

# JUECES *para la* DEMOCRACIA

---

INFORMACIÓN Y DEBATE

**C. Jiménez Villarejo**, Corrupción: persecución y prevención. **R. Sáez**, El homicidio del militante comunista Pedro Patiño y la actuación de su defensor Jaime Miralles. **E. Garzón Valdés**, Propuestas jurídico-morales. **M. Pérez Manzano**, El deber de absolver en caso de duda. **E. Martínez García**, La denominada ‘tesis de la desvinculación de la antijuridicidad’. **M. L. Martínez Alarcón**, La dificultad de la renovación del CGPJ. **L. Pepino**, La emigración, el derecho y el enemigo. **I. U. González Vega**, Diagnóstico de la jurisdicción penal universal. **J. M. García Moreno**, La magistratura en Italia.

**En este número:** Garzón Valdés, Ernesto, filósofo del derecho, presidente de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.  
García Moreno, José Miguel, magistrado, Servicio de Formación Continuada, CGPJ.  
González Vega, Ignacio U., magistrado, Madrid.  
Jiménez Villarejo, Carlos, ha sido Fiscal Anticorrupción.  
Martínez Alarcón, María Luz, profesora de Derecho Constitucional, Universidad de Castilla la Mancha.  
Martínez García, Elena, profesora titular de Derecho Procesal, Universidad de Valencia.  
Pepino, Livio, magistrado italiano, componente del Consiglio Superiore della Magistratura.  
Pérez Manzano, Mercedes, catedrática de Derecho Penal, Universidad Autónoma (Madrid).  
Sáez Valcárcel, Ramón, magistrado, Sala de lo Penal, Audiencia Nacional.

### **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, Ramón SÁEZ VALCÁRCEL, Pablo SURROCA CASAS. 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

	<b>Pág.</b>
<b>Debate</b>	
– <i>Corrupción: su prevención y persecución en España</i> , Carlos Jiménez Villarejo.....	3
– <i>El homicidio del militante comunista Pedro Patiño y la actuación del abogado defensor Jaime Miralles. Un episodio de la represión y de la lucha por la justicia</i> , Ramón Sáez.....	20
<b>Estudios</b>	
– <i>Algunas propuestas jurídico-morales</i> , Ernesto Garzón Valdés .....	37
– <i>Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda</i> , Mercedes Pérez Manzano .....	51
– <i>El artículo 11.1 LOPJ y la denominada ‘tesis de la desvinculación de la antijuridicidad’: una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)</i> , Elena Martínez García .....	67
<b>Cuestiones de ordenamiento judicial</b>	
– <i>La dificultad de la renovación del Consejo General del Poder Judicial: posibles alternativas</i> , María Luz Martínez Alarcón .....	89
<b>Internacional</b>	
– <i>La emigración, el derecho y el enemigo. Consideraciones marginales a la Ley 94/2009</i> , Livio Pepino .....	111
– <i>Breve diagnóstico de la jurisdicción penal universal en su respuesta a la impunidad de los crímenes internacionales</i> , Ignacio U. González Vega .....	119
– <i>La magistratura en Italia (I)</i> , José Miguel García Moreno .....	132
<b>Apuntes</b>	
– <i>Un presidente frente al libertinaje</i> .....	151
– <i>Un vicepresidente por la independencia</i> .....	152
– <i>Un expresidente que sabe de ‘ganao’</i> .....	152
– <i>El sentido de las reglas</i> .....	152
– <i>La memoria del testigo y el error judicial.</i> .....	153
– <i>El celibato eclesiástico: ¿factor criminógeno?</i> .....	154
<b>Extractos/abstracts</b>	



## Corrupción, su prevención y persecución en España\*

Carlos JIMÉNEZ VILLAREJO

La construcción del Estado democrático de Derecho tiene, entre sus fundamentos, que los servidores públicos, de todas las categorías, obren al servicio del interés general, con imparcialidad y objetividad y bajo una taxativa interdicción de la arbitrariedad. Estos principios, constitucionalizados en los artículos 9,117.1 y 103, son la base de todo el marco normativo que debe prevenir y castigar cualquier forma de corrupción. Porque, en efecto, la corrupción, con mayor intensidad la delictiva, es precisamente la negación de estos principios, la subversión de la función pública democrática en cuanto, además de violar la ley, antepone el interés particular al público. Como dijo el profesor Calsamiglia<sup>1</sup>, la corrupción es, sobre todo, un acto de «deslealtad» del servidor público hacia los valores constitucionales: «La corrupción pone de manifiesto la falta de aceptación de reglas importantes de la democracia». La aceptación de esas reglas exige que estén perfectamente definidas y que sean imperativas de modo que su incumplimiento genere responsabilidad y una forma u otra de sanción. Es necesario que el Estado disponga de defensas jurídicas eficaces frente a sus propios servidores que, a diferencia de otros infractores, se amparan en las normas para quebrantarlas.

Porque la corrupción, lejos de ser la expresión de un comportamiento desviado individual, surge desde dentro del sistema e incluso el propio sistema lo genera, entendiendo como sistema al poder político en su más amplio sentido. Precisamente por el carácter estructural de la corrupción, por su magnitud y por su trascendencia económica ha ido creciendo la preocupación internacional ante ella. Así lo reflejan instrumentos internacionales que han ido aprobándose en el curso de los últimos años. En todos ellos se expresa la necesidad de que los abusos cometidos por los servidores públicos sean evitados y sancionados por cuanto comprometen la confianza de los ciudadanos en la Administración Pública. Por ello, advierten que ningún sistema de gobierno y ninguna administración están a salvo de la corrupción. Basta repasar el Preámbulo de la Resolución 51/59 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (NN.UU) de 12-12-1996, de medidas contra la corrupción, el Convenio del Consejo de Europa de 27-1-1999 (aún no ratificado por España)<sup>2</sup> y la Convención de NN.UU contra la corrupción de 31-10-03, ratificada por España el 19 de julio de 2006. Por todas ellas, basta recordar los términos de la última Convención al hacer un llamamiento para crear una cultura de rechazo de la corrupción.: «Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades, al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y a comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley»<sup>3</sup>.

---

\* Ponencia presentada en el Congreso organizado por el Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (International IDEA), con sede en Estocolmo (Suecia), los días 1-2 de Diciembre de 2009 en México DF, sobre «La financiación ilícita de la política».( [www.idea.int](http://www.idea.int) ).

<sup>1</sup> Cuestiones de lealtad. Paidós. Colección Estado y Sociedad. Barcelona.

<sup>2</sup> Demora denunciada reiteradas veces por el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa(GRECO).

<sup>3</sup> Convención NNUU (BOE nº 171, de 19 julio 2006).

Cualquiera que sea el concepto y la determinación de los rasgos esenciales de la corrupción hay una coincidencia general al entender que pone en cuestión, en peligro, el propio sistema democrático, entendido como el conjunto de instituciones que conforman el orden constitucional. Podemos aceptar un concepto de corrupción como el de Nye: «aquella conducta que se desvía de los deberes normales de una función o cargo público a causa de ganancias personales, pecuniarias o status o que conculca reglas orientadas a combatir ciertos logros de influencia particular». La corrupción, dice el Consejo de Europa, es «sobre todo, un abuso de poder o una falta de probidad en la toma de decisiones (...). Asimismo afirma: «La corrupción comprende las comisiones ocultas y cualquier otra actuación que personas investidas de funciones públicas o privadas llevan a cabo con violación de los deberes que les corresponden, a fin de obtener ventajas ilícitas de cualquier naturaleza ya para sí, ya para terceros».

La incidencia gravemente negativa de la corrupción, en particular de la delictiva, sobre el Estado democrático, es contemplada desde diferentes perspectivas. Así, Garzón Valdés (1993) señala que «la corrupción se vuelve posible y prospera cuando los decisores abandonan el punto de vista interno y actúan deslealmente con respecto al sistema normativo», cifrando la gravedad de la corrupción en la ruptura de la lealtad democrática como «cuestión central de la democracia actual». Al concepto de deslealtad también se refiere el trabajo de Sabán Godoy (1991): «el componente anímico de la conducta corrupta es la deslealtad, entendida ésta como la actuación en contra de los intereses cuya defensa nos viene confiada...». Y Nieto (1997) la definía como «el uso desviado de los poderes públicos en beneficio particular». En la Memoria anual de 1995 y la Instrucción 1/96 del Fiscal General del Estado se perfila también un concepto de corrupción delictiva, criterio que asumió el Tribunal Supremo en la sentencia de 20-09-1990 cuando la definió como «una traición fundamental de los deberes de lealtad, probidad y fidelidad inherentes a la función pública». Con una grave consecuencia, como dice con acierto Díez-Picazo (1996) de que «la criminalidad gubernativa tiende a difuminar la ecuación entre Estado y legalidad y, por tanto, a deslegitimar el Estado ante los ciudadanos»<sup>4</sup>.

En todo caso, en España falta por definir legalmente un concepto omnicompreensivo de corrupción a partir de las Leyes Orgánicas 2/2003 y 3/2003, ambas de 14 de marzo, reguladoras de la Orden Europea de Detención y Entrega (que desarrollan la Decisión Marco del Consejo Europeo de 13/06/02), leyes que comprenden entre los delitos que pueden justificar dichas decisiones judiciales el de «corrupción», cuyo verdadero alcance no está exactamente determinado, como tampoco lo está el de «blanqueo del producto de los delitos de corrupción».

Asimismo, la Convención de NN.UU señala como el fenómeno de la corrupción se ha internacionalizado y ha adquirido una relevante trascendencia económica que perjudica la economía de todos los países y en especial de aquellos que tienen economías de transición en cuanto representa una desviación de fondos públicos, una reducción de la inversión y un directo perjuicio al desarrollo económico. No es de extrañar por tanto, que plantee rigurosamente la recuperación de activos obtenidos ilegalmente. La magnitud de la corrupción ha quedado reflejada en numerosas ocasiones por la Oficina contra la droga y el delito de NN.UU. Cada año, se pagan en el mundo sobornos por valor de más de un billón de dólares. Por ejemplo, en África, la corrupción y otras conductas ilícitas han contribuido a la fuga de capitales desde ese continente por valor de 400.000 millones de dólares. Hacer inversiones en un Estado relativamente corrupto puede ser un 20% más costoso que un país sin corrupción. Según Transparencia Internacional, las cifras son del mismo alcance, concluyendo que el resultado de la corrupción, particularmente en la construcción, es el aumento del coste y la reducción de la calidad de las infraestructuras con consecuencias de

---

<sup>4</sup> Luis M<sup>a</sup> Díez-Picazo. *La criminalidad de los gobernantes*. Crítica, Grijalbo-Mondadori, pág. 14.

gran alcance que describe así: «el dinero se malgasta, los países caen en bancarrota y la gente muere»<sup>5</sup>. Ante este panorama, es justificable la preocupación internacional por un fenómeno social y delictivo que exige una reacción institucional y normativa adecuada.

Ya entró en vigor la Convención de las NNUU contra la Corrupción, un instrumento esencial para enfrentarse a esta lacra. Debería ser una gran oportunidad para estrechar el cerco a corruptores y corrompidos. Y confiamos que contribuya a ello la Conferencia anual de Estados Parte de dicha Convención (la última sesión se celebró en Doha, Qatar, 9-12 noviembre 2009) y la Asociación Internacional de Autoridades Anti-corrupción que tienen como misión impulsar la aplicación efectiva de dicho Tratado.

Pero habrá que comprobar si los Estados aplican efectivamente sus previsiones y contribuyen a crear y fomentar una verdadera cultura contra la corrupción. La Convención trata con el mismo rasero la corrupción en el sector público y el empresarial y exige transparencia en la Administración y en la contratación pública. Por vez primera, se plantea que puedan ser perseguidos penalmente los servidores públicos que, al cesar en sus cargos, no puedan acreditar su incremento patrimonial. Se estimula la cooperación ciudadana para la denuncia de los hechos, admitiéndose la denuncia anónima. Y, entre otros muchos avances, se reclama a los Estados emplear los mismos métodos que hoy se aplican a la delincuencia organizada, como las operaciones encubiertas, la vigilancia electrónica y el control de las transferencias financieras para evitar el blanqueo de sus fondos. Hasta aquí, las expectativas que genera la Convención. Ya veremos cómo y cuando se cumplen. Cualquier demora será una forma de favorecer la corrupción y su impunidad.

La realidad no parece ir en esa dirección. El Gobierno español, pese al incremento de los procedimientos penales por delitos de corrupción, no ha adoptado ninguna iniciativa para desarrollar las Recomendaciones contenidas en la Convención. Es cierto que atendió en 1997 la Recomendación de la OCDE para sancionar penalmente los sobornos —el cohecho— de los funcionarios públicos en las relaciones comerciales internacionales, conductas ya perfectamente definidas en el C. Penal español: «Los que corrompieren o intentaren corromper... a las Autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales... para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales...».

Pero la realidad internacional ha sido y continúa siendo muy grave. Así, el Presidente del Zaire (1965-1997) Mobutu Sese Seko, sustrajo de su país unos 5.000 millones de dólares, el equivalente a su deuda externa. El dictador nigeriano Sani Abacha y su camarilla saquearon y desplazaron hacia la banca occidental 2.200 millones de dólares. En este contexto, se produce el escándalo del *Programa Petróleo por Alimentos* que la ONU aplicó en Irak desde 1996 hasta su invasión ilegal. El programa fue diseñado para aliviar el sufrimiento del pueblo irakí provocado por las sanciones impuestas al Gobierno de Sadam Hussein por la comunidad internacional. Durante los años 90, miles de niños de aquel país murieron por enfermedades y desnutrición a causa de la escasez de alimentos y de medicamentos. La Comisión de Investigación de la ONU, presidida por P. Volcker, descubrió que 2.253 empresas occidentales aprovecharon sus relaciones comerciales con aquel Gobierno, como contratistas de obras y servicios, para obtener ventajas y beneficios ilícitos pagando sustanciosas comisiones a las Autoridades irakíes. Pagaron sobornos por valor de aproximadamente 4.000 millones de dólares que enriquecieron al Régimen irakí, una vez más, en directo y gravísimo perjuicio del pueblo. Entre las empresas involucradas figuraban 45 españolas, claramente identificadas. El Informe Volcker, que consta de doce millones de documentos probatorios, debía haber originado una decidida y profunda investigación penal para el definitivo esclarecimiento de

---

<sup>5</sup> Ver Informe global de la corrupción 2005.

los hechos. Respecto de las sociedades españolas debía saberse quienes y donde decidieron y ejecutaron la acción criminal y, en particular, cómo se transfirieron los fondos ilícitos a sus beneficiarios. Pero, ¿qué está haciéndose?. Hasta ahora, solo consta que la Fiscalía de Nueva York emprendió la persecución del que fue Director del Programa, Benon Sevan, por haberse beneficiado de 160.000 dólares como resultado de un soborno.

Por otra parte, el petróleo que produce la costa occidental de África (Senegal, Ghana, Gabón) es otro factor de corrupción internacional. Sobre todo, cuando se comprueba que «... los ciudadanos de los países productores son hoy mas pobres y están peor gobernados que los de los restantes países africanos»<sup>6</sup>. Ha sido positiva la Iniciativa para la transparencia de las industrias extractivas (EITI) del Banco Mundial, pero aún no ha producido resultados positivos. La lucha contra esa forma de corrupción no puede hacerse desconociéndose las «vinculaciones transfronterizas de los hidrocarburos» y, en particular, los paraísos fiscales. Y podría continuarse con los procesos contra Fujimori, Pinochet, etc.

## LOS PROCESOS POR CORRUPCIÓN EN ESPAÑA

En España, la corrupción, sobre todo en los últimos diez años, paralelamente al desarrollo inmobiliario, ha tenido una gravísima incidencia, singularmente en el ámbito municipal.

El somero examen de algunos de ellos debe partir, por su carácter paradigmático, del Auto de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo (TS 23/06/09) por la que aceptó la competencia para investigar a un Diputado y un Senador, del Partido Popular, por entender que «las percepciones económicas irregulares percibidas por los dos aforados o por empresas participadas por ellos» justifican su investigación penal en cuanto dichas operaciones «pueden tener relevancia penal como presupuestos fácticos de los delitos de cohecho(soborno) y delito fiscal».

Efectivamente, los procesos penales se han incrementado fuertemente. Así resulta de las Memorias anuales de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Delincuencia Organizada, con jurisdicción en todo el Estado, que solo actúa en «supuestos de especial trascendencia» por delitos de prevaricación, cohecho, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias y otros relacionados con estos, como el de blanqueo de capitales. Por tanto, no agota la intervención judicial en ese ámbito, que se extiende a casos de corrupción de menor gravedad. Según dichas Memorias, las Investigaciones de la Fiscalía y/o los procesos judiciales bajo su competencia han experimentado un fuerte ascenso: de 122 en 2004 a 246 en 2008. De ellos, 60 son procedimientos judiciales por gran corrupción, a los que habrá que añadir los incoados el año 2009 y todos los que dependen de los Juzgados de Instrucción de las distintas provincias españolas que, en total, suman en este momento 594, según informó el Fiscal General del Estado<sup>7</sup>.

Los procesos judiciales penales impulsados por la Fiscalía Especial, están repartidos por toda la geografía española y afectan mas especialmente a Autoridades y funcionarios municipales. «Con la detención de Bartomeu Muñoz, el alcalde socialista de la importante ciudad de la conurbación industrial barcelonesa que es Santa Coloma de Gramanet el pasado 29 de octubre, llevamos ya en poco más de tres años *diecinueve alcaldes detenidos por corrupción* en España: 7 del PP, 5 del PSOE, y otros «independientes» de pequeños partidos o agrupaciones electorales

---

<sup>6</sup> Financial Times, *La corrupción en África es una responsabilidad global*, 1/6/2007, R. Murphy y N. Saxzón (Asesores de Tax Justice Network, [www.taxjustice.net](http://www.taxjustice.net))

<sup>7</sup> Comparecencia ante el Congreso de Diputados el 18 de Noviembre de 2009. De dichos procedimientos judiciales, 264 están incoados contra cargos públicos del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y 200 contra cargos del Partido Popular (PP) y los restantes contra otras formaciones políticas minoritarias.

locales o regionales»<sup>8</sup>. Los Juzgados de Instrucción de Marbella (Málaga), capital de la zona turística del Mediterráneo denominada Costa del Sol, gobernada en su día por un equipo municipal corrupto que fue destituido por el Gobierno y sustituido por una «Comisión Gestora», conocen de 37 procedimientos por diversos delitos de corrupción contra los anteriores gestores y personas que participaron de sus decisiones y conductas delictivas. Otros responsables políticos de cierta relevancia institucional están siendo investigados por los Tribunales Superiores de Justicia —órgano de mayor rango— de las Islas Baleares, Canarias, Valencia, Madrid y Murcia. Particular trascendencia tuvo el procedimiento del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (D.P. 275/2008) que desmanteló la trama delictiva que afectaba al Partido Popular conocida como «caso Gürtel». Se tramitan, pues, numerosos procesos en los Juzgados de Instrucción de Colmenar Viejo (Madrid, municipio de Tres Cantos), Valdemoro y Móstoles (Madrid), Nules (Castellón), Telde (Gran Canaria), Las Palmas (Gran Canaria), Sevilla (por hechos ocurridos en el municipio de Camas), Santa Cruz de Tenerife, Estepona (Málaga), Murcia, Martorell (Barcelona), Illescas (Toledo, municipio de Seseña). Y los procedimientos tramitados por los Juzgados de Palma de Mallorca por los hechos ocurridos en la localidad de Andratx (Mallorca), en algunos de los cuales ya han recaído condenas contra el alcalde de dicha ciudad (condenado a cuatro años de prisión), un destacado cargo del Gobierno de Baleares (condenado a ocho años y medio de prisión) y otros funcionarios. Según fuentes solventes, hay otros casos judiciales pendientes, de menor entidad, en Alhaurín el Grande (Málaga), Totana (Murcia), Ciempozuelos (Madrid), Ibiza (Baleares), Lorca (Murcia), Bigastro (Alicante) y Granadilla (Tenerife).

Ante este panorama, no es de extrañar que el TS afirmara, en una de las sentencias sobre Andratx: »La desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, justifica que ante la inoperancia de la disciplina administrativa se acuda al Derecho penal como *Última Ratio*»<sup>9</sup>.

La presente exposición trata de examinar las causas estructurales que la favorecen y las reformas legales que estimamos necesarias para prevenirla y evitarla, sin perjuicio del mantenimiento de una respuesta penal eficaz.

## LA FINANCIACIÓN IRREGULAR DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

La Constitución española los sitúa en el Título Preliminar —el mismo en que se define a España como una «Estado social y democrático de Derecho»— proclamando en el artículo 6 que «Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política». Preceptos que han llevado al Tribunal Constitucional a afirmar: «La colocación sistemática del artículo de la Constitución española expresa la importancia que reconoce a los partidos políticos dentro del sistema constitucional y la protección que de su existencia y de sus funciones hace no sólo desde la dimensión individual del derecho a constituirlos y participar activamente en ellos, sino también en función de la existencia del sistema de partidos como base esencial para la actuación del pluralismo político» (STC 85/86).

Las razones expuestas justifican que el Estado haya asumido una parte importante de la financiación de los partidos mediante el sistema de subvenciones públicas que se regula en varias disposiciones legales.

Desde esta perspectiva, cobra singular importancia cómo se produce la financiación de los mismos por varias razones. Primera, porque el crecimiento de los

<sup>8</sup> Antoni Doménech, *Corrupción en España*, Revista «Sin Permiso», 1/11/2009.

<sup>9</sup> Sentencia 1127/2009, de 27 de noviembre.

costes de la política derivado sobre todo de las modernas campañas electorales ha impuesto a los partidos políticos una exigencia de recursos económicos que no podía ser satisfecha por los partidos políticos por la vía de la cuota de sus militantes. En consecuencia, la obtención de dinero se convertía en un objetivo político en sí mismo.

