Comité Permanente, los instrumentos de cambio del modelo deben hacerse efectivos mediante los mecanismos políticos de representación. Debe ser el Parlamento y las fuerzas políticas representativas los que *hagan, de una vez por todas, acto de presencia en este escenario* de alta política constitucional como lo es, sin duda, el del modelo de selección de los jueces.

La reforma de la LOPJ de 1994 supuso un buen ejemplo de que el modelo no es una pirámide inamovible ni un espacio inmune a todo proceso de mejora y de plasmación de valores constitucionales. La política de selección de jueces es tan relevante como cualquier otra política pública que afecta al grado de desarrollo, efectividad y calidad de los derechos y libertades y no puede quedar aislada del debate parlamentario.

Con esto no quiero afirmar, tampoco, la irrelevancia del Poder Judicial, como agente de la política de selección ni la relación que puede trazarse entre el desarrollo del modelo y el nivel deseable de autogobierno. Lo que pretendo resaltar es que el llamado autogobierno judicial no puede concebirse como una barrera al desarrollo de políticas constitucionales para cuyo impulso y plasmación efectivas el Parlamento adquiere un papel protagónico.

Es la ley la que debe definir los instrumentos selectivos y es esa ley la que debe plasmar, también, una determinada filosofía constitucional. Si no se entiende así, si se considera que la intervención del Parlamento debe limitarse a una mera descripción organicista del cómo, cediendo al Gobierno Judicial la filosofía de su ejecución se está, simplemente, trastocando los papeles constitucionales y, en buena medida, reduciendo la idea del pluralismo y de la representatividad política *al rincón de los trastos inútiles*. El Gobierno Judicial no puede, en términos constitucionales, monopolizar ni los cómo ni sobre todo los porqués de los instrumentos que compongan el proceso de selección.

En nuestro entorno político más próximo, con el que también compartimos el origen burocrático de la magistratura, encontramos buenos y valiosos ejemplos de implicación del Parlamento en la necesidad de diseñar modelos de selección judicial que respondan a una filosofía teleológicamente compatible con las necesidades funcionales que se decantan de la Constitución.

La Ley italiana de 7 de julio de 2005, *sobre reforma del ordenamiento judicial*, o la Ley francesa de cinco de marzo de 2007, *relativa al reclutamiento, formación y responsabilidad de los magistrados* o la Ley belga de organización del Poder Judicial de 2003, son buenos ejemplos de lo antedicho.

Merece la pena echar una ojeada al *proceso legislativo francés de acompañamiento* de la reforma y, en particular, a los numerosos trabajos que se produjeron en el seno de las cámaras en los que se identifican las razones de la reforma, los objetivos y el porqué de los medios escogidos. No son preámbulos normativos ni tan siquiera cabe identificarlos en sentido estricto como discusiones parlamentarias. Son reflexiones que propician el debate parlamentario y que sirven para, precisamente, identificar el grado de compromiso ideológico. Los informes de los senadores Huoillon

y Hyst son interesantísimos ejemplos de lo que supone la toma de conciencia de la necesidad de la intervención legislativa en una materia tan sensible como la que nos ocupa. Especialmente recomendable resulta el informe elaborado en el seno de la *Comisión de Leyes* del Senado francés por los senadores, Sres. Fauchon y Guatier<sup>1</sup>, al hilo de la aprobación de la Ley Orgánica de cinco de marzo de 2007 antes mencionada. Reflexiones que constituyen la plasmación de un compromiso político en la mejora del sistema, cuyas fallas y debilidades se habían puesto de relieve de forma abrupta y dramática, convulsionando a la sociedad francesa, a raíz del caso sobre pedofilia conocido como *affaire Outreau*.

## II. EL MARCO CONCEPTUAL DEL MODELO DE OPOSICIÓN MEMORÍSTICA

El objetivo principal de nuestro trabajo reside en estimular la apertura del debate pero, además, en proporcionar razones para la reforma que deben responder a un compromiso ideológico. Y ello es lo que, precisamente, convierte a nuestro objetivo en difícil pero, al tiempo, en apasionante

Compromiso ideológico que no significa cerrado al debate externo o inmune a las valiosas aportaciones que puedan venir desde otras sensibilidades. Pero sí creo necesario poner de relieve la necesidad imperiosa de romper de forma discursiva y argumentativamente rigurosa el *marco conceptual* que hasta ahora rodea toda la discusión abierta sobre cómo y con qué instrumentos deben seleccionarse a los jueces en nuestro país.

Marco conceptual que, de alguna manera u otra, nos ha *encerrado* en su sólido perímetro a todos los que o desde dentro de la corporación judicial, de forma principal, o desde fuera se han acercado al problema.

Los *marcos conceptuales* funcionan como mecanismos mentales de atribución de *significados* que se nutren de preconcepciones ideológicas que por diferentes razones, muchas de ellas vinculadas a estrategias programáticas de actuación política, quedan al margen del análisis de los hechos o de la realidad en la que operan los concretos *significantes*.

La cuestión resulta esencial. La psicología cognitiva ha demostrado cómo los marcos conceptuales actúan como filtros de atribución de sentido y de valoración de la realidad y cómo fuera de ellos los diferentes *significantes* carecen de fuerza descriptiva o dialógica.

George Lakoff, en un interesante trabajo<sup>2</sup>, demuestra de forma muy convincente cómo la derecha republicana norteamericana ha invertido millones de dólares mediante *think-tank*, o grupos de reflexión, para generar *marcos conceptuales* que actúan como catalizadores para la atribución de significados a actuaciones políticas de enorme relevancia —la guerra de Irak, la gestión de los impuestos y sus repercusiones en los planes de actuación de corte social o asistencial, o de desprotección a minorías—. Expresiones recurrentes como *guerra contra el terror*, *naciones amigas*, *eje del mal*, *alivio fiscal*, *matrimonio gay*... han comportado una mayoritaria atribución de valor en función de los marcos conceptuales previamente generados e instalados en las llamadas *sinesias* cerebrales de los ciudadanos norteamericanos reduciendo, por un lado, la capacidad crítica contra las políticas seguidas y obteniendo, por otro, niveles muy satisfactorios de legitimación social y, sobre todo, de ocultación de la pavorosa realidad que supone, por ejemplo, entablar una guerra.

---

<sup>1</sup> Vid. *Un recrutement diversifié, une formation ambitieuse. Les impératifs d'une Justice de qualité. Rapport d'information de la Commission des Lois du Sénat sur le recrutement et la formation des magistrats de carrière*, Fauchon, Pierre y Gautier, Charles, Librairie du Sénat, Paris, 2007.

<sup>2</sup> Lakoff George, *No pienses en un elefante. Lenguaje y debate político*. Editorial Foro Complutense, Madrid, 2007.

Las decenas de miles de víctimas del conflicto no se han visualizado. La *guerra vinculada al terror, con toda su carga de significado*, ha provocado innumerables efectos como los de legitimar la agresión o de forma más evidente fortalecer la figura del presidente como *jefe de la guerra justa*. La *militarización* de la política presidencial ha sido, en cierto modo, asumida por un sensible porcentaje de la población gracias a los complejos mecanismos de atribución de significado al lenguaje utilizado que suministraban los *marcos conceptuales*. Como afirma Lakoff de forma muy sugerente, *cuando los hechos no encajan en los marcos, los marcos se mantienen y los hechos se ignoran*.

Si analizáramos desde la teoría cognitiva el estado de la cuestión que nos atañe creo que llegaríamos a diagnósticos de similar alcance.

La derecha, sobre todo, la judicial, ha mantenido un discurso recurrente, cerrado, estático, ortodoxo, tal vez con pequeñas desviaciones muy vinculadas con la inexorable realidad *corpórea* de la Escuela Judicial<sup>3</sup>, sobre el modelo de selección de los jueces que responde de forma muy fiel a un *marco conceptual*, cuyo éxito, insisto, ha desbordado el contexto ideológico de producción. Todos, en mayor o menor medida, de forma más o menos consciente, lo hemos tomado en cuenta para la atribución de determinados significados o para la acritica recepción de los que se utilizan para justificar el estado actual de cosas en materia de selección. Marco que se ha mostrado, hasta ahora, inmune a los *hechos*, lo que le ha dotado de una singular fortaleza que considero prioritario debilitar argumentalmente.

Dicho marco ha girado sobre una regla esencial de correspondencia entre significantes y significados: *la oposición sólo puede ser como se ha concebido y, en buena medida, se ha desarrollado hasta ahora. No hay modelo alternativo posible. Cualquier modificación<sup>4</sup> supondría una alteración de su específica e intrínseca funcionalidad al servicio de un modelo de selección basado en la objetividad*.

A partir de esta idea fuerte, el marco conceptual ha generado un rico argumentario de significados tanto en clave positiva —valores— como en negativo los *riesgos del precipicio* que supondría su modificación pero con un alto grado de complementariedad discursiva.

---

<sup>3</sup> Vid. no obstante, el texto que firmado por el Consejo de Redacción aparece en el último número de la revista de la APM, *Deliberación*, página 12, en el que se insiste que la oposición, en los términos en los que hoy está planteada, aparece como *el sistema menos malo* (sic) y donde se tribuye a la Escuela Judicial un papel de mero complemento, *como una fase no selectiva donde predomine la formación práctica* (sic).

<sup>4</sup> Ejemplo interesantísimo, que confirma lo anterior, nos lo ofrece el Vocal Requero Ibáñez en un artículo reciente publicado en el diario «El Mundo», bajo el título «Una propuesta feliz». En éste, su autor, al hilo de la publicación por la *Fundación Alternativas* de un trabajo del catedrático de Derecho Constitucional, Sáiz Arnáiz sobre el modelo de selección de jueces en España —a quien por cierto no menciona, limitándose a nominar el trabajo como *un documento del PSOE—*, afirma, entre otras muchas sugerentes reflexiones al hilo de las propuestas que se contienen en el riguroso trabajo mencionado (...) «*Otra ocurrencia es que los ejercicios sean escritos y no orales, como son los de toda oposición que se precie. Esa novedad existió entre 1987 y 1993 y fue otro fracaso. Entre otras calamidades, un opositor podía ser juez sin decir ni una sola palabra de Derecho Civil o Penal*». A continuación, y en respuesta a la sugerencia del profesor Sáiz de implementar un proceso de descentralización de las oposiciones que sirva para neutralizar los relevantes y graves factores de distorsión de los resultados selectivos que genera la centralización continuada en Madrid, Requero Ibáñez, afirma (...) «*Estatuto aparte, en 2002 rechazamos esa selección deslocalizada por las desigualdades e injusticias que generaría ya que, por ejemplo, el opositor catalán tendría muchas más oportunidades de lograr plaza que el del otro lugar*».

Estos dos ejemplos bastan, a mi parecer, para patentizar de forma evidente la *estratificación discursiva* que produce el marco conceptual al que responden. Su autor, de forma apodíctica, califica de impropio, y de fracaso, un modelo de oposición en el que los ejercicios de desarrollo sean escritos. De forma igualmente irreflexiva, y de espaldas a todo rigor, afirma que la *deslocalización* puede favorecer a los *opositores catalanes* sin plantearse por un solo momento cómo y en qué medida el modelo vigente de centralización puede beneficiar a los opositores madrileños, precisamente, en atención a las mismas razones que, de forma implícita, suponemos, sustentan el argumento del conspicuo vocal.

Sin embargo, como tendremos ocasión de destacar, dichos argumentos ya no son mantenibles de forma gratuita o intelectualmente grosera. Ya contamos con instrumentos rigurosos —Fernández Bagüés, «Las oposiciones: análisis estadístico» *Jueces para la Democracia. Información y debate* n° 59, julio de 2007— en los que se revela que el factor territorial de celebración de las oposiciones sí adquiere relevancia significativa para explicar los resultados del proceso de selección y que, en concreto, constituye un factor ambiental arbitrario pero que favorece, en el caso de los concursos a judicatura, a los opositores madrileños. El marco conceptual empieza, por tanto, a resquebrajarse.

Intento a continuación, de forma simplemente enunciativa, identificarlos:

- La oposición asegura que el candidato a la función judicial conozca de forma rigurosa y sistemática el ordenamiento jurídico, con un nivel que la Universidad no ofrece.
- La oposición memorística, la declamación acotada en el tiempo de contenidos prefijados en temarios *ad hoc*, garantiza la objetividad del proceso de evaluación, evitando la entrada en juego de factores discrecionales.
- La oposición de corte memorístico asegura la igualdad de oportunidades de los candidatos en liza, tanto en lo que supone de previsión de los contenidos validables como en los mecanismos que deben activarse para validarlos.
- La oposición memorística centralizada neutraliza ventajas que pueda acarrear para determinados candidatos la territorialización del proceso.
- La oposición memorística garantiza la estabilidad y la respuesta técnica de los tribunales de evaluación.
- La oposición memorística favorece que el candidato que la supera responda a los valores de independencia, imparcialidad ideológica y social y neutralidad<sup>5</sup>.

Como argumentos negativos de contraposición, el marco conceptual suministra los siguientes:

- Los que pretenden la modificación del sistema de oposición en los términos y con el contenido que actualmente tiene, buscan desprofesionalizar la carrera judicial.
- Las modificaciones solo pretenden reducir la exigencia en el aprendizaje jurídico.
- Se busca instrumentalizar el acceso como un mecanismo de politización y clientelismo que lesiona el valor de la independencia.
- Los «reformistas» descalifican al sistema de preparación de la oposición considerando a los preparadores como *neocons* que inoculan virus neoconservadores a los futuros jueces<sup>6</sup>.
- La entrada en juego, como instrumentos del modelo, de espacios de formación universitarios *ad hoc*, solo responde a una idea final de desmembración de la unidad del Poder Judicial, en atención a los intereses de minorías políticas periféricas, en cuyos territorios de influencia ya controlan el sistema universitario<sup>7</sup>.

### III. LAS DEBILIDADES DEL MARCO: LAS CONTRARRAZONES DEL ARGUMENTARIO

La lista de argumentario es, obviamente, abierta y, de forma muy probable, incompleta pero creo que sirve de *plataforma de salida* para entablar un diálogo de razones que nos permita, al menos, valorar si el marco conceptual que las sostiene es lo suficientemente sólido como para resistir la apertura de un debate social y político de reforma del sistema de selección, en particular, respecto al primero de sus instrumentos, la *oposición*.

Iniciemos el diálogo que, de forma necesaria, debe contener elementos discursivos que le doten de coherencia lo que implica inevitables agrupaciones de razones que responderán de forma conjunta a algunos de los argumentos que se utilizan para la defensa del actual estado de cosas.

*¿La oposición memorística garantiza un buen, completo y sistemático aprendizaje del derecho que la Universidad, además, no ofrece?*

---

<sup>5</sup> Vid. texto citado «Justicia Profesional», página 12 de la revista de la Asociación Profesional de la Magistratura, *Deliberación*, diciembre de 2007.

<sup>6</sup> Vid, sic., artículo de Requero Ibáñez, antes citado, «Una propuesta feliz».

<sup>7</sup> Vid, artículo cit. Requero Ibáñez.

La respuesta, a mi parecer, está muy vinculada con una previa cuestión de gran alcance y de no menos relevancia ideológica relativa a qué derecho se considera que debe ser aprendido por el candidato o candidata a desempeñar la función judicial. A mi parecer, el *derecho a conocer perfectamente* no puede equivaler al conocimiento irreflexivo, asistemático, fraccionado y superviviente de un corolario interminable de instituciones normativas, acotadas en temarios de baja calidad y de contenido marcadamente funcionalista, como el que en la actualidad se aprende por los candidatos.

Un solo vistazo al temario de oposición —la identificación de las materias, la terminología utilizada, los contenidos de los que se prescinden— sirve para aprehender la gravedad del diagnóstico.

El derecho constituye un sistema complejo de normas, de principios, de valores que interaccionan, además, con múltiples factores metajurídicos y que operan en una realidad pluralista, dinámica, cambiante, donde ya no puede identificarse, como refiere Taruffo, una suerte de fondo de ideas y de valores comunes a todos los miembros de una sociedad determinada.

El conocimiento amplio y profundo del derecho exigible a un candidato a juez le debe permitir adoptar una visión de la realidad y de los conflictos que la integran y, sobre todo, ofrecer respuestas razonables, razonadas y justas.

El derecho a aprender debe ser aquél que suministre al candidato suficientes instrumentos conceptuales y analíticos para desarrollar las capacidades de razonamiento y que le permitan, además, aprehender la complejidad de la realidad social y de los conflictos donde debe operar.

Como afirmaba en otro lugar, en el modelo vigente de selección, el problema no solo reside en el derecho que se aprende, como módulo de evaluación selectiva sino, también, *en el que no se aprende*, el que queda fuera del perímetro de lo estrictamente funcional para superar la oposición.

Y es, precisamente, ese derecho preterido de los *temarios*, despreciado por la oposición memorística, el que contiene la mayor carga formativa en un sentido amplio para un candidato/a al ejercicio de la función judicial.

El derecho *dúctil*, el derecho de los derechos fundamentales, el derecho de los casos difíciles, el derecho que se argumenta que no se declama, el derecho jurisprudencial, el derecho de las grandes decisiones de los altos tribunales nacionales e internacionales, el derecho de la realidad globalizada, del *mercado común de los derechos y libertades públicas*, al que se refiere Antoine Garapon, el derecho de los nuevos conflictos, el derecho de *textura abierta*, el derecho que, por encima de la institución codificada, imprime a la decisión razonabilidad, justicia, compromiso, responsabilidad aplicativa para el juez que la adopta.

Pero el problema de la inadecuación, que yo reputo gravísimo, no se limita a la selección del derecho que debe conocerse sino, también, al cómo debe conocerse.

Como apuntaba con anterioridad, los instrumentos compiladores del derecho a conocer, «los temarios» son, en general, textos mediocres, acotados, reductores, simplificadores, en ocasiones equivocados donde se renuncia a toda actualización de contenidos que no venga dada por la inexorable entrada en vigor de una reforma legislativa.

Temarios cuya selección se realiza en condiciones poco claras, en comisiones *poco oxigenadas* a otros agentes cualificados del mundo del derecho, y donde intervienen, en ocasiones, personas con fuertes intereses para que aquéllos respondan a una determinada ordenación inclusiva que coincida con textos editados que se utilizarán, a buen seguro, por un número considerable de opositores.

No importa, por tanto, lo que se sepa de las materias que se contemplan en el programa como objeto de estudio y de validación sino que lo que se sepa pueda exponerse en el tiempo acotado de quince minutos mediante *declamaciones* medidas y generalmente precipitadas para intentar optimizar el espacio temporal concedido.

No es infrecuente que lo que deba saberse de determinadas materias en el tiempo limitado que se concede para la *declamación* no pueda ir más allá de la mera y desnuda enunciación textual de la norma, como acontece en diferentes temas de la parte especial de derecho penal o en algunos de derecho procesal.

Una expresión, una reflexión complementaria, una simple invocación de la doctrina constitucional al hilo de la materia puede impedir el éxito del candidato al superar las posibilidades temporales de exposición.

No creo, por tanto, que el *marco conceptual* que sostiene el valor de la oposición memorística como instrumento de conocimiento del sistema jurídico pueda resistir un debate público de razones rigurosas.

Los temas seleccionados, la forma de aprenderlos, al igual que los temas excluidos y la falta de conocimiento de los mismos que la oposición, de forma paradójica, asegura sin duda alguna, nada tienen que ver con el derecho que el juez, que el mejor juez, debe conocer para desempeñar la función que la Constitución le exige.

El problema, por tanto, no reside en lo que la Universidad no enseña, que es también mucho, sino en lo que la oposición, tal como está hoy concebida, tampoco es capaz de *enseñar*. Es más en lo que se empeña de forma decidida en que no se aprenda.

Preguntémosnos el porqué. Ello nos sitúa en el epicentro de otro de los núcleos duros del argumentario antirreformista: *¿la oposición memorística garantiza de la mejor, o de la única, forma posible, de la forma menos mala, precisa la APM en su último número de su órgano de reflexión, la objetividad del proceso de evaluación?*

Nos enfrentamos a un sofisma que debe analizarse con extremada prudencia para no caer en otro de signo contrario. Es cierto que la declamación acotada en el tiempo, de contenidos prefijados —y si son textos legales, mejor— simplifica el proceso de calificación. Si un candidato declama de forma completa, en el tiempo establecido, los artículos que tipifican los delitos contra la Comunidad Internacional y es ese, y no otro, el contenido evaluable es evidente que su calificación positiva resultará más sencilla que si el tribunal calificador se enfrenta al trance de calificar a otro candidato que en su exposición declamada olvidó el parágrafo 8º del artículo 607 bis CP.

Pero este proceso de calificación, me pregunto, qué tiene que ver con el valor objetividad y, sobre todo, con la dimensión constitucional del mismo que se consagra en el artículo 103 CE, obviamente vinculante a los tribunales calificadores de la oposición, aunque a muchos les parezca, al menos, pintoresco.

Creo que aquí radica la clave del *sofisma antirreformista*.

La *objetividad* que se proclama como excelencia justificativa del actual estado de cosas, al que le presta decidida cobertura el marco conceptual, esconde una estrategia mucho más sofisticada.

La invocación que se hace a la *objetividad* lo que pretende es seguir legitimando un modelo de simplificación del proceso selectivo con evidentes réditos ideológicos para el sector que lo arguye.

Seleccionar a un candidato por la capacidad de declamación sincronizada de textos jurídicos pobres o simples enunciados normativos no es más objetivo que evaluar la capacidad argumentativa del candidato ante un problema complejo de interrelación normativa o de anomia o contradicción legal. Es, simplemente, más sencillo, a salvo que la *objetividad* la reduzcamos a algo que nada tiene que ver con su dimensión constitucional, a un simple instrumento neutralizador de procesos calificadorios discrecionales.

La valoración del trabajo del opositor, bajo un aparente *manto de protección* que impide la entrada en juego de cualquier elemento discrecional no es una garantía de objetividad, es *otra cosa* y responde a fines muy diferentes de los que deben inspirar un proceso de calificación de un candidato/a que aspira a formar parte del Poder Judicial de un Estado Constitucional.

Cuando un tribunal destinatario de la exposición se le priva de todo instrumento para solicitar del candidato explicaciones complementarias o para, simplemente,

constatar si la enumeración rítmica de conceptos y definiciones normativas han sido adecuadamente entendidas o si posee habilidades relacionales de las cuestiones que permitan identificar un conocimiento sistemático del ordenamiento no se está garantizando un *proceso de selección objetivo*. La objetividad, como canon de evaluación, no se agota en sí misma sino que está al servicio de los valores constitucionales de mérito y capacidad que sí deben configurar el modelo.

El tribunal debe ser objetivo en su decisión validadora: *que la persona que se presenta como candidato ha acreditado un conocimiento profundo, inteligente, dialógico, argumentativo, responsable del derecho, en toda su complejidad*. Y esa condición de objetividad, como valor constitucional, se alcanza si la decisión puede presentarse, como precisa Igartua, como razonable y razonada y, en esa medida, también, controlable.