Y, en segundo lugar, porque las aportaciones económicas privadas pueden generar una desigualdad económica entre los partidos que rompe el principio de igualdad de oportunidades llegando a afectar a la representatividad de los mismos y al propio fundamento del principio del pluralismo político.

Pero la admisión de la financiación privada ha generado una situación compleja y de evidentes riesgos. Esencialmente el endeudamiento financiero de los partidos y su dependencia de la gran banca. Consecuentemente, en muchos casos ha hecho crisis la independencia de los partidos frente a los grupos económicos poderosos y la transparencia en la gestión de los fondos así obtenidos. La consecuencia ha sido devastadora. Basta repasar algunos ejemplos europeos con trascendencia pública de financiación irregular de los partidos políticos. En Francia: Emmanuelli, del Partido Socialista; Juppé del RPR; Méhaignerie, de la UDF; Hue del PCF; Leotard del PR. En Italia: Forlani de la Democracia Cristiana; Craxi del PSI; y Berlusconi de Forza Italia. En Alemania, primero el democristiano Späth, luego Johannes Rau del SPD y finalmente Helmut Kohl. En Bélgica, el exsecretario general de la OTAN, Willy Claes; y en España, los casos Gil, Naseiro (PP), Cañellas (PP), Filesa (PSOE), ahora «Gürtel» (PP) y otros que están relacionados con Unión Democrática de Cataluña (UDC).

Las soluciones planteadas han sido diversas, todas en la perspectiva de restringir o suprimir la financiación privada y su sustitución por la financiación pública. En todo caso, dada la escasa afiliación a los partidos, el objetivo debe ser que no queden «a merced de las grandes empresas»<sup>10</sup> al constar de forma cierta que el dinero es un factor relevante de influencias ilícitas y de corrupción. Por tanto, de mantenerse la financiación privada, debe someterse a exigencias de publicidad y de acceso por la ciudadanía y a un régimen de control interno y externo que evite los pactos espurios del aparato dirigente de los partidos con las entidades de crédito, la opacidad a través de la doble contabilidad y la constitución de sociedades mercantiles y fundaciones a través de las que se captan fondos que no son fiscalizados por el Organismo competente, el Tribunal de Cuentas (TCU). Era, pues, insostenible, como hacía la Ley española de 1987, la admisión de donaciones anónimas que «ayudan a ocultar la compensación ilícita y facilitan los esfuerzos para desviar fondos para uso personal»<sup>11</sup>.

La Unión Europea ya fijó esa dirección en la Comunicación de 26-8-03, «Una política global de la U.E. contra la corrupción», (COM.2003 (317) final) y el Reglamento del Consejo Europeo, (CE) n.º 2004/2003, que contiene numerosas prohibiciones para garantizar la transparencia de los partidos. Y el Consejo de Europa, mediante la Recomendación 1516(2001) que invita al establecimiento de «sanciones significativas» ante las infracciones del sistema de financiación.

El punto de partida de esta reflexión se sitúa, obviamente, en el estudio del sistema de financiación en España, regulado anteriormente por una Ley de 1987 y, en la actualidad, por la Ley Orgánica Electoral 5/85, de 19 de junio y por la LO 8/2007, de 4 de julio, de Financiación de Partidos, actualmente vigentes.

Pero los efectos perversos de la Ley de 1987, completamente tolerante con toda clase de prácticas irregulares, aún se mantienen. Y el TCU, a quien corresponde la fiscalización económica de los partidos, ha revelado periódicamente los fallos evidentes de aquel sistema. Actualmente, se mantiene la financiación pública, en función de los

<sup>10</sup> Jorge F. Malem Seña. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Gedisa. Barcelona.2002.

<sup>11</sup> Susan Rose-Ackerman, *La corrupción y los gobiernos*. Siglo XXI, pág. 174 y siguientes.

votos y escaños obtenidos, y una financiación privada, con notorias insuficiencias, estando por fin prohibidas las donaciones anónimas. Las aportaciones procedentes de una misma persona física o jurídica no pueden ser superiores a 60.060,60 euros y están prohibidas las que procedieran de empresas públicas u otras que, mediante contrato vigente, presten servicios o realicen obras o suministros para alguna Administración Pública. Sin embargo, la Ley vulnera sus propios principios en cuanto autoriza que los partidos continúen autorizados a percibir ingresos a través de Fundaciones vinculadas a los mismos de hasta 150.000 euros.

Pero, el abuso bajo la Ley de 1987 fue generalizado, sobre todo, por los partidos con responsabilidades de gobierno. En cuanto a la financiación privada de los partidos, el problema es muy grave. Por ello conserva actualidad la reflexión del Profesor M.P. Koenig, de la Universidad de Estrasburgo: «La cuestión esencial es saber por qué una sociedad o una empresa financia un partido político. La respuesta lógica es que el generoso donador busca en el partido y, por consiguiente, en los poderes públicos que son ocupados por el partido, ventajas que, en otro caso, no habría obtenido». Por ello, ha resultado fundamental, pese a sus deficiencias, la aprobación de la citada Ley española de 2007. En su Exposición de motivos, se reconoce como uno de los fundamentos de la nueva disposición, «la aparición ante la opinión pública de posibles irregularidades vinculadas en algunos casos a la financiación de los partidos políticos»<sup>12</sup>. Y entre los objetivos de la Ley se encuentra establecer un régimen económico que «no incorpore elementos de distorsión entre la voluntad popular y el ejercicio del poder político».

Creemos que resulta necesario exponer algunos datos para saber cómo la Ley de Financiación de 1987 fue incumplida de forma casi generalizada ante una ciudadanía completamente ignorante de las cuentas de los partidos a los que periódicamente votan.

El Informe del TCU sobre el Ejercicio 2003, confirmaba las tesis de una financiación oscura y opaca. En ese ejercicio, ciertos partidos percibieron donaciones anónimas, procedentes de personas físicas y jurídicas que, obviamente, no se sabe si fueron beneficiadas desde el poder político con concesiones y otros beneficios económicos. Convergencia Democrática de Catalunya (CDC) recibió 1.324.000 € y UDC 860.252.000 €, ambas formaciones coaligadas (CIU) gobernaron Catalunya durante 23 años, y el PP, 2.361.422,41 €. El Partido de los Socialistas de Catalunya (PSC) recibió en ese concepto una cantidad algo superior a los 150.000 €. Sin que conste que Esquerra Republicana e Iniciativa per Catalunya-Verds-EUiA, ni en este ni en posteriores ejercicios, fueran financiados por este procedimiento.

En el ejercicio 2004, el TCU volvió a comprobar las mismas fuentes de financiación privada. CDC percibió 1.515.100 euros como aportaciones anónimas, y UDC, 884.716,12 euros. El PP, percibió por mismo concepto 2.825.425,83 euros.

En el último ejercicio fiscalizado, 2005, se mantuvo la misma tónica que en los años anteriores. Las donaciones anónimas a todos los partidos sumaban 7,7 millones de euros. CDC, recibió de donantes anónimos 1.590.905 euros y UDC, 148.498 euros. El PP, obtuvo por el mismo procedimiento 3.068.741 euros, el PSOE, 847.700, 00 euros y el PSC, en este ejercicio, 176.000 euros.

Ante el incumplimiento de las normas anteriores, la Ley sólo contemplaba una sanción de multa nada efectiva ni disuasoria.

Ya en el ámbito de las campañas electorales, la Ley Electoral General contiene una regulación semejante comprendida en los artículos 128 y 129 de dicha Ley, precepto este último que establece que «ninguna persona física o jurídica puede aportar más de 6.060,60 euros a las cuentas abiertas por un mismo partido, federación,

---

<sup>12</sup> Fue fundamental en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28/10/1997, que condenaba por diversos delitos relacionados con la financiación ilícita del PSOE (Caso Filesa). En ella se decía que la Ley Electoral «limita los gastos electorales de las distintas candidaturas con un doble fundamento constitucional, evitar la distorsión de la publicidad abusiva en detrimento de la sana formación de la opinión pública base del Estado democrático, y evitar la vulneración del principio de igualdad como uno de los inspiradores del ordenamiento jurídico».

coalición o agrupación para recaudar fondos en las elecciones convocadas». Ley Electoral que otorga al TCU la facultad de proponer, cuando se violen las restricciones establecidas en materia de ingresos y gastos electorales, «la no adjudicación o reducción de la subvención estatal al partido, federación... o agrupación de que se trate», facultad que se ejerce con cierta frecuencia.

Pero sigue siendo urgente regular las fuentes de financiación procedentes de las entidades de crédito. Los datos son preocupantes. En el ejercicio 2005, el endeudamiento financiero de los partidos parlamentarios alcanzaba la suma de 144,8 millones de euros. Endeudamiento que se mantiene en fechas recientes<sup>13</sup>. Resulta, cuando menos sorprendente, que ante determinados créditos que los partidos no liquidan, los bancos no exijan su cumplimiento, que la banca condone los intereses y hasta parte del capital de los préstamos otorgados, lo que constituye una autentica donación, condonaciones que encubran donaciones legalmente prohibidas por la Ley entonces vigente. Pactos que siguen legalmente autorizados con la única condición, de muy limitado alcance, de dar cuenta de ellos al TCU y al Banco de España. Manifiesto trato de favor que sería inconcebible para cualquier ciudadano y que nuevamente suscita la pregunta: ¿por qué? Porque, antes o después, los benefactores esperarán una respuesta que compense ese trato tan favorable. Pero ya están colaborando al mantenimiento de la opacidad de las cuentas de los partidos. Es, sin duda, una forma irregular de financiación pero, sobre todo, es preocupante porque puede generar una relación de dependencia de los partidos hacia los grandes poderes económicos y constituye una ofensa a principios básicos de igualdad y de solidaridad.

Por todo ello, son constantes las Recomendaciones del TCU y de la Comisión parlamentaria competente<sup>14</sup> a los partidos para sujetarse a la legalidad. Como las contenidas en las dos Resoluciones de esta última de 26/5/2009 (BOE de 25 de agosto y Boletín de las Cortes Generales de 30 de septiembre de 2009, respectivamente). En las que, pese a reciente reforma legal de 2007, se insta al Gobierno, entre otras cuestiones, para que «penalice y disuada la utilización de actuaciones fraudulentas en los procesos electorales» al «objeto de evitar la opacidad de determinados gastos asociados al proceso electoral» y a que «revisen las condiciones de las deudas contraídas con las entidades de crédito, ya vencidas, pero pendientes de pago». Reclamándose, paradójicamente, a sí mismos, «que posibiliten en sus registros contables la máxima transparencia en relación a las aportaciones privadas». El panorama, pues, es preocupante para la calidad y salud de nuestra democracia. Y es que todas las reformas, por avanzadas que sean, se encontrarán con el obstáculo que representan las oligarquías que gobiernan los partidos que, ineludiblemente, generan un «clientelismo» y el correspondiente intercambio de favores que se traduce en decisiones públicas de contenido económico constitutivas de corrupción<sup>15</sup>.

En este contexto, es explicable la crítica del GRECO del Consejo de Europa, de 15/5/2009, al sistema de financiación vigente en España. El sistema, dice, no es transparente en cuanto «no es descifrable» y la sociedad no puede tener acceso al mismo. Un conocido politólogo español, en esta misma dirección, ha reclamado que «los ingresos y gastos de los partidos figuren en lugar destacado en sus webs»<sup>16</sup> a las que pueda acceder cualquier ciudadano. El C. de Europa también exige que las cuentas y las informaciones contables de los partidos «sean suficientemente útiles para descubrir los vínculos financieros dudosos y los eventuales casos de corrupción». Y, asimismo, reclama «sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias» frente a

<sup>13</sup> El Informe del TCU, relativo a las cuentas de los partidos en las elecciones municipales de 2007, constata que los «recursos declarados por los partidos fueron 56,1 millones de euros, de los que 35,3 proceden de deudas bancarias» (Boletín Oficial del Estado, 25/8/2009) y en el Informe correspondiente a las Elecciones Generales de 2008, señala que «las formaciones políticas han declarado recursos por un total de 66,6 millones de euros, de los que 44,6 millones corresponden a créditos bancarios».

<sup>14</sup> Comisión Mixta del Congreso y el Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas.

<sup>15</sup> García Pelayo M., *El Estado de partidos*. Alianza. 1986. pág. 110.

<sup>16</sup> Joan Subirats, *Diario El País, Saber lo que pasa*, 13/11/2009, (Cataluña, pág. 13).

las infracciones del sistema. Sanciones que, a nuestro juicio, deberían comprender, ante supuestos muy graves, la tipificación como delito de la financiación ilícita de los partidos<sup>17</sup>

## LA GESTIÓN ABUSIVA DEL URBANISMO

Si, como hemos visto, España padece desde hace tiempo un fuerte corrupción municipal, las alarmas se han disparado ante el proceso iniciado por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 (Diligencias Previa 222/2006). Proceso que ha desvelado, a través del Auto de 30 de octubre de 2009 sobre medidas de prisión provisional y libertad provisional de los implicados, una «trama» de corrupción en los planes de urbanismo en varias ciudades de Cataluña. Con la particularidad de participar en dicha trama políticos de signos distintos, como un alcalde socialista y ex consejeros del anterior Gobierno catalán de la derecha nacionalista. Como ahora veremos, todo este proceso viene favorecido por causas estructurales que precisan de una reforma sustancial para erradicar la corrupción municipal y evitar lo que hasta ahora ha sido una constante, que en el «mercado de la corrupción» el delincuente delinque porque el coste penal de su acción es inferior a los beneficios que le reporta su acción delictiva. Decía un estudio de la corrupción, desde una perspectiva económica, que «el corrupto en potencia sopesará con mucho cuidado los posibles costes y beneficios fuera de la Ley, estimará los riesgos»<sup>18</sup>. El problema radica, entre otras muchas causas, en las insuficiencias de la legalidad vigente: «En materia urbanística es evidente que las facultades de que disponen las Administraciones de definir y cambiar los usos del suelo y determinar los aprovechamientos edificables —por medio de un simple papel: un plan urbanístico o una licencia— y el hecho de que la ley permita y fomente el beneficio privado de la mayor parte de les plusvalías generadas por la acción urbanística, muy superiores a las que normalmente genera una actividad industrial, de construcción o de servicios son una tentación para que ciertos responsables políticos se conviertan en “reyes midas”...»<sup>19</sup> Dice el Juez: «La modificación (urbanística) resultaba siempre favorable al adjudicatario y nunca al municipio. Seguidamente a la recalificación, el proyecto urbanístico se vendía al constructor a un precio final mucho mayor que el de adjudicación. De esta forma, todo el beneficio quedaba en poder de los intermediarios, nunca era el Consistorio (o Municipio) decisor de las modificaciones». Dentro de la actividad económica de la Administración, la gestión del urbanismo se sitúa como «piedra angular cuando se debate sobre la corrupción».<sup>20</sup> La protección del territorio y la defensa del urbanismo generan una actividad pública decisoria sobre la calificación o el uso del suelo que constituye una indudable fuente de poder de grandes efectos económicos. Por ello, desde 1995 se crearon los delitos sobre la ordenación del territorio (Arts. 319-320 Código Penal), con notorios vacíos e insuficiencias técnicas, con el fin de perseguir y castigar penalmente las más graves transgresiones de la ordenación del territorio protegiendo el suelo frente a una especulación abusiva<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> C. Jiménez Villarejo, *La tipificación penal de la financiación ilegal de los partidos políticos*. Tercera Conferencia Europea de los Servicios Especializados en la lucha contra la corrupción. Madrid, 28-30 Octubre 1998.

<sup>18</sup> Enrique Viaña Remis. «El mercado de la corrupción». En la obra colectiva «Fraude y corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude. Coordinadores: Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín. Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 2006, pág. 495.

<sup>19</sup> Salvador Milá, Diputado del Parlamento de Cataluña, Diario Avui, *Corrupción política: déficit democrático*, 31/10/2009. Barcelona.

<sup>20</sup> A. Sabán Godoy, *El marco jurídico de la corrupción*. Cuadernos Civitas pág. 38.

<sup>21</sup> Los datos de procedimientos penales por dichos delitos son igualmente preocupantes. Según la última Memoria de la Fiscalía española Coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo fueron los siguientes:

2007: Procedimientos penales	= 1.096
2008: <i>idem</i>	= 1.734

Desde este presupuesto, hace ya mucho tiempo que el urbanismo ha generado una profunda preocupación ante una cierta pasividad de los poderes públicos responsables de su control. Porque, en efecto, el modelo de crecimiento de la economía española durante muchos años convirtió la actividad constructora en el motor de dicho crecimiento. Y cuando decimos actividad constructora, decimos, ACS, FCC, ACCIONA, FERROVIAL, OHL y SACYR VALLEHERMOSO y sus filiales, como Dragados, Cobra, Urbaser o Necso, empresas constructoras que han sido el eje de ese proceso de crecimiento. Como lo son también las promotoras inmobiliarias que según un Informe del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) (23-6-2006) alcanzaban en España la cifra de 45.800, de las que sólo 4.600 tenían más de tres empleados. Dato revelador e indicativo de que la constitución de muchas de dichas sociedades tiene como única finalidad el lavado de dinero de origen ilícito. Un modelo de crecimiento que según dijo la Secretaría de Comunicación del sindicato Comisiones Obreras (CCOO) está en manos de «un oligopolio de agentes económicos que controlan el suelo, la promoción inmobiliaria y la construcción», originando un modelo de crecimiento injusto, irracional e insostenible. Así lo expresó el profesor Villoria con motivo de la presentación del Informe de Transparencia Internacional sobre la corrupción en el 2006: «La calificación del suelo urbano es el origen de los mayores casos de corrupción. España es el país de la OCDE donde el precio de la vivienda ha subido más en los últimos años». Y la Agencia Europea del Medio Ambiente señaló que el índice de crecimiento de la población en España en 2005 había sido del 6% mientras que el incremento de la construcción era del 20%. Si en España se construye por encima de las necesidades reales, debe considerarse la función de la corrupción como un elemento de la llamada «burbuja inmobiliaria». Este diagnóstico ha sido confirmado por el Informe presentado ante el Parlamento europeo (28-3-2007) sobre el proceso de urbanización de determinadas zonas de Madrid, Andalucía y Valencia que hace referencia al «enladrillado del litoral» de la costa mediterránea, «al descomunal enriquecimiento de una pequeña minoría a costa de la mayoría», proceso que está representando en algunas comunidades «un expolio de la propia comunidad y de su patrimonio cultural». En la introducción, ya se hace constar: «La Comisión de Peticiones sigue preocupada y profundamente consternada por la persistente y prolongada conculcación de los derechos legítimos de multitud de ciudadanos... en lo que atañe al suelo y a la vivienda. Estos ciudadanos se han convertido en víctimas indirectas de un elevado número de desenfrenados proyectos urbanísticos, basados en una legislación que favorece al urbanizador y despoja a las personas de su auténtica integridad». «Planes urbanísticos impulsados (por los Ayuntamientos) menos por las necesidades reales de crecimiento de la población y el turismo que por su ambición y avaricia». Finalmente, en las conclusiones, denuncia que «Las presiones a favor de la ejecución de grandes proyectos urbanísticos suelen proceder de la comunidad empresarial, que es la que mas se beneficia de esta lucrativa actividad».

Son de destacar los criterios expresados por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25/09/03:» «En el urbanismo se encierra, nada más y nada menos que el equilibrio de las ciudades y de los núcleos de población en general y, como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellas viven; la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología de la naturaleza y del hombre, que tiene que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al hábitat de cada uno, que sin dejar de ser titular de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los ciudadanos, ha tomado ya conciencia del pro-

blema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso de unas normas. En el sistema se pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan. Generalizando el incumpliendo, es difícil saber a donde puede llegar».

La actividad urbanística, por tanto, se ha revelado como un instrumento potencial de enriquecimiento de los representantes municipales en cuanto están dotados de una capacidad de decidir, de gran trascendencia económica y social, con un amplio grado de discrecionalidad y, como veremos, escasos controles. Basta considerar lo que significa decidir sobre el suelo, su calificación, su enajenación, además de las licencias urbanísticas. Decisiones públicas de gran riesgo en cuanto se producen confluyendo con intereses privados representados por los agentes económicos ya citados. La respuesta de los poderes públicos ha sido en muchas ocasiones claramente errónea y hasta ha consentido la actividad especuladora de los ayuntamientos. Así el Tribunal de Defensa de la Competencia en el informe correspondiente al año 2000 afirmó que en el «sistema actual algunos entes locales se comportan en algunos casos como auténticos especuladores, restringen la oferta de suelo hasta extremos increíbles y hacen subir el precio del suelo paralelamente», lo que llega a justificarse «dados los problemas de las Haciendas Locales en España». La consecuencia de todo ello es que la ordenación del suelo y la legislación urbanística son, son como decía el Presidente del Tribunal de Cuentas, «casos de riesgos morales»<sup>22</sup>

Las decisiones municipales en este ámbito afectan, además, a derechos fundamentales como el derecho a una «vivienda digna y adecuada» y aún «medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona» y a una «calidad de vida» (arts. 45 y 47 de la Constitución).

La Administración Local es, por tanto, un espacio donde las reglas del mercado deben encontrar los contrapesos necesarios para limitar los efectos tan negativos de su funcionamiento libre. Precisamente porque están en juego derechos fundamentales que la Administración debe garantizar y satisfacer por encima de cualquier otra consideración. La consecuencia debe ser que los principios inspiradores de la actividad urbanística sean el interés general y la participación ciudadana en la planificación y ejecución urbanística y, desde luego, en las plusvalías que genere el suelo. Eso es exactamente lo que se acordó en el Congreso de Diputados el 25 de abril de 2006. El Congreso instaba al Gobierno, ante la reforma de la Ley del Suelo, a: «I) Garantizar los derechos de los ciudadanos frente a la especulación urbanística. II) Garantizar una planificación urbanística con participación ciudadana. III) Garantizar que los planes respondan a realidades, necesidades y demandas de los ciudadanos. IV) Dotar a la planificación urbanística de directrices de sostenibilidad y, V) Establecer una valoración del suelo que no incorpore expectativas de revalorización». Acuerdo que, solo en parte, se cumplió.