Qué tiene que ver el *valor objetividad* con decisiones como las que todos los días se adoptan en el seno de los tribunales de calificación sin atisbo alguno de motivación y, por tanto, sin posibilidad material de control o revisión. Marcadas, además, muchas de ellas, por una suerte de *regla de distribución de recursos escasos* que hace que en un determinado día y en función de la *ratio* de aptos no pueda aprobarse a un candidato que ha declamado, al menos, con igual corrección que los concursantes precedentes.

Es evidente que una transformación del contenido del *derecho que debe aprenderse* —que prime las necesidades de argumentación, comprensión, análisis e identificación de problemas jurídicos complejos— hace más difícil su evaluación y es cierto, también, que introduce de forma inevitable elementos discrecionales en el proceso decisional. Pero llama mucho la atención que en una corporación como la judicial en la que sus miembros deben adoptar decisiones siempre en condiciones de contraposición de intereses y de argumentos, que *metabolizan* la discrecionalidad como la manifestación más genuina del poder que se les concede puedan mostrarse tan refractarios cuando de lo que se trata es de aplicar la misma técnica al proceso de selección de sus futuros colegas.

Discrecionalidad, en un Estado Constitucional, nada tiene que ver con arbitrariedad y ello, entre otras razones, porque la primera es controlable y la segunda, no. Porque la primera necesita *del oxígeno de las razones técnicas* y la segunda, simplemente, las omite o las desprecia.

Si se consideraran de recibo los anteriores argumentos ¿cómo debería calificarse el actual proceso de evaluación del enorme esfuerzo de los opositores que carecen de todo mecanismo de control de las decisiones excluyentes de los tribunales?

¿Acaso un proceso selectivo riguroso, en el que intervengan cualificados miembros de la corporación judicial y de otras profesiones jurídicas es incapaz ontológicamente, como parece sugerirse por los antirreformistas, de neutralizar los riesgos de arbitrariedad?

¿Tenemos razones para presumir o sospechar que son arbitrarias las cientos de miles de decisiones técnicamente discrecionales que adoptamos los jueces y juezas de este país?

Creo que las anteriores cuestiones se contestan por sí solas.

Pero sigamos con el diálogo de razones.

*¿La oposición memorística, tal como está ahora diseñada, garantiza la igualdad de oportunidades de los candidatos?*

Estudios recientes y empíricamente solventes dirigidos por profesor Bagüés<sup>8</sup>, demuestran en términos estadísticos la influencia para el éxito o el fracaso en las diferentes oposiciones para altos puestos de la administración (entre ellos, las de jueces) de factores tales como el lugar de residencia del candidato (Madrid), el día de celebración de la prueba (los lunes reducen significativamente las probabilidad-

---

<sup>8</sup> Op.cit.

des de superar la prueba), la fecha de realización con relación al inicio de las pruebas (con porcentajes significativos diferenciadores entre los primeros y los últimos), los apellidos (sobre todo en la carrera diplomática, pero en un porcentaje no irrelevante, también, en la carrera judicial, disminuyendo con la introducción del *test*), las posiciones de fecha de examen (con una reducción de la probabilidad de superarlas en un treinta por ciento).

La aparente objetividad del modelo de evaluación, a partir de la estandarización de contenidos evaluables se resquebraja dramáticamente no solo por estos *factores distorsionadores ambientales* sino también por un no menos grave factor de discriminación interna derivado de la simple extracción de un tema respecto a otro, con diferencias de dificultad insalvables tanto en cuanto al contenido como a las posibilidades expositivas por parte de los aspirantes en liza.

No creo, por tanto, que desde una perspectiva rigurosa y constitucional de análisis pueda seguir manteniéndose de forma acrítica la llamada *objetividad* del sistema de oposición memorística. Los *hechos*, en este supuesto, no pueden ignorarse por mucho que el marco conceptual se esfuerce en hacerlos invisibles.

Pero hay más razones antirreformistas que deben ser contestadas.

*¿El sistema de preparación de la oposición y de evaluación de sus resultados responde a estándares de necesaria excelencia?*

No pretendo, desde luego, entablar un debate de razones a partir de afirmaciones como las que mantiene el vocal Requero<sup>9</sup> sobre el prejuicio ideológico que identifica como razón de la crítica a los preparadores. Desconozco si los *preparadores* constituyen un grupo ideológico compacto y si sus finalidades responden a estrategias de *insaculación de ideas neoconservadoras*, lo que sí afirmo es que el exigente proceso que en la actualidad supera los cuatro años y medio de tiempo de preparación suele desarrollarse en condiciones académicas aislantes e intelectualmente empobrecedoras, bajo la dirección de un profesional cuyo objetivo no es desde luego la formación jurídica en un sentido amplio e integral sino la exclusiva formación *funcional ad concursum*, sin tiempo alguno para el debate o la crítica doctrinal sobre las materias memorizadas.

No cuestiono la capacidad jurídica de los preparadores, lo que pongo de relieve es que su función poco tiene que ver con la formación, si por ella entendemos la asunción discursiva y problematizadora del derecho que debe aprenderse.

En cuanto a los tribunales de calificación o de validación de los contenidos aprendidos y declamados no creo que pueda afirmarse y, sobre todo, sostenerse en datos empíricos que respondan a exigentes condiciones de especialización ni de indiscutido prestigio de los miembros que los conforman. Baste echar una ojeada a los procesos de nombramiento y, en particular, a las decisiones de sustitución de los nominados en primer término para constatar una *huida* de los profesionales más prestigiosos ajenos a la corporación judicial.

No es infrecuente, tampoco, toparse con tribunales constituidos por profesionales provenientes de la Universidad de las más variadas disciplinas jurídicas que poco, o nada, tienen que ver con los propios contenidos que se validan (profesores de derecho romano o canónico) o con otros profesionales del mundo del derecho de los que se desconoce de forma absoluta su *currículum* profesional o los méritos específicos que reúnen para formar parte de un tribunal que tiene encomendada una función tan decisiva.

Otro de los grandes ejes argumentales que sostiene al *movimiento antirreformista* y que adquiere un sustancial contenido ideológico es el relativo a la reiterada, hasta la saciedad, *vinculación del modelo de oposición memorística a la preservación y garantía de la independencia judicial, imparcialidad ideológica y social y neutralidad*.

---

<sup>9</sup> Op.cit.

Reconozco que me cuesta mucho combatir *dicho lugar común* del discurso conservador pero no por falta de razones sino por una suerte de *fenómeno inflacionista*, de acumulación de razones que me impide presentarlas de forma breve o ajustada al contenido al que debe responder este documento de trabajo.

Creo que nos enfrentamos a un desnudo sofisma pero no por ello carente de proyección y de influencia. Como todo sofisma, la primera cuestión que genera es la relativa a la base factual sobre la que se construye.

¿Dónde puede residir la explicación discursiva de esa afirmación? ¿Cómo pueden vincularse los valores de independencia e imparcialidad a un método memorístico de aprendizaje del derecho de las instituciones codificadas?

Sinceramente, lo desconozco. Me atrevería, incluso, a apuntar que los que lo defienden también lo desconocen a salvo que responda a un imaginario de la función judicial que nada tiene que ver con el contenido de ésta, en los términos reclamados por la Constitución.

Me explico. El aprendizaje memorístico del derecho que se acota en los temarios trasmite de forma transversal, es cierto, una concepción silogística del proceso aplicativo basado en fórmulas de lógica fuerte. El opositor, el candidato, cuando se enfrenta al temario orilla por elementales razones de funcionalidad práctica cualquier perspectiva argumentativa o analítica de lo que aprende. Ni se exige como contenido evaluable ni, por ello, es conveniente.

Es obvio que ello estimula preconcepciones simplificadoras de la aplicación del derecho, con un fuerte contenido desresponsabilizador, pues al candidato se le priva de la *perspectiva del discurso*, de la necesidad de una cultura cada vez más exigente de la justificación que envuelve el [buen] trabajo judicial.

La idea que sugiere el aprendizaje memorístico de un derecho limitado es que los jueces aplican reglas en condiciones de claridad por lo que su función se reduce a la de *identificadores* de premisas que conducen de forma certera a conclusiones técnicas lógicas. De ahí, tal vez, la razón por la que se anuda al modelo de oposición memorística no solo la garantía del valor de la *independencia* sino también de los de *imparcialidad ideológica y social* y de *neutralidad*. El juez, para dicho imaginario, es un simple aplicador de la norma que conoce bien. El proceso aplicativo, por tanto, no debe nutrirse de otras habilidades que las exigibles para los procesos subsuntivos lógico-formales. El juez no puede, porque no tiene por qué, ser sensible ante el conflicto social al que se enfrenta. El juez no debe descender a los componentes emocionales, metajurídicos del caso que debe resolver. No necesita la empatía, la discursividad, las otras formas de lógica débil que concurren en los procesos decisionales. El juez, de nuevo, deber ser *la boca que pronuncia la ley, en condiciones sociales e ideológicas neutras*. La independencia como valor del juez, por tanto, en la lógica del discurso antirreformista, se entiende respecto a sus propios prejuicios, a su visión del mundo, a sus sentimientos: solo la oposición memorística permite *obtener* el Juez independiente, imparcial social e ideológicamente y neutro. *El juez del iluminismo jurídico*, que si bien, como refiere Iacoviello, es un *planeta luminoso sin embargo se encuentra deshabitado*.

Es obvio, a mi parecer, que los que afirman la vinculación entre el actual modelo de oposición y los valores mencionados disponen de pocas posibilidades discursivas para defenderla. La realidad, *los hechos*, de nuevo contradicen el argumento. Ningún juez/a, con independencia de su sensibilidad ideológica, puede percibir su función en las condiciones de asepsia que se defienden por los antirreformistas.

De contrario, sí considero que el actual modelo debilita la independencia entendida ésta como la capacidad de enfrentarse en términos responsables, discursivos y justificativos a la decisión. Una inadecuada formación jurídica<sup>10</sup>, una reducción del

---

<sup>10</sup> En este punto no me resisto a dejar de citar un viejo texto de G. Ransson, *Juez del Tribunal del Sena, La Reforma de la Magistratura y el arte de juzgar*, editado por la España Moderna, sin fecha, pero muy probablemente en el primer decenio del siglo pasado, donde afirma «*que la independencia de la magistratura no es compatible sino con una cultura social intensa, teórica y práctica*».

universo del derecho a contenidos formales compromete la dimensión de la independencia como valor *ad extra* y *ad intra*. Convierte al futuro juez desprovisto de instrumentos críticos en más dependiente y, sobre todo, aunque resulte paradójico, le hace más vulnerable. Un candidato a juez que no deba analizar la realidad y la complejidad social donde operará, que no se eduque en los valores de la empatía y la sensibilidad humana es un juez más débil y menos competente.

Lo anterior se conecta con el argumentario en negativo que sustenta la posición antirreformista: *los que pretenden la modificación del modelo buscan la desprofesionalización, la politización, la atecnicidad, un juez agente de oscuros intereses ideológicos.*

No creo que merezca la pena invertir muchos esfuerzos argumentales en rebatir afirmaciones en las que cuesta identificar, más allá de un alto prejuicio visceral y antipluralista, un discurso basado en razones.

Pero sí creo oportuno destacar que lo que nos mueve para pretender la reforma de un modelo de selección insostenible es, precisamente, que responda a exigencias y condiciones que garanticen *en serio* que los que superen las pruebas disponen de la más alta cualificación tanto jurídica como humana para desempeñar la función judicial.

Tal vez solo añadir que nuestro *modelo de profesionalidad* no se agota en el derecho aprendido y en la autosuficiencia, sino en la toma de conciencia de la complejidad creciente de nuestro trabajo, en el necesario y continuo compromiso de mejora, en la identificación de objetivos que van más allá de los estrictamente decisionales, en identificar como prioritario que ninguna decisión es justa sino viene precedida de un proceso justo desarrollado en condiciones deliberativas y comunicativas y, sobre todo, en el trato y en la consideración del ciudadano que acude al tribunal como un igual moral.

#### IV. HACIA UN NUEVO MODELO DE SELECCIÓN: ALGUNAS PROPUESTAS CONCRETAS

Creo que podemos construir un discurso sólido que debilite el *marco conceptual* que dota de sentido al modelo vigente pero también que justifique la reforma que proponemos, la cual debe plasmarse en objetivos concretos.

Por tanto es necesario, aun de forma enunciativa, apuntar los ejes o las ideas fuertes a las que podría o debería responder. A este respecto, insistiré de forma más puntual en las que atienden a las pruebas que deben constituir el primer eslabón del proceso selectivo, en atención al programa diseñado, sin perjuicio de la necesidad de dotar a todas las que se formulen de la necesaria coherencia sistemática y de principios.

En este punto, comparto las reflexiones de Carlos Gómez sobre la necesidad de que el proceso de selección responda a un alto grado de coherencia entre todos los instrumentos que lo conformen. En efecto, todo modelo complejo o multifásico de acceso al ejercicio de cualquier actividad profesional reclama una distribución coherente de los pesos selectivos y formativos, de manera tal que los instrumentos previstos para determinar finalmente la idoneidad del aspirante aparezcan ordenados de forma teleológicamente racional.

Ello nos conduce a *tres propuestas eje*:

I. El modelo debe definir con claridad no solo los instrumentos selectivos sino también los objetivos formativos específicos o prioritarios, sin perjuicio de las necesarias interconexiones, de cada uno de los mismos. Para ello se hace imprescindible trazar perfiles exigibles, a partir de la identificación de las correspondientes habilidades y capacidades, en cada una de las fases del proceso.

Debe dejarse muy claro cuál es el perfil capacitante que se reclama del aspirante para afrontar la primera fase, que podríamos denominar de *examen de conocimientos*, y los objetivos o rendimientos que en términos de capacidades y habilidades

adquiridas deben obtenerse. Esquema de trabajo que debe reproducirse en cada una de las fases posteriores, delimitando, también, y ello es particularmente importante, los *pesos selectivos* que comportarán. La fase primera fase no puede agotar toda la carga selectiva del proceso. Las otras fases deben jugar un papel también relevante en el mismo en función de la obtención, o no, de los específicos objetivos capacitantes.

Desproveer a cualquiera de las fases posteriores de carga selectiva supondría, sencillamente, negar la idea de proceso selectivo. La no selección, la no evaluación de las fases posteriores trasmite la idea de que los objetivos capacitantes que se pretenden obtener no son importantes. Y ello, desde luego, chocaría frontalmente con las bases del nuevo modelo en el que deben identificarse objetivos de capacitación esenciales en cada una de las fases y a obtener por cada uno de los instrumentos diseñados. Negar, por ejemplo, capacidad selectiva a la Escuela Judicial, supone, llanamente, reducir significativamente su valor como instrumento y la renuncia a obtener los trascendentes rendimientos formativos que deben exigirse en dicha fase.

**II.** Con relación específica a la primera fase del proceso, defendemos la necesidad de una prueba que responda a exigentes criterios de capacitación/formación en conocimientos jurídicos que permita la selección de los mejores candidatos. Dicha prueba, sin embargo, no puede basarse en el acopio memorístico y fragmentario de conocimientos institucionalistas del ordenamiento jurídico desconectados de las finalidades y necesidades formativas que reclama el acceso a la función jurisdiccional.

**III.** Ello pasa por la racional reordenación de la *oposición*, modificando sus contenidos así como los métodos de aprendizaje y validación. Y ello con la finalidad de permitir constatar, además de un alto grado de conocimiento del derecho, la capacidad de argumentación, de relación, de análisis de cuestiones aplicativas y de identificación de los problemas más importantes de la llamada cultura jurídica contemporánea.

Lo anterior debería plasmarse en concretas herramientas de desarrollo:

1. En el seno del CGPJ y mediante mayoría cualificada, y en condiciones de transparencia y publicidad, debería nombrarse una comisión de expertos, conformada por destacados juristas, tanto miembros de la Carrera Judicial como de otras profesiones jurídicas (en particular profesores de la Universidad, Abogados, Fiscales) que elaboren un programa completo y sistemático de los contenidos que deben ser objeto de estudio y análisis por el concursante.
2. Dichos contenidos no pueden responder a esquemas clásicos de *temario* sino que deben plasmar la transversalidad e interrelación sistemática de todo el ordenamiento, con especial incidencia en la dimensión constitucionalizada del mismo. El programa de contenidos no debe traducirse en epígrafes aislados sino en fórmulas de interrelación que permitan su estudio con rendimientos formativos en clave de profundización y análisis crítico. Las llamadas categorías conceptuales deben presentarse no como material memorizable sino como instrumentos al servicio de la capacidad analítica y discursiva del candidato ante casos y cuestiones que puedan formularse por los tribunales de calificación. Debe, en todo caso, tomarse en cuenta para la elaboración del programa de contenidos de esta primera fase los objetivos de capacitación que corresponde desarrollar a las otras fases del proceso. En particular, los aspectos más marcadamente funcionales o procedimentalistas.
3. Dicha comisión debe gozar de independencia funcional y su propuesta debe ser aprobada por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Deben prevenirse mecanismos de actualización que posibiliten su constante *aggiornamento* a la vista de novedades legislativas o aparición de nuevos conflictos.
4. Las pruebas de validación deben ser de forma primordial escrita a partir de la formulación de cuestiones que sugieran complejos problemas aplicativos del derecho. Es esencial que aquéllas permitan evaluar la capacidad discursiva y analítica

del candidato y acreditar que dispone de un conocimiento sistemático del ordenamiento, sin perjuicio que por las exigencias del perfil funcional del juez de entrada se incida de forma prioritaria en materias vinculadas con el derecho patrimonial, penal y procesal. Los casos deben, en todo caso, permitir, también, valorar la formación constitucional del candidato.

5. La formulación de las pruebas concretas también reclama la intervención de expertos muy cualificados, no solo miembros de la carrera judicial, cuyo nombramiento debe corresponderle al Pleno del CGPJ, también en condiciones de transparencia y publicidad.
6. Deben fijarse previamente los objetivos capacitantes que se pretenden alcanzar con cada una de las pruebas.
7. Las pruebas deberían constar, al menos, en el análisis y desarrollo argumental de tres problemas o casos y en el comentario analítico de alguna decisión de los Altos Tribunales nacionales o internacionales particularmente trascendente en materia de derechos y garantías fundamentales, tanto procesales como sustantivas.
8. Además, se presenta como conveniente someter al candidato a una prueba de cultura general y de competencia lingüística en idiomas extranjeros, francés o inglés. La Escuela Judicial debe asegurar instrumentos que permitan a los candidatos que accedan a dicha fase adquirir competencia lingüística en otras lenguas del Estado que les habilite para el ejercicio de la función jurisdiccional en Comunidades con lengua propia.
9. Los ejercicios deben realizarse en condiciones de igualdad y preverse un tiempo razonable de elaboración.
10. Para la realización de las pruebas escritas se presenta razonable la descentralización en las capitales de las diferentes Comunidades Autónomas o en las sedes de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia.
11. Los tribunales deben conformarse bajo criterios de estricta especialización. Sus miembros, tanto los de la carrera judicial como de otros orígenes profesionales deben acreditar curricularmente sus capacidades y ser nombrados por el Pleno del CGPJ, en condiciones de transparencia y publicidad.
12. La sede de los tribunales puede descentralizarse preservando los principios de unidad de criterios y de alta cualificación de sus miembros.
13. Los ejercicios deben ser expuestos ante los tribunales de calificación mediante su lectura los cuales deben disponer de la posibilidad de formular preguntas o aclaraciones al candidato sobre el contenido de su exposición o sobre los objetivos capacitantes que identificaban la prueba concreta.
14. Las exposiciones deben ser grabadas por sistema audiovisual.
15. Cada miembro del tribunal debe emitir su valoración y justificar de forma razonable su opción calificatoria, levantándose acta que recoja las mismas.
16. La decisión final sobre quiénes son admitidos o excluidos debe formularse a la finalización de todo el proceso de validación tomando en cuenta la ordenación de rendimientos obtenidos por el conjunto de los candidatos.
17. Como condición de acceso a la primera fase debe exigirse, en los términos del Plan de Bolonia, una acreditación de postgrado relacionado con el acceso a profesiones jurídicas. Debe prevenirse un régimen público de control y supervisión de las habilitaciones académicas que se otorguen por Centros Privados.
18. La preparación de los contenidos debería hacerse mediante centros cualificados en los que el aprendizaje se acompañe de altos rendimientos formativos sobre las materias estudiadas.
19. El Estado debe ofrecer programas de ayudas públicas para que el candidato con escasos recursos económicos pueda afrontar la fase de preparación del examen de contenidos.

# Propuestas de mejora de la formación inicial en la Escuela Judicial

Carlos GÓMEZ MARTÍNEZ

El pasado mes de septiembre, en el marco de unas jornadas organizadas en Barcelona por la Asociación Internacional de Formación Judicial, el Ministro de Justicia pronunció una conferencia en la que proponía introducir cambios importantes en el sistema de acceso a la carrera judicial.

Con independencia de lo acertado de las concretas propuestas formuladas —el ingreso en la Escuela Judicial vendría determinado por el expediente académico obtenido en los estudios universitarios de Derecho—, las declaraciones del Ministro ofrecen aspectos positivos.

Así, en primer lugar, evidencian la necesidad de introducir un cambio en un ámbito que ha permanecido hasta la fecha al margen de reformas importantes. La oposición es un sistema de ingreso en la carrera judicial propio de los países de derecho continental, introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Constitución de 1869 como un elemento de progreso y que, sin embargo, no ha ido cambiando acompasadamente a la recuperación de la democracia, la masificación y a la generalización de las tecnologías de la información y la comunicación. Así como desde 1997 la formación inicial en la Escuela Judicial inició un proceso de renovación en profundidad todavía no concluido, no ha ocurrido lo mismo con la primera de las fases del proceso de acceso a la carrera judicial cual es la oposición, que continúa anclada en su configuración decimonónica, enciclopédica y memorística. La oposición ha quedado fuera de tiempo, alejada de la cultura de los jóvenes que hoy centran sus esfuerzos en otros aspectos no tenidos en cuenta para nada en los ejercicios de la oposición, tales como el conocimiento de idiomas o el estudio simultáneo de otras carreras universitarias. Una de las consecuencias de la falta de puesta al día de la oposición es la extrema dificultad que presenta para las nuevas generaciones, lo que, a su vez, se traduce en la excesiva duración del período medio de preparación que ha alcanzado esta última promoción los 5,2 años. Esto, por sí solo, demanda una reforma pues no parece aconsejable que el grueso de la carrera judicial deba estar integrado por jóvenes que han permanecido durante más de cinco años encerrados en sus casas, memorizando temas, apartados de la vida y habiendo dejado en suspenso decisiones fundamentales para su desarrollo personal.

Además, la intervención del Ministro de Justicia tuvo la virtud de ubicar el debate sobre la selección de los jueces donde debe estar, esto es, en sede política. El acceso a la carrera judicial no es una cuestión de jueces. Es la sociedad la que debe decidir como quiere que sean sus jueces y son, por tanto, los representantes políticos de los ciudadanos quienes deben decidir como ha de organizarse el ingreso en la carrera judicial. Aunque, eso sí, es muy conveniente que cualquier decisión sobre el tema se tome tras un amplio debate social en el que se oigan diversas voces, entre otras, las de los propios jueces.