Pero el proceso va a ser complejo porque hace falta no solo una voluntad de regeneración democrática, presidida por una ética pública, sino serías reformas legales que han de afrontar una situación muy adversa. Así lo expresó el actual Fiscal coordinador de los delitos urbanísticos: «No solamente no se ha evitado la especulación en torno al precio de la vivienda. Una de las funciones del urbanismo es proporcionar elementos que faciliten bienestar, un entorno satisfactorio, así como aportes estéticos que hagan más fácil y llevadera la vida de todo ciudadano de cualquier clase y condición. Se trata en esencia según señala el Defensor del Pueblo, «de mejorar la calidad de vida del ciudadano con el urbanismo»<sup>23</sup>. Sin embargo, tales aportes estéticos y elementos que faciliten el bienestar brillan por su ausencia en las ciudades de hoy. Lo cierto es, y así ha venido a reconocerse

---

<sup>22</sup> Ubaldo Nieto (ex Presidente del Tribunal de Cuentas), *Ética y control ante la corrupción y el blanqueo de capitales: Una reflexión* (8-6-2006).

<sup>23</sup> Informe del Defensor del Pueblo. 2003, pág. 285.

por la doctrina, que lo que verdaderamente prima en la ciudad española o actual es el urbanismo basura, carente de la más elemental sensibilidad estética y fruto de intervenciones fragmentarias producto del mercadeo. Según Hernández Pezzi, Presidente del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, nuestro país se ha convertido en una gran agencia inmobiliaria que descuida la calidad de las ciudades y somete a las familias a un esfuerzo desmesurado para la compra de la vivienda»<sup>24</sup>. En efecto, el Defensor del Pueblo denunciaba entonces, en 2003, que los municipios infringían, como lo continúan haciendo hoy, la legalidad realizando alteraciones del planeamiento que constituyen auténticas revisiones sin observar los requisitos legales lo que constituye, según su criterio «una práctica a todas luces fraudulenta»<sup>25</sup>. Asimismo, denunciaba las irregularidades cometidas a través de sistemas de «convenios», carentes de transparencia, que terminan privatizando el urbanismo.

Asimismo, los Ayuntamientos han impuesto prácticas absolutamente irregulares que han perturbado el desarrollo de un modelo de ciudad al servicio del ciudadano. Entre otras prácticas, cabe destacar las expropiaciones de suelo para fines de utilidad social que luego concluyen enajenándose a precios de mercado para la autofinanciación. O las expropiaciones para cederlas a bajo precio a empresas para supuestos fines de utilidad social que finalmente éstas venden libremente a precio de mercado. Cuando no, el Ayuntamiento conoce y consiente la concentración de la propiedad del suelo por grupos empresariales creando una apariencia de carencia del mismo que provoca la elevación de su precio.

Igualmente, las reformas legales de los últimos años han ido restringiendo o directamente eliminando los controles internos establecidos tradicionalmente en el funcionamiento de la Administración Local. Así, entre otras reformas, se adoptó la decisión de suprimir la llamada «advertencia de ilegalidad» que correspondía a los Secretarios locales respecto de los acuerdos y decisiones municipales. Igualmente se restringió de forma significativa el efecto paralizador de los expedientes cuando los Interventores señalaban «reparos» de orden económico-legal, paralización que, ahora, solo se admite excepcionalmente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 215 y 216 del Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo, paralización que evitaba la tramitación y la conclusión de ciertos expedientes viciados por manifiestas infracciones de la legalidad vigente.

Por último, resulta indispensable suprimir como competencia exclusiva y directa de los alcaldes las definidas en el artículo 21.1 j) de la Ley de Bases de Régimen Local sobre «aprobación de instrumentos de planeamiento de desarrollo del planeamiento general no expresamente atribuidas al Pleno, así como de los instrumentos de gestión urbanística y de los proyectos de urbanización» competencia que bajo ningún concepto puede dejarse en mano de los alcaldes sustrayéndolas a quien debe ostentar el mayor poder de decisión municipal que es el Pleno y, excepcionalmente, la Comisión de Gobierno.

En definitiva, se trata de garantizar que los Ayuntamientos se ajusten estrictamente a los principios democráticos de objetividad y servicio al interés general con la radical exclusión de la arbitrariedad. Es decir, que en ningún caso ocurra lo que ya hemos visto, lo que seguimos viendo, con las consecuencias tan bien definidas por el Tribunal Supremo, que resumió acertadamente el delito de prevaricación municipal de Jesús Gil y Gil, alcalde, ya fallecido, del municipio ya citado de Marbella. Dice así: «De esta forma se ha burlado el funcionamiento democrático de los ayuntamientos, en el que resulta esencial la participación de los diferentes grupos que lo integran, que ejercen el control político de las decisiones discrecionales que puedan adoptarse. Y también la del Interventor, a quien corresponde el control económico como garantiza del ajuste

---

<sup>24</sup> Antonio Vercher, *La corrupción urbanística. Una nueva expresión delictiva*. «Claves de la razón práctica», nº 139, 2004, pág. 26-33.

<sup>25</sup> Informe citado, pág. 288.

de los gastos al presupuesto previamente adoptado». «Y trascendencia social indudable tiene el que una persona, aunque ocupe la relevante ocupación de alcalde, actúe, contrate, y comprometa fondos municipales sin más regla de actuación que su propia voluntad, haciendo superflua la presencia de los demás órganos integrantes del Ayuntamiento, tanto técnicos como políticos» (STS núm. 537/2002, de 5 de abril).

## LA REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES

Las más importantes de estas normas son las que regulan el régimen de incompatibilidades y otros deberes, como las declaraciones de actividades, ingresos y titularidad de bienes patrimoniales.

El principio básico regulador de esta materia está expuesto en la Ley 53/1984, para el personal al servicio de las Administraciones públicas, «respetar el ejercicio de actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia».

Sin duda, la legislación de incompatibilidades es la mayor garantía frente a lo que la doctrina moderna denomina, como fuente de corrupción, el conflicto de intereses que es definido así en el artículo 4 la Ley 5/2006, de 10 de abril, relativa a los Altos Cargos del Estado: «cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas». El objetivo es establecer «exigencias y cautelas que garanticen que no se van a producir actuaciones que pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo»<sup>26</sup>.

En la vigente Ley sobre Altos Cargos —que alcanza esencialmente a los que se cubren por libre designación del Consejo de Ministros incluyendo a los de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado— el principio es el de «dedicación exclusiva», con prohibición del ejercicio de cualquier otra actividad pública o privada, con ciertas excepciones. La limitación complementaria es la de no tener personal o familiarmente «participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento» en empresas que tengan algún tipo de relación económica con el sector público.

Pero todavía presenta carencias notables. La primera de ellas es la que se deriva de una práctica tan habitual hoy como es el acceso a la función pública desde la actividad empresarial privada, sobre todo si ésta está relacionada con la competencia propia del cargo a que se accede. Sólo se establece que, en este caso, «están obligados a inhibirse del conocimiento de los asuntos en cuyo despacho hubieran intervenido o que interesen a empresas o sociedades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieren tenido alguna parte ellos, su cónyuge o persona con quien conviva... o familiar dentro del segundo grado y en los dos años anteriores a su toma de posesión como cargo público». Norma complementada por la que fija la obligación de declarar, con motivo del acceso al cargo público, «las actividades profesionales, mercantiles o laborales...» que hubiesen desempeñado en aquel mismo periodo, así como una «relación pormenorizada de intereses», obligación que tiene como finalidad «el control, en su caso, de posibles desviaciones en su actuación a favor de personas relacionadas con ellas»<sup>27</sup>.

En todo caso, es una norma de alcance muy limitado. En primer lugar, el plazo fijado es muy corto para garantizar que no confluyan intereses espurios. Y, además, ateniéndonos a la literalidad del precepto, no genera incompatibilidad algún haber tenido o tener en dicha empresa un interés tan directo como el derivado de la par-

<sup>26</sup> Pablo García Mexía, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*. Aranzadi.

<sup>27</sup> J. González Pérez. *La ética en la Administración Pública*. Cuadernos Cívitas.

ticipación accionarial propia o a través de los familiares y, por qué no, a través de personas interpuestas. Pero lo más importante es que, como ya decía Alcalá-Zamora, quien fuera Presidente de la II República española, en sus Memorias, quien abandona una actividad profesional para acceder a un Alto Cargo en la Administración o una empresa pública, deja la puerta, más que cerrada, «entornada», circunstancia que puede generar prácticas corruptas, en la medida en que mantenga vínculos a través de otras personas con su anterior actividad privada.

Si insuficiente es el régimen de quien pasa de la actividad privada a la pública, más lo es el de quienes abandonan la Administración, para ejercer la actividad privada, particularmente cuando se trata de actividades que hayan sido beneficiadas por el Alto Cargo o funcionario con subvenciones, ventajas fiscales, créditos oficiales o contratos públicos, inspecciones más o menos benévolas, etc. Para el Alto Cargo se contempla una leve limitación —durante los dos años siguientes al cese no podrá «desempeñar sus servicios en empresas o sociedades relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado»—. Pero, para los funcionarios cualificados como Jueces, Fiscales, Inspectores de Hacienda, etc., no hay previsión alguna manteniéndose un vacío normativo grave. ¿Cómo puede sancionarse a quien, fuera de la función pública, favorece intercambios irregulares entre la Administración y los despachos y empresas a los que sirve? Un ejemplo expresivo de estas dificultades fue la de David Taguas. Después de ser Director de la Oficina Económica del Gobierno, con rango de Secretario de Estado, habiendo participado en un órgano colegiado como la Comisión Delegada de Asuntos Económicos, y habiendo estado en sus manos toda la información económica del Gobierno, incluida la que concierne a los intereses de las grandes constructoras, cesó en el cargo y pasó a presidir SEOPAN, el «lobbie» por antonomasia de las grandes constructoras del país. Con la aprobación, mas que discutible, de la Oficina de Conflictos de Intereses.

Otro de los mecanismos previstos para la prevención de la corrupción, en este caso sólo respecto de los Altos Cargos, es la declaración de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales. La norma más significativa es la contenida en la Ley ya citada. Comprende el deber de los altos cargos de efectuar declaración de actividades «que desempeñen por sí o mediante sustitución o apoderamiento» y «de aquellas que vayan a realizar una vez que hubiesen cesado en el desempeño de los cargos...». El Registro de Actividades es público. Asimismo, se regula el deber de los Altos Cargos de formular al comienzo y cese de su mandato una «una declaración patrimonial, comprensiva de la totalidad de de sus bienes, derechos y obligaciones» y anualmente copia de la declaración tributaria del IRPF y del Patrimonio. Presenta una doble insuficiencia. Primera, que la declaración patrimonial del cónyuge es voluntaria, lo que puede determinar zonas oscuras de información relevante, cuando es tan frecuente que el cónyuge sea utilizado como testaferro para ocultar la titularidad real de los bienes. Y, segunda, que el Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales, a excepción de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado<sup>28</sup>, sea «reservado», excluyéndose a los ciudadanos del derecho a acceder a dicho Registro, limitación contradictoria con el derecho que se proclama en el artículo 35.h) de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, en desarrollo del artículo 105.b) de la Constitución. En estos casos, la publicidad estaría justificada para así garantizar mejor la integridad de las Instituciones. El derecho a la intimidad de quien ocupa puestos tan relevantes en la Administración no puede ni debe amparar la ocultación de dichos datos, que resultan indispensables para la verificación de su probidad y honradez. No estaríamos ante un supuesto de «injerencia ilegítima.»

---

<sup>28</sup> Boletín Oficial del Estado, 15/10/09. Contiene la publicación de Ingresos y Bienes patrimoniales de los miembros del Gobierno y Secretarios de Estado.

El régimen establecido adolece de una deficiencia fundamental. El control de su aplicación está confiado al propio Poder Ejecutivo a través de la Oficina de Conflicto de Intereses, adscrita al Ministerio de Administraciones Públicas. Oficina que solo está obligada a enviar un informe al Congreso de Diputados cada seis meses sobre el cumplimiento por dichos cargos de las obligaciones que les impone la Ley. Constituye un órgano que, para garantizar mejor su actuación imparcial, debía estar situado bajo un control parlamentario más estricto.

Asimismo, se regula el deber de abstención, previsto con carácter general en el artículo 28 de la Ley 30/92, respecto de los asuntos en que la Autoridad o funcionario tenga un interés personal directo o indirecto, deber que tiende a garantizar una neutralidad objetiva, siempre con la dificultad de comprobar las formas ocultas a través de las cuales la autoridad o funcionario público mantiene vínculos con las partes interesadas en un expediente administrativo.

Complementando las normas expuestas se establece un cuadro de infracciones y sanciones que, en el caso de los Altos cargos, es ya más aceptable pues contiene sanciones como la destitución, la restitución de las cantidades indebidamente percibidas o la exclusión para ocupar futuros cargos públicos.

Respecto a los diputados y senadores el régimen de incompatibilidades y de declaración de bienes es aún mas opaco. En primer lugar, la regulación de las incompatibilidades, comprendida en la Ley Electoral (LOREG 5/1985, arts. 157-160), es gravemente tolerante y confusa. Por más que el primero de dichos preceptos afirme que el mandato de aquellos «se ejercerá en régimen de dedicación absoluta» en los términos previstos en la citada Ley y que las «actividades privadas» serán incompatibles «con la dedicación y las obligaciones parlamentarias contenidas en los respectivos Reglamentos». Además de establecerse que las Declaraciones y Registros de «bienes patrimoniales» no serán públicos. Pero mas grave aún es su completa opacidad, hasta el punto de que las sesiones de la Comisión del Estatuto del Diputado, donde se debaten estas cuestiones y se adoptan los correspondientes acuerdos, son secretas. Ello ha dado lugar a una situación insostenible. Lo cierto es que, hace un año, de los 350 diputados, solo 84 tenían dedicación exclusiva y 214 percibían ingresos privados, además de su retribución pública. De ellos, 35 ejercían la abogacía<sup>29</sup>. Este estado de cosas determinó alguna iniciativa parlamentaria para introducir transparencia en dicho régimen. Pero ante la extensión y el correspondiente escándalo de la corrupción en España, el Congreso de Diputados aprobó por unanimidad el 27/10/2009 una Moción dirigida al Gobierno y a todos los partidos para que desde la «voluntad de profundizar en los mecanismos de transparencia y control de la conducta de los representantes políticos e institucionales», hacer «un llamamiento al conjunto de los partidos políticos con representación institucional para que... elaboren aquellos instrumentos que persigan una actuación ética y de buen gobierno por parte de los representantes institucionales»<sup>30</sup>. Solicitud que no dejaba de ser paradójica. Finalmente, los acuerdos adoptados, además de no responder a las demandas planteadas por el propio Congreso, son claramente insuficientes y expresan las graves carencias democráticas de nuestro sistema representativo<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Diario *El País*, 29 de marzo de 2009, págs. 10-11.

<sup>30</sup> Boletín General de las Cortes Generales. 5 de noviembre de 2009.

<sup>31</sup> El Congreso y Senado, por acuerdo de las Mesas de ambas Cámaras de 21 de Diciembre de 2009, (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 14/1/2010), acordaron medidas para impulsar «la transparencia y publicidad de los dictámenes sobre incompatibilidades», en coherencia con la reforma del Artículo 63.2 del Reglamento del Congreso. Como siempre, dentro de ciertos límites. En el Registro de Intereses de cada Cámara, que dependen directamente del Presidente de cada una de ellas, se harán constar las «declaraciones de actividades y bienes patrimoniales» de los parlamentarios. Pero las declaraciones de «bienes patrimoniales» continúan excluidas de la publicidad. Solo podrá accederse al conocimiento de las «actividades declaradas» después del acuerdo de la Comisión del Estatuto del Diputado, a través de su «publicación en la sede electrónica de la Cámara de la que forma parte el parlamentario». Una vez finalizado el mandato del diputado o senador, solo podrá accederse al Registro de Intereses en relación a las

En la Administración Local continúa vigente un régimen absolutamente tolerante que permite la colusión de intereses públicos y privados, de corrompidos y corruptores, en perjuicio del interés público. Las incompatibilidades previstas en la Ley Electoral (art. 178) se limita, entre otras previsiones de menor entidad, a evitar que el candidato en las elecciones locales pueda ser contratista o subcontratista de obras financiadas por la Corporación. Y el régimen vigente previsto en el artículo 75.7 de la Ley de Bases de Régimen Local no puede ser mas insuficiente. Se limita a exigir, en los momentos de acceso al cargo y de cese en el mismo, una «declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos» y una «declaración de sus bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las liquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, de Sociedades», datos que deben reflejarse en los correspondientes Registros de Intereses que, al menos, son públicos. Otra cuestión será como acceden a ellos los ciudadanos.

El régimen es mucho más tolerante que el propio de los funcionarios de la Administración Local. Parece lógico que este régimen de incompatibilidades contara con un precepto de cabecera de carácter general, en el sentido de que el puesto de concejal fuera incompatible con el ejercicio, por sí o mediante sustitución, de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares que se relacionen directa o indirectamente con las que desarrolle la Corporación Municipal.

En todo caso, no es en modo alguno aceptable que la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, que quizás sea la competencia más importante de los Municipios, no genere ningún tipo de incompatibilidad expresamente determinada para los concejales y alcaldes, máxime si a ello le añadimos los valores económicos tan elevados que mueve la actividad inmobiliaria y el alto grado de discrecionalidad de su actuación administrativa en materia de urbanismo.

Con la legislación actual, cómo está más que acreditado, una persona puede desarrollar una actividad económica de promoción inmobiliaria en un Municipio y al mismo tiempo ser alcalde o concejal del Ayuntamiento de dicho Municipio. Si como consecuencia de dicha circunstancia se diera algún supuesto de confluencia de intereses, la única obligación que le impone la Ley al miembro de la Corporación municipal es la de abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución, lo que es notoriamente insuficiente, pues su incumplimiento no genera ninguna consecuencia sancionatoria.

Situación completamente anómala que llevó a la Fiscalía Anticorrupción a expresar lo siguiente: «No parece muy coherente que el personal de la Corporación no pueda tener una participación superior al 10% del capital de una sociedad contratista del Ayuntamiento, ni formar parte del consejo de administración de la misma y, sin embargo, el alcalde o los concejales si puedan tener una participación superior a dicho porcentaje incluso formar parte del consejo de administración de la misma, cuando ellos son los que, en última instancia van a decidir a qué empresa se le adjudica la realización de obras y servicios al Ayuntamiento»<sup>32</sup>. Sería necesario que los concejales estuvieran sometidos a un régimen que garantizase su imparcialidad, su objetividad y su plena y absoluta dedicación al servicio público desde el ejercicio transparente de su capacidad decisoria. Es una necesidad mucho más urgente que en cualquier otro ámbito de la Administración, por todas las razones ya expuestas y porque las gravísi-

---

«actividades declaradas», si se solicita por escrito razonado la «exhibición personal» de los documentos y previa autorización de la Mesa de cada Cámara. Examen que no autoriza a la obtención de fotocopias ni de certificaciones. Esta normativa entrará en vigor el 1/3/2010. Seguimos, pues, en un régimen presidido por la opacidad y la desconfianza hacia los ciudadanos.

<sup>32</sup> Cita contenida en la obra, fundamental sobre esta materia, de José Manuel Urquiza, *Corrupción municipal. Por qué se produce y cómo evitarla*. Almuzara, 2005, pág. 81.

mas disfunciones que están conociéndose y que están perjudicando seriamente los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Cuanto se ha expuesto pretende un régimen de controles para evitar cualquier forma de enriquecimiento ilícito de los gobernantes durante su mandato. Sin embargo, en esta materia los ordenamientos nacionales tendrán que avanzar, tras la aprobación de la Convención de NNUU, en la dirección que plantea tipificar como delito dicha conducta, exactamente, «el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él» (art. 20 de la Convención). Desde luego, el Gobierno no ha planteado hasta ahora ninguna iniciativa en este sentido.

## CONCLUSIÓN

Todo el análisis anterior debe conducir a una conclusión. La corrupción es incompatible con la democracia y, por tanto, aquella hiere gravemente a los propios fundamentos del sistema. En la obra «Corruzione e Democrazia», de Mény y Della Porta, se afirma: «la corrupción pone en peligro los valores mismos del sistema: la democracia es herida en el corazón; la corrupción sustituye el interés público por el privado, mina los fundamentos del Estado de Derecho, niega los principios de igualdad y de transparencia favoreciendo el acceso privilegiado y secreto de ciertos agentes a los recursos públicos».

Y, ciertamente, así es. La respuesta no corresponde solamente al aparato represivo del Estado, con ser muy importante. Son inaplazables reformas que garanticen el funcionamiento efectivo de los controles internos de la Administración. Controles que deben constituir «un sistema de esclusas que van progresivamente eliminando la posibilidad de que la marea de la corrupción anegue las instituciones políticas y sociales de un país»<sup>33</sup>. Pero todo ello no será suficiente si no se abre camino una nueva cultura política que, además de estar regida por una moral pública y cívica renovada, esté orientada como plantea el Preámbulo de la Constitución hacia una democracia avanzada, es decir, que avance hacia un orden económico y social justo, en el que políticos y funcionarios lejos de patrimonializar el poder, actúen exclusivamente al servicio de los ciudadanos.

En definitiva, una recuperación del valor de lo público y del valor del Estado por encima de la exaltación de lo privado y del beneficio económico.