Finalmente, la intervención del Ministro, en tanto pone en relación la formación universitaria con el acceso a la carrera judicial, suscita la cuestión de si la oposición debe ser reformada a la vista de los cambios que provocará la implantación del Espacio Europeo de Formación Superior.

Como es sabido, en junio de 1999 los ministros de educación de 29 países europeos se reunieron en la ciudad de Bolonia y aprobaron una declaración que fue el punto de partida de un proceso de convergencia, cuyos hitos principales fueron la reunión de Salamanca de 2001 y las de Praga y Berlín de 2003, y cuya finalidad no es otra que la creación de un Espacio Europeo de Educación Superior que ha de estar operativo en 2010.

El objetivo prioritario de la declaración del EEES es armonizar los sistemas universitarios europeos con el fin de que todos ellos tengan una estructura homogénea de títulos de grado y postgrado, una misma valoración de la carga lectiva de los estudios, cargas, asignaturas, calificaciones, y una estructura de titulaciones y formación continua adecuada para todos los Estados miembros.

La inminencia e importancia de estos cambios parece que hará imposible la persistencia de la separación, tradicional en nuestro país, entre los estudios universitarios y la preparación de la oposición. Quizás venga por esa vía una solución al atolladero en que nos hallamos: la intuición de que hay que cambiar la oposición y la falta de alternativas concretas y viables a la actual forma de oposición. Quizás, como ha ocurrido en otros ámbitos como la consolidación de la democracia o la modernización de la economía, la solución al acceso a la carrera judicial venga, también, de Europa.

Pero esta exposición no ha de versar sobre la oposición sino sobre la formación inicial de los jueces y de sus eventuales reformas y ello entraña un cierto margen de incertidumbre derivado de las interrogantes que pesan sobre la futura configuración de la oposición. Evidentemente, la enseñanza en la Escuela Judicial ha de estar en función e íntimamente relacionada con lo que se exija en las pruebas de acceso. El perfil que presenten quienes ingresan en la Escuela Judicial, sus conocimientos y habilidades, pero también sus lagunas y deficiencias, han de ser tomadas en consideración a la hora de construir los planes docentes.

Ahora bien, en este primer momento sí quisiera hacer referencia a un argumento, en mi opinión, erróneo, que últimamente se ha extendido para justificar la pervivencia de la oposición en su forma tradicional.

Los sectores más conservadores de la carrera judicial han pasado de una actitud hostil a la Escuela Judicial en sus primeros años de existencia, a un discurso en el que se ve la formación inicial en dicho centro como elemento complementario y compensatorio de eventuales disfunciones de la oposición. Se trata de una evolución positiva, pero no suficiente. Así es frecuente oír hoy de nuestros compañeros que, aunque es cierto que la oposición es memorística y teórica, ello no supone un problema en sí mismo ya que para compensar estos defectos se cuenta con la formación inicial en la escuela judicial. Se ha llegado a decir que el acceso a la carrera judicial se compone de dos elementos yuxtapuestos sobre los que existiría un consenso, no sé si expreso o tácito: El elemento «tradicional» sería la oposición y el elemento «progresista» sería la Escuela Judicial.

No sé como se puede etiquetar y simplificar de esta manera tan caricaturesca el proceso de ingreso en la carrera judicial. No sé por qué razón ha de considerarse la oposición como algo carca —cuando, como antes se ha dicho, fue introducida en nuestro país como consecuencia de «La Gloriosa», la revolución burguesa y progresista por excelencia de nuestro siglo XIX— ni por qué motivo ha de entenderse la Escuela Judicial como progresista, cuando fue creada en nuestra inmediata posguerra para garantizar la fidelidad ideológica de la judicatura al régimen franquista.

Recuerdo una conversación con el anterior Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial y Presidente de la Comisión de Escuela cuando, en un momento, sin duda, de irritación por la presión continua que sufría la Escuela por parte de sectores conservadores de la judicatura le comenté «no sé por qué la derecha judicial tiene tanta manía a la Escuela», a lo que él me contestó, «y yo no sé por qué a los de izquierdas os gusta tanto».

Pero, con independencia de etiquetas y supuestos consensos, creo que es importante resaltar que la coherencia de un diseño de acceso a cualquier profesión exige que cada una de las fases que lo integran guarden entre sí la adecuada correlación. No es admisible hacer un derroche de esfuerzo en un determinado sentido en una concreta fase formativa para, después, hacer otro esfuerzo en sentido contrario, en la fase siguiente, en orden a corregir las deficiencias ocasionadas en el tramo anterior enfocado hacia aspectos que nada tienen que ver con el objetivo final. Con ello

quiere decirse que el proceso de selección de jueces debe estar orientado, todo él, en la misma dirección, esto es, conseguir buenos jueces. En consecuencia no es admisible establecer una fase de preparación de la oposición que no tiene interés formativo directo para los jueces para, a continuación, instaurar una fase distinta que reorienta al candidato hacia los conocimientos y habilidades necesarios para el ejercicio de la jurisdicción. Por ello, tanto la preparación de la oposición como la formación inicial, han de estar orientadas en un mismo sentido hacia la consecución del fin propio del proceso selectivo, sin desviaciones inútiles que pueden no tener más efecto que el de hacer el ingreso extremadamente difícil, pero sin relación con las exigencias reales del correcto ejercicio de la función de juzgar.

En definitiva, la formación inicial en la Escuela Judicial será realmente útil y provechosa si los que ingresan en ella están bien seleccionados, si la selección se ha hecho con base en criterios que detecten a quienes pueden llegar a ser buenos jueces, no solo conocedores del temario. Así, si en la formación inicial se va a insistir en el método del caso, podrá llegarse mucho más lejos en él si quienes acceden a la Escuela ya están acostumbrados, por su formación anterior, a esta metodología, si están habituados a analizar y sintetizar los hechos, a abordar el derecho desde un supuesto concreto y no solo de modo abstracto como conjunto de normas, si saben discutir en grupo, si no tienen miedo a reflexionar por su cuenta.

## **EL MÉTODO DEL CASO**

Y llegamos así al núcleo de mi intervención: reformas y propuestas de mejora en la formación inicial de los jueces. Y empezamos por lo que durante la época en que fui director de la Escuela Judicial fue mi obsesión: la profundización en el método del caso.

En efecto, aunque los planes docentes de formación inicial, desde 1999 y sin interrupción, insisten en explicar que el método del caso es el propio de la docencia ordinaria en la Escuela Judicial, lo cierto es que todavía no se ha avanzado suficientemente en su aplicación y no se han extraído del método del caso todas las posibilidades que esta técnica pedagógica ofrece.

Las derivas de los profesores hacia las lecciones magistrales no son infrecuentes, es difícil a veces conseguir que los alumnos estudien el caso antes de clase, sin lo cual la discusión no puede ser enriquecedora, y es arduo estimular sus intervenciones acostumbrados como están a un rol de alumno oyente caracterizado por la pasividad o a un papel de opositor dominado por el automatismo.

Insistir en el método del caso y, en concreto, en una buena formación de formadores en dicho método para los profesores de la Escuela Judicial no sobra nunca.

Además es necesario potenciar en la Escuela Judicial dinámicas de trabajo en grupo de los profesores ordinarios que les ayuden a explotar las posibilidades del método del caso: La preparación conjunta de los casos, la identificación de los puntos que merecen especial atención, la manera de conducir la discusión en clase. Y, después, la reflexión también conjunta de los profesores ordinarios de la misma área sobre el modo en que se ha desarrollado el estudio del caso y el archivo de éste con todos los materiales complementarios y notas del profesor en un banco de datos de manera que pueda ser utilizado en el futuro aprovechando la experiencia acumulada.

Este sería el verdadero capital docente, el *know how* de la Escuela Judicial.

## **EL PROFESORADO**

Todo esto enlaza con la importancia del papel que tienen los profesores ordinarios en la formación inicial de los jueces. El profesor ordinario del área de instrucción o del de primera instancia ha de ser un referente para los alumnos de la Escuela Judicial.

Éstos habrán tenido muchos profesores a lo largo de su vida pero este sea, probablemente, el primero que, además, es juez y que asume la tarea de ser su primer introductor en su vida profesional.

La selección de los profesores no puede ser arbitraria, ni ha de estar sujeta al puro juego de la mayoría y minoría del Consejo General del Poder Judicial. La opinión del Director ha de ser tomada en consideración pues una de sus responsabilidades es la cohesión del equipo de profesores como condición de la calidad de la docencia que impartan.

El perfil ideal de profesor ordinario es un juez o jueza con unos diez años de experiencia y con una cierta capacidad pedagógica. El apoyo de los compañeros, el método del caso y el propio funcionamiento de la Escuela Judicial suplen las deficiencias que pudieran derivarse de la circunstancia de que este juez-profesor o jueza-profesora no sea un profesional de la educación.

El trabajo del profesor ordinario en la Escuela Judicial es duro y personalmente expuesto. Los horarios son de mañana y tarde, el contacto con los alumnos no se limita a las horas de clase, la evaluación discriminatoria es difícil. Además, el profesor ordinario está sometido al escrutinio de toda la promoción de alumnos e incluso a la valoración orgánica de su docencia con un *test* anual de calidad que es remitido a la Comisión de Escuela del Consejo General del Poder Judicial.

Estas dificultades y el esfuerzo especial que le es requerido producen, generalmente, su fruto: El profesor ordinario consigue la confianza de los alumnos. Por ello, la implicación de los profesores ordinarios en las actividades de la Escuela Judicial de formato no estrictamente académico —talleres, debates, cine-fórum— atribuye a éstas un innegable valor añadido y se hace indispensable para que los propios alumnos las valoren.

La ubicación de la Escuela Judicial y las dificultades de la docencia a las que antes se ha aludido aconsejan que los profesores ordinarios reciban un sueldo algo más alto que el que les correspondería por su condición de magistrados. En caso contrario será difícil contar con buenos profesores que no residan en Barcelona y sus alrededores.

Es necesario regular en detalle el estatuto del profesor ordinario en el que se tengan en cuenta estas y otras especificidades de su función, bien diferenciadas de las de Letrado del Consejo General del Poder Judicial.

## LA EVALUACIÓN

La evaluación continúa siendo el punto conflictivo por excelencia de la formación inicial dado que la nota obtenida en la Escuela hace promedio con la de la oposición y puede alterar sustancialmente el orden del escalafón, lo que es vivido de modo trágico por los alumnos que, imbuidos de la cultura de la oposición, tienden a concebir ésta, quizás por el hecho de haberla superado recientemente, como única fase legítimamente selectiva.

A pesar de los avances que se han producido en esta materia, de unos primeros tiempos en los que la evaluación no se hacía pública hasta el final del período de formación inicial, pasando por una fase de publicidad de las notas de todos los ejercicios, hasta la actual situación en que éstos se hacen en igualdad de condiciones para todos los alumnos, lo cierto es que la función evaluadora y, en su caso, selectiva, que la ley atribuye a la formación inicial en la Escuela Judicial, no es operativa en la práctica. El mínimo cambio en el escalafón, derivado de la nota obtenida en la formación inicial sigue siendo considerado como arbitrario y, lo que es más grave, ilegítimo.

Por ello se hace necesario pensar en alternativas, como por ejemplo, que se encomiende la evaluación final, en parte, a una instancia ajena al claustro de profesores. En efecto, al final del período de formación inicial se podría celebrar un ejercicio consistente en la resolución de un caso civil y otro penal, prueba que sería corregida por una

autoridad externa a la Escuela Judicial, por ejemplo, el mismo tribunal de oposición u otro formado de manera análoga. La nota final de la formación inicial sería, en parte, la obtenida a lo largo del curso y, en parte, la conseguida en esta prueba final.

El ubicar la evaluación, al menos parcialmente, fuera del ámbito de la Escuela Judicial, contribuiría a destensar toda la formación inicial y a que los alumnos concibiesen a los profesores ordinarios como aquellas personas cualificadas que les ayudarían a superar una prueba que no depende de los mismos profesores. Los alumnos y los profesores estarían, de algún modo, en el mismo lado de la barrera y se crearían los lazos de complicidad que tanto ayudan al desempeño de tareas educativas.

Este sistema de evaluación final parcialmente externa es el que rige, por ejemplo, en la *École Nationale de la Magistrature*.

## LA FORMACIÓN EN VALORES

Si la independencia, la imparcialidad, la vinculación a la ley, la motivación de las resoluciones y la integridad personal son valores esenciales para el ejercicio de la jurisdicción, ¿puede enseñarse un valor?, ¿puede aprenderse una virtud judicial?

Cuando nuestros colegas franceses explican lo que entienden por formación del juez distinguen tres niveles: conocer, hacer y ser (*connaître, faire et être*). En el mismo sentido, en nuestro país, el profesor Pérez Lledó alude a tres finalidades en lo que debe ser la formación de buenos profesionales del derecho, cada una de ellas correspondiente a un nivel educativo distinto: «finalidad cognoscitiva (*enseñanza* de conocimientos), práctica (*capacitación* argumentativa) y crítica (*educación* en fines y valores)»<sup>1</sup>.

Pues bien, la formación en los principios de independencia, imparcialidad, vinculación a la ley, motivación de las decisiones e integridad personal caen de lleno en el tercero de estos niveles, es decir, sería parte de la manera de ser de juez, incluida en la educación en fines y valores.

Se trata del nivel formativo que presenta mayores retos por la dificultad de establecer unos contenidos y por la necesidad de evitar cualquier sospecha de manipulación ideológica. Por ello, la formación en los valores constitucionales como principios rectores de la actuación del juez ha de concentrarse en las últimas fases formativas, en las que la tensión generada por la evaluación se ha amortiguado ya y en las que la formación ya adquirida por el futuro juez le proporciona un alto grado de autosuficiencia y, por tanto, una visión crítica, y le pone a salvo de eventuales visiones sesgadas que pudieran ofrecérsele.

El consenso que requiere siempre la formación del juez se hace, si cabe, más necesario, cuando se trata de la educación en fines y valores. Por ello la Escuela Judicial debe actuar en este ámbito con el pleno respaldo formal del Consejo General del Poder Judicial y con el mayor apoyo informal posible (en este ámbito quizás más importante que el primero), de la Carrera Judicial, de las Asociaciones Judiciales y de la Sociedad.

Si dividimos la formación del juez en tres etapas, oposición, formación presencial en la Escuela Judicial y período de formación práctica en los juzgados, es en esta última en la que el futuro juez puede tener la mayor percepción directa de las implicaciones no ya técnicas, sino humanas, de ser juez, de cómo se relaciona éste con los fiscales, abogados, procuradores y funcionarios, guardando las necesarias distancias, pero también la cortesía; de cómo actúa en juicio respetando la dignidad de los que intervienen en él; de cómo dirige las declaraciones testimoniales tratando de que afloren los datos que puedan beneficiar a una u otra parte; de cómo afronta sin prejuicios la redacción de una sentencia y de cómo pondera las consecuencias de ésta en la vida de las personas directamente afectadas y en el contexto social.

---

<sup>1</sup> Pérez Lledó, Juan A. *La enseñanza del Derecho. Dos modelos y una propuesta*. Ed. de F. Laporta. Universidad Autónoma de Madrid 2002, pág. 41.

Esta etapa de prácticas tuteladas, de aproximación a las tareas del juez, es una oportunidad insustituible para aprehender los valores propios del ejercicio de la función jurisdiccional.

La impronta que deja en el juez en prácticas esta inmersión en la cotidianeidad de la jurisdicción es, en general, muy significativa. Por primera vez, quien ha dedicado años a prepararse para ser juez ve en primera línea e incluso colaborando con él, como actúa un juez de verdad, y eso puede dejar en él mayor huella que muchas horas lectivas de formación inicial o muchos días de preparación de temas de la oposición.

Por eso es tan importante que se seleccionen jueces tutores de gran calidad profesional, y por eso debe instaurarse un sistema de selección de tutores que permita a la Escuela Judicial un cierto margen de apreciación, que no opere, como ocurre ahora, con criterios de mera antigüedad en virtud de los cuales se empareja al alumno mejor colocado en la puntuación de la oposición con el juez más antiguo en el escalafón. La Escuela Judicial acumula ya experiencia sobre tutores que han funcionado bien y otros que no lo han hecho, y esta información debe ser tenida en cuenta para ir seleccionando solamente a los mejores.

La formación en el terreno tiene, como decimos, una enorme fuerza mimética. El futuro juez incorporará a su manera de ejercer prácticas profesionales que habrá observado en el juez tutor. Pero si no adoptamos una actitud conformista y creemos que debe avanzarse en la implantación de los valores constitucionales en nuestra cultura jurídica, es obvio que algún tipo de actividad sobre estos principios ha de llevarse a cabo en anteriores etapas formativas.

Es más, es muy posible que no todo lo que verá el juez en prácticas en el órgano jurisdiccional en el que desempeñe sus funciones sea positivo. La formación adquirida en anteriores etapas será lo que le permita un distanciamiento crítico y lo que evitará que esas eventuales malas prácticas queden incorporadas a su acervo profesional.

Por ello, el programa de formación inicial de jueces para el período de permanencia en la Escuela Judicial en Barcelona, debe reservar, siempre, una parte a la reflexión. El curso de ética judicial, los talleres como el que se llamó «de la Justicia y de los Jueces» o actividades como la de «Cine Club», pretendieron fomentar la reflexión sobre el sentido de la justicia y dar a los futuros jueces un bagaje que les permitiese, en definitiva, justificarse ante sí mismos, explicarse las razones de su función.

Pero la formación sobre fines y valores no se concentra solo en las actividades especialmente dirigidas a la reflexión sino que impregna otras muchas. Así, las simulaciones, los talleres sobre dirección de actos orales, y el mismo estudio de casos, dirigidos, en principio y principalmente, a enseñar la manera de hacer del juez, a la capacitación en la argumentación, en terminología de Pérez Lledó, incorporan necesariamente elementos de la formación en fines y valores: ¿Cómo ha de reaccionar el juez ante una situación imprevista surgida en la Sala de Vistas? ¿Cómo resolver un caso de modo congruente y, a la vez, justo? ¿Debe el juez mostrarse afectuoso ante la víctima? ¿Qué actitud tomar ante un detenido poco respetuoso con el juez?

Tampoco la formación en valores constitucionales está ausente en la fase de estudio de la oposición en la que predomina la adquisición de conocimientos. Solo el juez que posee un alto nivel jurídico se halla en una posición intelectualmente adecuada para hacer una valoración imparcial de los argumentos utilizados por las partes y para poder ofrecer razonamientos jurídicos propios con pleno respeto de los principios rectores del proceso. La buena preparación técnico-jurídica constituye un requisito de imparcialidad, especialmente en un contexto de creciente desarrollo de los grandes despachos de abogados o *legal firms* con un alto grado de preparación y especialización de sus letrados.

Las anteriores consideraciones convergen en un proceso de selección y formación de jueces en tres niveles: conocimientos, argumentación jurídica y valores constitucionales del juez, en un esquema en el que los conocimientos, que posibilitan el ejercicio imparcial de la jurisdicción, se adquirirían, básicamente, en la etapa de preparación de la oposición, la capacitación en la argumentación se proporcionaría en la fase de

formación inicial presencial en la Escuela Judicial en Barcelona y la formación en los valores constitucionales del juez en la fase de práctica jurisdiccional. Obviamente, no se trataría de compartimentos estancos sino que también en el período de preparación de la oposición, centrado en la adquisición de conocimientos, se incidiría en la argumentación introduciendo, por ejemplo, entre los ejercicios de la oposición, una prueba escrita consistente en la resolución de un caso práctico, y se incluiría el estudio de los valores constitucionales del juez configurando adecuadamente la parte del temario sobre derecho constitucional y teoría general del derecho. En el período de formación inicial en la Escuela Judicial de Barcelona se insistiría, sobre todo, en la argumentación, pero también se adquirirían conocimientos más directamente vinculados a la práctica de la jurisdicción, incluyendo los complementarios (medicina legal, psicología forense, economía y contabilidad) e instrumentales (idiomas españoles y extranjeros, informática), y se educaría en los valores constituciones que han de regir la actuación del juez. Y en la fase de prácticas jurisdiccionales se interiorizarían estos valores al poder experimentar el futuro juez como operan en la práctica, pero continuaría la formación en argumentación y en conocimientos, cada vez más concretos, más focalizados en el oficio del juez.

## **LA URGENTE REFORMA DEL ARTÍCULO 307 DE LA LOPJ: LA DURACIÓN DE LA FORMACIÓN INICIAL Y LA AUTONOMÍA FUNCIONAL DE LA ESCUELA JUDICIAL.**

El actual artículo 307.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la reforma de 2003 permite que el período de formación inicial pueda ser, tan solo, de 12 meses, el más bajo de todos los países de Europa Occidental.

Se trata de un punto que merece una inmediata reforma, especialmente si, como consecuencia del aligeramiento de la oposición se va a reforzar la formación inicial.

La Escuela Judicial se configura legalmente como un órgano técnico del Consejo General del Poder Judicial, totalmente dependiente de éste (art. 307.1 de la LOPJ).

Resulta, cuanto menos paradójico que el Centro de Estudios Jurídicos, al ser un organismo autónomo del Ministerio de Justicia, tenga más autonomía respecto de éste que la Escuela Judicial respecto del Consejo General del Poder Judicial.

En la actual situación cada actividad de la Escuela Judicial y su correspondiente presupuesto han de ser aprobados por la Comisión de Escuela Judicial, la Comisión Permanente o el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, con los efectos paralizantes que esta dependencia extrema puede tener.

No es admisible el funcionamiento cotidiano de la Escuela Judicial se vea directamente afectado por las tensiones o desacuerdos en el Consejo General del Poder Judicial.

Por ello debe atribuirse a la Escuela mayor autonomía funcional y pedagógica sin perjuicio de que el director deba anualmente rendir cuentas al Consejo General del Poder Judicial de su gestión, de la marcha de la Escuela y del gasto realizado.

Igualmente sería aconsejable que el mandato del Director tuviese un plazo pre-determinado de duración, por ejemplo, de cinco años, como ocurre con los cargos gubernativos en la carrera judicial. La actual configuración de su nombramiento como de pura confianza, dependiente de que en cualquier momento el Consejo pueda retirársela no contribuye, precisamente, a reforzar la autonomía funcional y pedagógica de la Escuela Judicial.

## **PROPUESTAS DE MEJORA DE LA FORMACIÓN INICIAL EN LA ESCUELA JUDICIAL**

- Profundizar en la utilización del método del caso como pedagogía propia de la docencia ordinaria en la Escuela Judicial.

- Aprobar un Estatuto de Profesor Ordinario de la Escuela Judicial con un salario que permita que puedan optar a una plaza magistrados de toda la geografía española.
- Ubicar la evaluación de los alumnos en formación inicial en una instancia externa a la Escuela Judicial, distinta del claustro de profesores, al menos parcialmente.
- Dedicar una parte importante del plan docente a la reflexión, a la formación en los valores constitucionales del juez.
- Incrementar el seguimiento de la fase de prácticas tuteladas garantizando la vinculación de los tutores a la Escuela Judicial y permitiendo a ésta que los seleccione sin atenerse a estrictos criterios escalafonales.
- Reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial para incrementar el tiempo mínimo de duración del período de formación inicial.
- Dotar a la Escuela Judicial de autonomía funcional y pedagógica sin perjuicio de la responsabilidad del Director ante el Consejo General del Poder Judicial.