Quizás ello ocurra cuando, parafraseando a Walter Benjamin, el capitalismo deje de ser una «religión de culto universal en la que el continuado acaecer del mercado juega el papel del culto universal y el *homo oeconomicus*, transfigurado en Naturaleza, el de Dios»<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> M. Villoria Mendieta, *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*, Tecnos y Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, 2000, pág. 190.

<sup>34</sup> Michael R. Krátke, *Capitalismo y corrupción*, en la Revista digital «Sin Permiso», 04/02/07.

Bibliografía

Alejandro Nieto. *Corrupción en la España democrática*. Ariel. Barcelona, 1997.

«Información Comercial Española». Ministerio de Comercio y Turismo. *Prácticas ilícitas en economía*. número 741, mayo 1995.

Yves Mény. *La Corruption de la République*. Fayard, 1992.

*Corruzione e democrazia. Sette paesi a confronto*. A cura di Donatella della Porta e Yves Mény. Liguori Editore. Nápoli, 1995-2002.

Centro de Estudios Constitucionales de España. *La financiación de los partidos políticos*. Debate celebrado el 23 de noviembre de 1993. Madrid.

Santiago González-Varas. *La financiación de los partidos políticos*. Dykinson. Madrid, 1995.

Mario Caciagli. *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*. Centro de Estudios Constitucionales. Cuadernos y Debates. Madrid, 1996.

Eva Joly. *¿Queremos realmente vivir en un mundo así? La corrupción financiera político-mediática: El caso Elf*. Foca. Madrid, 2003.

*Corrupción y Estado de Derecho*. AA.VV. Coordinador, Perfecto Andrés Ibáñez. Trotta, 1996.

Denis Robert. *La justicia o el caos. Entrevistas a siete jueces y fiscales europeos sobre la corrupción*. Muchnik. Barcelona, 1996.

# El homicidio del militante comunista Pedro Patiño y la actuación del abogado defensor Jaime Miralles. Un episodio de la represión y de la lucha por la justicia

Ramón SÁEZ

El franquismo transitó del estado de guerra al estado de excepción permanente, con varios regresos al punto de partida lo que desmiente que se tratara de un «proceso de civilización». La maquinaria judicial de la dictadura se caracterizó por la preponderancia de la jurisdicción militar, de ahí el fenómeno que se ha llamado la militarización del orden público, rasgo constitutivo del Estado. Esa confianza en la justicia de los militares nunca llegó a ser ganada por otras jurisdicciones, ni siquiera la del Tribunal de Orden Público —cuya misión era apartar a los jueces de las funciones represivas para así permitirles vivir una suerte de independencia, que era la coartada para su sometimiento al poder despótico. Otros rasgos de la justicia de la represión fueron la negación del derecho de defensa, la pena de muerte ejecutada a garrote vil o por fusilamiento, la institucionalización del terror sobre la sociedad y la justificación de la barbarie.

El caso del homicidio de Pedro Patiño y la actuación del abogado Jaime Miralles en demanda de justicia en nombre de la familia, la viuda Dolores Sancho y sus dos hijos de tres y cuatro años de edad, es un caso ejemplar. Los protagonistas de este asunto judicial no eran gente común, no representaban en su espacio al individuo medio o típico. En el mismo sentido que el historiador Carlo Ginzburg confirió carácter singular al molinero Menocchio para comprender el microcosmos social del Friuli en el siglo dieciséis (*El queso y los gusanos*, se llamaba su monografía), Patiño era un trabajador *singular*, con conciencia de clase y organizado en la resistencia democrática clandestina, por su origen procedía de los «vencidos»; Miralles era un jurista *singular* que había aprendido el valor simbólico y práctico de la cultura de la legalidad, negada por la dictadura, y asumía la defensa de los derechos básicos de las personas; procedía del sector de los vencedores. Muchos otros fueron abatidos a tiros, torturados y perseguidos por los agentes de la dictadura, pero solo algunos de sus familiares se atrevieron a enfrentarse a la barbarie en demanda de verdad y de justicia. Por ello, Dolores Sancho también es una mujer *singular*.

Esa singularidad permite tomar el pulso a una época, conocer el funcionamiento de la maquinaria represiva del aparato judicial franquista, su eficaz complicidad en la persecución sistemática del enemigo político, acercarse al papel de la prensa —y de esa manera intentar reconstruir un pasado inmediato. Reconstruirlo en su universalidad, atendiendo a los grandes y a los pequeños acontecimientos, como pedía Benjamín del buen cronista, «para la historia nada de lo que una vez aconteció ha de darse por perdido». Un proyecto que se fija como objeto «el destino de todos aquellos que lucharon o ansiaron la dicha y se quedaron en las cunetas de la historia», según ha tratado de esclarecer Reyes Mate<sup>1</sup>.

Tenemos una tendencia equivocada a manejar los conceptos y las instituciones penales, procesales y penitenciarias de manera ahistórica, como si el pasado no importara. El desconocimiento de la historicidad de las formas jurídico-políticas

---

<sup>1</sup> Otra traducción del mismo pasaje dice «nada de lo que se verifica se pierde para la historia»; se trata de la famosa tesis tercera de Walter Benjamin en «*Sobre el concepto de historia*», que ha comentado Reyes Mate en su *Medianoche en la historia*, Trotta, Madrid, 2006, pág. 82.

es una amputación que debemos someter a consideración, porque está impidiendo seguir y comprender de manera precisa los cambios que se vienen operando en el sistema penal. Es obligado identificar otro de los problemas de nuestro ámbito, estrechamente vinculado al desconocimiento de la historia, la separación estanca entre las disciplinas del conocimiento penal y procesal, como si pudieran vivir al margen.

Pareciera que, para los juristas, mil novecientos setentaiocho fuera el año uno de nuestra era. La lectura de los documentos del asunto Patiño-Miralles, de los atestados policiales, de las resoluciones judiciales y de los escritos de parte —productos todos ellos de los primeros años de aquella década que presencié la disolución de la dictadura—, ponen de relieve la proximidad cultural de nuestras formas procesales. No en balde ha de afirmarse la continuidad técnica de los aparatos represivos del Estado, en cuya subcultura debieron operar los nuevos valores asociados a los derechos fundamentales y a las garantías de la libertad que proclamara la constitución, para provocar cambios radicales pero no irreversibles (un buen ejemplo de regreso a formas que creíamos superadas es el valor probatorio que se otorga a la confesión policial). Es por ello imprescindible incorporar a la experiencia del jurista hechos del pasado inmediato, que permiten conocer e identificar conductas irregulares y vulneradoras de los derechos en el funcionamiento de los mecanismos de persecución penal y así acometer la tarea de la reducción del abuso policial y de la tortura, mediante el conocimiento de los hábitos que se emplean para su encubrimiento y ocultación, en todo tiempo y lugar, y de las inercias burocráticas que, asentadas en la confianza en las agencias policiales, predisponen a jueces y a fiscales a mirar para otro lado, cuando no a convivir con la violencia institucional ilegal. Transformación que pasa por el fomento de una verdadera cultura de la jurisdicción, como espacio de desarrollo del proyecto de sumisión al derecho de todos los poderes en protección de los derechos humanos.

La pieza básica de esta crónica sobre el caso Patiño es un documento jurídico espléndido, la *Nota* que el abogado Jaime Miralles redactó «en la inexcusable obligación de dejar constancia de todo» para su cliente y que elevó en forma de queja ante los ministros de Justicia y del Ejército y ante el Fiscal del Tribunal Supremo. La divulgación de la nota motivó que el propio letrado fuera perseguido, procesado por ofensas al Ejército y propaganda ilegal, y encarcelado. Para facilitar la lectura y comprensión del escrito —que reproducimos íntegramente a causa de su interés— y contextualizar el asunto, se han consultado otros documentos procedentes de los diversos procesos e informaciones de periódicos diarios.

## 1. LOS HECHOS

Pedro Patiño Toledo era un destacado militante comunista y activista de las Comisiones Obreras. Nacido en plena guerra, el 10 de noviembre de 1937, su padre fue ejecutado extrajudicialmente y su madre condenada a muerte, pena que le fuera conmutada (datos que aparecen en los atestados levantados con ocasión de su muerte violenta). Fue condenado en sentencia dictada en Consejo de guerra por delito de rebelión militar el 17 de febrero de 1959 a la pena de un año de prisión junto a otros seis procesados, cuatro de ellos, como el propio Patiño según recogía la sentencia, hijos de padres ejecutados durante la guerra o la posguerra. El crimen consistió en la impresión de propaganda clandestina, habían editado en «rudimentaria multicopista» doscientos ejemplares de una hoja de reivindicación de derechos laborales bajo la leyenda «Por una vida más digna, por un salario mínimo vital de 100 pesetas con escala móvil». Según los antecedentes que obraban en la causa del Juzgado Militar Permanente, Patiño se refugió en Francia en el año 1962 para evitar la persecución por «actividades comunistas en el complot industrial de Villaverde-Getafe», sumario 1324/1962, en la que fue procesado por pertenencia

al Partido Comunista y declarado en rebeldía. Regresó a España en 1968; fue detenido el 5 de marzo de 1969 durante el estado de excepción por asociación ilícita —era la misma causa que había conocido la justicia militar— y absuelto en sentencia del Tribunal de Orden Público de 12 de diciembre siguiente<sup>2</sup>. El 13 de septiembre de 1971 se iniciaba una huelga en la construcción que había sido convocada por Comisiones Obreras (el último estado de excepción se extendió para todo el país desde el 14 de diciembre de 1970 al 13 de junio de 1971). Patiño murió violentamente por disparo del arma de fuego que portaba un guardia civil el mismo 13 de septiembre, antes de las nueve horas de la mañana, en un camino junto a la carretera de Villaverde a Leganés, cuando formaba parte de un piquete de extensión del conflicto, junto a otros tres compañeros, y visitaba los tajos de la zona.

Los tres acompañantes de Patiño fueron condenados por el Tribunal de Orden Público el 30 de junio de 1973 por delito de «propagandas ilegales» a las penas de dos años de prisión y multa de diez mil pesetas, con arresto sustitutorio de treinta días. Su defensa corrió a cargo de Jaime Miralles<sup>3</sup>. El resultando de hechos probados afirma la acción criminal (el tiempo del verbo no es figurado, las sentencias de la represión —injustas y dictadas por tribunales ilegítimos, según la ley 52/2007— siguen formando parte de nuestro ordenamiento jurídico): «arrojaron y esparcieron en obras y caminos indeterminado número de hojas ciclostiladas, tamaño cuartilla, unas, pie de Comisión Obrera Provincial de la Construcción de CCOO...otras, pie del Comité de Madrid del Partido Comunista de España». En el texto de las octavillas se decía «compañeros se acerca la hora de la lucha. Del 13 al 20 de septiembre huelga general de la construcción, ¡todos a una, compañeros, para sacarle nuevamente de la cárcel (la sentencia omitía el nombre del preso, se trataba de Francisco García Salve, conocido como el cura Paco) y conseguir nuestros derechos!».

La *Nota* que redactó el abogado Miralles originó su detención y encarcelamiento. Sancho entregó el documento a la organización clandestina del Partido Comunista que se encargó de copiarlo y difundirlo por centros de trabajo, facultades universitarias y otros espacios. En la causa 136/1972 del Juzgado Militar Especial se dictó auto de procesamiento y prisión con fecha 15 de abril de 1972 en su contra por «redactar y cursar» el escrito con «evidente propósito de desprestigiar al Benemérito Cuerpo de la Guardia Civil... sacó copias a ciclostil del referido escrito que fueron distribuidas en distintos lugares... con el fin de quebrantar el crédito de la Autoridad del Estado y de sus fuerzas de Orden Público»<sup>4</sup>. El 17 de abril, por la tarde, Miralles fue conducido a la prisión, después de comparecer en el Juzgado. Su persecución motivó la movilización de un numeroso grupo de abogados —según la prensa ciento cincuenta se reunieron el día siguiente para pedir su libertad— que constituyeron una Comisión de vigilancia para la independencia en el ejercicio de la abogacía, que la Junta de Gobierno del Colegio de no reconoció. El día 22 de abril Miralles era puesto en libertad provisional.

La familia de Patiño hubo de esperar hasta junio de 2009 —treintaiocho años después del crimen, la mayor parte del tiempo vigente un Estado democrático de derecho—, bajo la cobertura del artículo 4 de la ley 52/2007, conocida como de la memoria histórica, para que el Gobierno expidiera un reconocimiento, solo personal, de que Pedro Patiño fue perseguido y encarcelado injustamente «sin las debidas garantías por el ilegítimo Juzgado Especial de Espionaje y Comunismo» y que murió «en defensa de su actividad política».

Estos son lo hechos sobre los que se construye el asunto Patiño-Miralles, un episodio de la lucha por la libertad y por los derechos. Pasamos a describir la estrategia jurídica de la defensa.

---

<sup>2</sup> Su abogada defensora fue Manuela Carmena Castrillo, magistrada que hoy preside una sección de la Audiencia Provincial de Madrid; el Tribunal estaba presidido por Mateu Canoves y formado por Entrena Klett y Redondo Salinas (rollo 602/1968, Tribunal de Orden Público).

<sup>3</sup> El Tribunal estaba compuesto por los citados Mateu y Entrena, el tercero era el magistrado Martínez Carrera (rollo 992/1971).

<sup>4</sup> Resolución que suscribía el Juez Instructor Capitán Auditor Gonzalo Muñoz Vega.

## 2. LA ACTUACIÓN PROCESAL

El documento que rescatamos de los archivos de Dolores Sancho —de donde procede toda la información documental, incluso los recortes de prensa—, contiene la relación que el abogado Jaime Miralles elaboró para dar cuenta de su actuación en la imposible tarea de hacer justicia a una de las víctimas inocentes de la dictadura. En realidad era una verdadera acta forense que levantaba el abogado después de haber explorado infructuosamente todas las vías que su imaginación jurídica había identificado, para dejar constancia de la injusticia. En la *Nota* —así titulaba Miralles su escrito— describía las circunstancias del homicidio del militante obrero, relataba el suceso a partir de la investigación que había podido llevar a cabo recopilando testimonios e informes periciales. Las conclusiones ponían de evidencia las falsedades y mentiras del atestado, del proceso abierto por la jurisdicción militar y de la información que publicaban los periódicos a partir de la inserción obligada, fuente exclusiva, de una nota oficial del Director de la Seguridad. Denunciaba el abogado Miralles las decisiones del Juez Militar que había impedido la intervención en la autopsia de un médico de confianza de la familia, permiten la destrucción de las ropas del muerto —una evidencia sobre la trayectoria del proyectil—, había negado la entrega del cadáver a la familia y autorizado la inhumación del cuerpo sin presencia de la viuda.

La *Nota* detallaba, además, la evolución y la suerte de todos los procedimientos abiertos alrededor del caso. En primer lugar, las diligencias del Juzgado Militar Permanente n.º 3 que tuvieron por objeto la muerte del «paisano» Patiño, secretas y sin posibilidad de intervención de las partes, cuyo objeto era el encubrimiento del crimen. El informe que elevó el Capitán Juez Instructor Emiliano Maestro Franco al Gobernador Militar con las primeras diligencias, el mismo día del hecho, establecía que Patiño y sus tres camaradas, «aquellos cuatro individuos», «arrojaron propaganda subversiva», «trató la fuerza de detenerles para identificarlos...lejos de dejarse identificar, salieron corriendo cada uno por una dirección». El guardia segundo que persiguió a Patiño le dio alcance, cuando le sujetó con una mano «se volvió aquel bruscamente y agarrándose al mosquetón del guardia trataba de arrebátárselo. En ese forcejeo se produjo el desgarrar del bolsillo superior derecho de la sahariana que vestía el guardia y arrancados el segundo y tercer botón delanteros, en la parte que se abrocha y una herida inciso cortante en el dedo pulgar de la mano izquierda de pronóstico leve salvo complicaciones, según certificado que se une. En esta actitud violenta, se produjo un disparo del mosquetón que llevaba el guardia, calibre siete sesenta y dos, serie 3-Z número cuatrocientos ochenta y seis que queda depositado en el Puesto de la residencia de Leganés. Inmediatamente de observar la fuerza actuante el haber resultado herido dicho paisano, en el propio coche que ocupaban éstos, fue trasladado el herido al Hospital Militar Central». (Prosa fría pero certera, que revela el amor por el detalle y la infravaloración de la vida humana de un militante de la oposición a la dictadura. Los ecos del pasado siguen entre nosotros a modo de subcultura que se reproduce en los mismos espacios: cuántas veces hemos encontrado un relato similar, aunque con resultados menos graves para la persona imputada, en atestados por delitos contra el orden público. La precisión en el recuento de las consecuencias de la agresión que había acometido el «paisano»: el desgarrar del bolsillo superior derecho y el arrancamiento de los botones segundo y tercero, en un orden previo immaculado, prueba incontestable del atentado contra la integridad del agente de la autoridad; la botonadura del guardia presentada como un bien preciado, propiedad del Estado. La muerte obra de nadie, impersonal acción, «se produjo un disparo del mosquetón»). El lector podrá confrontar ese texto, el informe final del Juez Instructor, con la *Nota* del abogado, estilos, formas y valores bien diferentes.

La causa 276/71 fue sobreeséida de manera definitiva por Decreto del Capitán General de la Primera Región Militar de fecha 25 de abril de 1972. Que era precedido

por el dictamen del Coronel Auditor 2º Jefe José Barcina Rodríguez que calificaba los hechos como de homicidio y aplicaba la exigencia de cumplimiento de un deber del artículo 8.11 del código penal «al ser de plena evidencia, que ante la agresión de que fue víctima el mentado guardia civil por parte de Pedro Patiño Toledo, los más elementales y primarios imperativos legales del benemérito cuerpo al que pertenece, le exigían impedir que le fuese arrebatada el arma reglamentaria como así lo hizo dando lugar al forcejeo en cuyo desarrollo (*sic*) dentro de los límites y con uso de los medios aconsejados por la adecuada prudencia a la persona en cuyas manos coloca la sociedad un arma de fuego, se disparó el mosquetón causando la muerte al agresor». (Un continuo en el relato justificador de los homicidios llevados a cabo, de manera sistemática, por los agentes de la represión franquista era imputar la responsabilidad de su propia muerte a la víctima, convirtiéndole en agresor, lógica común a los aparatos policiales en todo tiempo y espacio. Por ello, el arma homicida que portaba el agente siempre «se» disparaba, el pronombre personal sugería que la voluntad del autor era ajena al desenvolvimiento de la acción. No debe olvidarse que la sistematicidad es la base del delito de persecución —en el caso español del grupo político de los enemigos políticos del franquismo—, una de las formas típicas del crimen de derecho internacional de lesa humanidad del artículo 7.1-h del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Está por hacer un censo de personas que fueron matadas por las agencias policiales en las calles de las ciudades y los pueblos hasta el fin de la década de mil novecientos setenta).

Como evidenciaba el informe de autopsia, la trayectoria del proyectil era incompatible con un forcejeo. La camisa presentaba una «quemadura en el hombro izquierdo y rotura en el hombro derecho», el cadáver «un orificio de un centímetro en la región deltoidea izquierda con tatuaje de fuego y otro de salida de dos centímetros a la altura de la región acromioclavicular derecha en forma de estrella y anfractuoso, lo que hace suponer de un trayecto de izquierda a derecha y de abajo a arriba», decían los dos médicos militares que llevaron a cabo la diligencia, llegando a la conclusión de que la muerte se había producido por una hemorragia aguda por desgarramiento con sección total de la vena cava superior «debido a un proyectil de arma de fuego disparado a corta distancia de unos treinta centímetros aproximadamente».

Jaime Miralles había iniciado —al margen del proceso militar—, por cuenta y riesgo de él mismo y de la viuda de Patiño, una querrela por homicidio ante la jurisdicción ordinaria, que el Juez de Instrucción nº 21 de Madrid rechazó por incompetencia, resolución posteriormente confirmada por la sección quinta de la Audiencia Provincial. En una carta fechada el 26 de febrero de 1972, Miralles informaba a su cliente de las razones jurídicas por la que había decidido dejar desierto el recurso de queja que había inicialmente interpuesto ante el Tribunal Supremo, fracaso que consideraba una incidencia más, «adversa, sí, a nuestro justísimo propósito, y no distinta a todas las anteriores, cuyo conjunto sistematizado integra ese muro que por ahora nos impide obtener la justicia que pedimos. Por eso, de ningún modo debe Vd. —aconsejaba el abogado— cejar en la prosecución de todos los procedimientos vivos en la actualidad. Para ello, sabe Vd., muy bien que cuenta incondicionalmente, sin reservas ni debilidades y hasta el final, con el modesto y decidido apoyo que yo pueda prestarle».

Ese muro que por ahora nos impide obtener la justicia que pedimos. He ahí la grandeza del oficio de abogado defensor en toda su expresión de noble entrega al servicio de la justicia y de los derechos. Después de releer la carta y apreciar la sutil épica que encierra, el cronista ha recordado un bello pasaje del gran Calamandrei en el que ensalzaba al abogado, en la quinta de sus conferencias a las que intituló *Proceso y democracia*. «Cuando todos callan bajo el peso de la tiranía, de vez en cuando brotan de la toga voces dignas y arrogantes». Calamandrei había conocido el fascismo, de ahí que realzara el valor del abogado en la defensa de la libertad: «para los dictadores el abogado constituye el símbolo peligroso de la razón crítica y de la oposición que se rebela contra el conformismo; de esta manera en los regímenes de opresión y

de degradación, en la toga radica el último refugio de la libertad». Jaime Miralles, aquí, representó ese papel con la dosis de arrogancia imprescindible, que hubo de pagar.