## Gustavo Zagrebelsky, juez constitucional

Miguel CARBONELL

No es frecuente que, fuera del ámbito del derecho anglosajón, los más altos funcionarios judiciales escriban sobre su experiencia práctica en la impartición de justicia. En Estados Unidos la biografía judicial (o la autobiografía) es casi un género literario por sí mismo. Son muy conocidas las biografías de los jueces más renombrados de su historia, como John Marshall, Oliver Wendell Holmes, Hugo Black, William O. Douglas, Earl Warren, Felix Frankfurter, William Brennan, Harry Blackmun o Sandra Day O' Connor. No existe nada parecido a eso en el derecho de los países latinos. No lo hay en Italia, ni en Francia, Alemania, España o en América Latina.

Por eso debe saludarse el hecho de que Gustavo Zagrebelsky, el eminente juez de la Corte Constitucional italiana y uno de los teóricos más influyentes del movimiento neoconstitucionalista, haya publicado un pequeño libro de reflexiones a partir de su desempeño en la judicatura<sup>1</sup>. No se trata de una autobiografía, sino de la exposición de sus percepciones sobre el papel del juez y el lugar de las cortes constitucionales dentro de los sistemas democráticos. El libro tiene por objeto, en palabras del autor, ofrecer a los lectores «el recuerdo de una experiencia que he tenido la fortuna de vivir junto a los colegas con los que he compartido el trabajo y la fatiga, las jornadas y las tensiones de nueve años».

Llama la atención Zagrebelsky sobre un hecho que acontece no solamente en Italia, sino en casi todos los países de la tradición romano-germánica: pese a la importante posición institucional que tiene la Corte Constitucional en Italia, es una de las instituciones menos conocidas por los ciudadanos. Lo mismo sucede en México con nuestra Corte Suprema, cuyos integrantes son desconocidos para gran parte de la opinión pública nacional, pese a que todos los días toman decisiones vitales sobre nuestros derechos fundamentales o sobre la configuración presente y futura de la democracia mexicana.

También apunta nuestro autor la aparente paradoja de que la función de la Corte es política, pero no pertenece a la política; tiene mucho que ver con la democracia, pero no deriva de ella. Esto en parte es así debido a que la Corte tiene por misión fundamental aplicar la Constitución, que es una norma que contiene todo aquello que no está sujeto a votación alguna. O mejor dicho, la Constitución contiene todo sobre lo que ya no se vota, porque «ha sido votado de una vez por todas en su origen». La Constitución se sitúa (debe situarse) por encima de la batalla política cotidiana. No puede ser convertida en rehén de ningún partido político y de ningún programa de gobierno. La Constitución configura y supone un patrimonio cultural que debe ser compartido por todos.

Zagrebelsky apunta que la principal función de un texto constitucional es «fijar los presupuestos de la convivencia, es decir, los principios sustanciales de la vida común y las reglas del ejercicio del poder público aceptados por todos, situados por ello fuera, incluso por encima, de la batalla política...» La Constitución fija en primer lugar

---

<sup>1</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2008, 109 págs.

el *pactum societatis*, con el cual se acuerdan las condiciones de la convivencia, en ese recíproco respeto que protege del conflicto extremo, es decir, de la guerra civil».

En el ejercicio de la función jurisdiccional que tiene por objeto el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos de los poderes públicos se da una paradoja adicional que es discutida por Zagrebelsky en su libro. La Constitución contiene aquello sobre lo que no se vota, pero los jueces la interpretan y la aplican votando a su vez. ¿Se trata de una contradicción?, se pregunta el autor.

Y eso da pie para que nos explique una de las varias cuestiones llamativas o curiosas del funcionamiento de la Corte Constitucional italiana. Los trabajos de sus magistrados son secretos, en el sentido de que no hay audiencias públicas y de que las deliberaciones son a puerta cerrada. Además, a diferencia de la casi totalidad de cortes constitucionales del mundo, no existe la figura de los votos particulares. Todas las decisiones se toman por el cuerpo colegiado como tal, sin que exista la posibilidad de que un magistrado exprese razones concurrentes o disidentes sobre el sentido del fallo.

Zagrebelsky justifica esta peculiaridad aduciendo que de esa forma se proyecta hacia fuera un fuerte sentido de unidad del Tribunal. Además, de esa manera se protege la colegialidad de los trabajos de los magistrados en el interior de la Corte, ya que saben que no tienen cada uno de ellos voz propia, sino que deben necesariamente hablar como Tribunal: «mientras que en otros países los jueces constitucionales están dotados de personalidad propia e individualidad institucional, en Italia los jueces constitucionales —a los que se reconoce la más plena subjetividad dentro del colegio— no son nada fuera del Tribunal. Sólo existen como parte del Tribunal... El carácter colegial y unitario del Tribunal asume un particular significado por la ausencia de votos particulares... La razón más profunda hay que buscarla en la exigencia de unidad: uno de los tantos valores de la colegialidad».

Un observador externo, al leer esta justificación, no puede dejar de preguntarse si un tribunal constitucional gana o pierde al no permitirles a sus integrantes expresar desacuerdos o líneas de justificación distintas a las que ofrece la mayoría. La historia nos ofrece abundantes ejemplos en los que se acredita la certera caracterización de Peter Häberle, según la cual los votos disidentes son la jurisprudencia constitucional (alternativa) del futuro.

¿Qué destino le habría esperado a la libertad de expresión sin los atinados votos particulares de Oliver Wendell Holmes en los primeros años del siglo pasado? ¿Qué habría sido de la Corte de los Estados Unidos sin la disidencia liberal de John Paul Stevens o de William Brennan en la sofocante atmósfera conservadora de las Cortes presididas por Rehnquist y Roberts?<sup>2</sup> ¿Qué papel habría jugado el Tribunal Constitucional español sin la permanente llamada al orden que supusieron, en sus primeros años de existencia, los cientos de votos particulares, magistrales todos, de Francisco Rubio Llorente?<sup>3</sup> ¿Cómo podríamos entender hoy en día el papel de la Suprema Corte de México sin tener acceso y registro de los votos disidentes, que también deben sumar centenares ya, del ministro José Ramón Cossío, que en tantos temas ha sido un adelantado al criterio de sus colegas?<sup>4</sup> Puede ser que el esquema de hablar con una sola voz haya funcionado en Italia, pero seguramente no se trata de un ejemplo a seguir.

Nos advierte también Zagrebelsky sobre la permanente tentación que tienen algunos jueces constitucionales para abandonar «subrepticamente» ciertos precedentes, sin poner de manifiesto que lo están haciendo y sin ofrecer argumentos que justifiquen

---

<sup>2</sup> Algunos de los más grandes y polémicos votos disidentes en la historia de la Corte estadounidense pueden encontrarse en Tushnet, Mark, *I dissent. Great opposing opinions in landmark Supreme Court cases*, Beacon Press, Boston, 2008.

<sup>3</sup> Ver Bravo Gala, Pedro, «Algunas consideraciones obvias acerca de la actividad jurisdiccional del profesor Rubio Llorente» en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, 2002, tomo II, páginas 1889 y siguientes.

<sup>4</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *Votos*, Universidad de Colima, Editorial Laguna, México, 2006.

el nuevo criterio. Reconoce el autor que «las contradicciones jurisprudenciales no favorecen la reputación del Tribunal», pero también señala que la autoridad del propio Tribunal se ve fortalecida cuando un cambio de criterio se adopta expresamente, sin intentar enmascararlo a través «de un uso no objetivo de los precedentes, como si se avergonzase de lo que hace». Esta advertencia es muy importante, ya que conocemos ejemplos en muchos países de verdaderos *revirements* jurisprudenciales que no se asumen como tales. Algunos jueces deciden abandonar el pasado sin enfrentarse directamente. Quieren crear nueva jurisprudencia metiendo los criterios renovados por la puerta de atrás de las sentencias. Tenemos ejemplos recientes de esta actitud poco ética en Estados Unidos<sup>5</sup> y en México.

Hay que ser claros en este punto: desde luego que un juez puede cambiar de opinión, incluso un juez del más alto tribunal de un país, un juez que trabaja sobre temas de enorme importancia y cuyas decisiones deben ser calibradas y pensadas hasta el más mínimo detalle. Pero si va a llevar a cabo ese cambio de criterio, debe hacerlo de forma expresa: primero reconociendo que está abandonando un precedente y luego ofreciendo razones que justifiquen, que den fundamento a la nueva interpretación.

Zagrebelsky destaca también en su libro la necesidad de que los jueces constitucionales sean independientes de sí mismos. Se trata de un tema poco explorado, pero sobre el que vale la pena detenerse. Nuestro autor nos recuerda que los jueces constitucionales son hombres y mujeres comunes y corrientes: «No hay nada que diferencie a los jueces del resto de los mortales». Pero en el desempeño del cargo deben asumir una actitud que no tienen todas las demás personas: deben ser fieles a la Constitución, de tal suerte que el texto constitucional pase a formar parte de sus hábitos mentales y morales.

Nos recuerda Zagrebelsky el caso de un famoso juez de la Corte estadounidense, Felix Frankfurter, quien fue el redactor de la sentencia del caso *Gobitis*, de acuerdo con la cual se permitía sancionar a los niños que no saludaran a la bandera por motivos religiosos. La decisión del caso *Gobitis* desató una ola de ataques contra miembros de los Testigos de Jehová y varios de sus lugares de reunión fueron quemados; en el rechazo a esa violencia y al sentido del fallo, la sociedad norteamericana tomó muy en cuenta la actitud de Hitler manipulando al pueblo alemán para que adorara a su bandera y a los símbolos nazis. La Corte cambió de criterio poco tiempo después, en la sentencia del caso *Barnette*, redactada por el más elocuente juez en toda la historia de la Corte, Robert H. Jackson, quien escribió pasajes verdaderamente memorables en su resolución<sup>6</sup>. Frankfurter escribió entonces un poderoso voto disidente en el que ponía de manifiesto su religión judía y el carácter de perseguidos históricos de sus miembros; sin embargo, aseguraba, sus propios sentimientos no podían ponerse por encima de sus deberes como juez constitucional.

Frankfurter afirmó en su voto: «Nunca se insistirá bastante en esta idea: cuando se ejercen funciones jurisdiccionales, se deben dejar aparte las propias opiniones sobre las virtudes o los vicios de una determinada ley. La única cosa que debe tomarse en consideración es si el legislador pudo razonablemente dictar tal ley»<sup>7</sup>. Es un recordatorio que deberían leer muchos jueces constitucionales, todos los días. Lo que nos

---

<sup>5</sup> Ronald Dworkin ha analizado y criticado esta actitud por algunos de los integrantes de la Corte Roberts en Estados Unidos; ver su libro *The Supreme Court phalanx. The court's new right-wing bloc*, New York review books, Nueva York, 2008.

<sup>6</sup> En esa sentencia Jackson puso frases como las siguientes: «Quienes comienzan por eliminar por la fuerza la discrepancia terminan pronto por eliminar a los discrepantes. La unificación obligatoria del pensamiento y de la opinión sólo obtiene unanimidad en los cementerios... El poder público es el que debe ser controlado por la opinión de los ciudadanos, y no al contrario... Si hay alguna estrella inamovible en nuestra constelación constitucional es que ninguna autoridad pública, tenga la jerarquía que tenga, puede prescribir lo que sea ortodoxo en política, religión, nacionalismo u otros posibles ámbitos de la opinión de los ciudadanos, ni obligarles a manifestar su fe o creencia en dicha ortodoxia, ya sea de palabra o con gestos. No se nos alcanza ninguna circunstancia que pueda ser considerada una excepción a esta regla».

<sup>7</sup> Los pasajes más interesantes de la sentencia y del voto particular de Frankfurter puede verse en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, BOE, 2005, páginas 255-262.

dice Frankfurter es que un juez constitucional no está en el cargo para expresar opiniones propias, ni para verter sus prejuicios ideológicos y religiosos en las sentencias que dicta, sino para aplicar la Constitución, que representa su único parámetro de legitimidad y su única fuente de regulación. Nada más que la Constitución puede inspirar sus actos y guiar sus criterios jurídicos.

Zagrebelsky apunta también que la independencia frente a sí mismo debe ser observada cuando un juez cae en la tentación de hacer que sus posturas doctrinales, previamente expresadas en conferencias, artículos o libros, se vuelvan las posturas del Tribunal. Es una advertencia que tiene sentido y que nos recuerda, como lo señala también el autor, que el origen profesional de los jueces (como jueces inferiores, catedráticos destacados, funcionarios públicos), no debe marcar su trayectoria jurisdiccional posterior. Todos los jueces superiores tienen un origen muy claro, pero «¿se puede decir que están en el Tribunal para representar a las categorías profesionales de las que provienen? Ciertamente no». Su tarea en el Tribunal ni siquiera consiste en representarse a sí mismos.

Finalmente, Zagrebelsky cierra su ensayo recordando que los jueces constitucionales no deben estar atados a lo que les dicte la opinión pública. A lo mejor a veces, muchas veces incluso, deben tomar decisiones impopulares. No deben ceder frente a ningún tipo de presión, una vez que estén convencidos de que están aplicando correctamente el texto de la Constitución. Escribe Zagrebelsky: «Si cedieran a la tentación de recurrir al consenso popular, no sólo traicionarían completamente su función sino que se dejarían seducir por cantos de sirena que los conducirían al desastre». Y nos recuerda una cita bíblica que justifica tal advertencia: «No seguirás a la mayoría para hacer el mal» (*Éxodo, 23, 2*).

Los jueces constitucionales deben militar en el «partido de la Constitución», el cual se ubica más allá de los partidos políticos. Su ánimo debe estar guiado solamente, todos los días y en todo momento, por la «voluntad de Constitución», por un compromiso personal indeclinable de hacer valer en la realidad, frente a todo y frente a todos, lo que ordena la Constitución.

En nuestros días existe un compromiso importante de observar la «obligación de alimentar el deseo de Constitución y de saciarnos»; una obligación que «alcanza a todos», pero que se refiere «en primer lugar a los jueces constitucionales». ¿Cómo hacerlo?, se pregunta Zagrebelsky: «a través de la jurisprudencia, una jurisprudencia que no se contemple a sí misma, que sepa hablar con claridad y en general, que no tema proclamar netamente los principios esenciales que la sostienen y argumentar su importancia en la vida civil, para convertirse así en fuerza viva de la historia y de la cultura constitucional». Esa es la jurisprudencia que aspiramos a tener en México y en buena parte de América Latina. Lo complicado es que tendremos que llegar a ella sin poder contar con la fortuna de tener jueces constitucionales como Gustavo Zagrebelsky.

# La formación de los magistrados en Italia: líneas maestras y objetivos formativos. Perspectivas de derecho comparado\*

Antonio BALSAMO

## I. LAS SUCESIVAS VICISITUDES DEL PROYECTO DE CREACIÓN DE LA ESCUELA SUPERIOR DE LA MAGISTRATURA

Esperada largamente y anunciada en su momento —catorce años antes— «de forma experimental» por medio del convenio suscrito el día 23 de septiembre de 1993 entre el Consejo Superior de la Magistratura (en adelante, CSM) y el Ministerio de Justicia, la creación de la Escuela Superior de la Magistratura ha sido sancionada ahora por el Decreto Legislativo nº 26, de 30 de enero de 2006, modificado en algunos puntos relevantes por la Ley nº 111, de 30 de julio de 2007.

Durante muchos años la creación de la Escuela de la Magistratura ha representado un objetivo compartido por la magistratura asociada, el CSM y gran parte del mundo político<sup>1</sup>. Sin embargo, este amplio consenso se ha roto cuando se ha tratado de valorar las opciones realizadas en el marco de la reforma global del ordenamiento judicial aprobada en la anterior legislatura.

El modelo de Escuela de la Magistratura que surgió del Decreto Legislativo nº 26/2006, en su planteamiento original, además de generar sólidas dudas de constitucionalidad<sup>2</sup>, fue destacado por presentar algunos puntos problemáticos, susceptibles de hipotecar gravemente el futuro de la formación<sup>3</sup>. Según algunas valoraciones críticas, la nueva estructura parecía atenazada, esencialmente, por los siguientes riesgos<sup>4</sup>:

a) La involución hacia una formación «cerrada» (al mundo extrajurídico, a la abogacía y a las relaciones con las demás instituciones culturales), destinada únicamente a producir los «trozos de papel» necesarios para «hacer carrera», en una lógica autorreferencial y culturalmente atrasada, que no habría tenido en cuenta la inderogable realidad de la especialización de las funciones y el despuntar de la dimensión europea de la formación.

b) La creación de una estructura tan onerosa como ineficiente.

c) Una mezcla anticuada y desafortunada entre formación y valoración profesional, destinada a alimentar una lógica sustancialmente autoritaria de adoctrinamiento sobre bases conformistas; todo lo contrario, en definitiva, a la pasión por la justicia y a la cultura de los derechos, de las que debe nutrirse la forma mentis de los magistrados.

d) El posible desmantelamiento de una realidad extremadamente positiva, construida precisamente en los últimos años, como es la red de formación descentralizada,

---

\* Ponencia presentada en el seminario sobre la reforma del ordenamiento judicial, organizado por el Consejo Superior de la Magistratura de Italia en Roma entre el 8 y 10 de octubre de 2007. El texto contiene algunas actualizaciones relativas al desarrollo jurisprudencial posterior. Traducción al español de José Miguel García Moreno.

<sup>1</sup> Cfr. Santalucia, *La Scuola della magistratura*, en AA.VV., *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Giuffrè, 2006, pág. 195.

<sup>2</sup> Sobre esta cuestión se expresó en términos bastante incisivos el Presidente de la República en su comunicación a las Cámaras Parlamentarias del 3 de diciembre de 2004.

<sup>3</sup> Vid. al respecto Morosini, *La Scuola della magistratura*, en *Questione Giustizia*, 2006, nº 1, págs. 88-89.

<sup>4</sup> Peligros puestos de relieve en el congreso organizado en Palermo entre los días 23-24 de febrero de 2007 por la Fundación Rocco Chinnici bajo el título ¿Cuál es el futuro del ordenamiento judicial?.

la cual, no por casualidad, ha supuesto un formidable terreno de experimentación de nuevas fórmulas, enderezadas a promover la cooperación con otras instituciones y realidades «externas» del más variado tipo y a ampliar la cultura del magistrado, más allá de las ya anacrónicas barreras marcadas por las fronteras nacionales.

e) La «guetización» de las experiencias más significativas desarrolladas en las diversas áreas geográficas, como consecuencia de la creación de tres sedes con distinta competencia territorial.

f) La elusión de la necesidad de creación, también en Italia, de un «ente mandatorio» capaz de gestionar los proyectos de formación de los magistrados europeos (ente que existe en casi todos los demás países).

g) La exclusión definitiva de cualquier coordinación con las estructuras encargadas de la formación de cara a la selección de los magistrados: concretamente las Escuelas de Especialización de profesionales jurídicos, con las que la formación descentralizada había iniciado un diálogo fructífero impulsado por la Comisión de Formación Profesional del CSM.

h) La pérdida de toda posibilidad de control institucional y democrático sobre un organismo que habría ejercido una gran influencia sobre la carrera profesional de cualquier magistrado (incluyendo la propia permanencia en la jurisdicción), lo que habría incidido de manera decisiva en el ejercicio de los poderes que la Constitución, por el contrario, sitúa de forma exclusiva en el ámbito del autogobierno, precisamente porque representan las condiciones indispensables para la genuina independencia de la magistratura.

Tras las previsiones aparentemente «neutras» de la reforma, se perfilaba el riesgo de formar una magistratura autorreferencial, arribista, burocrático-funcionarial e inadecuada para las nuevas necesidades de la justicia derivadas de los cambios sociales y del proceso de integración europea.

La configuración de la Escuela que surge de la Ley nº 111, de 30 de julio de 2007, presenta una serie de potencialidades positivas, que parecen redimensionar algunos de los riesgos identificados en el planteamiento original del Decreto Legislativo nº 26/2006. En particular:

a) En el nuevo texto normativo se contiene una previsión expresa (que asume igualmente una función programática) respecto de la asociación de la Escuela con estructuras formativas similares de otras instituciones y de colegios profesionales, escuelas de especialización forense, autoridades gubernamentales, otros Estados e instituciones europeas e internacionales; por lo que parece fuertemente limitado el riesgo de una formación «cerrada».

b) En el ámbito de la formación continua se ha eliminado toda función valorativa, relevante a los efectos de la progresión profesional de los magistrados.

c) Se han conservado las actividades y las estructuras de formación descentralizada (aunque con algunas inconcreciones en su regulación).

d) La subdivisión en tres sedes ha sido sustituida por la necesaria referencia a criterios de «competencia territorial» y podría vincularse igualmente a la «competencia por materias» distinta para cada una de las sedes, en correspondencia con las características de las estructuras formativas y residenciales, y con las potencialidades ofrecidas por el contexto territorial (también desde la perspectiva de la sinergia con otras instituciones).

e) En la regulación de las tareas asignadas a la Escuela, entre las que se incluye ahora un amplio espacio dedicado al sector de la formación internacional, con previsiones específicas que tienen por objeto sus diversas articulaciones.

f) Se han introducido algunas formas significativas de coordinación entre la Escuela, el CSM y el Ministro de Justicia; además la composición del Comité Directivo ha sido parcialmente «reequilibrada» a favor del CSM, el cual designa a siete de sus miembros (los restantes cinco son designados por el Ministro de Justicia, que conserva, por consiguiente, un papel importante).

Una visión de conjunto revela, por otra parte, que las innovaciones introducidas son adecuadas para incidir en sentido positivo, más sobre las funciones que sobre la estructura de la Escuela. Este problema no debe ser infravalorado si se tiene presente la estrecha relación que media entre la estructura y las funciones, sobre todo en la fase «constituyente» en la que será necesario asignar un contenido a las previsiones legislativas, creando un organismo totalmente nuevo y ejercitando por primera vez las facultades normativas básicas consistentes en la adopción de su estatuto y de sus reglamentos internos.

Existe, sobre todo, una clara desproporción entre el cúmulo de tareas atribuidas a la Escuela y los recursos humanos y económicos con los que ésta puede contar. Para darse cuenta de ello es suficiente hacer referencia a las características del Comité Directivo (compuesto exclusivamente por doce miembros y que no es asistido por otros comités de gestión), a las dimensiones de la plantilla de la escuela (que no puede superar las cincuenta personas) y a la dotación presupuestaria del nuevo organismo (13.893.900 € anualmente). Algunas simples comparaciones son elocuentes: el presupuesto de la Escuela de la Magistratura francesa —equivalente a 46.448.000 € para 2007— y su plantilla (próxima a las 160 personas) son superiores al triple de los de la nueva estructura italiana. Incluso la estructura de formación de los jueces portugueses —el Centro de Estudios Judiciários— posee una plantilla superior a la prevista para la Escuela de la Magistratura italiana.