Además, el abogado Miralles ejerció en nombre de la viuda de Patiño el derecho de réplica frente a todos los diarios que publicaron la nota de la Dirección General de Seguridad. Los directores de los periódicos nacionales consultaron —consulta voluntaria se denominaba en los términos de la Ley de Prensa a tal mecanismo de censura previa, que prevenía un posible secuestro de la publicación— la conveniencia de su difusión a la Dirección Provincial del Ministerio de Información y Turismo, que dio una «respuesta denegatoria». Ningún medio aceptó la réplica de Miralles en la que negaba que Patiño hubiera agredido o tratado de desarmar a alguno de los agentes. Todos ellos habían (des)informado a partir de la inserción obligatoria, eso sí, de la nota oficial que afirmaba que Patiño, con «numerosos antecedentes» de actividades comunistas, «se abalanzó sobre un guardia civil al que agredió e intentó desarmar y en el forcejeo se disparó el arma». «*Propagandistas ilegales detenidos y uno muerto*», titulaba la noticia el ABC a una columna. «*Distribuían propaganda ilegal*», anunciaba el YA y en sumarios añadía: «*Intervino la Guardia Civil para perseguirles y detenerles. En el incidente resultó un herido, que falleció poco después*». INFORMACIONES: «*Muere de un tiro cuando repartía propaganda ilegal*». El diario MADRID presentaba el hecho como un suceso natural: «*Muerto cuando repartía propaganda ilegal*». Tal era el periodismo que toleraba la dictadura, el de la consulta previa y la manipulación de la realidad. Jaime Miralles presentó queja contra la decisión administrativa y recurrió contra su denegación ante el Ministro de Información. La resolución desestimatoria firmada por el Subsecretario, de fecha 13 de diciembre de 1971, se sustentaba en la presunción de veracidad de las notas oficiales con esta argumentación: «las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y 2 de febrero ambas de 1971 sientan una presunción de verdad en favor del obrar y de las notas dimanantes de la Autoridad, resulta claro que es la verdad la limitación de la libertad de información incluida en el artículo 2 de la Ley de Prensa e Imprenta que se opone a la publicación de la réplica solicitada, por resultar conculcada por el contenido de la misma». La verdad era patrimonio de la autoridad, sin contradicción.

Posteriormente ejerció el derecho de réplica ante una información del MADRID en su ejemplar del 16 de septiembre de 1971, que al tratar la continuación de la huelga de la construcción daba cuenta de que la viuda no había asistido al entierro de Patiño siguiendo instrucciones de su abogado. El periódico se negó a publicar la réplica, el Delegado Provincial de Información y Turismo desestimó la queja, igual suerte corrió el recurso ante el Ministro. El recurso es un acta forense que inquieta todavía al lector. De factura breve, la motivación contiene trece líneas, venía a poner de relieve el cansancio del letrado ante el calvario de la justicia franquista. Escuetamente, decía el escrito, y entre guiones acotaba: «no es preciso más», con aquella solitaria arrogancia que pedía el caso, exponía: «Cuando un periódico da la noticia de que una mujer no ha asistido al entierro de su marido, esa viuda tiene derecho a que se haga constar, también públicamente, la razón de su ausencia. Cuando un periódico alude públicamente a la actuación de un abogado, éste tiene derecho a que públicamente se expliquen los motivos determinantes de su actuación profesional... La mutilación de la verdad, se condena por la moral y no la ampara el derecho». Un alegato conmovedor, quien se pronuncia lo hace en nombre de la justicia y de la verdad. Cómo no recordar el tono vibrante de Émile Zola cuando se dirigió al Presidente de la República, «es mi deber: no quiero ser cómplice. Todas las noches me desvelaría el espectro del inocente que expía a lo lejos cruelmente torturado, un crimen que no ha cometido».

La noticia era una infamia, típica del fascismo católico español que se guiaba por la consigna del garrote y prensa. Al homicidio del marido siguió la injuria sobre la familia. El abogado Miralles daba cuenta del suceso en un escrito de protesta ante el Capitán General de la 1ª Región Militar, de fecha 18 septiembre 1971. Explicaba que la noticia oficial de la muerte de Patiño había llegado a su familia la noche del día 13 —aunque

había ocurrido antes de las nueve de la mañana de aquella misma jornada—, cuando un capitán de la Guardia Civil comunicara a la viuda el hecho mientras registraban su domicilio. Se les impidió velar el cadáver, el Juez sólo autorizó que los familiares estuvieran en una habitación en la planta superior del hospital. El cadáver fue trasladado al cementerio de Getafe sin comunicación a la familia, donde se le dio sepultura. El Juez Militar Permanente, al que se cita en la *Nota*, notificó por oficio dicho extremo a la viuda: «Tengo el honor de por la presente comunicarle que ante la no comparecencia suya en la mañana del día de la fecha, y no haberse querido hacer cargo del cadáver y de los efectos personales de su fallecido esposo...el mencionado cadáver fue inhumado en el nicho n.º 57 del Cementerio de Getafe». No había piedad para el enemigo. *La guerra ha terminado*, recordaba en los sesenta con distancia paródica el título de la película de Resnais, guión de Jorge Semprún, sobre la resistencia clandestina a la dictadura. Parte de aquel desprecio debe permanecer en el ambiente cuando se niega el derecho de los familiares a identificar y recuperar los restos de las personas, miles y miles, que fueron ejecutadas extrajudicialmente e inhumadas indignamente.

El abogado presentó varias querellas intentando restaurar la verdad. Una ante el Juzgado de Instrucción de Madrid, en octubre de 1971, por los delitos de falsedad en documento oficial cometidos al levantar el acta de defunción y afirmar de manera mendaz que había fallecido en el Hospital Gómez Ulla a las nueve treinta horas, ya que había muerto en el trayecto del lugar del suceso a una clínica de Leganés donde fue examinado por un médico antes de las nueve horas, además de otras inexactitudes. Una segunda querrela criminal presentó en octubre de 1972 ante el Tribunal Supremo por delito de calumnias por escrito y con publicidad contra el Director General de Seguridad, Eduardo Blanco Rodríguez, en relación a la emisión de la nota oficial que justificaba la muerte de Patiño y detallaba sus antecedentes penales. La querrela había sido precedida de la correspondiente demanda de conciliación, que se celebró sin efecto por la incomparecencia del demandado. Ambas acciones penales fueron inadmitidas.

### 3. EL ABOGADO DEFENSOR

Entre nosotros nunca las profesiones jurídicas gozaron de prestigio o favor popular. Sin embargo, se olvida el papel generoso que desempeñaron los abogados en la defensa de los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos perseguidos por la dictadura franquista, por delitos e infracciones de carácter político ante la jurisdicción penal y social. El abogado acompaña al cliente, sobre todo al imputado en la soledad que le impone el proceso penal; como dijera Carnelutti el acusado necesita de alguien que se coloque a su lado, en el último peldaño de la escala social, el lugar que permite al defensor representar un papel inapreciable<sup>5</sup>.

El abogado defensor es una pieza esencial de nuestra civilización. En las dictaduras es la figura donde se asila la voz de la razón jurídica, razón de la que han sido privados los juristas del estado. Porque, como han reclamado los mejores publicistas del derecho procesal, el abogado cumple una función pública característica del Estado constitucional, de él depende la realización de la tutela efectiva, según se denomina en nuestro sistema. Su importancia crece en aquellos sistemas que carecen de legalidad democrática. En la justicia penal alemana, al parecer desde los tiempos de Bismarck, se venía aceptando que la transparencia del sistema político se podía medir en el grado de libertad de que disponía la defensa penal. El libre ejercicio de la defensa no debe confundirse con el criterio regulador de una profesión, «libre» porque operan en el mercado. La libertad del abogado habla de su capacidad para actuar de manera

---

<sup>5</sup> Recomendable para agentes de la justicia penal es volver de vez en cuando a las opiniones de Carnelutti en *Las miserias del proceso penal*, cito por una edición de Temis, Bogotá 2005, pág. 21.

autónoma al servicio del derecho y de los intereses de su cliente. Las transformaciones, poco estudiadas, que se han producido en dicha profesión jurídica —la gran empresa de servicios frente al artesano del derecho en su pequeño gabinete— nos han hecho desconfiar de la pervivencia del abogado defensor.

Son muchos los ejemplos del abogado defensor que permiten reelaborar un arquetipo virtuoso. Ya sean los abogados de la Ilustración, como Dupaty, que intervinieron en las llamadas *causes célèbres* redactando vibrantes informes en defensa de sus clientes, condenados a morir en la agonía del tormento y a criticar el bárbaro espectáculo del dolor en nombre de los derechos humanos, que ayudaron a transformar la sensibilidad y superar la tortura. O de Hans Litten, abogado penalista en la República de Weimar, un personaje desconocido entre nosotros pero que acompañará a quién se acerque a su biografía: Litten era un hombre culto, izquierdista sin adscripción y defensor de activistas obreros perseguidos, que vivió la decadencia del proceso penal en Alemania, hasta su destrucción como institución de garantía con la llegada de los nazis al poder. Practicaba una defensa enérgica y sin concesiones, se había especializado en temas penales de matiz político, y llegó a hacer comparecer como testigo en los estrados de un tribunal al propio Hitler —en el proceso del Palacio Edén contra miembros de los grupos de asalto de las SA—, al que interrogó dejando en evidencia la falsedad de la renuncia a la violencia que proclamaba, algo que el dictador no le perdonaría. Litten fue detenido la misma noche del incendio del Reichstag; los nazis se emplearon con especial atención contra abogados comprometidos, al tiempo que asaltaban las instituciones jurídicas. No saldría con vida del universo concentracionario, torturado, vejado y humillado durante más de cinco años hasta lo inaguantable, Litten se suicidó en el bloque 6 de Dachau la madrugada del 5 de febrero de 1939. También podemos recordar a los abogados que defendieron con rigor y valentía los derechos de los procesados ante los tribunales de la represión franquista, desde Solé Barberá a Cristina Almeida, de Bandrés y Antonio Rato a María Luisa Suárez y Manolo López, entre otros muchos<sup>6</sup>.

#### 4. LA NOTA, DOCUMENTO-MONUMENTO

Este es el texto de la *Nota*, que justificaba esta crónica.

*«1. La circunstancia de que Doña Dolores Sancho Silvestre, viuda de Don Pedro Patiño Toledo, por sí y por sus dos hijos menores, de cuatro y tres años de edad, me haya encomendado su dirección jurídica en relación con todo lo concerniente a la muerte de su marido ha motivado diversas actuaciones mías ante los diferentes órganos jurisdiccionales, administrativos y militares que hasta ahora conocen de las derivaciones del gravísimo hecho a que me refiero.*

*2. Pero, sólo con ello, dejaría cumplido mi deber que, en idéntico grado; me obliga a atender también a otros aspectos del mismo asunto, los cuales, rebasando la esfera*

---

<sup>6</sup> Noticia sobre los abogados de las causas célebres de la década de 1780 puede obtenerse en *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona 2009, pág. 107, de la historiadora Lynn Hunt que ofrece una interesante explicación de los cambios en la subjetividad que sustentaron la declaración de los derechos como universales y evidentes. La biografía de Litten se titula *El hombre que humilló a Hitler*, Benjamín Carter Hett, ediciones B, Barcelona, 2008. La relación de los abogados defensores ante el Tribunal de Orden Público se encuentra en el libro de Juan José del Águila *El TOP*, Planeta, 2001, pág. 421. De Manolo López se han publicado recientemente sus memorias en las que cuenta, entre otros recuerdos de la lucha de los abogados, la estrategia de incomparecencia a los señalamientos ante el TOP como mecanismo de protesta por la celebración de las vistas a puerta cerrada, que a él le había costado —por abandonar la Sala al inicio del juicio contra Horacio Fernández Inguanzo— la condena por delito de desobediencia a una pena de prisión de cuatro meses, que cumplió en el verano de 1971; *Mañana a las once en la Cebada*, Bomarzo, Albacete 2009. El episodio de la detención de Jaime Miralles se cuenta en la página 628.

estrictamente procesal a que dejo hecha alusión, integran todo un acervo de actuación genuina de la defensa de los justos intereses y derechos cuyo patrocinio tengo con confiado.

3. Por eso la presente nota, cuyo contenido trataré de sistematizar en los siguientes apartados:

*1. Cómo fue herido de muerte Don Pedro Patiño Toledo.*

*4. El día 13 de septiembre del corriente año, Don Pedro Patiño Toledo, de treinta y tres años de edad, casado, albañil, que vivía con su esposa y sus dos hijos en Getafe, salió de su casa a las siete de la mañana aproximadamente.*

*5. En unión de Don Ángel López Jiménez, don Jesús González Carcedo y Don Julio García Madrid, y posiblemente de otras personas cuya identidad no me ha sido posible precisar por ahora, acudió a diversas obras del polígono industrial de Leganés, donde, en unión de sus acompañantes, distribuyó unas hojas u octavillas en las que invitaba a los obreros de la construcción a la huelga en dicho ramo.*

*6. La última obra en que repartieron las aludidas hojas u octavillas, está situada junto a la carretera de Villaverde a Leganés, a pocos metros de la calzada, en el kilómetro cinco y al lado derecho de la misma respecto al sentido de Villaverde a Leganés. Don Pedro Patiño Toledo y uno de los que con él iban, mantuvieron una entrevista de cierta duración, varios minutos, con un señor que, al parecer, era el Aparejador o Jefe de obra, al que expusieron, con cierta amplitud, las razones que motivaban la huelga por ellos propugnada.*

*7. Al salir de esa obra, Don Pedro Patiño Toledo y los que con él iban, cruzaron la carretera de Villaverde a Leganés y tomaron un camino que parte del lado izquierdo de la misma respecto al sentido Villaverde-Leganés, a unos treinta y tres metros del mojón indicador del kilómetro cuatro.*

*8. Cuando se hallaban a unos quince metros de la carretera, ya en el camino, entró en éste una furgoneta Citroën 2HP de la Guardia Civil, que se paró junto a ellos, conducida por el Guardia Conductor Don Faustino Moreno Díaz y en la iban con éste, el Cabo Don Tomás Cabrera Calzada, y los Guardia Segundos Don Jesús Benito Martínez y Don Miguel Fernández Tercero, todos del mencionado Instituto.*

*9. En el momento en que los Guardias Civiles se apeaban del vehículo, Don Julio García Madrid volvió sobre sus pasos. Pero, en el acto, escuchó el ruido de los cerrojos de los mosquetones al ser montados por los Guardia y, sin necesidad de que estos le dieran voz alguna de alto, se paró instantáneamente, a la mitad, aproximadamente de la distancia que separaba a la furgoneta de la repetida carretera. El Guardia Conductor, Don Faustino Moreno Díaz, se llegó a él y haciéndolo una llave, le derribó al suelo, conduciéndole hacia la furgoneta una vez que se hubo levantado. Mientras esto ocurría, los señores Patiño, López Jiménez y González Carcedo, permanecieron enteramente quietos, inmóviles, en tanto que el Cabo y los otros dos Guardias, se situaban junto a cada uno de ellos.*

*10. Al regresar Don Julio García Madrid, en unión del Guardia Conductor, hacia la furgoneta, y pararse cerca ya de ésta, quedaron todos más o menos próximos unos a otros, agrupados, de modo que, cada uno de los cuatro guardias, custodiaba a uno de los cuatro: a Don Julio García Madrid, el custodiaba el Guardia Conductor, Sr. Moreno Díaz, situado entre aquél y la furgoneta; a continuación, hacia la carretera, el Guardia*

*Segundo Don Jesús Benito Martínez, con el mosquetón cogido con las dos manos y manteniéndole en posición algo inclinada respecto a la horizontal, a corta distancia del Sr. Patiño y situado al costado izquierdo de éste aproximadamente; algo adelantado al Sr. Patiño y más bien a su izquierda, el Cabo Don Tomás Cabrera Calzada, manteniendo el arma en posición análoga a la del Guardia Sr. Benito, vigilaba a Don Ángel López Jiménez; y, por último, Don Jesús González Carcedo, de espaldas a la carretera, recogía alguna hojas u octavillas del suelo, por orden del otro guardia, Don Miguel Fernández Tercero, situado a su espalda y, por tanto, entre él y la carretera.*

*11. Hallándose el grupo en esta disposición aproximada, el Guardia Civil Segundo Don Jesús Benito Martínez, disparó su fusil, ignoro si deliberadamente o por imprudencia, y el proyectil hirió a Don Pedro Patiño Toledo, atravesándole de hombro a hombro, ante la sorpresa y el estupor de todos los demás, puesto que ni el Sr. Patiño ni ningún otro habían hecho ni dicho cosa alguna. Debo señalar que, el Sr. Patiño, era cojo de la pierna izquierda, a consecuencia de una antigua fractura.*

*12. El primero que acudió a atender al Sr. Patiño fue el Sr. García Madrid, quien, al propio tiempo que lo hacía, le dijo al Guardia Sr. Benito algo así como: «¡Pero, que ha hecho Vd., hombre!. A lo que el Guardia sí interpelado, respondió con palabras que denotaban confusión y perplejidad.*

*13. Obedeciendo a un impulso natural y espontáneo, los Sres. García Madrid y López Jiménez recogieron al Sr. Patiño; y, siguiendo después las órdenes de los Guardias le introdujeron en la furgoneta. El Sr. Patiño no articuló palabra alguna; sólo se quejó levemente.*

#### *II. El Sr. Patiño murió en la furgoneta de la Guardia Civil.*

*14. Mientras los Guardias Don Jesús Benito Martínez y Don Miguel Fernández Tercero, conducían a Don Julio García Madrid, Don Jesús González Carcedo y Don Ángel López Jiménez, detenidos y a pie, al Cuartelillo de la Guardia Civil en Leganés —donde los tuvieron hasta la noche—, el cabo Don Tomás Cabrera y el Guardia Conductor Don Faustino Moreno, llevaron al Sr. Patiño en la furgoneta a una Clínica particular que hay en Leganés, en la carretera de Alcorcón; denominada Clínica San Nicasio en la que el Guardia Conductor se dirigió a la recepcionista Doña Dolores Fernández Delgado, solicitando los servicios de un médico, para un accidentado.*

*15. El único Médico que en aquel momento se hallaba en dicha Clínica, era el Doctor Don Joaquín Mantecas Puñuela, Analista, al que se dirigió el Guardia Conductor —el Cabo permaneció entre tanto junto a la furgoneta—, requiriéndole para que viera con toda urgencia a un accidentado. El Doctor, atendiendo al perentorio requerimiento, acudió a la furgoneta, que estaba parada junto a la acera, frente a la Clínica y, en dicho vehículo, examinó el cuerpo del Sr. Patiño, al que desconocía, y comprobó que estaba muerto. Así se lo manifestó al Cabo y al Guardia Conductor, a los que indicó que debían dar cuenta al Juzgado de Guardia. Cuando sucedía todo esto, eran las nueve y cinco de la mañana, todo lo más, puesto que el mencionado Médico termina su trabajo en dicha Clínica a las nueve. Habiendo llegado a mi conocimiento estos hechos, me dirigí al repetido Médico solicitando de él la oportuna información, que me ha facilitado por escrito.*

#### *III. Actuación de las autoridades respecto a la señora viuda de Don Pedro Patiño.*

*16. Aunque el Sr. Patiño, según queda dicho, murió antes de las nueve y cinco de la mañana, su esposa se enteró de que su marido había muerto, por la nota de la*

*Dirección General de Seguridad, donde no le fue facilitada ninguna información. Fue, también a la Dirección General de la Guardia Civil, con resultado igualmente negativo.*

*17. A las nueve de la noche de ese mismo día, se personaron en el domicilio del matrimonio Patiño, el Capitán de la Guardia Civil, Don Tomás Vázquez Vega, de uniforme, y los Guardias Civiles a sus órdenes, éstos de paisano, Don Julián Cuesta Rolda, Don Máximo Alonso Martín, Don Abelardo Pereira Pardo, Don Gonzalo Arévalo García y Don Paulino Rodríguez Cuadrado, quienes practicaron un registro que duró una hora aproximadamente. En el curso del registro que duró una hora aproximadamente. En el curso del registro —en el que nada se halló— la señora viuda de Patiño, después de reiterados ruegos, consiguió saber por el mencionado Capitán de la Guardia Civil; que, el cadáver de su esposo, estaba depositado en el Hospital Gómez-Ulla, en Carabanchel. A pesar de que el mencionado Capitán conocía la muerte del Sr. Patiño, puesto que, si no, le habría sido imposible saber que su cadáver se hallaba en dicho Hospital, en el Acta del Registro, se dice: que Doña Dolores Sancho Silvestre es viuda «según manifiesta», y que dicho registro se practica en el domicilio de Don Pedro Patiño, recibiendo a la fuerza actuante su esposa, «por ausencia de éste».*

*18. Terminado el registro, la señora viuda de Don Pedro Patiño, acompañada del Médico Don José María Ribera Casado, fue al Hospital Gómez-Ulla, donde se le permitió contemplar breves instantes el cadáver de su esposo, manifestándoles el Capitán Médico de Guardia que el Sr. Patiño había ingresado en el Hospital, ya cadáver, a las once de la mañana. Hasta ahora, me ha sido imposible averiguar dónde estuvo el cadáver del Sr. Patiño desde las nueve hasta las once de la mañana; o sea, desde que, en la Clínica San Nicasio, en Leganés, fue comprobada su muerte por un Médico, hasta que ingresó en el Hospital Gómez-Ulla.*

#### *IV. De la actuación del Capitán Juez Militar Sr. Castells Gutiérrez*

*19. La viuda del Sr. Patiño, Doña Dolores Santo Silvestre, me confió su dirección jurídica y la Defensa de su legítimo interés y derecho, en relación con la muerte de su marido, en la noche del 13 al 14 de septiembre, a su regreso del Hospital Gómez-Ulla.*

*20. Esa misma noche, acompañé a dos familiares suyos al mencionado Hospital, con la esperanza de que éstos pudieran velar el cadáver. Un funcionario del Cuerpo General de Policía, al que me remitió el Sr. Médico de Guardia, hizo una consulta por teléfono; e inmediatamente, me transmitió la respuesta, negativa.*

*21. En la mañana del día 14 de septiembre, con la señora viuda de Patiño, visité al Sr. Juez Militar que conoce de este asunto, Capitán de Infantería Don Francisco Castells Gutiérrez, a quien verbalmente formulé una triple petición:*

*22. En primer término, que se practicara la autopsia del Sr. Patiño y que asistieran a ella, además de los Facultativos que por designación suya hubieran de practicarla, otros tres Médicos designados por mi parte entre ellos, el Dr. Piga, forense de uno de los Juzgados de Madrid. A esto me dijo que debía solicitarlo directamente y por escrito al Excmo. Sr. Capitán General y, consecuentemente, así lo hice. La contestación me ha sido notificada quince días después, por cierto en sentido denegatorio.*

*23. En segundo lugar, que, tan pronto como se pudo efectuar la autopsia, se hiciera entrega del cuerpo del Sr. Patiño a su viuda. Me contestó que así se haría al siguiente día, seguramente por la tarde. Y, como es lógico, ante esa promesa, no dudé en considerar innecesaria la reiteración escrita de tan justo y natural deseo.*

24. Y, por último, que no dejasen de entregarse todas las ropas y demás objetos del fallecido Sr. Patiño a mi cliente; a lo cual respondió en sentido afirmativo, aunque con la salvedad de que no podía precisar cuándo podía hacerlo.

25. A continuación, a requerimiento del Sr. Capitán Juez, me trasladé al Hospital Gómez-Ulla, en Carabanchel, con la señora viuda de Patiño, donde ésta, a presencia de aquél y con mi asistencia, identificó el cadáver de su esposo.

26. Aunque no se nos ha comunicado el día ni la hora en que se hizo la autopsia al cadáver del Sr. Patiño, ésta hubo de practicarse entre la tarde del día 14 y las primeras horas del 15 de septiembre, en el Hospital Gómez-Ulla. A continuación, fueron destruidas, la camisa y el jersey que llevaba puestos al morir. A pesar de que eran las únicas prendas atravesadas por el proyectil que le produjo la muerte, fueron incineradas en el horno crematorio del Hospital Gómez-Ulla.

27. En la noche del 14 a 15 de septiembre, obtuve del Sr. Capitán Juez autorización para que pudieran velar el cadáver del Sr. Patiño dos familiares suyos, pero no en la misma habitación, ni siquiera en una contigua, sino en otra de un piso superior del mismo pabellón, hasta la que yo mismo les acompañé dejándoles en ella.

28. En las primeras horas de la mañana del día 15, acudieron al domicilio de la señora viuda de Patiño, en Getafe, dos Guardias Civiles, de uniforme, quienes verbalmente le dijeron, de parte del Sr. Capitán Juez, que acudiera al Cementerio de dicha localidad, donde se le haría entrega del cadáver de su marido.

30. Mi cliente, que no tiene teléfono en casa, vino inmediatamente a mi despacho, en Madrid, para decírmelo. Sin pérdida de tiempo me fui al Cementerio de Getafe, por razones obvias yo sólo. Cuando llegué a dicho Cementerio, pregunté a un Comandante de la Guardia Civil que allí se encontraba, con varios Capitanes del mismo Instituto, quien me dijo que el Sr. Capitán Juez no estaba. Hube de esperarle un rato. Cuando, al fin, pude hallarle, me comunicó verbalmente que la viuda del Sr. Patiño debería comparecer a su presencia, allí mismo, en el término de diez minutos (sic), para hacerle entrega del cadáver de su esposo. Tuve que insistir en que ampliara ese plazo, tan notoriamente exiguo e insuficiente para venir desde Getafe a Madrid —donde en aquel momento se hallaba mi cliente en mi despacho—, y volver a Getafe; hasta que por fin, me dijo que esperaría a la viuda del Sr. Patiño, si no tardaba mucho. No me dijo absolutamente nada relativo al entierro.

31. Me vine a Madrid, recogí a la señora viuda de Patiño en mi despacho, y volvimos ambos a Getafe. Pero el Sr. Capitán Juez ya no estaba allí. Después he sabido que, en el tiempo que yo empleé en venir desde Getafe a Madrid a recoger a la señora viuda de Patiño, y volver con ella de Madrid a Getafe, se efectuó la inhumación del cadáver del Sr. Patiño. Volvimos a Madrid, inmediatamente, donde nos dirigimos al Juzgado Militar, en el que no hallamos al Capitán Juez Sr. Castells. Desde allí mismo, conseguí que, delante de nosotros, estableciera comunicación telefónica con él un soldado que se hallaba de servicio en dicho Juzgado. Y la respuesta que se me transmitió por el soldado fue que el Sr. Capitán Juez le había ordenado decirme de su parte, que había terminado ya su jornada de trabajo y que no volvería al juzgado hasta el día siguiente.

32. De todo ello he informado por escrito al Excmo. Sr. Capitán General de la Primera Región.

33. El día 9 del corriente mes de octubre, Doña Pilar Silvestre Prado, madre de mi cliente, fue conducida al Cuarte de la Guardia Civil de Getafe, donde el Capitán Juez

*Sr. Castells la interrogó sobre mi presencia en el Cementerio de dicha localidad el día 15 de septiembre, de la que he dejado ya constancia en esta Nota.*

*V. La inscripción en el Registro Civil del fallecimiento del Sr. Patiño.*

*34. Respecto a la inscripción el fallecimiento de Don Pedro Patiño Toledo, practicada en la página 110, del Tomo 129 de la Sección Tercera del Registro Civil de Carabanchel, concurren la siguientes circunstancias:*

*A) Consta que murió a las nueve y media de la mañana, cuando la realidad es que murió antes de las nueve y cinco.*

*B) Consta que falleció en «Madrid-Hospital Militar Gómez-Ulla», cuando la realidad es que murió en la furgoneta de la Guardia Civil a la que ya me he referido, antes de llegar a la Clínica San Nicasio, en Leganés.*

*C) Consta que la causa de la muerte fue una «hemorragia aguda show hipovolémico», sin hacer mención a la causa fundamental, que fue una herida por arma de fuego.*

*D) Se ha inscrito en el Registro Civil en Carabanchel, cuando debería haberse inscrito en el de Leganés, en cuya demarcación murió.*

*VI. Procedimientos jurisdiccionales y administrativos en relación con la muerte del Sr. Patiño.*

*a) Las actuaciones de la jurisdicción castrense*

*35. Como ante la jurisdicción militar no pueden ser parte las personas perjudicadas, mi parte sólo sabe de dichas actuaciones lo que dejé expuesto en la presente Nota. Pero ignora por completo los resultados o avances que van obteniéndose en las Diligencias Previas número 892/71, que instruye el Juzgado Militar Permanente nº 3, del que es Juez el Capitán de Infantería don Francisco Castells Gutiérrez, en cuanto a la depuración de las responsabilidades penales derivadas del homicidio de que ha sido víctima Don Pedro Patiño.*

*b) Querrela por homicidio*

*36. El día 14 de septiembre, formuló querrela, en nombre de la señora viuda de Patiño y de sus dos hijos menores, ante el Juzgado de Instrucción de la jurisdicción ordinaria, por el homicidio del que fue víctima el Sr. Patiño.*

*37. Dicho Juzgado, la rechazó, por considerarse incompetente, debido a que ya estaba actuando la jurisdicción militar.*

*38. En la actualidad está pendiente de recurso ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, pues considera que la jurisdicción ordinaria es competente, al menos en lo que se refiere a las primeras diligencias.*

*c) El derecho de réplica*

*39. A la vista de la nota de la Dirección General de Seguridad, publicada en la prensa del 13 y 14 de septiembre, ejercité el derecho de réplica. Lo periódicos a quienes me dirigí, no juzgado prudente publicarla, sin someterla previamente a «consulta*

*voluntaria». El Ministerio de Información y Turismo, les contestó en sentido negativo. Recurrí en queja, ésta fue desestimada y, en el día de hoy, he recurrido en alzada ante el Excmo. Sr. Ministro de Información y Turismo.*

*d) Acción judicial por injurias y calumnias*

*40. Con independencia del ejercicio del derecho de réplica al que acabo de referirme, mi cliente, bajo mi dirección, ha formulado contra el Excmo. Sr. Don Eduardo Blanco Rodríguez, Director General de Seguridad, la demanda de conciliación previa a la querrela por injurias y calumnias, en relación con la nota de dicha Dirección General publicada en la prensa los días 13 y 14 de septiembre, en cuyo texto, entre otras cosas, se imputan al fallecido Sr. Patiño delitos de los que fue absuelto en Sentencia firme.*

*e) Querrela por falsedad*

*41. Como consecuencia de las circunstancias que concurren en la inscripción en el Registro Civil, del fallecimiento del Sr. Patiño, se ha formulado por mi parte una querrela por falsedad, ante el Juzgado de Instrucción de la jurisdicción ordinaria, que es la competente respecto a estos delitos.*

*VIII. Consideración final.*

*...43. Cuanto hasta aquí queda consignado, es, sin duda, suficiente para poner de manifiesto la gravedad, no sólo del hecho originario, sino del inesperado tratamiento que viene aplicándosele en sus diferentes derivaciones a lo largo de un mes, desde que el 13 de septiembre último fue muerto el Sr. Patiño.*

*44. Dada la naturaleza pública de los intereses y derechos afectados, no me sería lícito limitarme a la postulación de lo referente a cada una de las actuaciones ya iniciadas o que inicio en el día de hoy.*

*45. Por eso, en armonía, con lo que manifesté al principio, me considero en la inexcusable obligación de dejar constancia de todo en esta Nota que tengo el honor de elevar a los Excelentísimos Señores Ministro de Justicia, Ministro del Ejército y Fiscal del Tribunal Supremo, para cabal conocimiento de los mismos en cuanto afecta a la competencia atribuida a su respectiva y alta función.*

*Madrid, 15 de octubre de 1971».*



# Club Banesto Justicia



Accede a un club exclusivo para profesionales de la Justicia

Una **CUENTA CORRIENTE**  
**REMUNERADA** sin gastos ni comisiones

Tarjetas **DÉBITO ORO** y  
**CRÉDITO 10 EN 1<sup>(\*)</sup>** sin  
gastos de emisión ni renovación



**HIPOTECAS**  
**EURIBOR + 0,35%** 1,62% TAE<sup>(\*\*)</sup>

Cumpliendo requisitos<sup>(\*\*)</sup>.  
Sin comisión de apertura. Banesto asume  
todos los gastos del cambio de hipoteca.

**Y DOMICILIANDO TUS INGRESOS**  
**Y TRES RECIBOS...**

Llévate una **Wii™**,  
un **Wii Fit**  
y el **Grand Slam Tennis™**



- 🔗 Consola **Wii™** y juego **Wii Sports™**
- 🔗 Nuevo accesorio **Wii MotionPlus™**
- 🔗 Juego **Wii Fit™** y **Wii Balance Board™**
- 🔗 Juego **Grand Slam Tennis™**

**O si lo prefieres, una de estas opciones:**

**TV 32" TOSHIBA REGZA**

Con TDT, HD Ready y 2 salidas HDMI

**COMPAQ PRESARIO HP**

DVD grabador, Wifi y Webcam integrada

**500 € ó 1000 €**

En una tarjeta regalo para que compres  
lo que tú quieras y donde quieras



**Si eres autónomo, elige dos de las cuatro posibilidades**

Infórmate de las condiciones completas  
en tu oficina Banesto, en el **902 30 71 30** o en **www.banesto.es**

\*Concesión sometida a los criterios de valoración de riesgos del Banco

(\*\*) 1,62% TAE para una operación de 120.000 € a un plazo de 15 años con un tipo de interés referenciado al Euribor + 0,35% y una comisión de apertura del 0%. Revisiones anuales. Se toma como referencia para el cálculo de la TAE el Euribor correspondiente al mes de agosto de 2009 publicado en el BOE: 1,261%. Requisitos: Domiciliación de nómina de todos los titulares, contratación de una tarjeta de crédito y otra de débito mínimo. Domiciliación de 3 recibos principales. Contratación Seguro Multirisgo Hogar con Santander Seguros. Plazo máximo 35 años



## Algunas propuestas jurídico-morales\*

Ernesto GARZÓN VALDÉS

Vuelvo a esta Facultad de Derecho que tuve que dejar en diciembre de 1973 por alejamiento forzoso y comienzo de un exilio que habría de durar diez años, ocho meses y seis días. Vuelvo colmado de honores y arropado por el afecto de quienes han tenido la iniciativa de proponer mi nombre para la más alta distinción que una universidad otorga y la disposición benevolente de quienes la aceptaron. Y surge, por supuesto de inmediato la tentación de repetir la frase de don fray Luis al regresar a su Salamanca. No lo haré pero la recuerdo.

Quiero esquivar la nostalgia, pero no puedo dejar de mencionar los nombres de cuatro profesores de esta casa que me enseñaron a practicar la docencia y me mostraron con su ejemplo cómo hay que investigar en el ámbito del derecho: Ambrosio Gioja, Genaro Carrió, Carlos Alchourrón y Carlos Nino. No son pocas las universidades que he frecuentado; en ninguna de ellas encontré mejor maestro que Gioja. Genaro Carrió escribió uno de los libros que mayor influencia habrían de tener en el enfoque analítico de la filosofía del derecho en lengua castellana. Carlos Alchourrón bordeaba la genialidad y solía convertir con un breve comentario alguna pobre reflexión mía en algo que podía aspirar a valer la pena. Carlos Nino, el aguijón discutiador, se entretenía en refutarme y así me mejoraba.

Y está también el recuerdo de generaciones de jóvenes estudiantes que frecuentaron mis cursos de Introducción al Derecho. Ya no conozco sus nombres ni se nada de sus destinos en esta nuestra Argentina tan diferente de la que alguna vez imaginé posible. Sólo de una estudiante conservo un testimonio en largos y desaliñados versos juveniles de mi remota experiencia docente en esta casa. No resisto la tentación de leer las primeras y las últimas líneas:

Las primeras:

Ingresamos una tarde  
espantados sin saber  
lo que allí sucedería  
temerosos de Valdés.  
Este entró y sin más nos dijo:  
«Derecho, alumnos, ¿qué es?»

Y las últimas:

Agradecidos estamos.  
Linda la materia fue.  
Pero ... me queda una duda,  
pequeñita, no vaya Ud. a creer,  
y por lo tanto, ahí va.  
la pregunta que pensé:  
Estimado profesor Dr. Sr. Garzón Valdés  
«Derecho, realmente, ¿Qué es?»

---

\* Discurso de agradecimiento por la concesión del doctorado *honoris causa* de la Universidad de Buenos Aires (octubre 2009).

La cuestión sigue estando abierta y no pretendo darle respuesta ahora.

Todo lo que ha dicho Martín Farrell cae claramente dentro de la categoría de la exageración, o sea, como decía Baltasar Gracián se trata de una

«prodigalidad [es] de la estimación, y da[n] indicio de la cortedad del conocimiento.»<sup>1</sup>

La estimación recíproca que nos une desde hace muchísimo tiempo tiñe de generosa subjetividad toda opinión de Farrell sobre los méritos que me atribuye. Pero, como soy sensible al halago, acepto complacido su *laudatio*. No hay duda que

«aun cuando la buena fama sea en general algo agradable, recibimos con todo una satisfacción mucho mayor cuando somos apreciados por aquellos a quienes amamos y apreciamos ...»

David Hume lo sabía.<sup>2</sup>

Habré de limitarme en lo que sigue a explicar brevemente cuál ha sido mi actitud intelectual a lo largo de una buena parte de esta ya larga vida y a proponer una reflexión sobre una cuestión que pienso tiene interés desde el punto de vista del derecho y la moral.

Empiezo por lo primero. No es fácil explicar por qué hicimos lo que hicimos. Corremos siempre el riesgo de ser víctimas de, por lo menos, dos peligros: la tentación de la autoindulgencia y el efecto despistante del olvido. Trataré de evitarlos y esbozaré algunas razones que puedan contribuir a entender la forma como encaucé mi vida académica. Dejaré para otra ocasión el relato de mis años en la diplomacia, actividad que practiqué sabiendo que no volverán los tiempos de Metternich, pues hoy en día la política internacional la manejan directamente quienes tienen el poder para hacerlo y al diplomático no le queda ni siquiera el escurridizo placer de la intriga, que tanto agradaba a Talleyrand.

Nunca intenté formular grandes sistemas en el ámbito de la teoría del derecho, de la ética y de la ciencia política. Me interesó más bien ofrecer precisiones conceptuales. Siempre he pensado que los conceptos «son virtualmente todo en las ciencias sociales: son los conceptos los que determinan aquello que percibimos en la masa de impresiones sensoriales que abarcan la realidad. [...] Un ensayo conceptualmente incoherente es *ipso facto* teóricamente incoherente y ningún *quantum* de riqueza empírica y de detalles puede ocultar el hecho de que los datos coleccionados carecen inevitablemente de estructura y, por lo tanto, no tienen nada que decir»<sup>3</sup>. Este interés por los esquemas conceptuales explica quizás mi predilección por los artículos y mi resistencia a escribir voluminosos libros. Una vez que se tiene el esquema conceptual (lo que solía llamar «la parrilla»), la adición de datos me resulta una tarea más bien aburrida.

Si no se quiere aceptar la metáfora pampeana de la parrilla, podría recurrir a la idea de la propuesta conceptual que, con un poco de suerte, es capaz de provocar discusiones razonables. Las propuestas tienen un carácter cuasinormativo. Tratan de influir en el destinatario de forma tal que ella o él adopten el punto de vista propuesto. Pero se trata sólo de un intento de acercarse a la solución de un problema que consideramos relevante. Las propuestas no son ni verdaderas ni falsas; sólo pueden ser plausibles o implausibles. Y es obvio que todo juicio de plausibilidad implica una

---

<sup>1</sup> Baltasar Gracián, op. cit., pág. 125.

<sup>2</sup> David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Londres: J. M. Dent & Sons, 1959, 2 vols., vol. 2, págs. 44 s. La presente traducción es de Félix Duque: David Hume, *Tratado de la naturaleza humana*, 3 vols., Madrid: Orbis 1981, vol. 2., pág. 501.

<sup>3</sup> Alexander J. Motyl, «Concepts and Skocpol: Ambiguity and Vagueness in the Study of Revolution» en *Journal of Theoretical Politics* 4 (1) 1992, págs. 93-112, pág. 94.

buena dosis de subjetividad. Por ello, la pretensión de aceptabilidad es siempre algo complicada. Depende, en no poca medida, de hasta qué punto el destinatario de una propuesta que suponemos plausible está dispuesto a otorgar plausibilidad a los presupuestos conceptuales desde los cuales deducimos nuestras propuestas y de la fuerza de nuestros argumentos.

He creído y sigo creyendo que lo más sensato en mi caso es moverme en el ámbito de las propuestas conceptuales; de esta manera reduzco el riesgo de reiterar lo que otros dijeron mejor que yo o de caer en la banalidad de lo archiconocido.

La elección de los temas de mis propuestas ha estado condicionada, en cierto modo, por los desafíos que tuve que enfrentar para asumir aquello que Borges llamaba el «destino sudamericano». La expulsión de mi país por «inútil», por «prescindible», según el léxico oficial de aquellos años de terror e intolerancia en la década de los setenta del siglo pasado, me obligó a exiliarme en Alemania. Se dice fácil pero la vivencia de ese tiempo me pareció a veces interminable y fue, desde luego, fatigante. Hoy la recuerdo como una de esas «interpolaciones» que forman parte del sabor agri-dulce de lo vivido y hacen pensar que Séneca tenía razón cuando decía que una «felicidad desmesurada arruina la propia alma»<sup>4</sup>.

En 1976 el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba que había estado a mi cargo fue literalmente desmantelado y expulsados todos sus miembros, inclusive la secretaria administrativa. Carlos Ernst puede dar testimonio de esos hechos. Desde el punto de vista académico tuve que pasar de una facultad de derecho a un instituto de ciencias políticas en la Universidad de Maguncia. Ello implicó un cambio de los temas de consideración prioritaria. Pero, quizás, la razón más importante para la elección de mis propuestas conceptuales fue un fuerte deseo de lograr una aproximación mayor a cuestiones de mi ambiente político y social. Me cuesta entender actitudes filosóficas radicalmente distantes de la realidad que a uno le toca vivir. Creo que esto vale con tanta más razón cuando se trata de filosofías que, como las del derecho, la moral o la política, tienen una marcada vertiente práctico-social. El filósofo que no desee quedar encerrado en la ebúrnea torre de tan mala fama, tendrá que descender a la realidad de su vecino y «facer una prosa» que éste comprenda y le ayude a orientarse en esta enigmática e irreplicable experiencia que llamamos vida. Y cuando no pueda hacerlo, lo mejor es que calle. Así lo hicieron Aristóteles, Gonzalo de Berceo y Wittgenstein.

El salir de la torre trae consigo una doble ventaja: reduce la sorpresa e impide la desilusión. La primera es, en buena parte, un resultado de la ignorancia, del desconocimiento de relaciones causales; la segunda, la consecuencia de haber alentado falsas ilusiones. En el año 2000 publiqué un libro, *El velo de la ilusión*, en el que intenté explicar las razones de las sorpresas políticas argentinas. Desde el punto de vista editorial el éxito fue nulo pero sigo creyendo que mi diagnóstico no era equivocado y que los argentinos somos infatigables tejedores de velos de ilusiones que nos ocultan el presente y nos hacen tropezar en el futuro. No expondré aquí mis argumentos; me conviene estimular la curiosidad y promover la posible venta de este desafortunado libro.