El primer problema que plantea la constitución del nuevo organismo, destinado potencialmente a convertirse en un espacio privilegiado de diálogo cultural y de desarrollo profesional para toda la realidad judicial italiana, es, consecuentemente, el de su adecuación estructural. Este tema condiciona todos los esfuerzos del proyecto y debe convertirse en un objetivo prioritario y común para todas las instituciones y estamentos involucrados en la administración de justicia.

A falta de una revisión profunda de la dotación presupuestaria y de la plantilla de la Escuela existe el peligro de que el nuevo sistema determine, en realidad, una reducción de la oferta formativa respecto de la situación actual, asegurando únicamente el «mínimo garantizado» —por ejemplo, los cursos obligatorios para cada magistrado cada cuatro años— y atenuando todo anhelo de creatividad e innovación. La Escuela Superior de la Magistratura italiana acabaría así teniendo bien poco en común con L'École francesa, que ha representado el principal modelo de referencia en el proceso de reforma de los sistemas de formación judicial, derivado de la ampliación de la Unión Europea a los países del Este<sup>5</sup>, y que se ha caracterizado:

a) Por la atribución a cada magistrado de un derecho a la formación continua durante al menos cinco días al año;

b) Por la experimentación de una pluralidad de metodologías formativas (sesiones «tradicionales», ciclos de preparación, talleres, iniciativas en asociación con otras instituciones, estancias de estudios individuales y colectivas, particularmente en el Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Penal Internacional, Eurojust, OLAF, la Academia del FBI, los órganos jurisdiccionales ingleses, etc.);

d) Por la extrema modernidad, la dimensión interdisciplinar, la apertura a la «cultura de la organización», y la correspondencia con todos los diversos tipos de actividades judiciales en los temas tratados en las más de 200 acciones formativas organizadas en el ámbito centralizado (por ejemplo, «el Islam y el mundo árabe contemporáneo»; «saber comunicar con la prensa»; «la lectura de los documentos contables por parte de los magistrados»; «contexto judicial y aproximación sistémica»; «las fronteras para el embrión humano en Europa»; pero también: «el fiscal y los tribunales penales colegiados»; «las facultades del presidente del tribunal mercantil en el ámbito de la prevención de las crisis de la empresa»; «Presidentes de tribunales de apelación: elaboración y puesta en práctica de la política del tribunal», etc.).

---

<sup>5</sup> Cfr. Piana, *Unpacking policy transfer, discovering actors. The French model of judicial education between enlargement and judicial cooperation in the EU*, en *French Politics*, Vol. 5, nº 1, April 2007, págs. 33 y ss..

La apuesta no se refiere únicamente al funcionamiento de la nueva estructura formativa: al tema de la formación de los magistrados subyacen problemas de carácter general, como el de la independencia del sistema judicial no solo de los restantes Poderes del Estado, sino también de los «poderes fácticos», incluidos los científico-tecnológicos; el del acceso a la justicia; y el de la legitimación «externa» de la justicia en el plano socio-político.

## II. EL NUEVO MODELO ORGANIZATIVO DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA

Desde el punto de vista internacional, los modelos organizativos articulados en los diversos ordenamientos para la formación de los magistrados se pueden clasificar en cuatro categorías<sup>6</sup>:

1) La creación de una Escuela Judicial, financiada por el gobierno pero controlada predominantemente por la magistratura, y con competencias, bien para la formación inicial, bien para la formación continua. Éste es el sistema adoptado en Francia (École Nationale de la Magistrature), España (Escuela Judicial), Portugal (Centro de Estudos Judiciários), así como en Italia tras la reciente reforma, y en numerosos países de Europa centro-oriental<sup>7</sup>, siguiendo el ejemplo francés.

2) La atribución de la formación a organismos colegiales constituidos en el ámbito de los órganos de autogobierno de la magistratura: éste es el sistema experimentado en Dinamarca y, antes de la reforma, en Italia. Se trata de un modelo organizativo menos estructurado y carente de una sede formativa oficial.

3) La atribución de la formación a un departamento constituido en el ámbito del Ministerio de Justicia. Éste es el sistema adoptado en Austria, Holanda y Finlandia.

4) El modelo «multiorganizativo», basado en una pluralidad de organismos y que opera normalmente en estrecha relación con instituciones universitarias. Es éste el sistema seguido en Canadá, EE.UU. y Australia.

Al primer modelo se orientan las principales líneas de tendencia existentes en el panorama europeo. Se trata del sistema considerado preferible por el informe sobre «la formación inicial y continuada de los jueces a los niveles nacional y Europeo» aprobado por el Consejo Consultivo de Jueces Europeos el 27 de noviembre de 2003, el cual recomienda que la formación —bajo la responsabilidad general del poder judicial o de otro órgano independiente— sea garantizada por una estructura específica que goce de un estatuto de autonomía y sea dotada de su propio presupuesto, que le permita definir los programas formativos de acuerdo con los jueces y le asegure su actuación («le CCJE recommande que, sous la responsabilité générale du pouvoir judiciaire ou d'un autre organe indépendant, la formation soit assurée par un établissement particulier bénéficiant d'un statut d'autonomie et doté de son propre budget, lui permettant de définir lui-même, en concertation avec les juges, les programmes de formation et d'en assurer la mise en œuvre»). Téngase presente, por otra parte, que L'École francesa se ajusta a este modelo sólo hasta cierto punto, en la medida en que el Director, nombrado por el Consejo de Ministros, responde directamente ante el Ministro de Justicia en el plano administrativo<sup>8</sup>. De otro lado, el propio director, su equipo, la mayor parte de los componentes del consejo de administración y todos los docentes permanentes son magistrados.

La potenciación de la formación de los magistrados constituye hoy un importante punto de convergencia entre los sistemas de common law y los de civil law.

En el pasado existieron en este ámbito diferencias significativas que se relacionaban con la profunda diversidad de los sistemas de reclutamiento y de las carreras profesionales de la magistratura en los ordenamientos anglosajones (con jueces

---

<sup>6</sup> Sobre el tema cfr. Thomas, *Review of Judicial Training and Education in Other Jurisdictions*, 2006, págs. 27 y ss..

<sup>7</sup> Piana, op. cit..

<sup>8</sup> Piana, op. cit..

seleccionados entre profesionales del derecho ya formados, con frecuencia a edad madura, y no sujetos a controles particularmente estrictos después de su nombramiento) y los de origen europeo continental (con magistrados reclutados a una edad relativamente joven, normalmente inmediatamente después de los estudios universitarios, y sujetos a valoraciones periódicas con consecuencias en sus carreras)<sup>9</sup>.

Hoy se asiste, incluso en los mecanismos de selección, a un acercamiento gradual entre el modelo anglosajón y el continental: en el primero se tiende progresivamente a reclutar profesionales más jóvenes y menos expertos, a quienes se abren perspectivas de acceso a cargos judiciales más altos<sup>10</sup>; y en el segundo se incentiva el recurso a formas «colaterales» de selección de juristas expertos y se tiende a una atenuación de la presión «de hacer carrera»<sup>11</sup>.

El resultado de este proceso es el crecimiento homogéneo, en los diversos ordenamientos jurídicos, de la demanda de formación —ya sea inicial o continua— de la magistratura, con la consiguiente trasposición de los modelos organizativos de un sistema judicial a otro: es significativo que en un importante informe elaborado recientemente por el Judicial Studies Board, la Escuela Judicial de un país de civil law, precisamente de España, sea señalada como la más activa e innovadora de todas las organizaciones de formación judicial en Europa<sup>12</sup>. Resulta evidente que la «circulación de los modelos formativos» puede producirse hoy incluso prescindiendo de las connotaciones de fondo de los ordenamientos jurídicos.

La elección efectuada por el legislador italiano a favor de la creación de una Escuela de la Magistratura presenta, consecuentemente, una validez incuestionable en el plano de la modernización del sistema y de su coherencia con las líneas maestras vigentes en el ámbito europeo.

La nueva estructura, por una parte, podría eliminar las disfunciones señaladas por algunos expertos<sup>13</sup> en el marco de la actividad formativa organizada por el CSM (lentitud de las decisiones sobre las iniciativas específicas, dificultad en la programación a largo plazo debida a la precariedad de la composición de los organismos competentes, pérdida fisiológica de profesionalidad en la organización de la formación) y, por otra, podría prevenir los riesgos de «heterodirección» que caracterizan el modelo organizativo polarizado en el Ministerio de Justicia<sup>14</sup>.

Sin embargo, la reforma comporta el riesgo de transformar la autonomía de la estructura formativa en una realidad sustancialmente autorreferencial: si la propia *École Nationale de la Magistrature* ha sido objeto en los últimos años de penetrantes críticas, que han evidenciado una disminución de su capacidad innovadora, en parte como consecuencia de su organización centralizada<sup>15</sup>, es claro que un riesgo análogo se cierne, con mayor motivo, sobre la Escuela de la Magistratura italiana, igualmente centralizada pero dotada de medios muy inferiores.

Para obviar este peligro es necesario hacer que la nueva estructura, en el momento mismo de su implementación estatutaria y organizativa, dé un «salto cualitativo», el cual debe abarcar, simultáneamente, los sectores: a) de la colaboración con el CSM, las demás instituciones y las organizaciones destacadas de la sociedad civil; b) de la selección de los formadores (a este respecto, la innovación consistente en la creación de un registro de docentes puede tener efectos positivos en términos de transparencia

---

<sup>9</sup> Cfr. Guarnieri, *Luci e ombre di una riforma nel tortuoso percorso della giustizia*, en *Guida al Diritto*, 2006, n° 7, pág. 48.

<sup>10</sup> Thomas, op. cit., págs. 12-13.

<sup>11</sup> Guarnieri, *Luci e ombre*, cit., pág. 48.

<sup>12</sup> Thomas, op. cit., pág. 27.

<sup>13</sup> Cfr. por todos, Morosini, op. cit., pág. 86.

<sup>14</sup> Cfr. sobre las ventajas y defectos de este modelo, Hirvonen, *Ministry of Justice as provider of judicial training. The Finnish model*. Ponencia presentada en el seminario Hacia un nuevo Forum de la formación europea: las perspectivas del cambio, organizado por el CSM en Roma entre el 31 de enero y el 2 de febrero de 2005.

<sup>15</sup> Vid. sobre esta cuestión Thomas, op. cit., pág. 112.

y de divulgación del conocimiento experimental); c) de la detección de las necesidades formativas; y d) del desarrollo del «derecho a la formación».

### III. LOS LÍMITES DE LA COMPETENCIA «EXCLUSIVA» DE LA ESCUELA Y LA COLABORACIÓN CON EL CSM

En el texto final de la reforma ha quedado inalterada la previsión según la cual «la Escuela tiene competencia de forma exclusiva en materia de actualización y formación de los magistrados». La interpretación sistemática lleva a considerar que esta disposición, contenida en el artículo 1 del Decreto Legislativo nº 26/2006, sanciona la competencia exclusiva en referencia, no a los sujetos destinatarios (pues el artículo 2 atribuye a la nueva estructura una serie de tareas que tiene como destinatarios a personas pertenecientes a categorías distintas de la magistratura: por ejemplo, el desarrollo de seminarios para «operadores jurídicos o personas inscritas en las escuelas de especialización forense»), sino a la impartición misma de la formación.

Sin embargo, así interpretada, la norma despierta serias dudas sobre su constitucionalidad, ya sea por abuso en las facultades delegadas (dado que la Ley de 25 de julio de 2005, nº 150, no contenía referencia alguna a la exclusividad), o por el posible conflicto con el artículo 105 de la Constitución Italiana, relativo a las atribuciones del CSM<sup>16</sup>.

A este respecto deben destacarse, además, dos consideraciones.

En primer lugar, la competencia «exclusiva» abarca solamente una parte de las tareas asignadas a la Escuela, las cuales, ciertamente, van más allá de la simple actividad de formación y actualización de los magistrados de carrera: basta pensar en iniciativas como la colaboración en las actividades dirigidas a la organización y funcionamiento del servicio público de la justicia en otros países, la realización de programas de formación en colaboración con estructuras análogas de otros órganos institucionales o de colegios profesionales, las publicaciones de trabajos de investigación y de estudios sobre las (numerosísimas) materias objeto de actividades de formación, la organización de iniciativas de intercambio cultural, seminarios de estudio e investigación relacionados con la actividad formativa, el desarrollo de seminarios para operadores jurídicos (entre los que podrían incluirse también los magistrados administrativos) o personas matriculadas en las escuelas de especialización forense, etc.. Es evidente que se trata de sectores en los que la competencia de la Escuela es concurrente con la de otros órganos y entes.

En segundo lugar, la propia delimitación del objeto de la competencia exclusiva no es nada fácil.

A este fin no es suficiente hacer referencia a criterios meramente «objetivos» como la anterior disciplina normativa y el reconocimiento de las funciones ejercitadas en concreto en el pasado por las estructuras competentes del Consejo, en la medida en que la regulación se contenía, con frecuencia, en un complejo y «estratificado» conjunto de fuentes derivadas de la actividad reglamentaria del CSM, y en que las estructuras del Consejo, de forma no excepcional, se vieron implicadas en iniciativas atribuibles conjuntamente a una pluralidad de Comisiones distintas (de Formación Profesional, de Reforma Judicial y Administración de Justicia, y de Organización de las Oficinas Judiciales: piénsese en los cursos para ponentes informáticos o en algunos encuentros internacionales).

No parece definitivo, ni siquiera, el criterio «finalístico», que incide sobre el objetivo de la iniciativa desarrollada; es claro, de hecho, que en algunas iniciativas pueden converger de manera indisoluble varios fines abstractos distintos. En ocasiones diversas se organizaron en el CSM reuniones cuyo objetivo primordial se hallaba comprendido, sin duda, en el marco de las competencias del órgano de autogobierno, pero

---

<sup>16</sup> Sobre este tema, vid. Santalucia, op. cit., pág. 198.

que asumieron, al propio tiempo, un valor formativo, y este tipo de reuniones podría organizarse también en el futuro. Y es ilógico concluir que en estos casos las competencias del CSM se vean reducidas como consecuencia de la creación de la Escuela. Piénsese, en particular:

- En las reuniones dedicadas al estudio de la adecuación de la respuesta judicial frente a determinados fenómenos sociales y delictivos (un ejemplo típico podría venir representado por el análisis de la aplicación en todo el territorio de las medidas patrimoniales antimafia, hasta ahora adoptadas de manera no uniforme, incluso en el plano de la cooperación judicial internacional).

- En los seminarios organizados respecto de las materias competencia de la Comisión de Reforma Judicial y Administración de Justicia (estudios de derecho comparado, con referencia, en particular, a los países de la Unión Europea, o a las materias de derecho orgánico judicial y proceso penal y civil, relaciones institucionales vinculadas a la función judicial, propuestas en materia de derecho orgánico judicial o sobre otras cuestiones inherentes a la administración de justicia, con referencia, también, al fenómeno de la criminalidad organizada).

- En las iniciativas destinadas a posibilitar un ejercicio más eficaz de las funciones de la Comisión de Organización de las Oficinas Judiciales (en materia de informatización judicial y seguimiento de la organización de la oficina judicial, también con referencia a la problemática planteada por la criminalidad organizada).

- De forma más general en las relaciones internacionales.

Al respecto de este último punto debe destacarse que la referencia a la petición de la «autoridad competente de gobierno», de la que, al amparo del artículo 2.1 letras g) y h) del Decreto Legislativo nº 26/2006, parece derivarse una carga para el poder ejecutivo de utilizar la Escuela como ente mandatario para los proyectos europeos e internacionales, no excluye que el CSM pueda ser competente para proyectos similares (incluso si tuvieran una dimensión formativa) y pueda utilizar la misma estructura; piénsese, por ejemplo, en la hipótesis (nada teórica) de un proyecto Twinning dirigido a mejorar el funcionamiento de un órgano de autogobierno recién introducido en otro país y construido sobre el modelo del CSM italiano.

En todos los casos en los que, por su estrecha conexión funcional, no sea posible una separación neta en el ejercicio de las competencias respectivas del CSM y de la Escuela resulta indispensable poner en marcha procedimientos inspirados en el principio de «colaboración leal» y susceptibles de desarrollarse con arreglo a una multiplicidad de formas.

En la ley de reforma el enlace de la Escuela con el CSM y el Ministro de Justicia está expresamente previsto en relación con los siguientes momentos:

La designación de los componentes del Comité Directivo.

- La fase de la programación anual, en la que también intervienen el Consejo Forense Nacional y el Consejo Universitario Nacional: precisamente el Comité Directivo de la Escuela «adopta y modifica, teniendo presentes las líneas programáticas propuestas anualmente por el Consejo Superior de la Magistratura y por el Ministro de Justicia, el programa anual de la actividad formativa». Por otra parte, el borrador del programa anual de las actividades formativas es elaborado «teniendo presentes las líneas programáticas sobre la formación formuladas por el Consejo Superior de la Magistratura y por el Ministro de Justicia, además de las propuestas formuladas por el Consejo Forense Nacional y por el Consejo Universitario Nacional».

- La comunicación del informe anual, aprobado por el Comité Directivo de la Escuela, al CSM y al Ministro de Justicia.

A primera vista parece que se trata de una conexión bastante limitada. Debe, empero, observarse que el enlace entre el CSM y la Escuela establecido por la ley de reforma no agota, de hecho, las posibles formas de coordinación y cooperación, que pueden, a buen seguro, ser ampliadas por vía interpretativa y reglamentaria. En este marco también podría pensarse en una actualización continua, en nuevos formatos,

de la experiencia de la Comisión de Formación Profesional y del Comité Científico, y en posteriores iniciativas de colaboración con las Comisiones de Reforma Judicial y Administración de Justicia y de Organización de las Oficinas Judiciales, todas ellas del CSM.

#### IV. ¿CUÁL ES EL FUTURO DE LA FORMACIÓN DESCENTRALIZADA?

Un sector en el que podría realizarse una colaboración fructífera entre la Escuela y el CSM es el de la formación descentralizada, que merece, no solo no ser reducida, sino, antes al contrario, ser intensificada.

La red de formadores descentralizados, desde el momento de su creación (1998) hasta hoy, ha innovado profundamente la cantidad y la calidad de la oferta formativa. De hecho, ha difundido la formación llegando incluso a aquellos grupos de magistrados que por razones personales o familiares no participaban frecuentemente en los cursos centralizados. Pero sobre todo la formación descentralizada ha tenido la gran valía de crear una formación «a medida» respecto de las realidades territoriales específicas y de proporcionar una respuesta formativa ágil e inmediata en relación con las numerosas novedades normativas, que a la compleja maquinaria organizativa de la formación centralizada le costaba poner en marcha con prontitud.

Se plantea, por tanto, el problema de continuar garantizando esa elaboración y difusión capilares de un patrimonio vivo de conocimientos y experiencias jurídicas, moderno e innovador, las cuales han sido aseguradas hasta ahora por la formación descentralizada, en un fructífero enlace con las estructuras centrales del CSM. Es necesario evitar la dispersión de las estructuras y de las energías que hasta este momento se han revelado capaces de llegar a los magistrados en el contexto ambiental en el que éstos operan, llevando a cabo iniciativas de alto nivel cultural sin provocar la interrupción, incluso mínima, del quehacer judicial.

La red descentralizada de formadores ha sido reforzada, de manera que, de un lado, se destacan las especificidades territoriales y, de otro, no se abandona un diseño unitario que responda a las líneas maestras elaboradas en sede central, incluso por medio de la experimentación de cursos integrados y compartidos, que operen contextualmente sobre varios niveles territoriales, de modo que se favorezca la circulación y el análisis crítico de las experiencias y de las praxis jurisprudenciales vigentes en los diversos distritos de los tribunales de apelación. Además se promueve la realización de iniciativas interterritoriales con el impulso y la coordinación de la Escuela y sirviéndose de nuevas figuras de coordinación.

Pero es necesario, ante todo, mantener la autonomía de la formación descentralizada, que no puede reducirse a ser una simple «terminal» de programas elaborados en otro lugar.

Un razonable criterio de subsidiariedad induce a realizar básicamente en la sede del distrito del tribunal de apelación, además de las actividades de formación descentralizada que se realizan actualmente, la formación informática, los cursos en colaboración con los funcionarios de la secretaría, la formación lingüística básica, así como las iniciativas en colaboración con Escuelas de especialización y otras instituciones científicas u otros organismos, etc.

En el nuevo texto del Decreto Legislativo nº 26, de 30 de enero de 2006, se especifica que la Escuela ostenta competencia respecto de las actividades de formación descentralizada y se añade que «el Comité Directivo y los responsables sectoriales, de acuerdo con sus competencias respectivas, aprovecharán las estructuras para la formación descentralizada que eventualmente existan en los diversos distritos de los tribunales de apelación para la realización de la actividad de formación descentralizada y para la definición de los correspondientes programas».

La previsión normativa, en consecuencia, contempla expresamente la posibilidad de crear estructuras para la formación descentralizada en cada distrito de tribunal de apelación, pero sin señalar el órgano competente para la designación de los magistrados que actúen como ponentes.

Parece que de esta forma queda conjurado el riesgo de desmantelamiento de la red de formación descentralizada.

Resulta, por lo demás, significativo el propio tenor literal de la previsión legislativa, según la cual la Escuela ostenta competencia respecto de las actividades, pero se limita a «aprovechar» (sin llegar a «crear», en consecuencia) las estructuras de formación descentralizada. Se trata de un contenido normativo perfectamente compatible con el mantenimiento de las actuales redes de formadores locales designados por el CSM, los cuales, sin embargo, deberán operar en estrecha coordinación con el Comité Directivo de la Escuela y con los responsables sectoriales. El grado de autonomía de los formadores locales podrá constituir el objeto de una intervención clarificadora mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria del CSM y de los poderes estatutarios y reglamentarios de la Escuela. Precisamente parece que esta cuestión puede ser uno de los primeros bancos de prueba del principio de colaboración leal entre el CSM y la Escuela.

## V. LOS OBJETIVOS FORMATIVOS

La reforma también conduce a rediseñar, en un sentido claramente positivo, las dimensiones de algunos de los objetivos de fondo de la formación de los magistrados. Las innovaciones más importantes se refieren a la ampliación de la dimensión cultural de la formación inicial, la relevancia valorativa atribuida a la misma formación inicial, la introducción de nuevas obligaciones y cargas en el marco de la formación continua y la potenciación de la formación internacional.

### A. La ampliación del horizonte cultural en la formación inicial del magistrado

En los sistemas de tradición continental la formación inicial reviste un papel estratégico a los efectos de la «socialización profesional» de los magistrados, la cual se produce predominantemente dentro del cuerpo judicial (a diferencia de lo que sucede en los países de common law, donde la «socialización profesional» se realiza antes del nombramiento, lo que determina que los valores preponderantes en la magistratura sean los de toda la profesión forense<sup>17</sup>).

En el ámbito de un ordenamiento jurídico como el italiano las orientaciones culturales y deontológicas, la participación en determinados valores comunes, y la percepción del papel y de la propia identidad profesional se desarrollan en gran medida en el período de aprendizaje.

Precisamente la estructura del período de aprendizaje sufre una transformación profunda como consecuencia de la reforma: a un sistema de formación con un carácter predominantemente práctico —en el que jugaban un papel determinante las figuras de los magistrados tutores y de los magistrados colaboradores, mientras que los cursos de formación en la sede central se limitaban a pocas semanas— le sustituye otro en el que la dimensión cultural se acentúa de modo patente; de los dieciocho meses de aprendizaje seis deben transcurrir en la Escuela. La «socialización profesional» del magistrado se traslada, en alguna medida, a una sede distinta respecto del pasado.

El contenido de esta acción formativa es descrito en términos extremadamente esquemáticos por el Decreto Legislativo, que se limita a establecer la siguiente

---

<sup>17</sup> Cfr. Guarnieri, *Giustizia e politica*, Il Mulino, 2006, págs. 66 y ss..

regulación: «en el período realizado en la sede de la Escuela, los magistrados de carrera en aprendizaje asistirán a los cursos de profundización teórico-práctica sobre las materias establecidas por el Consejo Superior de la Magistratura mediante las resoluciones a las que se refiere el artículo 18.1, así como a las demás materias indicadas por el Comité Directivo en el programa anual. La estancia en la Escuela deberá, en cualquier caso, estar dirigida al perfeccionamiento de las capacidades operativas y profesionales, así como de la deontología del magistrado de carrera en prácticas».

En realidad la nueva estructuración del período de aprendizaje representa una gran oportunidad de maduración cultural de la magistratura, con tal de que se evite transformarla en una «réplica» de los estudios universitarios.

La estancia en la Escuela ofrece la oportunidad de colmar las lagunas existentes en la preparación de los licenciados en derecho, mediante la profundización en los conocimientos extrajurídicos, la comprensión de los fenómenos sociales, la difusión de la «cultura de la organización» y el dominio de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales.

También en el plano de los valores a transmitir se abre la perspectiva del desarrollo de una «cultura de los derechos» común a la magistratura, a la abogacía y al mundo académico.

La sede de la Escuela destinada a la formación inicial, si se articula mediante una «estructura abierta», podría representar el lugar en el que el joven magistrado desarrolle su propia capacidad de observar la justicia «desde el punto de vista del ciudadano». En el plano de la cultura organizativa esta óptica puede traducirse en una importante modernización del sistema, en coherencia con las tendencias vigentes en el ámbito internacional, que otorgan relevancia a la medición de la «court performance»<sup>18</sup>.

## **B. La relevancia valorativa de la formación inicial en la Escuela**

Otra importante innovación en el sector de la formación inicial es la relevancia significativa de los informes redactados por la Escuela a los fines de la valoración del magistrado en período de aprendizaje por parte del CSM, con posibles consecuencias en su propia permanencia en la carrera judicial.

El nuevo texto del Decreto Legislativo n° 26/2006, después de haber establecido que el aprendizaje de los magistrados se articula en dos períodos, concretamente uno de seis meses en la Escuela y otro de doce meses en las oficinas judiciales, establece en su artículo 22 que «al término del aprendizaje se remitirán al Consejo Superior de la Magistratura los informes redactados tras la finalización de los períodos, junto con un informe de síntesis preparado por el Comité Directivo de la Escuela» y que «el Consejo Superior de la Magistratura realizará el juicio de idoneidad para la atribución de funciones judiciales, teniendo presentes los informes elaborados tras la finalización de los períodos remitidos por el Comité Directivo, el informe de síntesis preparado por éste, la opinión del consejo judicial y de cualquier otro elemento relevante y objetivamente verificable que se hubiera recopilado». Además el juicio de idoneidad debe contener una referencia específica a la actitud del magistrado en el desarrollo de las funciones jurisdiccionales o fiscales.

En el caso de un juicio negativo el magistrado debe realizar un nuevo período de aprendizaje de un año de duración, que comprende una fase de dos meses en la Escuela. Una eventual segunda valoración negativa determina el cese de la relación funcional.

---

<sup>18</sup> Sobre el tema, vid. Schauffler, *Judicial accountability in the US State Courts. Measuring court performance*, en *Utrecht Law Review*, 2007, n° 1, págs.112 y ss..

### C. La introducción de nuevas obligaciones y cargas en el marco de la formación continua

En el campo de la formación continua la reforma introduce una serie de innovaciones que pueden ser resumidas de la siguiente manera:

1) Relevancia de la participación en los «cursos de formación en materia organizativa y de gestión» a los fines de atribución de funciones directivas y semidirectivas, en el ámbito de una valoración que tiene en cuenta, además de este elemento, también los datos obtenidos de las valoraciones de profesionalidad y de las «previas experiencias de dirección, de organización, de colaboración y de coordinación investigadora nacional, con particular atención a los resultados obtenidos». (Vid. el art. 12 del Decreto Legislativo nº 160/2006, en su redacción conforme a la Ley nº 111/2007).

2) Introducción de una obligación de formación para pasar del ejercicio de las funciones jurisdiccionales a las fiscales y viceversa (paso que está subordinado a la participación en un curso de cualificación profesional: vid. el artículo 13 del Decreto Legislativo nº 160/2006).

3) Obligatoriedad de la formación (todo magistrado tiene la obligación de atender cursos de formación y de actualización profesional en la sede de la Escuela, con periodicidad anual durante los cuatro primeros años de servicio y con periodicidad cuatrienal durante el resto de la vida profesional). El artículo 25 del Decreto Legislativo nº 26/2006 prevé que este curso sea «especificado por el consejo directivo en relación con las exigencias profesionales, de preparación jurídica y de actualización de cada magistrado, teniendo en cuenta las peticiones del interesado».

4) Relevancia de la participación en los cursos a los efectos de las valoraciones de profesionalidad, desde la perspectiva de la intervención en los mismos. A esta norma se añade la previsión de que, en el caso de un juicio negativo en sede de valoración profesional, el CSM puede «disponer que el magistrado participe en uno o más cursos de re-cualificación profesional en relación con las específicas carencias de profesionalidad comprobadas» (art. 11 del Decreto Legislativo 160/2006).

A primera vista, la previsión de la obligatoriedad de la formación continua parecería contrastar con la tendencia, asaz difundida en el ámbito internacional, que atribuye carácter voluntario a este tipo de formación, y que identifica la obligatoriedad con una limitación de la independencia de la magistratura<sup>19</sup>.

Sin embargo, esta opinión corre el riesgo de no tomar en cuenta las particularidades de la situación judicial italiana, en la que, como consecuencia de numerosos factores, se asiste en los últimos años a una extendida desmotivación de los magistrados y a la indiferencia de parte de la magistratura respecto de cualquier compromiso formativo. En este contexto, probablemente las nuevas previsiones pueden producir el efecto de determinar una difusión capilar e irrenunciable de la formación.

Lo relevante, es, empero, que la obligación «mínima» de formación llegue a ser la base sobre la que construir un derecho «pleno» a la formación (según lo dispuesto por el artículo 14 de la Carta de Niza, que confiere a toda persona el derecho «al acceso a la formación profesional y continua»), mediante la atribución a cada magistrado de la posibilidad de disfrutar de un período dedicado a ello cada año (como sucede en Francia) y el desarrollo de una formación «individualizada». Este último objetivo se relaciona estrechamente con el tema de la detección de las necesidades formativas, al que se atribuye gran importancia en el ámbito internacional y que representa el presupuesto indispensable de las competencias atribuidas al Consejo Directivo de la Escuela. Las necesidades formativas pueden ser identificadas por medio de un sistema mixto conformado por autoevaluaciones (cfr. las soluciones acogidas en los proyectos internacionales), peticiones individuales y colectivas y valoraciones por parte de organismos externos y de órganos institucionalmente competentes.

<sup>19</sup> Cfr. Thomas, op. cit., págs. 5 y ss. Solo en algunos ordenamientos estatales de los EE.UU. y en Francia se han introducido previsiones de obligatoriedad de la formación.

## D. La potenciación de la formación internacional

A la formación internacional se dedican algunas previsiones significativas contenidas en la norma (art. 2 del Decreto Legislativo n° 26/2006), la cual delinea la finalidad de la Escuela, estableciendo que la misma ostenta competencia respecto de:

1) La formación, a petición de la autoridad gubernativa competente, de los magistrados extranjeros en Italia o de los participantes en las actividades formativas que se desarrollen en el ámbito de las Red Europea de Formación Judicial o en el marco de proyectos de la Unión Europea o de otros Estados o de instituciones internacionales, o la ejecución de programas del Ministerio de Asuntos Exteriores y la coordinación de las actividades formativas dirigidas a magistrados italianos por parte de otros Estados o de instituciones internacionales que tengan por objeto la organización y el funcionamiento del servicio público de la justicia.

2) La colaboración, a petición de la autoridad gubernativa competente, en las actividades dirigidas a la organización y al funcionamiento del servicio público de la justicia en otros países.

Se trata de previsiones de contenido muy amplio, que ciertamente incluyen —entre otros— el «Exchange Programme for Judicial Authorities» (el denominado Erasmus judicial) y los Twinning Projects («Proyectos de Hermanamiento», como los desarrollados recientemente a favor de Bulgaria y Macedonia). Respecto de estos proyectos, la Escuela, que ostenta «personalidad jurídica de derecho público», pero también «plena capacidad de derecho privado y autonomía organizativa, funcional y de gestión, contractual y contable», desarrollando una actividad formativa de vastas dimensiones, es, a buen seguro, la estructura más idónea para actuar como ente mandatario.

De esta manera se han sentado las bases para el impulso de la actividad internacional, rica en importantes potencialidades en términos de:

difusión del saber y de las experiencias (mediante el desarrollo de la capacidad de observar el sistema judicial italiano desde el «punto de vista de Europa»);

transparencia en la implicación de los magistrados (por ejemplo, se podría pensar en un registro de ponentes y formadores de ámbito internacional);

proyección de la justicia italiana en el espacio jurídico europeo, en la construcción de las instituciones judiciales de otros Estados, y en la conformación de estándares comunes de protección de los derechos en el ámbito internacional;

posibilidad de realización de proyectos formativos individualizados en instituciones y tribunales europeos e internacionales (siguiendo el modelo francés).

El tema de la formación internacional se caracteriza hoy en día por constituir un importante punto central, por una serie de razones que pueden ser reconducidas a los siguientes fenómenos evolutivos:

### a. *El nuevo papel del juez nacional en relación con la Convención Europea de Derechos Humanos*

El papel asignado al juez nacional por la sentencia n° 2800/2007 dictada por la 1ª Sección Penal del Tribunal de Casación italiano en el caso Dorigo viene, en gran medida, a coincidir con el que le ha sido reconocido desde hace tiempo en el ordenamiento francés, donde «el juez de derecho común de la Convención» se identifica con el juez ordinario, el cual tiene la tarea de efectuar «el control de la ley desde la perspectiva de la Convención», haciendo prevalecer la norma internacional sobre la legislación nacional contraria a aquélla. La citada sentencia reviste una importancia «histórica» por las novedosas argumentaciones desarrolladas sobre una pluralidad de cuestiones de fondo que definen el papel del juez nacional en relación con la Convención Europea de Derechos Humanos. Los pasajes esenciales del razonamiento desarrollado por la resolución examinada pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

- Las normas de la Convención poseen una «naturaleza superior» respecto de la legislación ordinaria;
- El juez nacional tiene la obligación de dejar de aplicar la norma interna que contradiga la disposición convencional dotada de aplicabilidad inmediata en el caso concreto;
- Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son constitutivas de derechos y obligaciones que operan directamente en el ordenamiento nacional, ya sea respecto del Estado o respecto del ciudadano;

Un planteamiento tan innovador, aunque parcialmente diverso en sus resultados, ha sido seguido por el Tribunal Constitucional italiano en sus sentencias nº 348 y 349, ambas de fecha 24 de octubre de 2007, que han calificado las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos, en la interpretación que de ellas hace el Tribunal de Estrasburgo, como «normas interpuestas», idóneas para ser asumidas como parámetros del juicio de constitucionalidad de las leyes en el sentido del artículo 117 de la Constitución Italiana. Las dos resoluciones, en cualquier caso, han potenciado fuertemente el papel de la obligación de «interpretación conforme a la Convención» de la normativa ordinaria por parte del juez nacional.

Es razonable esperar que la nueva orientación del Tribunal de Casación y del Tribunal Constitucional italianos traiga como consecuencia una decisiva aceleración del proceso, ya iniciado hace tiempo, que tiende a desarrollar una intensa ósmosis entre la jurisprudencia nacional y la del Tribunal Europeo. Analizado con detenimiento, este impulso puede operar en el doble sentido: si, por un lado, los estándares elaborados en el ámbito europeo vinculan de hecho y de derecho a los jueces internos, por otro lado las jurisprudencias nacionales contribuyen continuamente a la definición de los estándares europeos, en un proceso de tipo circular<sup>20</sup>.

El hecho de que al Tribunal de Estrasburgo se le reconozca una función esencialmente «nomofiláctica» en el ámbito de un sistema integrado de tutela de los derechos fundamentales<sup>21</sup> no supone, en absoluto, una deminutio del papel del juez nacional, el cual, antes bien, halla ante sí el nuevo horizonte, largamente inexplorado, del desarrollo de un «patrimonio constitucional europeo» enriquecido por las aportaciones recíprocas de los diversos ordenamientos. La ordenación global que se está configurando puede, en realidad, representar el terreno ideal para el crecimiento de una cultura inspirada en esa moderna «filosofía judicial que ve en la protección de la democracia en general y de los derechos humanos en particular el papel esencial del juez»<sup>22</sup>.

Se trata de una evolución densa en consecuencias prácticas: para darse cuenta de ello basta pensar en los efectos que derivan de la sentencia dictada el 7 de junio de 2007 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Dupuis contra Francia (que elabora una lectura «europea» del principio de lesividad, llegando a la conclusión de que se produce una violación del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos —el cual garantiza el derecho a la libertad de expresión— en el caso de que un periodista sea condenado en sede penal por la publicación de material afectado por el secreto sumarial, cuando la divulgación de ese material no pueda ocasionar un perjuicio efectivo ni a la administración de justicia ni a la presunción de inocencia del interesado y sirva para proporcionar —dentro del respeto a la ética profesional— información fiable y precisa sobre un asunto de interés general que haya sido objeto de amplia cobertura mediática)<sup>23</sup>, o de las resoluciones que declaran la existencia de una

<sup>20</sup> Vid. Onida, *I diritti umani in una comunità internazionale*, en Il Mulino, 2006, pág. 414

<sup>21</sup> Montanari, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, en [www.associazionedeicos-tituzionalisti.it](http://www.associazionedeicos-tituzionalisti.it), 5.

<sup>22</sup> Barak, *Comparative Law, Originalism and the Role of a Judge in a Democracy: A Reply to Justice Scalia*, ponencia para la Convención Fulbright del 29 de enero de 2006. Sobre toda la problemática examinada, permítaseme la remisión a Balsamo, *La Cassazione e il caso Dorigo: nuovi orizzonti della giurisprudizione penale nella tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea*, en *Rivista di diritto processuale*, 2007, págs. 1073 y ss..

<sup>23</sup> La sentencia está en proceso de publicación en *Cassazione Penale*, 2007, nº 12, con notas de Balsamo-Recchione, *Il difficile bilanciamento tra libertà di informazione e tutela del segreto istruttorio: la valorizzazione del parametro della concreta offensività nel nuovo orientamento della Corte europea*.

violación del «proceso justo» en referencia a las sentencias condenatorias dictadas en Italia sobre la base de declaraciones irrepitibles de sujetos interrogados únicamente por el fiscal en el curso de la investigación preliminar<sup>24</sup>. Sobre éstas y otras muchas cuestiones es razonable esperar del juez nacional la elaboración de una interpretación «orientada constitucional y convencionalmente» de las normas de legalidad ordinaria<sup>25</sup>.

## b. *La circulación de los modelos jurídicos*

Se está desarrollando un nuevo papel del derecho jurisprudencial, que conduce a la adopción de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos diversos, no solamente por efecto de explícitos actos normativos ya vigentes como tales, sino también por el reconocimiento espontáneo de la racionalidad de la solución propuesta. Se ha hablado, a este respecto, de un nuevo «derecho común» que, a semejanza del nacido en las universidades medievales, representa una especie de tejido de conexión que vincula a los ordenamientos jurídicos modernos y encuentra su expresión, bien en documentos internacionales, bien en el nacimiento, en la jurisprudencia de países diversos, de modelos jurídicos que tienen un origen cultural común<sup>26</sup>.

Por ejemplo, el «derecho vivo» en materia de «proceso justo» representa una de las expresiones más significativas del recorrido de formación espontánea, «desde abajo», de un cuadro de estructuras lingüísticas, aparatos conceptuales y soluciones jurídicas comunes a ordenamientos, como el italiano y los de common law, que —aún evolucionando desde tradiciones históricas profundamente diversas— tienden hacia un equilibrio homogéneo.

Es extremadamente importante que esta circulación de modelos jurídicos se produzca, no en la forma de un «transplante» dentro de un «cuerpo» extraño, sino sobre la base de un profundo replanteamiento de las categorías dogmáticas que permiten llegar a determinadas soluciones para problemas específicos.

## c. *Las implicaciones del principio de reconocimiento mutuo*

La estrecha conexión entre formación internacional y principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales surge con claridad de la propuesta de decisión marco del Consejo en materia de derechos procesales en los procesos penales dentro del territorio de la Unión Europea [SEC (2004) 491], presentada por la Comisión en abril de 2004.

Esta propuesta parte de la consideración de que las consistentes divergencias al respecto de la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos existentes en los Estados miembros perjudican una protección común de los derechos procesales en el seno de la Unión, ponen en riesgo la confianza mutua y perjudican el correcto funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. El objetivo de la propuesta, por tanto, consiste precisamente en hacer más eficiente y visible el funcionamiento práctico de los derechos sancionados por el Convenio de Roma de 1950, difundiendo el conocimiento de los mismos por parte de todos los operadores de los sistemas de justicia y reforzando su cumplimiento.

<sup>24</sup> Cfr. sobre el tema la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 13 de octubre de 2005 en el caso *Bracci c. Italia* (en *Cassazione Penale*, 2006, págs. 648 y ss., con notas de Balsamo-Lo Piparo, *La Convenzione Europea dei Diritti dell' Uomo e le dichiarazioni irripetibili: ovvero la crisi delle abitudini nell'interpretazione delle norme processuali*, y también en págs. 2987 y ss., con notas de Tamietti, *Il diritto ad esaminare i testimoni a carico: permangono contrasti tra l'ordinamento italiano e l'art. 6 § 3 D) della convenzione europea dei diritti dell'uomo*).

<sup>25</sup> Un ejemplo significativo de este método hermenéutico lo ofrece la sentencia de 3 de agosto de 2005 del Tribunal Penal Colegiado (Corte di Assise) de Santa María Capua Vetere, en *Giurisprudenza di Merito*, 2007, págs. 2029 y ss., con notas de Balsamo, *La cultura della prova del giudice nazionale e l'interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*.

<sup>26</sup> Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, 1998, págs. 321 y ss.

La relevancia de la formación internacional se deduce con la misma evidencia de la sentencia n° 17.632 de 3 de mayo de 2007 de la Sección VI del Tribunal de Casación italiano, que ha declarado que «los principios y reglas» contenidas en la Constitución de la República en relación con el «proceso justo», cuyo respeto es una condición impuesta por el art. 2.1 b) de la Ley n° 69/2005 sobre ejecución de la orden europea de detención, son los definidos por los Textos internacionales y, en particular, por el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al que se remite el reformado artículo 111 de la Constitución italiana.

En realidad, en el seno del complejo pero cautivador recorrido de transformación e integración de los sistemas jurídicos que atraviesa hoy el continente europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ve fuertemente potenciado su propio papel.

El nacimiento de nuevas demandas de tutela de los derechos fundamentales viene acompañado de una dimensión ulterior, adoptada por la jurisprudencia del Tribunal en el contexto de la progresiva actuación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, que presupone e implica una confianza recíproca basada en un estándar común de protección de los derechos procesales en el seno de la Unión Europea.

En este marco, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —que tiende a convertirse, de modo cada vez más intenso, en una «fuente indirecta de acercamiento» de las normas penales, sustantivas y procesales, de los diversos Estados europeos<sup>27</sup>— está ofreciendo una importante contribución a los efectos de la creación de un nivel mínimo de garantías individuales en el proceso penal de los países del Este, implicados en la dinámica de una transición política, económica y jurídica de vastísimas proporciones, y que ha supuesto un empuje formidable en el sentido de la «europeización de los sistemas procesales penales»<sup>28</sup>.

Lo que hace insustituible el impulso dado en esta dirección por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo es su fuerte incidencia en el plano del derecho vivo.

Las resoluciones del Tribunal se basan en el análisis atento de la *law in action*, y no solo en el en abstracto reconocimiento de los textos legislativos. En su intento de integrar la preeminencia del derecho con la idea de «sociedad democrática» el control operado por el Tribunal sobre las restricciones de los derechos reconocidos por el Convenio de Roma se desarrolla en la doble perspectiva de la legalidad y de la existencia de una garantía judicial efectiva<sup>29</sup>.

A ello se asocia la tangible propagación de la atención por las líneas hermenéuticas del Tribunal de Estrasburgo en el iter argumentativo seguido por los jueces nacionales, en particular en los países en proceso de adhesión a la Unión Europea. Como reflejo de la sinergia espontánea que surge en los recorridos interpretativos en los que se desarrolla la tutela de los derechos en varios niveles parece anunciarse una armonización progresiva de los ordenamientos operada «desde abajo», bajo las enseñanzas de la participación y del consenso, mediante el «crecimiento silencioso» de un derecho común de matriz jurisprudencial<sup>30</sup>, caracterizado por un intenso dinamismo, pero también por un profundo respeto hacia las diversas tradiciones jurídicas. Esta perspectiva puede ofrecer, a medio-largo plazo, una vía válida de salida respecto de las tensiones que han rodeado la introducción de nuevos instrumentos de colaboración entre jurisdicciones, como la orden europea de detención<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. Weyembergh, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, págs. 75 y ss..

<sup>28</sup> Vid. sobre el tema Pavi'i Bertaccini, *Le altre procedure penali. Transizioni dei sistemi processuali penali*, Vol. I, Giappichelli, 2002, págs. XXI y ss.

<sup>29</sup> Cfr. Delmas-Marty, *Fecondità delle logiche giuridiche sottese ai metodi interpretativi della Corte Europea*, en AA.VV., *Verso un Europa dei Diritti dell' Uomo*, a cargo de Delmas-Marty, Cedam, 1994, págs. 332-338.

<sup>30</sup> Cfr. Häberle, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Carocci, 2001, pág. 134.

<sup>31</sup> Sobre este tema, permitaseme la remisión a Balsamo, *Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del «diritto vivente» nel processo di integrazione giuridica europea*, en *Cassazione Penale*, 2006.

d. **La necesidad de adecuar el sistema italiano a los estándares europeos en el tema de la duración razonable del proceso**

La formación internacional asume un valor estratégico para el diseño e implementación de cualquier intervención seria de reforma dirigida a la realización concreta del principio de duración razonable del proceso.