Si algo he aprendido de mis lecturas de los grandes filósofos es que la filosofía no es la exposición oscura de problemas que pueden ser formulados claramente. Hay que tomar en serio la claridad y la coherencia. Claridad no es sinónimo de trivialidad. Quienes confunden oscuridad con profundidad posiblemente olvidan que la solución de un problema tiene fatalmente un cierto matiz de simplicidad. A ellos conviene recordarles la sabia reflexión de Nelson Goodman:

---

<sup>4</sup> Séneca, *Epístolas morales a Lucilo*, traducción de Sebastián Mariner Bigorra, José Javier Iso y José Luis Moralejo, Madrid: Gredos 2000, 2 volúmenes, epístola 39, libro IV, vol. I, pág. 250. La expresión «interpolaciones» es tomada de Baltasar Gracián, *El oráculo manual y arte de la prudencia*, Madrid: Cátedra 2005, pág. 124.

«Todo esfuerzo en la filosofía por convertir lo oscuro en algo obvio es probablemente poco atractivo, pues el castigo del fracaso es la confusión y la recompensa del éxito la banalidad. Una respuesta, una vez obtenida, es aburrida y el único interés que queda consiste en seguir esforzándose para volver aburrido lo que todavía es suficientemente oscuro como para ser intrigante.»<sup>5</sup>

Sé que tendría que mejorar alguna de mis propuestas. ¡Si supiera cómo! Sé también que el recurso a expresiones literarias tales como «coto vedado» (Juan Goytisolo) «quita tus manos sucias de Mozart» (Manuel Vincent) puede no haber satisfecho siempre. A pesar de todo, sigo creyendo que incorporar al no pocas veces árido lenguaje jurídico expresiones literarias alivia el espíritu y hasta puede estimular la lectura de las fuentes invocadas. Conviene no despreciar la ayuda del poeta: las creaciones intelectuales no surgen ni se mantienen aisladas; todas ellas se integran en lo que llamamos cultura. Esto vale también para el caso del derecho. A Hans Kelsen le gustaba recordar mitos clásicos como el del rey Midas y la gratitud de Dionisio para explicar el poder expansivo de la ley.

Aliento la esperanza de que mis propuestas hayan despertado algún interés; si la expectativa se cumple, quizás pueda llegar a convencerme de que estos tanteos intelectuales no han sido vanos. La inseguridad ha estado siempre presente en mis ensayos. Quizás es bueno que así sea. Una precaria certeza puede estimular la reflexión. Reflexionamos justamente porque vacilamos. Al hacerlo, nos libramos del dogmatismo y de la autocomplacencia presuntuosa.

He procurado que mis propuestas fueran formuladas desde una perspectiva que quisiera fuera considerada como analítica si es que por ella ha de entenderse —como decía Georg Henrik von Wright— una preocupación por

«Luchar en contra de toda forma de efectos de obscurecimiento de las palabras en la mente de las personas ...»<sup>6</sup>

Cuando esta lucha se realiza en América Latina o en Europa con la mirada puesta en nuestro continente, no hay que olvidar que aquí pasa justamente lo opuesto a lo que, según Philip Pettit, sucedía en los países de residencia de los filósofos analíticos durante buena parte del siglo xx:

«La mayoría de los filósofos analíticos vivía en un mundo en donde valores tales como libertad, igualdad y democracia mantenían un dominio indiscutible.»<sup>7</sup>

El mundo latinoamericano es muy diferente: presenta el mayor grado de injusticia social del mundo y una muy débil vigencia de los marcos normativos que regulan el comportamiento de gobernantes y gobernados. Su realidad es a veces tan escandalosa que, como diría Jean Genet, «no deja ya más espacio para el escándalo».

La Corte Constitucional de Colombia acuñó no hace mucho la expresión «estado de cosas inconstitucional» para referirse a las violaciones de los derechos fundamentales en ese país. Tengo la impresión de que esta designación vale para todo el continente y que la tarea más urgente desde el punto de vista jurídico-político es lograr que las constituciones sean tomadas en serio y abstenerse durante un siglo de reformarlas.

---

<sup>5</sup> Nelson Goodman, *Fact, Fiction and Forecast*, Indianápolis/Nueva York: The Bobbs-Merrill Company 1955, pág. XV.

<sup>6</sup> Georg Henrik von Wright, «Analytic Philosophy. A Historico-Critical Survey» en del mismo autor, *The Tree of Knowledge and Other Essays*, Leiden/ New York/ Köln, 1993, págs. 24-52, pág. 50.

<sup>7</sup> Philip Pettit, «The contribution of analytical philosophy» en Robert E. Goodin y Philip Pettit (eds.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Oxford: Blackwell 1993, págs. 7-38, pág. 10.

Esta insuficiencia estructural trae como consecuencia la necesidad de una especie de traducción adaptativa de los temas que filósofos del derecho trabajan en Europa o en los Estados Unidos.

Si esto es así, no es muy aventurado sugerir que un filósofo del derecho latinoamericano tiene que asumir una tarea doblemente complicada: por una parte, no puede dejar de tomar en cuenta los problemas universales de esta disciplina; por otra, tiene que tratar de ser retóricamente parco y cuidarse de no caer en la trampa de la ciega imitación de modas filosóficas. No hay, pues, que propiciar el rechazo cerril del pensamiento ajeno ni estimular su recepción ciega o frívola.

El cultivo de la duda no debe conducir, por cierto, a la total prescindencia de algunas certezas básicas a partir de las cuales podemos someter a crítica nuestras creencias teóricas y prácticas. Las propuestas que he solido formular no penden en el aire sino que se apoyan en presupuestos fácilmente perceptibles como kantianos y democrático-liberales. No conozco otros mejores. He procurado ser fiel a ellos también en la práctica cotidiana. Pero, como una cosa es procurar y otra alcanzar lo procurado, queda siempre un ámbito de lo no realizado. Si no se quiere dar por terminado el ejercicio de la propuesta, lo más sensato es entonces revisar las formuladas y proponer(se) otras más modestas. No es mucho, pero sí suficiente

Y ya basta. Con lo hasta aquí dicho pienso que puede barruntarse por qué hice lo que hice. Una elemental cortesía y una prudencia alerta aconsejan no abrumar al prójimo con detalles autobiográficos. Es tedioso y hasta peligroso.

Por ello, en lo que sigue deseo más bien plantear una cuestión que pienso puede tener algún interés. Por lo pronto, conviene recordar que, según Kant, la violación de la humanidad de cada cual, el intento de fijarle un precio a través de un cálculo de equivalencias, afecta radicalmente nuestra dignidad. Esta afirmación puede servir para proponer algunas consideraciones acerca de la relevancia moral del respeto de la dignidad humana en situaciones límite, por ejemplo, en aquéllas en las que sólo es posible salvar la vida de un grupo de personas inocentes a costa de la muerte de otras, también inocentes, pero que integran un grupo numéricamente menor. ¿Podemos en estos casos seguir manteniendo una posición deontológica? ¿No nos vemos entonces obligados a realizar un cálculo numérico y a otorgar preferencia a la vida de los más frente a la muerte de los menos? Y, si ello es así, ¿no estamos entonces tratando a los que van a morir como un medio para salvar a otros? Dicho con otras palabras: ¿hasta qué punto puede sostenerse en estos casos que los números de las personas afectadas por un peligro inmediato e inevitable no cuentan? Pero, si cuentan y si las personas son siempre un fin en sí mismas, si son incomparables en su dignidad, si son insustituibles por algo equivalente, ¿cómo podría llevarse a cabo un cálculo numérico de entidades incomparables? ¿Cuán alta es la barrera que impone la dignidad humana a los comportamientos en situaciones trágicas?

A fin de no recurrir a ejemplos imaginarios, habré de referirme a un caso real: El 11 de enero de 2005, el Bundestag alemán sancionó una ley de seguridad aérea que autorizaba al ministro de Defensa a ordenar el derribo de aviones capturados por terroristas que se dirijan a centros urbanos con la intención de causar la muerte de un número de personas considerablemente mayor en todo caso que el de los pasajeros del avión. Se adujo que con esta medida se aseguraba una mejor seguridad jurídica y una mayor claridad con respecto a la competencia de intervención armada en caso de catástrofe. No hay duda de que para el gobierno alemán los números contaban y que había que otorgar preferencia a los más frente a los menos.

La ley de seguridad aérea reactualizó una vieja cuestión y estimuló la reflexión acerca de los argumentos en pro y en contra de la relevancia moral de los números cuando se trata de personas inocentes mortalmente amenazadas. Sin pretensión de exhaustividad, pienso que conviene considerar los siguientes argumentos.

a) Asumir la actitud Jim, en el conocido ejemplo de Bernard Williams<sup>8</sup>: Jim, miembro de una expedición botánica extranjera llega a una plaza de una aldea sudamericana y se encuentra con veinte indios aterrorizados a punto de ser fusilados por un pelotón de soldados capitaneados por Pedro, quien explica a Jim que se trata de rehenes tomados al azar como castigo ejemplar a un pueblo que intentó rebelarse contra el gobierno. Le ofrece a Jim el «privilegio» de que mate a uno; si acepta el ofrecimiento dejará a los restantes en libertad; si lo rechaza, fusilará a los veinte. Jim rechaza la propuesta, continúa su camino recolectando hojas y raíces para su instituto y mueren los 20 rehenes.

Si Jim fuera ministro de Defensa alemán, probablemente renunciaría a su cargo antes de derribar el avion-bomba. Su conciencia quedaría deontológicamente tranquila. ¿Sí?

b) Considerar que el derecho a la vida es un derecho fundamental y que si el Estado permite el sacrificio de una vida humana en beneficio de terceros, ello significa excluir a la persona afectada del ámbito de aplicación del derecho:

«Está excluida la posibilidad de matar legalmente a inocentes para salvar la propia vida o la de terceros, aun cuando ellos sean millones. [...] Los números no cuentan frente al derecho fundamental a la vida. [...] Los derechos fundamentales son anti-utilitaristas.»<sup>9</sup>

Esta es la posición de Reinhard Merkel. Vivimos tiempos en los que se requieren competencias del Estado que ya «no tienen cabida dentro de los principios del derecho». Estas competencias significan la renuncia a las máximas básicas del sistema jurídico; se produce entonces una «exclusión de los derechos fundamentales». Esto es justamente lo que traería consigo la aplicación de la ley de seguridad aérea.

c) Coincidir con Georg Henrik von Wright cuando llama a las elecciones trágicas, «encerronas morales» de las cuales sólo se puede salir a través de una vía prohibida moralmente. En este caso, «si todas nuestras elecciones son entre cosas prohibidas, nuestro deber es elegir la cosa *menos mala*». Y agrega: «Siempre y cuando sea posible graduar la maldad de las acciones alternativas».<sup>10</sup>

Esta propuesta probablemente no satisfará a quien sustente una posición deontológica: una «encerrona moral», por definición, no permite *nunca* ninguna salida moralmente aceptable. El consecuencialista dirá que para él no existen «encerronas morales» ya que elegir «la cosa menos mala» es *siempre* lo moralmente correcto.

¿Habría, pues, que concluir que, desde el punto de vista deontológico, el problema es insoluble?

d) Sostener que es moralmente más importante promover un valor que respetarlo en un caso concreto. Según Philip Pettit, consecuencialistas y deontologistas pueden

---

<sup>8</sup> Cfr. Bernard Williams, «Negative responsibility: and two examples» en J. J. C. Smart & Bernard Williams, *Utilitarianism for and against*, Cambridge: University Press 1975, págs. 93-100, págs. 98 ss. Williams considera que un utilitarista estaría «obviamente» dispuesto a aceptar la propuesta de Pedro. Hugo Adam Bedau («Jim and the Indians» en Hugo Adam Bedau, *Making Mortal Choices. Three Exercises in Moral Casuistry*, Oxford: Oxford University Press 1997, págs. 71-97), pone en duda la tesis de Williams y subraya la incertidumbre ineliminable con respecto a la forma como Pedro puede reaccionar una vez que Jim haya matado a uno de los prisioneros: no existe certeza alguna acerca de la suerte de los 19 restantes. Bedau recuerda también el ingenioso ensayo de Martin Hollis («Jim and the Indians» en *Analysis*, Vol. 43, N° 1 (1983), págs. 28-33) en donde se presentan las «memorias» de un ya anciano Jim quien nos cuenta que «con repugnancia y disgusto, maté a mi indio y fui conducido a la costa en el auto blindado de Pedro [...] el escándalo de la ejecución fue un factor que contribuyó a la caída del régimen. Y así, con un poco de suerte, me encuentro ahora recibiendo la medalla de honor Immanuel Kant de manos del nuevo presidente: el propio Pedro» (Martin Hills, op. cit., pág. 39).

<sup>9</sup> Reinhard Merkel, «Wenn der Staat Unschuldige opfert» en *Die Zeit* del 8 de julio de 2005.

<sup>10</sup> Georg Henrik von Wright, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Amsterdam: North-Holland 1968, pág. 80.

estar de acuerdo con respecto a una teoría de lo bueno; la diferencia entre ambos reside en saber qué es lo correcto hacer cuando se presenta una opción entre promover o respetar un valor. Tomemos, por ejemplo, el valor paz. Un consecuencialista que ame la paz podría estar dispuesto a aceptar una guerra si cree que con ella se puede poner fin a todas las guerras. ¿Por qué negarme a combatir —aducirá— si al hacerlo promuevo el valor de una paz estable? Sé que morirán muchos inocentes, pero mayor será el número de inocentes que podrán vivir en paz una vez concluida esta última contienda. El pacifista deontológico responderá negativamente por considerar que el valor paz debe ser honrado siempre, aun cuando ello signifique que seguirán habiendo guerras.<sup>11</sup>

e) Recurrir nuevamente a Georg Henrik von Wright, tomar en cuenta sus consideraciones acerca de la evaluación de daños y beneficios de diferentes personas y aceptar lo que él llama la «regla de minimización de un daño inevitable» que reza así:

«Que todas de un grupo de personas sufra algún daño es peor (un mal mayor) a que sólo algunas de estas personas sufran el mismo daño.»<sup>12</sup>

El consecuencialista dirá que la regla de minimización de un daño expresa justamente su posición. No siempre matar es un acto moralmente condenable.

Pero, ¿hasta qué punto puede aceptarse sin más la regla de minimización del daño? Supongamos que el daño amenazado es la tortura. El criminal plantea la opción: si torturas a cinco inocentes no torturaré a diez personas también inocentes.

El ejemplo de la tortura pone de manifiesto una limitación importante de la regla de minimización: desde el punto de vista moral, no todo daño puede ser incluido en el cálculo que presupone la aplicación de esta regla.

f) Argumentar que el derribo del avión-bomba es algo así como un caso de eutanasia activa que se aplica a personas (los pasajeros del avión) que habrán de morir necesariamente pocos minutos después. Como efecto secundario de esta acción se salva adicionalmente la vida de cientos o miles de personas. No se trata, pues, primariamente de un cálculo numérico sino de un adelantarse a un acontecimiento trágico que inevitablemente habrá de suceder.<sup>13</sup>

Un deontológico coherente responderá que éste es un argumento cínico que malamente encubre el cálculo numérico.

g) Aducir que el caso del avión-bomba es diferente al de Jim y los indios fusilados. Los indios fueron matados por Pedro, no por Jim. En cambio, el avión es derribado por orden del ministro de Defensa, no por el terrorista. Si bien es cierto que tanto Jim como el ministro de Defensa no obran como desearían el capitán vengador y el terrorista suicida, Jim podría aducir que su conciencia está tranquila pues personalmente no ha causado la muerte de nadie. El mundo se convertiría en un infierno (no sólo moral) si tuviéramos que estar sometidos a la extorsión de criminales que nos obligasen a matar inocentes.

En contra de estas razones podría decirse:

i) el valor o el disvalor moral de una omisión es idéntico al valor o al disvalor de la acción de la cual la omisión es su negación interna. Jim omite y el ministro de Defensa actúa, pero ambos causan la muerte de inocentes. La relación causal entre la omisión de Jim y la reacción de Pedro es tan directa que sería muy difícil negarla;

---

<sup>11</sup> Cfr. Philip Pettit, «Consequentialism and Respect for Persons» en *Ethics* Vol. 100, N° 1 (1989), págs. 116-126, pág. 117.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pág. 132.

<sup>13</sup> Agradezco la sugerencia de esta posibilidad a Ruth Zimmerling.

ii) la extorsión es un delito que consiste primordialmente en fijar coactivamente un precio no permitido para la obtención de un bien deseado.

Una forma de evitar extorsiones es anticiparse a ellas, es decir, no ofrecer la oportunidad de que se produzcan. Ésta sería, desde luego, la situación ideal: si la logramos, desaparece el problema. Pero suponer que mientras exista el terrorismo podremos estar libres del peligro de extorsiones mortales equivaldría a negar la metodología criminal del terrorismo.

h) Suponer que la frase «no está permitido matar inocentes» es la expresión de un principio que puede admitir excepciones, sin que ello signifique abandonar el punto de vista deontológico.

En apoyo de esta tesis podría recurrirse a textos del propio Kant. Como es sabido, en *La metafísica de las costumbres*, Kant introduce, tras la presentación de un principio moral, secciones que incluyen «cuestiones casuísticas» que constituyen excepciones al principio proclamado.

Tomás de Aquino prohibía categóricamente el suicidio, pero sostenía que Sansón no pecó cuando derribó el Templo y murió con todos los filisteos, ni tampoco pecaron las «mujeres santas que en la época de las persecuciones se suicidaban y su recuerdo celebra la Iglesia». También afirmaba: «de ninguna manera está permitido matar inocentes», pero se veía obligado a aceptar que Abraham fuera honrado justamente por querer matar a su hijo obedeciendo dictados divinos. Es decir, Tomás de Aquino podía defender el principio que prohibía matar inocentes y aceptar excepciones.<sup>14</sup>

El problema con las excepciones es que ellas suelen ser el comienzo de una ladera resbaladiza: si un deontológico pone el pie en ella puede fácilmente terminar en el valle consecuencialista.

i) Explorar la vía sugerida por Stefan Huster, es decir, pensar qué decidirían personas situadas en una posición originaria rawlsiana, detrás del velo de la ignorancia que asegura su imparcialidad. Podría concluirse que personas que no saben si habrán de encontrarse en la situación de los pasajeros o de los habitantes de los edificios amenazados por el avión optarán por la medida legal que otorgue más chances de salvar más vidas porque ello aumenta también la probabilidad de conservar la propia vida.

Las personas que viajan en aviones habrían aceptado, directamente o por medio de sus representantes, la sanción de la correspondiente ley porque quizás consideran que es admisible una legislación tal para lograr una mayor seguridad social. En este caso, se diría, no hay lugar para la extorsión porque la situación creada (avión secuestrado plus disposición legislativa) no permite deónticamente opciones. La extorsión presupone siempre la posibilidad de no aceptar la demanda del extorsionador.

j) Volver a Kant y recordar que admitía la pena de muerte y justificaba la imposición de sanciones (daños) al delincuente no como una medida para maximizar el bienestar social ya que ello equivaldría «a tratarlo simplemente como un medio para fomentar otro bien»<sup>15</sup>, sino más bien «para crear las condiciones bajo las cuales cada uno tiene, en la medida de lo posible, una chance justa de vivir una vida como agente racional autónomo.»<sup>16</sup>

Podría sostenerse que los ciudadanos estarían dispuestos (de hecho lo están) a aceptar disposiciones legales que autoricen en ciertos casos la puesta en peligro de seres humanos a fin de intentar salvar la vida de otros. A las ambulancias, por ejemplo, les está permitido desplazarse en las ciudades a mucha mayor velocidad que a los

---

<sup>14</sup> Cfr. Thomas von Aquino, *Summe der Theologie*, Stuttgart: Alfred Kröner 1954, 3 vols., vol.3. págs. 305 ss.

<sup>15</sup> *Metaphysik der Sitten*, § 49, E, pág. 453; versión castellana, pág. 166.

<sup>16</sup> Thomas E. Hill, Jr., op. cit., pág. 209.

demás vehículos y hasta no obedecer las señales de los semáforos. Que ello implica un riesgo para peatones y motorizados es obvio, pero, en estos casos, no se trata de daños intencionados, sino de accidentes, por lo demás poco frecuentes.

Sin embargo, cabe preguntarse: ¿es admisible moralmente pasar del riesgo posible o hasta probable de sufrir un daño al caso de la muerte intencionada de inocentes cuando existe una diferencia numérica notoria entre los muertos y los salvados?

k) Seguir insistiendo en el argumento del riesgo y sostener que quien sube a un avión ha comprado un billete que incluye la cláusula expresa de la posibilidad de derribo en caso de secuestro terrorista. Quien acepta esta condición no lo hace porque piensa que debe ser sacrificado en aras de la vida del mayor número sino porque considera que en las circunstancias que le ha tocado vivir el riesgo de sufrir las consecuencias de un ataque terrorista es inevitable y que también lo son las medidas que puedan adoptarse para combatirlo. El derribo del avión podría ser interpretado como una reacción que está ineliminablemente acoplada a todo secuestro aéreo por parte de terroristas. La cadena causal que conduce al derribo del avión se inicia con el comportamiento criminal del terrorista; a partir de ese momento, todo los eventos posteriores serían considerados como reacciones automáticas. Podría suponerse, por ejemplo, que todos los aviones estuvieran equipados con un sistema de sensores impuesto por el Estado, que provocara la explosión en caso de que fueran dirigidos contra centros urbanos o instalaciones atómicas. Estos sensores podrían despedir gases anestésicos que eliminaran todo dolor físico y la angustia psíquica que provoca la expectativa de una explosión inevitable. ¿Estaríamos dispuestos a comprar billetes para viajes aéreos en estas condiciones? ¿O renunciaríamos definitivamente al transporte aéreo? ¿O confiaríamos en la suerte y argumentaríamos que la presencia de terroristas en nuestro avión es una especie de calamidad de cuyos efectos nadie puede estar a salvo y que, con o sin sensores, lo mismo habremos de morir si tenemos la mala suerte de que alguno de nuestros compañeros de viaje sea un fanático suicida?