Por ejemplo, por medio de una estancia de estudios en España, efectuada en el marco del «Exchange programme for Judicial Authorities» organizado por la Red Europea de Formación Judicial, ha sido posible obtener apuntes de gran interés para la difusión de prácticas válidas para el sistema procesal penal italiano, a los efectos del diseño de una mejor organización de las oficinas judiciales y para la elaboración de propuestas de reforma normativas.

Como es notorio, una de las más destacadas peticiones de reforma del ordenamiento formuladas por la magistratura y la abogacía italianas se refiere a la creación de la oficina de apoyo al juez. A esta demanda ha seguido recientemente la propuesta de creación de una oficina para el proceso, a los fines de poner efectivamente en práctica la previsión del artículo 111 de la Constitución italiana. Esta oficina, existente en todos los órganos judiciales, asumiría las tareas relativas a la gestión de los procedimientos asignados al magistrado, con la finalidad de incrementar la eficiencia del sistema judicial.

La propuesta merece una valoración positiva, con tal de que la oficina para el proceso sea algo verdaderamente nuevo, capaz de hacer dar un salto cualitativo a la justicia italiana, y no un simple cambio de etiqueta que dejase inalterado el funcionamiento de la estructura administrativa de la maquinaria judicial.

Las potencialidades de un instrumento semejante se han evidenciado por la experiencia española, en la que existen figuras profesionales específicas, como la de los funcionarios de gestión procesal, que resuelven —al menos en «primera línea», y dejando a salvo la posibilidad de una revisión jurisdiccional a instancia de parte— una serie de incidencias extremadamente amplia que comprende incluso la liquidación de las costas procesales y de la retribución por la actividad de defensa, el control de la duración de los plazos de prisión provisional o de prescripción de los delitos, la verificación de los plazos de admisibilidad de los recursos, la videograbación de las audiencias, etc.

Vale la pena observar como este mecanismo permite recuperar un importantísimo y doble potencial de recursos humanos y profesionales: el de los funcionarios administrativos que ven intensamente valorado su papel; y el de los magistrados, que pueden concentrar su actividad en tareas típicamente jurisdiccionales y que representan la esencia de su función.

No parece que sea una casualidad que en el sistema español la duración de los procedimientos en muchas materias sea inferior y represente aproximadamente el 80% de la duración de los procedimientos italianos, y ello pese a que España cuenta con un número de causas y de magistrados no muy distintos de la realidad italiana, con relación a la diversa población de uno y otro país<sup>32</sup>.

Toda la organización judicial española se caracteriza por una estructura administrativa extremadamente eficiente, que ofrece un importante apoyo al juez al ocuparse de tareas como la verificación de la exactitud de las transcripciones de las comunicaciones interceptadas.

También resultan ser de particular interés:

- La conformidad, instrumento de justicia negociada (similar al «patteggiamento» del sistema italiano) que se utiliza para la resolución de una buena parte de los procedimientos penales y que proporciona una notable eficacia aceleradora, también por efecto de la específica regulación en materia de recursos (En España, a diferencia de lo

---

<sup>32</sup> Cfr. los datos indicados por la European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) - European judicial systems - Edition 2006.

que sucede en Italia, la sentencia oral de conformidad va seguida de forma inmediata por la invitación, dirigida por el juez a las partes, para que manifiesten si pretenden interponer recurso, lo que desalienta la utilización del recurso con fines únicamente dilatorios y permite atribuir rápidamente firmeza a la sentencia).

- El sistema de penas, caracterizado por el amplio recurso a sanciones no privativas de libertad, por la incorporación de información sobre las condiciones económicas del reo con la finalidad de determinar la entidad de la multa, y por la posibilidad de diferir la resolución sobre la suspensión condicional a un momento posterior al de la imposición de la pena, permitiendo así incorporar nuevos elementos probatorios.

- El sistema de tutela de la víctima, caracterizado por la necesaria cuantificación por parte del juez penal (en el momento de la sentencia o en la fase de ejecución de ésta) de los daños y perjuicios resarcibles en todos los casos en los que la acción civil sea ejercitada en el procedimiento penal (sin que sea posible la condena genérica, como sucede en Italia).

- La posibilidad de absolución por falta de pruebas en el caso de incomparecencia del denunciante, de manera que se evite una intervención judicial inútil en relación con las situaciones en las que el problema sustancial ha sido ya resuelto gracias a la acción de la policía.

- La posibilidad de recurrir al instrumento de la videoconferencia en todos los casos en los que el desplazamiento de los testigos o peritos constituiría un dispendio inútil de recursos.

- La documentación de las actuaciones del procedimiento civil, caracterizado por un eficiente sistema de videograbación.

Para renovar en serio la justicia italiana es necesario observarla «desde el exterior», más que «desde el interior». En otros términos, es necesario observar nuestro sistema judicial «con los ojos del ciudadano» o «desde el punto de vista de Europa».

Si es verdad que «el futuro de la jurisdicción depende del sentido común que se forme en torno a ella en la opinión pública», resulta determinante la capacidad de la magistratura de asumir «el punto de vista externo, el punto de vista del ciudadano». Como se ha puesto de relieve, «es el valor de la independencia como condición de la tutela de los derechos el que debemos hacer comprender a los ciudadanos. Pero los ciudadanos solo lo comprenderán si los jueces comprenden la tesis inversa: que el papel efectivo de garantía de los derechos es la condición necesaria para que la independencia de la jurisdicción tenga valor a los ojos de los ciudadanos»<sup>33</sup>.

El punto de vista externo, del que hoy más que nunca no podemos prescindir para observar el funcionamiento del sistema judicial italiano, coincide, en gran medida, con los estándares europeos de eficiencia de la jurisdicción.

Nótese, por último, que la participación en proyectos europeos puede cubrir parte de los costes de la formación internacional.

## VI. LA FORMACIÓN DE LOS MAGISTRADOS EN EL PENSAMIENTO DE GIOVANNI FALCONE

Es significativo que el tema dominante en toda la reflexión de Giovanni Falcone sobre el proceso y la justicia penal haya venido representado precisamente por el argumento de la profesionalidad y de la formación de la magistratura. Frente a la introducción del nuevo sistema procesal acusatorio su primera preocupación fue la de discurrir soluciones innovadoras capaces de mejorar la preparación profesional de los magistrados para conjugar la independencia y la autonomía de la magistratura con la eficiencia de la administración de justicia.

---

<sup>33</sup> Ferrajoli, *Democrazia plebiscitaria e garantismo*, en Actas del Congreso de Magistratura Democrática, 23-26 de enero 2003.

En su pensamiento era bien sólida la conciencia del estrecho vínculo que une la calidad de la formación profesional del magistrado con la legitimidad de la intervención judicial, sobre todo en el plano de la tutela de los derechos de todos los componentes de la colectividad frente a fenómenos de criminalidad que minan las bases de las instituciones democráticas, vacían de significado el principio de igualdad y privan de efectividad en el plano de las relaciones socio-económicas al reconocimiento abstracto de las libertades fundamentales.

El sentido último de su insistencia sobre la construcción de la profesionalidad del juez está claramente grabado en las palabras pronunciadas por él pocos días antes del atentado de Capaci: es necesario hacer que la autonomía y la independencia de la magistratura respondan a las exigencias reales de la sociedad, operen a favor de las exigencias de la colectividad y, como tales, sean reconocidas como un valor a custodiar y reforzar por parte de toda la sociedad<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Falcone, *Interventi e proposte*, Sansoni, 2004, págs. 99 y 192.

# APUNTES\*

---

- **En el Consejo, para empezar ‘bien’, más de lo mismo**

Los momentos de crisis, ya se sabe, llevan al ciudadano paciente a resignarse con cualquier cosa. Y, por la necesidad de ver, o imaginar, un punto de luz al final del túnel, generan en él, fácilmente, la propensión a colgar algún atisbo de desesperanzada esperanza hasta de la más modesta nubecilla.

Tras de la incalificable experiencia del anterior Consejo, para la que ya no quedan adjetivos. Después de los dos años de filibusterismo del peor por el lado de la oposición política, que condujeron a la odiosa prórroga del más bochornoso estado de cosas en la experiencia de esa desgraciada institución; los jueces y la opinión sensible a lo que sucede en este ámbito institucional se aplicaban, contra las peores expectativas, a esa ocupación, tan humana, de buscar algo en lo que seguir creyendo.

Pues bien, en tales se andaba, cuando los muñidores de la *renovación* —en la inolvidable estela del mejor Corcuera— reiteraron la ya habitual patada a la Constitución y a cualquier valor de esa procedencia que se precie, con un grosero y prepotente «aquí seguimos estando». Y, por fin, sin siquiera un lampedusiano amago de reconsideración, es decir, con toda *sinceridad*, se dieron al *intercambio de cromos*. Es de suponer que, por imperativo de coherencia en el plano estético, lo hicieron en alguna mesa con tapete de gastado fieltro verde y ceniceros de latón integrados en los ángulos, en alguna covachela de cargada atmósfera, en los bajos del palacio de la Carrera de San Jerónimo. Para que en *la cosa* hubiese algo de *parlamentario*.

Como es natural, las cartas estaban marcadas, porque —cabe que con alguna excepción— nadie que no contase ya fundamentalmente con ser *interesante* para alguno de los partidos que cuentan tendría por qué esperar su favor, ni habría entrado en el juego. Pero lo cierto es que, aún así, el juez y el ciudadano del ingenuo voluntarismo esperanzado, siguieron alimentando un hábito de desfalleciente confianza en un (uno siquiera) súbito repunte de autoestima, en un despertar de conciencia, en un repentino brote de pundonor constitucional y democrático, que frustrase, mínimamente, las previsiones del guionista (mejor «capataz», según se ha escrito). Pero no, todo discurrió conforme a lo previsto, según el insoportable orden *natural* de estas cosas, que es una escandalosa forma de desorden, un territorio desolado, cruzado en todas las direcciones por desinhibidas vías de hecho. En las que se ensucia lo que pudiera transitar por ellas... que aún estuviera limpio.

Como no podía ser menos, el trámite en las cámaras fue una verdadera mascarada, en la que los actores dilapidaron su legitimidad de origen, esa de que hacen gala a la menor —¡pobre soberanía popular!— poniendo de manifiesto que no hay institución que no pueda llegar a ser una burda caricatura de sí misma.

Una vez más, los veinte, previa escala en *Ferraz* y en *Génova*, según corresponde, llegaron al Consejo con la doble papeleta de votación en el bolsillo e hicieron lo que *debían*. Hay quien dice que «en conciencia». Conciencia pobre, hipotecada. ¡Pobre conciencia! Porque allí donde hubiera habido al menos un resquicio de *la otra*, de la, por autónoma, kantianamente digna de ese nombre, el solo origen del mandato imperativo de nombramiento presidencial y vicepresidencial tendría que haber llevado, de

---

\* Sección a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo, J. Hernández García, A. Jorge Barreiro y R. Sáez Valcárcel.

manera inexcusable, a defraudarlo. Para que, de verdad de la buena, esta vez cupiese empezar a pensar en alguien, en algo distinto.

Los medios de comunicación han presentado como novedad el perfil del presidente, por el hecho de que, con una mayoría *de izquierda*, sea manifiestamente conservador e incluso confesional, a lo que parece. Pero, ciertamente, no es una novedad y si lo fuera habría que considerarla de tono menor. Hace mucho tiempo —por lo menos desde el brutal atentado a la independencia de la juez Huerta en el caso *Linaza*— que *la izquierda* gobernante descubrió, en materia jurisdiccional y de gestión política (así como suena) de la jurisdicción, el nada discreto encanto de contravalores judiciales que llevan el sello indeleble de Napoleón Bonaparte. Contravalores, tan firme y universalmente asentados en diversos palacios y sedes, que, más allá de las siglas, tiñen todo lo que se hace del mismo oscuro color. Porque cuando la lógica de los medios es *de partido* los fines también lo son y no tiene ningún sentido —salvo el del autoengaño— buscarles otro perfil.

Ahora bien, a pesar de lo reiterativo y tedioso de las vicisitudes, en ellas sí es advertible, retrospectivamente, una curiosa novedad. Es que toda la responsabilidad de los dos años de retraso en la renovación del Consejo corresponde, sin duda, al partido gobernante. Pues, si hubiese ofrecido desde el principio un *cartel* con dos primeras figuras como las finalmente promovidas, no habría encontrado la menor resistencia *al cambio*.

#### • Primeras noticias

El portavoz socialista, preguntado por el malestar generalizado que despertó en la judicatura la renovación del Consejo, ha dicho que eran «críticas corporativas». Lo raro es que no contraargumentase con la *finezza* política y la limpieza constitucional de su propio papel en este asunto. Fue, seguramente, por modestia. Tampoco dijo nada sobre el porqué del rechazo unánime de la opinión y de los *media* de todo tipo. Esto, casi seguro, por olvido.

Trillo (no el de ¡coño!, sino el de ¡manda huevos!), en una entrevista televisiva, con manifiesto impudor, justificó lo perpetrado en el Consejo con el hecho de que en USA es el presidente el que propone a los magistrados, que en Gran Bretaña, dijo, son nombrados por la reina. Explicó también que prefería el sistema original (de la ley de 1980), pero que había que *respetar* la vigente. Que es, por lo visto, lo que ellos han hecho. Menos mal que no habló de la Constitución, la pobre. Tenía un buen día y completó «la faena» ofreciendo como indicador de la independencia de los vocales el dato de que él no conocía a casi ninguno. Una prueba más de que *ignorar* —como en el caso del *Yak-42* siniestrado en Turquía bajo su mandato ministerial— es una garantía.

La portavoz del Consejo se estrenó diciendo que los vocales, una vez que aceptan el cargo, son «inamovibles» y por tanto «independientes». La afirmación tiene forma de silogismo y parece ungida de certeza deductiva. Pero como silogismo es entimemático, incompleto; aquí, en realidad, tramposo, por la ocultación de algunas premisas imprescindibles para que pudiera aceptarse esa conclusión; y como declaración una falsedad. Porque, en efecto, de la inamovilidad no se sigue, y menos con la necesidad lógica que la portavoz parece sugerir, la independencia del inamovible. Pues para que ésta se diera tendrían que concurrir ciertas precondiciones que no van *de soi*. Por ejemplo, un cierto nivel de autovaloración, la disposición a defraudar las ilegítimas expectativas del partido mandante, carecer de aspiraciones ulteriores que hicieran preciso seguir contando con su favor... Algo que no suele acontecer y que, desde luego, por el momento, no se percibe, como lo demuestran de manera inequívoca los dos primeros, fundamentales, pasos del nuevo Consejo.

La vicepresidenta primera del Gobierno, en entrevista concedida al diario *El País*, presentó la designación de los vocales de este Consejo como genuinamente parla-

mentaria (no dijo de qué clase de *parlamentarismo*) y defendió la legalidad del procedimiento seguido al efecto. Una pregunta inquietante: ¿hace la vicepresidenta uso del mismo estándar de sinceridad y de veracidad cuando, por ejemplo, dice a los españoles que el sistema financiero del país está a resguardo de la crisis?

Menos mal que el ministro de Justicia —como suele— vino a poner un punto de racionalidad y equilibrio, de sensatez, en situación tan necesitada de lecturas clarificadoras. Él, nada menos, implicado en la gestión del proceso al margen de las reglas que ha presidido la formación del nuevo Consejo, denuncia, ¡como *injerencias!*, las razonables expresiones de temor a que la misma manipulación que presidió los nombramientos centrales de ese órgano pudiera proyectarse en sus decisiones... Es claro que Fernández Bermejo trata de jugar con *la humareda* que invade los tribunales, para desviar la atención. Pero no debería equivocarse: es una castiza obviedad que «por el humo se sabe dónde está el fuego». Y éste de ahora se debe, en gran medida, a que hace mucho tiempo que *algo se quema* en un palacio de la calle de San Bernardo.

### • **Presidencia: primeros pasos**

Del perfil del nuevo presidente del Consejo se han destacado algunos componentes esenciales: su discreción, su independencia y, en particular, su religiosidad. Últimamente, también, que es un «jurista de Estado», lo que —¿se habrán dado cuenta?— o es una obviedad manifiesta, tratándose de un empleado público licenciado en derecho, o remite con toda evidencia a la inquietante, oscura, vieja *razón* del segundo polo del par. Algo bastante plausible, por lo demás, teniendo en cuenta el papel del dedo soberano en este asunto y el universal asentimiento a su *voluntas* reinante en los medios de ese órgano. Al menos, hasta ahora.

Sobre la cuestión de la religiosidad no habría nada que decir, salvo que, en lo personal, hay derecho. Y, que, en cualquier caso, sería su problema. Si no fuera porque Dívar ha reincidido en la inconstitucional incrustación de una —de *su*— fe religiosa en lo que tendría que ser un programa exquisitamente civil. Y, además, lo ha hecho dando a este gesto un marchamo de oficialidad confesional todavía más acusado. Porque la misa, que alguien dijo dedicada a los difuntos de la carrera, como rezo (más o menos) privado, esta vez ha sido de pomposa «apertura de tribunales». Lo que quiere decir que los tribunales españoles han ido, mejor, han sido llevados, *oficialmente a misa*, para comenzar el curso como Dios manda. Es lo que resulta del triple increíble oficio (de la presidencia del Tribunal Supremo, de la del Superior de Justicia y del Decano), convocando al evento —por triplicado, como *procede*— que todos los jueces de Madrid han recibido en esta ocasión.

El matiz no es banal. Pues en él se expresa la antijurídica imposición (nada evangélica: viene de *imperium*) de una opción religiosa en una institución estatal que, por definición, no tiene ninguna. Se trata, en realidad, de un ejercicio de prepotencia, con algo de desviación de poder.

Acreditada la religiosidad, con tal expresivo toque de constantinismo, no parece que la discreción salga muy bien parada. Está por ver lo que sucede con la independencia.

### • **La culpa es nuestra**

Con motivo del expediente incoado al juez Rafael Tirado Márquez por la demora en la ejecución de la condena impuesta a un penado, al que ahora se atribuye el asesinato de una menor, se ha desencadenado un movimiento judicial de protesta frente a la actitud de algunas autoridades políticas que exigen del Consejo una sanción ejemplar para el magistrado: nada menos que tres años de suspensión de empleo y sueldo. Esta

reacción trasluce un ostensible descontento que no ha surgido repentinamente ante un hecho puntual, sino que lleva años fraguándose, a causa del lamentable estado de la Administración de Justicia y de la sobrecarga de trabajo y de responsabilidad que pesa sobre sus profesionales. Y, sobre todo, por el fariseísmo con que los políticos desplazan sobre éstos la responsabilidad del precario estado de la justicia, desprestigiando su labor y convirtiéndolos en chivos expiatorios, para *justificar* las graves carencias que aquejan al aparato judicial: inexistencia de un análisis estructural serio de los problemas y un estudio riguroso de las necesidades para obtener una justicia eficaz; escasa dotación de medios personales y materiales; falta de elaboración de instrumentos legislativos operativos y actualizados. A lo que se añade la imperiosa necesidad de reestructurar la oficina judicial sin merma de las competencias procesales del juez ni una dispersión de funciones.

Se equivoca, pues, el Ministro de Justicia cuando despacha el descontento de la magistratura con la mera referencia demagógica al espíritu corporativista de los jueces. Pues, como bien sabe, y si no podría saberlo con una somera lectura de los correos electrónicos que inundan la red judicial de Intranet, lo que hay no es la reacción gremial ante la posible sanción de un compañero, sino el descontento profundo y ya muy enquistado por una situación laboral y profesional a punto de explotar.

Y es que los jueces están hartos de que no se aprecie ni valore debidamente su esforzada y difícil labor para suplir las graves deficiencias que soportan, con jornadas laborales que superan holgadamente las del funcionario medio. La dedicación a los asuntos en jornadas de mañana y tarde, con horarios indefinidos, que incluyen fines de semana, ha obtenido como única respuesta el incremento de los procedimientos, la desconsideración de su trabajo profesional y la máxima cicatería a la hora de invertir en medios personales y materiales y de fijar las remuneraciones. Y, todo, mientras otros cuerpos de élite del Estado compatibilizan horarios cómodos de mañana con el ejercicio privado de la profesión por las tardes.

En el aspecto estrictamente laboral es patente la merma de algunos derechos elementales, reconocidos como tales en otros sectores de la función pública. Así, por ejemplo, la congelación en destinos por un tiempo excesivo; vacaciones circunscritas a un mes concreto del año; ascensos forzosos; permisos de tres días más bien ficticios en cuanto no comportan relevación de ponencias; reticencia en la concesión de permisos pagados con el fin de realizar estudios de especialización en distintas materias; remuneraciones inferiores a jueces y magistrados del entorno europeo; etc.

También es constatable en los últimos años una actitud más bien omisiva y pasiva del Consejo General del Poder Judicial, especialmente a la hora de explicar y defender la imagen y el trabajo de los jueces ante la sociedad. El control de este órgano por los partidos políticos, lo ha situado bajo la dependencia fáctica del poder ejecutivo y de los grupos mayoritarios del Congreso de los Diputados, lo que repercute en una política judicial nada reivindicativa y en una pobrísima defensa del prestigio y la labor del juez en las ocasiones, no pocas, en que se ataca sin fundamento correctos ejercicios de la función jurisdiccional.

Es muy difícil dar credibilidad a un órgano en el que un número importante de sus miembros se muestran, más bien, como funcionarios en expectativa de destino que como juristas independientes; más interesados en agradar al grupo político al que deben el nombramiento que en velar por la independencia de los jueces. Y, para muestra, basta observar las carreras a *codazos* de algunos integrantes del anterior CGPJ para ubicarse en primera fila de cara a la renovación de algunos puestos del Tribunal Constitucional.

En contexto tan desazonante, y cuando los jueces están muy sobrepasados por el número de procedimientos que deben atender, surge la gota que colma el vaso: el expediente al juez Rafael Tirado, y las posturas inquisitoriales de altos responsables políticos movidas, como en otras ocasiones, por una fácil demagogia, para confundir al ciudadano y encubrir responsabilidades que les conciernen, en el estado de cosas.

En un caso que, analizado con los parámetros jurídicos aplicables y con la serenidad y mesura que requiere toda decisión sancionadora, no tiene las connotaciones de una grave omisión, se reclaman —nada menos— tres años de suspensión de empleo y sueldo.

No hace falta ser un lince de la ciencia jurídica ni un super-experto en derecho sancionador para saber que la estructura de una infracción imprudente pivota sobre el elemento de la previsibilidad del resultado lesivo, de modo que cuanto menor es ésta, más leve será aquélla. Pues bien, si en los antecedentes penales del sujeto cuya sentencia estaba pendiente de ejecución, las condenas por delitos contra la libertad sexual no alcanzaban los dos años de prisión en cada caso (al tratarse de abusos sexuales sin violencia ni intimidación), es claro que no era fácil prever un salto cualitativo en su conducta y menos aún, ni en hipótesis, la violación y muerte de una niña. Lo que impediría hablar de infracción grave del deber de previsibilidad en el juez que tramitaba la ejecutoria.

Los políticos podrían haberse roto las vestiduras y pedir el patíbulo —que poco ha faltado— si el condenado tuviese antecedentes por delitos de sangre o violación de menores. Pero no era en absoluto el caso, y los políticos y los fiscales que postulan una sanción que cabe tildar de despropósito jurídico lo saben perfectamente. Sobre todo cuando les consta que el juez ordenó, incluso, por escrito, la ejecución de la sentencia. Todo, en un juzgado con niveles de trabajo muy por encima de los módulos máximos señalados por el CGPJ.

Así sucede que, una vez más, el cambio de rol, de jurista a político, coloca el instinto electoral en el lugar de la finura y el equilibrio jurídicos: que es lo que explica la desatención al requisito elemental del desvalor de la acción y su sustitución por el único criterio de la responsabilidad objetiva del resultado, aunque éste no sea atribuible al juez encargado de ejecutar la sentencia. Lo que ha llevado, además, a inducir en la conciencia del ciudadano la convicción de que es este último el verdadero el responsable de la desgraciadísima muerte de la niña.

Parece una obviedad, pero hay que insistir en que la desatención a una ejecutoria en la que se trataba de hacer cumplir la condena por un delito sin violencia contra la libertad sexual, que no alcanza los dos años de prisión, en un juzgado claramente sobrepasado de trabajo, y, por tanto, relativamente incontrolable en términos prácticos, no puede tipificarse como omisión susceptible de reparar a su titular la suspensión titular de empleo y sueldo.

Si, al final, el expediente se cerrase con una resolución como la demandada en instancias gubernamentales, es decir, fundada en criterios más políticos que jurídicos, sería recurrida ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo. Que, con toda probabilidad, tendría que reconducir, una vez más, la decisión al ámbito del derecho, dejando de lado los criterios de la oportunidad política. Lo que, de nuevo daría pie a la archiconocida cantinela sobre el espíritu corporativista de los jueces que juzgan a los propios jueces y la indefensión de los intereses del ciudadano. Y vuelta a empezar.

Con todo, lo más preocupante de este entramado es el nuevo baremo de rigor en materia de deber de diligencia en el tratamiento de los asuntos que, con intervenciones como la examinada, estaría tratando de imponerse. Pues lo cierto es que, con ella, los responsables políticos y el ministerio fiscal, ponen el listón a una altura que coloca a los integrantes de la magistratura en una situación laboral que, en rigor jurídico, podría describirse como de *imprudencia grave permanente sin resultado*. Lo propio de un trabajo sumamente delicado que, exigiendo un serio grado de reflexión y estudio para su correcta ejecución, debe realizarse, no obstante, en condiciones que hacen imposible el segundo y dificultan extraordinariamente la prestación de la primera.

Lo que sucede es que los responsables políticos de la Administración de Justicia, que han creado una situación que impide resolver con la diligencia necesaria, en la fase declarativa, el número desproporcionado de procedimientos que se incoan, ahora avisan de que una demora en la fase de ejecución —donde el control real del juez es

muy inferior, pues no puede siquiera alcanzar con garantías el nivel propio de la labor de la fase declarativa— llevará aparejadas gravísimas responsabilidades.

No cabe duda de que, de exigirse a estos mismos políticos un similar nivel de diligencia en su labor diaria, posiblemente habría que innovar el cuadro de sanciones de nuestro ordenamiento jurídico, a tenor de la cantidad y la calidad de las infracciones acreditadas: órganos judiciales totalmente saturados por falta de medios personales y materiales; sistemas informáticos que funcionan a *pedales* y que no permiten un control de las situaciones privaciones de libertad (tan preocupantes cuando pueden deparar costes electorales); plantillas de funcionarios con un porcentaje altísimo de interinos procedentes de ámbitos laborales que nada tienen que ver con la justicia, y en cuyas manos hay que dejar el trámite de procedimientos con presos peligrosos; leyes como la procesal penal, vigente desde el siglo XIX sin haber sido sustituida ni modificada en profundidad, a pesar de las condenas y denuncias de organismos internacionales; reformas legislativas en zig-zag cada vez que hay una alternancia en el gobierno; periodos de hasta dos años sin cubrir las plazas de magistrados de altos tribunales por falta de acuerdo para renovar el órgano político de los jueces; dos años de *cambio de cromos* gastados inútilmente en la renovación de éste para que, al final, cada grupo político acabe confeccionando su propio álbum, impartiendo a *sus* vocales un cursillo de formación acelerada en la propia sede, a fin de ilustrarles sobre cómo se elige a un presidente según el imperativo constitucional; etcétera.

Los ejemplos precedentes, por mucha que sea la benevolencia, hacen difícil su inclusión en el marco normativo de la imprudencia. Cualquier jurista ecuaníme hablaría cuando menos de un dolo de consecuencias necesarias. Con todo, a fuer de sinceros, habrá que reconocer que gran parte de lo que está sucediendo es responsabilidad de los jueces, aunque cueste admitirlo.

La culpa en gran medida es nuestra, por haber trabajado, en las últimas décadas, considerando el propio juzgado como algo personal; de ahí que la amenaza del atraso o del colapso por exceso de *papel* se vivieran como si nos fuese la vida en ello; lo propio del pequeño *negocio* privado, gestionado en clave artesanal. Esa concepción arcaica y personalista del órgano judicial no podía derivar en nada bueno.

La culpa es nuestra, por tolerar la conversión del CGPJ en un miniparlamento judicial, mera correa de transmisión de los partidos políticos, en el que la independencia como valor ha contado muy poco o nada.

La culpa es nuestra por no haber exigido, como jueces asociados, que los representantes de las asociaciones adoptaran una actitud vindicativa rigurosa ante los poderes políticos y el CGPJ, tanto en el plano profesional como en el sindical-laboral. Y por permitir que muchos de nuestros representantes utilizaran las asociaciones como meros trampolines de sus carreras políticas.

La culpa es nuestra, en este caso de los jueces no asociados, por considerarse estupendos y más independientes por esa sola actitud. Si las asociaciones existentes no convencían, y no han faltado buenas razones para ello, tendrían que haber ido a la creación de otras de más calidad, en vez de abandonar el campo... para luego quejarse de que estaba abandonado... por otros.

La culpa es nuestra por no haber frenado la incoación de asuntos, a partir del momento en que el número de éstos hacía totalmente imposible su tramitación y resolución conforme a las exigencias legales y de profesionalidad; en vez de asumir situaciones de grave riesgo, como las que pueden poner a un juez a los pies de ocasionales inquisidores, en el caso de que la oportunidad lo hiciera *conveniente*.

La culpa es nuestra por no ajustar el trabajo judicial al mismo régimen horario que rige, en general, en la función pública; dejando, a partir de ese límite, el papel en el despacho. Sería una buena forma de hacer saber lo que se hace de más.

Y la culpa es nuestra por no haber generado una cultura judicial basada en la independencia, que, no obstante la diversidad de posiciones ideológicas, nos habría llevado a actuar al unísono en algunos temas y cuestiones profesionales de principio. Algo

imprescindible para, cargados de razón, hacer valer con eficacia nuestras demandas legítimas ante los poderes políticos.

### • Los locos en Cataluña: una aproximación histórica desde la jurisdicción

No es frecuente que los jueces españoles reflexionen sobre su trabajo jurisdiccional, menos que intenten comprender las instituciones en las que operan desde una perspectiva histórica. Esa tarea la ha acometido Sílvia Ventura, juez de incapacidades de Barcelona, en su obra *Els bojos a Catalunya. 1850-2000* (edicions 62, 2008), en buena medida un ensayo jurídico que trata de historiar los modos y las formas políticas de abordaje del problema de la enfermedad mental.

La figura del loco y su tratamiento en los últimos tiempos permite desvelar las imágenes y las ideologías, médicas y políticas, que han dominado en nuestras sociedades, oscilando entre la caridad y la represión, entre la compasión que no comprende y la violencia que destruye, elaborando al sujeto unas veces como enfermo, generalmente como un alienado, en el horizonte del orden de las familias. En el nombre de la salud mental se han justificado todo tipo de intervenciones contra la voluntad de la persona, de modo privilegiado en todo tiempo y lugar el encierro cautelar, que se convertía en aislamiento de por vida. Resulta difícil, cuando no imposible, deslindar el espacio de una tutela judicial efectiva —la tentación aquí sería calificarla, además, de cabal— de los derechos e intereses legítimos del paciente. En esta encrucijada, entre la medicina y el derecho, donde el diagnóstico de la enfermedad solo excepcionalmente parece claro, Sílvia Ventura indaga sobre el papel que pudiera desempeñar la jurisdicción especializada en la preservación de los derechos fundamentales del enfermo, poniendo en cuestión todas las categorías e instituciones que han ido tomando forma en el cuerpo del paciente. Esta jurisdicción marginal, como todas las que funcionan en el ámbito del control de la desviación —la penal, para adultos, jóvenes y menores, además de la penitenciaria— permite al observador emotivo y crítico, buen ejemplo de ese modelo es la autora, tomar conciencia del dolor de las personas, sufrimiento que muchas veces es infligido de manera directa por la propia acción de las políticas públicas.

Junto a la revisión de la historia de la psiquiatría catalana desde sus orígenes, así como de las prácticas e instituciones que fue propiciando, el libro ofrece una visión crítica sobre los internamientos y la ausencia de garantías jurídicas de la libertad y de la autonomía del sujeto (frente al tratamiento, su propia necesidad y sus maneras). Hay capítulos bien sugerentes, como el que expone casos de encierros injustos conocidos por los tribunales. Así, el proceso por detención arbitraria de Juana Sagrera, en la segunda mitad del siglo XIX, una mujer de la burguesía, diagnosticada como psicótica por una monomanía y recluida en el manicomio de Sant Boi, por lo que fueron condenados dos médicos y varios familiares. También conmueve al jurista la constatación de la inseguridad en la que se actúa por la imprecisión de los diagnósticos —síntomas idénticos sustentan diversas definiciones de enfermedades, un mismo enfermo es denominado de diferente manera según el servicio que le atienda—, falta de certeza que es deudora de la dificultad de calificar la normalidad de la conducta humana con las categorías de un lenguaje, especializado, sí, pero experimental, lo que caracteriza a las disciplinas denominadas indiciales, paradigma que comparten la psiquiatría y la prueba judicial y que les limita a una suerte de rigor elástico insuprimible, como puso de manifiesto el historiador Carlo Ginzburg.



# EXTRACTOS/ABSTRACTS

---

## **Casación o unificación de doctrina. El futuro del Tribunal Supremo**

Consuelo Madrigal

La función constitucional del TS y el recurso de casación como herramienta jurídica de resistencia frente a la arbitrariedad y garantía de la igualdad y seguridad.

Inconvenientes y riesgos del modelo de unificación de doctrina que prioriza el resultado colateral de la uniformidad jurisprudencial sobre la función primordial del de fijación del contenido de la ley a través de su interpretación.

Análisis de estas cuestiones a luz de la última propuesta legislativa que reduce al TS a la condición de mero árbitro de eventuales contradicciones territoriales sobre un reducido elenco de materias y encomienda en una medida mucho más amplia de lo que parece, la tarea de interpretación de la ley a los Tribunales Superiores de Justicia, a quienes el art. 152 CE no atribuye tal misión.

The constitutional function of the Supreme Court and the appeal to the Supreme Court as a juridical tool of resistance against the arbitrariness and guarantee of the equality and security.

Disadvantages and risks of the model of unification of doctrine which prioritizes the collateral result of the jurisprudential uniformity on the primary function of that of determination the content of the law through its interpretation.

Analysis of these questions in the light of the last legislative proposal that reduces the Supreme Court to the condition of mere referee of eventual territorial contradictions on a limited index of subjects and commissions, in a much more wide measure than it seems, the task of interpreting the law to the Superior Courts of Justice, to which the art. 152 CE does not attribute such a mission.

## **La protección de datos en la investigación policial y en el proceso penal**

Joaquín Bayo Delgado

El tratamiento de datos personales por la policía y por la autoridad judicial en el ámbito penal carece, incluso a nivel internacional, de una regulación específica y adecuada, pues ningún instrumento jurídico vinculante se refiere pormenorizadamente a esa materia. La futura Decisión Marco, que parece va a ser adoptada por el Consejo de la Unión Europea antes de final de 2008, vendrá a paliar, muy defectuosamente, esa carencia. Es de desear que el legislador español esté a la altura de las circunstancias y se plantee de forma seria y global una norma completa y de nivel técnico adecuado. Entretanto, el sistema de fuentes ya permite y obliga a proteger el derecho fundamental a la protección de los datos personales.

The processing of personal data by the police and by the judicial authority in the penal area lacks, even worldwide, of a specific and suitable regulation, since no juridical binding instrument refers in detail to this matter. The future Framework Decision, that it seems, is going to be adopted by the Council of the European Union before end of 2008, it will come to relieve, very defectively, this lack. It is to be hoped that the Spanish legislator will rise to the occasion and appear in a serious and global way, a whole

rule of technical suitable level. Meanwhile, the system of sources already allows and forces to protect the fundamental right to the protection of the personal data.

### **Nombramiento de cargos judiciales. (Desconcertante jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo)**

Juan Igartua Salaverría

La Sala 3ª con la STS 29/05/2006 inauguró una rompedora línea jurisprudencial que luego se quebró con el Auto de la misma Sala de 23/02/2007. No obstante, el Tribunal retomó el prometedor rumbo en la STS 27/11/2007; pero a los dos meses, en la STS 21/01/2008, lo volvió a perder. Quizás evite tanta oscilación la última reforma reglamentaria del CGPJ.

The Third Room of the Supreme Court, with the STS 05, 29th 2006 inaugurated a breaking jurisprudential line that then broke with the ATS of the same Room of 02, 23rd 2007.

Nevertheless, the Court restarted the promising route in the STS 11 27th 2007; but after two months, in the STS 01, 21st 2008, it turned it to losing. Probably such amount of oscillations can be avoided with the last regulation reform of the CGPJ.

### **Competencia del Jurado**

Perfecto Andrés Ibáñez

El legislador, al justificar la introducción del jurado en la organización judicial española, ha hecho uso de un criterio muy estricto, que funda, claramente, en el déficit de capacidad técnica y, eventualmente, cultural del órgano para hacer frente al enjuiciamiento. Resultado de ello es una relación de delitos competencia del Jurado (art. 1.2 de la ley), a la que se refieren luego algunas normas complementarias. Pues bien, por coherencia con ese imperativo legal y con la propia lógica del sistema, el precepto citado debe interpretarse de la forma más restrictiva.

The legislator, justifying the introduction of the jury in the Spanish judicial organization, has made use of a very strict criterion, that clearly founds in the deficit of technical capability and, eventually, cultural of the organ to give the judgment. The result of that is a relation of crimes competence of the Jury, (art. 1.2 of the law) to which some complementary rules refer on after. Thereby, coherently with that legal imperative and the own logic of the system, the mentioned rule must be interpreted in the most restrictive way.

### **El juez Víctor Covián y Junco. Aproximación a su vida y a su obra**

Fructuoso Díaz García

El redescubrimiento, hace unos pocos años, de una de las mejores bibliotecas particulares asturianas permitió la catalogación y el estudio detallado de la misma; y esto ha traído consigo no sólo el reconocimiento de un bien del patrimonio cultural bibliográfico español, sino también la recuperación, no todavía en toda su extensión y profundidad, de la vida y obra de un extraordinario hombre de leyes de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, don Víctor Covián y Junco. Su biografía y su biblioteca pasan a convertirse en una más de las piezas que forman el rompecabezas historiográfico de uno de los períodos históricos más importantes de la Historia de España.

The rediscovery, few years ago, of one of the best particular Asturian libraries allowed the cataloguing and its detailed study; and this has brought with it, not just the recognition of an item of the cultural bibliographical Spanish patrimony, but also the recovery, not yet in all its extension and depth, of the life and work of an extraordinary man of laws of the 19th century ending and 20th century beginning, Mr. Víctor Covián y Junco. His biography and his library have turned into one more of the pieces that form the historiographical puzzle of one of the most important historical periods of the History of Spain.

### **La nueva ley ‘de la memoria’ y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo**

Miguel Ángel Rodríguez Arias

La nueva «ley de la memoria» establece un anómalo marco de autorización administrativa para la recuperación privada de los restos mortales de los desaparecidos del franquismo, siguiéndose con ello, en realidad, el modelo de la Orden de 1 de mayo de 1940 «sobre exhumaciones e inhumaciones de cadáveres asesinados por los rojos». El Estado español desatenderá así, definitivamente, el deber de realizar una investigación oficial efectiva e independiente conducente al esclarecimiento de los hechos, conforme los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la jurisprudencia constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia.

The new “law of the memory” establishes an anomalous frame of administrative authorization for the private recovery of the remains of the missing persons of the Franco’s regime, following with it, actually, the model of the Order of May 1, 1940 “on exhumations and burials of corpses murdered by the red ones”. The Spanish State will disregard in this way, definitively, the duty of making an official effective and independent investigation conducive to the clarification of the facts, following the articles 2 and 13 of the European Convention on Human Rights and the constant jurisprudence of the European Court of Human Rights in the subject.

### **La intervención del juez de instrucción en las diligencias de investigación seguidas por desapariciones forzadas en la dictadura franquista**

Amaya Oliva Díaz

El artículo tiene como principal objetivo describir las diligencias esenciales a practicar dentro de una instrucción penal seguida por delitos de desapariciones forzadas con las obvias particularidades que la misma conllevaría. Partiendo de las obligaciones internacionales a cargo del Estado en esta materia, se abordan los derechos de las víctimas de estos delitos, su protección en el proceso y la situación procesal derivada de la personación de las asociaciones colectivas de familiares o defensoras de derechos humanos. Por último, se ofrece un protocolo modelo de exhumación, resultado de la adaptación al derecho interno de los trabajos internacionales sobre la materia.

The article has as principal aim to describe the essential steps to be practised inside a penal investigation run on crimes of forced disappearances with the obvious particularities that it would carry. Starting from the international obligations in charge of the State in this area, there are approached the rights of the victims of these crimes, their protection along the process and the procedural situation derived from the

circum-stance of being a party the collective associations of relatives or defenders of human rights. Finally, a protocol model of exhumation is offered, as result of the adaptation of the international works on the matter to the internal law.

## **Hacia la reforma del sistema de acceso a la función judicial (a modo de introducción)**

Javier Hernández García

En pocos escenarios, como el del proceso selectivo de los llamados a ejercer el poder judicial, se aprecia con tanta claridad la ausencia de transición de modelos o, al menos, la dimensión transformadora que supone la irrupción y consolidación de un régimen constitucional.

El objetivo principal del presente trabajo reside, por un lado, en estimular la apertura del debate sobre la reforma del modelo de selección y, por otro, en la necesidad urgente de romper, de forma discursiva y argumentativamente rigurosa, el marco conceptual que hasta ahora rodea toda la discusión —desde fuera y desde dentro de la corporación judicial— sobre cómo y con qué instrumentos deben seleccionarse a los jueces en nuestro país.

In few scenarios, as that one of the selective process of the called ones to exercise the judicial power, it is estimated with such clearness the absence of a models' transition or, at least, the transforming dimension that supposes the irruption and consolidation of a constitutional regime.

The principal aim of the present work resides, on one hand, in stimulating the opening of a debate on the reform of the model of selection and, on other one, in the urgent need to break, in a discursive and rigorously argumentative, the conceptual frame that until now surrounds the whole discussion — from outside and from inside the judicial corporation — on how and with what instruments the judges must be selected in our country.

## **Propuesta de mejora de la formación inicial en la Escuela Judicial**

Carlos Gómez Martínez

Desde 1997 la formación inicial de los jueces ha venido siendo objeto de una puesta al día que, en cambio, no se ha producido en el otro elemento que integra la fase selectiva: la oposición. La configuración que se dé a una nueva prueba de acceso influirá en la docencia que se imparta en la fase de formación inicial dado que una y otra deben ser coherentes entre sí. La mejora de la formación inicial pasa por la profundización en el método del caso, la reforma del sistema de evaluación y la insistencia en la formación en valores. Además, es preciso aprobar un estatuto del profesor ordinario de la Escuela Judicial, garantizar legalmente una mayor duración del período formativo y asegurar una mayor autonomía funcional y pedagógica de la Escuela Judicial.

Since 1997 the initial formation of the judges has been updated, however, that change has not taken place in the other element that integrates the selective phase: the competitive examination. The configuration that occurs to a new test of access will influence in the teaching that is given in the phase of initial formation since both must be coherent to each other. The improvement of the initial formation should pass through the deepening in the method of the case, the reform of the evaluation system and the insistence in the formation in values. In addition, it is precise to approve a

statute of the ordinary teacher of the Judicial School, to legally guarantee a greater duration of the formative period and to assure a greater functional and pedagogical autonomy of the Judicial School.

### **Gustavo Zagrebelsky: juez constitucional**

Miguel Carbonell

G. Zagrebelsky, uno de los teóricos más representativos de la corriente «neoconstitucionalista» ha publicado un pequeño libro de reflexiones sobre su etapa de magistrado constitucional. La obra no es autobiográfica, en el sentido convencional del término, aunque sí vivencial, pues ilustra sobre cómo el autor ha experimentado esas ricas vicisitudes, situadas en la zona de confluencia, inevitablemente conflictual, de la política y el orden jurídico.

G. Zagrebelsky, one of the theoretical most representative of the “neo - constitutionalist” current has published a small book of reflections on his stage of constitutional judge. The work is not autobiographical, in the conventional sense of the term, but experiential, since it illustrates as the author has lived these rich vicissitudes, placed in the zone of confluence, inevitably conflictual, of the policy and the juridical order.

### **La formación de los magistrados en Italia: líneas maestras y objetivos formativos. Perspectivas de derecho comparado**

Antonio Balsamo

La reforma del ordenamiento judicial acometida en Italia en las últimas legislaturas afecta también al tema de la formación judicial, al haberse previsto expresamente la creación de una Escuela Superior de la Magistratura hasta ahora inexistente en Italia. Este trabajo analiza el marco normativo de la futura Escuela Superior de la Magistratura italiana (destinada a asegurar la formación inicial y continua de los profesionales —jueces y fiscales— que integran la magistratura en Italia), sitúa la institución en el contexto europeo e internacional de los diversos organismos dedicados a la formación judicial y se detiene en el estudio de la dimensión internacional de la formación judicial, que se ve claramente potenciada por los procesos de integración iniciados en el ámbito europeo y por las consecuencias derivadas de los instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales.

Reform of judicial organization and judiciary in Italy also comprises the field of judicial education, since the institution of a High School for the Judiciary has been envisaged in some Acts passed by the Italian Parliament in 2006 and 2007. This paper analyzes the legal framework of the new High School for the Judiciary of Italy (provider of initial and continuing training for Italian judges and prosecutors), describes the new institution in the European and international contexts of other bodies providing judicial training and pays particular attention to the international dimension of judicial education, which has been strengthened by the process of European integration and by the consequences deriving from the implementation of international instruments for the protection of fundamental rights.