¿Es ésta una buena propuesta? ¿Afecta el sistema de sensores la dignidad de los viajeros voluntarios? ¿No serían ellos una especie de suicidas eventuales? Si suponemos que no hay razones deontológicas que prohíban el suicidio de personas en pleno uso de sus facultades mentales, ¿por qué habría de prohibirse deontológicamente el suicidio eventual de personas que viajan en aviones con sensores de autodestrucción o atraviesan un país con ministros de Defensa que pueden aplicar la ley de seguridad aérea alemana?

l) Releer a Carlos Nino quien, asumiendo una posición similar a la de Reinhard Merkel y que compartirían Robert Nozick y Ronald Dworkin, afirma:

«El papel de los derechos en cuestión (se refiere a los derechos individuales fundamentales, EGV) consiste en “atrincherar” determinados intereses de los individuos, de modo que ellos no puedan ser dejados de lado, contra su voluntad, en atención a intereses que se juzgan más importantes —sea intrínsecamente o por el número de sus titulares— de otros individuos. [...] Si la persecución del bien común fuera una justificación última de medidas o acciones, el reconocimiento previo de derechos individuales sería absolutamente *inoperante* y *superfluo*; [...] la idea de derechos individuales fue introducida en el pensamiento filosófico-político como medio para impedir que se prive a los individuos de ciertos bienes con el argumento de que ello beneficia, tal vez en grado mayor, a otros individuos, a la sociedad en conjunto o a una entidad supraindividual.»<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, segunda edición, Buenos Aires: Astrea 1989, págs. 261 s.

m) Sostener que los números no cuentan para nada en ningún caso. Cuando se presentan situaciones en las que sólo es posible salvar vidas de inocentes a costa de la vida de un menor número de personas también inocentes, lo único que puede hacerse es tirar la moneda y otorgar a cada grupo un 50% de probabilidad de ser salvados. Todo cálculo numérico significaría tratar a las personas como objetos. Es obvio que si tengo que salvar seis jarrones chinos, cada uno de igual valor en una casa que se incendia, cinco de los cuales se encuentran en una habitación y el sexto en otra habitación vecina y sólo puedo salvar los jarrones de una sola habitación, preferiré dirigirme a la habitación donde están los cinco jarrones. Pero cuando se trata de personas, es decir, si ahora sustituimos los jarrones por seres humanos, el daño que sufre el menor número no es menor que el que experimenta el gran número. Para cada una de las personas de ambos grupos, el daño es el mismo: la muerte. El sufrimiento de diferentes personas no es aditivo. Si prefiero salvar a cinco personas en lugar de una, las estoy tratando como jarrones, es decir, como objetos: a mayor número de objetos igualmente valiosos, mayor valor. Pero, como no me está permitido moralmente tratar a las personas como si fueran objetos, no puedo recurrir al argumento numérico. Ésta es la opinión de John M. Taurek». <sup>18</sup>

Es decir que, si tenemos dos grupos de personas en peligro de muerte: A y B, y el grupo A está integrado por dos personas y el grupo B por cinco, dado que los números no cuentan, suponiendo que sólo podemos salvar a uno de los dos grupos, la única forma de otorgar igual probabilidad de salvación a los integrantes de A y de B es tirar la moneda. Y si el grupo A tiene un solo miembro y el grupo B un millón, ¿tiramos también la moneda?

n) Negarse a aceptar la posición de Taurek y buscar apoyo en las reflexiones de Derek Parfit para quien «si más gente sufre, hay mayor sufrimiento». <sup>19</sup> Tenemos que salvar al mayor número justamente porque «damos igual peso al salvamento de cada cual. Cada cual cuenta por uno. Por eso, más cuenta más.» <sup>20</sup>

o) En una línea algo similar podría argumentarse recurriendo a Thomas M Scanlon y a Frances M. Kamm. Ambos sostienen que negar la importancia del número de personas que pueden y deben ser salvadas es moralmente inaceptable:

Frances M. Kamm afirma:

«Si la presencia de cada persona adicional no hace ninguna diferencia, ello parece negar la igual importancia de cada persona.» <sup>21</sup>

p) Nien-Hê Hsieh, Alan Strudler y David Wasserman sostienen también que lo moralmente correcto es salvar el mayor número de vidas pero piensan que ello no se debe a consideraciones procedimentales sino a la existencia de derechos sustantivos. Toman como ejemplo el caso del salvamento de personas que se encuentran en dos islas; en una de ellas hay sólo una persona y en la otra, cinco. El bote de rescate tiene gasolina para ir únicamente a una isla:

---

<sup>18</sup> John M. Taurek, «Should the Numbers Count?» en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 6, N° 4 (1977), págs. 293-316, pág. 307.

<sup>19</sup> Derek Parfit, «Innumerate Ethics» en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 7, N° 4 (1978), págs. 285-301, pág. 297.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pág. 301.

<sup>21</sup> Frances M. Kamm, «Nonconsequentialism» en Hugh LaFollette (ed.), *The Blackwell Guide to Ethical Theory*, Oxford: Blackwell 2000, pág. 221. Para un análisis de la posición de Kamm, cfr. Weyma Lübbe, «Taurek's No Worse Claim» en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 36, N° 1 (2008), págs. 69-85.

«Ir a la isla con cinco personas te acerca más a la igualdad que si fueras a la isla con una persona. Por lo tanto, debes ir a la isla con cinco personas no porque al hacerlo salvas más vidas [...] sino porque al hacerlo cumples mejor la obligación particular que tienes con respecto a la gente en las islas.

Tu acción satisface aquel derecho cualificado a una participación igual porque te has aproximado a la igualdad lo más posible. La mayor aproximación a la igualdad (es lo que cuenta, EGV).»<sup>22</sup>

El criterio de igualdad no debe ser interpretado en el sentido de que también si no se salva a nadie, todos son tratados de igual manera. Esta conclusión sería inaceptable ya que ello significaría la violación del deber de salvamento que es justamente el que debería ser cumplido de la manera más amplia posible sin recurrir a argumentos utilitaristas o consecuencialistas: el mayor número vencería siempre porque su salvación implicaría necesariamente el más eficaz rechazo posible de todo tipo de discriminación.

q) Considerar que nos enfrentamos con situaciones en las que se producen intuiciones encontradas y pensar que lo que está en juego no es la pérdida de la vida *para* cada persona sino la pérdida *de* personas. Ésta es la posición de John T. Sanders:

«No debemos tirar la moneda porque las personas son valiosas: merecen ser salvadas justamente porque son personas. [...] cuando no hay razones para distinguir entre pérdidas *para* las personas relevantes, uno está justificado si considera la pérdida diferencial *de* personas. Y aquí los números deberían contar de la misma manera que cuentan para Taurek cuando seis objetos valiosos están amenazados por el fuego.»<sup>23</sup>

Sin embargo, hay que aceptar que

«puedo estar preocupado o bien por la pérdida para las personas o por la pérdida de personas. Puede ser que en muchos casos, la pérdida para las personas deba ser la consideración más importante. Pero no es claro por qué ésta deba ser la *única* consideración ...

En la guerra de intuiciones, las victorias totales no se producen fácilmente. [...] Es posible que Taurek tenga razón cuando piensa que si se trata de salvar una persona o cinco, uno debería tirar la moneda [...] sin embargo, cuando se trata de salvar una vida o un número *enorme* de vidas, la posición de Taurek pierde toda su plausibilidad intuitiva. Quizás la cuestión debería ser reformulada para quienes están de acuerdo con el caso de Taurek de una vida *versus* cinco: quizás la cuestión debería ser la de saber *cuándo* los números cuentan. Puede ser que el principio de Taurek de igual consideración deba ser decisivo en algunos casos pero también (puede aceptarse, EGV) que los números se vuelven decisivos cuando son substanciales —quizás cuando se cruza algún umbral.»<sup>24</sup>

l) Quien rechace el cálculo numérico aducirá probablemente que no es posible cuantificar el daño que cada cual sufre y pensar que es mayor cuando la víctima integra el grupo más numeroso. Rechazaría también el recurso a las intuiciones en el

<sup>22</sup> Nien-Hê Hsieh, Alan Strdler y David Wasserman, «The Numbers Problem» en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 34, N° 4 (2006), págs. 352-372, pág. 353.

<sup>23</sup> John T. Sanders, «Why the Numbers Should Sometimes Count» en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 17, N° 1 (1988), págs. 3-14, pág. 9.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pág. 14.

ámbito de la moral aduciendo que su aceptación equivale a una velada versión del emotivismo con todos los inconvenientes conceptuales que éste implica.

Llegados a este punto, pienso que la lista de propuestas de solución al dilema de los números es ya suficiente y puede dar una idea de la complejidad moral de este problema.

Quizás no esté de más subrayar que aquí me he referido a casos en los que el número de personas inocentes cuya vida se salva es mayor que el de las personas, también inocentes, que mueren. ¿Qué sucede cuando la situación es justo al revés? ¿Hay que autorizar la muerte de mil inocentes para salvar a cien? Que en tales casos quien así actuara podía quedar excepto de culpa; fue el argumento utilizado en Nuremberg por Ernst von Weizsäcker, subsecretario de Relaciones Exteriores durante el régimen nazi. Adujo que «el Ministerio de Relaciones Exteriores no podía oponerse frontalmente a las persecuciones e inhumanidades pero sí podía hacer algo de caso en caso.» El Tribunal no aceptó esta excusa y consideró que «nadie puede cometer grandes crímenes esperando así impedir otros o que un comportamiento benévolo frente a algunas personas puede encubrir o justificar un crimen cometido a una masa anónima.» El fiscal había ya recordado que sólo «quien puede deportar a miles puede salvar unos pocos.»<sup>25</sup> El argumento de von Weizsäcker es muy similar al de quienes colaboran desde la burocracia con las dictaduras aduciendo que si no estuvieran ellos las cosas serían aún peores: aceptan perseguir a 100 inocentes para salvar a 10 y afirman que si así no lo hicieran las personas perseguidas serían 110: conclusión aritméticamente impecable pero moralmente más que dudosa.

En aras de la completitud informativa, hay que señalar que el 15 de febrero de 2006 el Primer Senado del Tribunal Constitucional Federal alemán declaró la inconstitucionalidad de la Ley de seguridad aérea aduciendo que ella lesionaba la dignidad humana garantizada en el artículo 1, frase 1 de la Ley Fundamental.<sup>26</sup> Podría pensarse, pues, que con ello se había eliminado un argumento jurídico-legal existente en apoyo de cálculos numéricos de vidas humanas y un buen ejemplo real de dilemas morales. Pero tal no es el caso: una semana después del fallo del Tribunal Constitucional Federal, el 22 de febrero de 2006, la Duma Estatal de Rusia aprobó por 408 votos a favor, uno en contra y cinco abstenciones, una ley de lucha contra el terrorismo que autoriza a las Fuerzas Armadas derribar sobre territorio ruso aviones capturados por terroristas.<sup>27</sup>

Cada cual puede elegir la alternativa que más le convenza y optar por un deontologismo riguroso, un deontologismo con excepciones, un consecuencialismo que privilegie siempre la importancia de los números, el establecimiento de umbrales

---

<sup>25</sup> Cfr. Jörg Friedrich, *Die kalte Amnestie. NS-Täter in der Bundesrepublik*, Berlín: List 2007, pág. 117 ss.

<sup>26</sup> La línea argumentativa del Tribunal fue la siguiente: La Ley de seguridad aérea de 2005 lesiona el derecho fundamental a la vida y la dignidad humana. Convierte a las personas en meros objetos del comportamiento estatal. «El Estado no puede proteger a una mayoría de sus ciudadanos matando dolosamente a una minoría, en este caso la tripulación y los pasajeros de un avión. Es inadmisibles un cálculo de vidas poniendo a cada lado el número de personas posiblemente afectadas. El Estado no puede matar a personas por el hecho de que sean menos que las que de esta manera se salvarían. La relativización del derecho a la vida de los pasajeros no puede fundamentarse en el hecho de que ellos pueden ser considerados como una parte del arma-avión. Quien así argumenta los convierte en meros objetos del comportamiento estatal y los priva de su calidad y dignidad humanas. [...] Cuando su muerte es utilizada como medio para la salvación de otros, se los cosifica y se los priva de todo derecho. [...] Por lo tanto esta ley es totalmente inconstitucional y nula.» (Cfr. BverfG, 1BvR 357/05 del 15.2.2006.)

<sup>27</sup> Cfr. *El País* del 23 de febrero de 2006, pág. 8. Con respecto al secuestro de aviones, no deja de ser interesante un proyecto de investigación promovido actualmente por la Unión Europea y en vías de estudio por parte de la Universidad Técnica de Múnich y empresas como Siemens y Airbus. Este proyecto denominado Safee (*Security of Aircraft in the Future European Environment*) cuenta con un presupuesto de 36 millones de euros. El sistema que se intenta desarrollar permitiría hacer descender desde una torre de control al avión capturado eliminando toda posibilidad de conducción de la aeronave por parte de los pilotos (cfr. *Süddeutsche Zeitung* del 24 de junio de 2006, pág. 1). Puede ser que esto se logre algún día; queda, sin embargo, en pie la cuestión de si los números cuentan y si es moralmente legítimo sacrificar a los menos para salvar a los más.

intuitivamente establecidos o la aceptación de un procedimiento equitativo que otorgue a cada persona una oportunidad también equitativa.<sup>28</sup>

Personalmente me inclino a pensar que la menos objetable de las alternativas es aquella que podría contar con la aceptación de la posible víctima.

Creo que no es necesario recurrir al velo de la ignorancia rawlsiano para llegar a esta conclusión. Quizás baste pensar en situaciones de riesgo en las que, por definición, tenemos que aceptar la posibilidad de daño (en ello consiste precisamente el riesgo) a fin de poder llevar a cabo acciones que juzgamos necesarias para la realización de nuestros planes cotidianos. El salir ileso en situaciones arriesgadas es algo que, no pocas veces, depende de nuestra buena suerte y en ella solemos confiar cada vez que emprendemos tareas que escapan a nuestro total control. Y nos parece que es mejor confiar en ella y no sucumbir al temor paralizante de un peligro incontrolable. El consentimiento anticipado de la posible víctima podría tranquilizar la conciencia del deontológico que causa su muerte. Se trata aquí de un argumento similar al utilizado por Kant para justificar la pena de muerte y al que me he ya referido: lo que está en juego no es matar a los menos para asegurar el bienestar de los más sino más bien el crear las condiciones bajo las cuales cada uno tiene, en la medida de lo posible, una *chance* justa de vivir una vida como agente racional autónomo en situaciones de riesgo.

Es verdad que la actividad terrorista ha aumentado considerablemente las situaciones de riesgo y traído consigo un sinnúmero de calamidades. Pero frente a la calamidad del terrorismo lo aconsejable desde el punto de vista moral es aceptar el riesgo y no reducirlo a costa de los derechos individuales fundamentales y de la consiguiente lesión de la dignidad humana. Quien acepta el peligro del riesgo no renuncia a su dignidad y tampoco necesita hacer un cálculo numérico o de equivalencias de dignidades, sino que otorga su consentimiento a una posible pérdida de bienes vitales. Quizás esto sea lo más que uno puede sensatamente esperar en situaciones como las que nos ha tocado vivir en las que los derechos fundamentales no están «atrincherados», como quería Nino, sino «acorralados» y no siempre bien defendidos por quienes olvidan la no negociabilidad de la dignidad humana que es justamente el presupuesto conceptual de aquéllos.

\* \* \*

Y para concluir regreso al comienzo. Tras vivido lo vivido y saber que lo aún no vivido no es muy largo, por más que sería bueno aferrarse al argumento de la inconfiabilidad lógica de la inducción y pensar que del hecho de que hasta ahora todos los hombres hayan sido mortales no se infiere que seguirán siéndolo. O suponer que la muerte es un accidente que hasta ahora —según hemos visto— sólo le pasa a los otros. La inmortalidad puede ser tediosa, como sugería Bernard Williams, pero no estaría mal poder disponer de ella según se desease.

Norberto Bobbio solía recordar que los pueblos primitivos, para garantizar el progreso, se comían a los viejos; ahora, decía, los ponemos en las academias lo que es una manera de embalsamarlos. Sé que, aunque viejo, no hay aquí canibalismo ni intención de embalsamarme. Pero, sea como sea, cabe preguntarse: ¿qué nos queda a quienes como yo sólo cuentan con un precario «todavía en este mundo»?

Por lo menos lo siguiente: una cierta posibilidad de contribuir a que la vida de quienes tienen un «todavía» más largo sea más «amable», en el estricto sentido de la palabra, que la que a uno le tocó vivir. Procurar hasta el final que el «precio» de la felicidad no sea muy alto, saber que las cuentas hay que arreglarlas en este mundo y que si Dios no existe no es que todo esté permitido, como creía el personaje de Dostoievski,

---

<sup>28</sup> Cfr. al respecto Kirsten Meyer, «How to be Consistent without Saving the Greater Number» en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 34, N° 2 (2006), págs. 136-146.

sino que ninguna injusticia y ningún mal evitable lo está. Por supuesto que nos equivocamos, tropezamos, nos contradecemos, y «mordemos hasta el fondo la manzana, contentos de arriesgar el Paraíso», para decirlo con la frase de un comprovinciano ilustre, Leopoldo Lugones, que me hace pensar que en tantas décadas vividas he consumido «contento» un manzanal; continuamente damos testimonio de cuán floja es la madera de la que estamos hechos, como diría Kant. Pero quizás no esté de más saberlo e intentar reducir el alcance de nuestra malevolencia.

Y podemos hacer un balance de lo ya sido, de lo perdido y lo ganado, de lo que preferiríamos poder olvidar y de lo que nos gusta recordar, para intentar una especie de presente permanente de lo gozado. Pero como el «todavía» apunta siempre hacia el futuro, es bueno no caer en la nostalgia y mantener alerta la capacidad de formular proyectos: desde la compra de un libro, proponiéndonos leerlo aun sabiendo que ello será poco probable, hasta la asistencia a un concierto o la organización de un seminario. Comprar un libro es como comprar futuro, escuchar un buen concierto es aumentar el gozo del «todavía» y organizar un seminario es reforzar la confianza en la fecundidad del diálogo en una comunidad de la razón.

Y, sobre todo: contar con el afecto y la amistad leal de personas de la calidad moral e intelectual de Carlos Ernst y la generosidad y seriedad académica de un colega humboldtiano como Edgardo Alberto Donna es algo que reconforta y en esta particular ocasión le hace a uno sentirse humana e institucionalmente vinculado con esta Universidad de Buenos Aires. Sé que se agradece con palabras y con hechos. Las palabras las pronuncio ahora: valga para ambos mi reconocimiento más sincero por este enorme honor cuya concesión propusieron. También mis gracias a quienes lo decidieron. Desde el punto de vista Institucional: ya que he vuelto, quisiera, por no poder quedarme, al menos volver mientras el tiempo no se agote y repensar una respuesta a la cuestión de si los números cuentan en las decisiones morales o a la pregunta inicial: «¿qué es derecho?» Creo que no es una mala propuesta. Confío en que quien pueda la acepte.

# Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda\*

Mercedes PÉREZ MANZANO

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El trabajo que voy a desarrollar tiene como objeto la máxima *in dubio pro reo*. Los objetivos marcados al mismo son relativamente modestos: revisar la solidez de alguno de los lugares comunes asentados en la doctrina y en la jurisprudencia, así como reflexionar sobre el fundamento y sentido del deber de absolución en caso de duda para dotarlo de un sentido propio y garantista. De esta refundamentación se extraerá alguna consecuencia práctica relevante.

En primer término, me propongo revisar dos ideas, de un lado, la relativa a que el derecho a la presunción de inocencia no incluye el principio *in dubio pro reo* y, de otro, la referida a que la absolución en caso de duda se fundamenta en la necesidad de evitar la situación de *non liquet* producida cuando no se llega a un convencimiento pleno en la determinación de los hechos probados.

En segundo lugar, me referiré al fundamento de la máxima *in dubio pro reo* desarrollando tres ideas: el fundamento histórico y político-constitucional de la máxima reside en la libertad de los inocentes; asegurar la libertad de los inocentes se antepone como finalidad del Estado de Derecho a garantizar la seguridad de los inocentes; el principio *in dubio pro reo* contribuye a garantizar los principios de legalidad y responsabilidad por el hecho propio.

En tercer lugar, me referiré al sentido de la máxima: la regla que obliga al juez a absolver al acusado en caso de duda no confirma la «real inocencia del acusado», sino que mantiene vigente la presunción jurídica de inocencia del acusado al no haberse confirmado su culpabilidad mediante pruebas suficientes.

Por último, expondré la consecuencia que, en mi criterio, deriva de esta comprensión del fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda: la absolución en caso de duda no requiere motivación y exigirla constituye un dislate en el Estado de Derecho.

---

\* Este trabajo constituye una revisión del artículo «Absolución en caso de duda: fundamento y sentido», publicado en Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Tirant lo blanc, Valencia, 2009, t. II, págs. 1509 y ss. En su estructura, este trabajo se asemeja más a la conferencia impartida por mí en Valencia el 25 de septiembre de 2009 en el marco de las Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de Valencia en homenaje al profesor Tomás Vives Antón. Con esta nueva redacción y estructura pretendo aclarar algunas cuestiones que podían haber quedado oscuras en la versión anterior, así como incorporar algunas referencias bibliográficas y jurisprudenciales nuevas.

<sup>1</sup> Mi estancia como letrada en el Tribunal Constitucional me ha aportado experiencias y conocimientos a los que difícilmente hubiera accedido en un entorno diferente. Entre estas experiencias destaca sin duda el haber conocido, de cerca, en el día a día del trabajo y la reflexión jurídica, a Tomás Vives. Al contacto con Tomás y haber compartido reflexiones y diálogos se debe sin duda mi interés por temas procesales, lo que no es habitual entre los penalistas españoles. Y más allá del interés hacia ciertos temas, este trabajo es deudor de las enseñanzas de sus enseñanzas. Tomás Vives se ha ocupado de profundizar en la presunción de inocencia en la última época en «La presunción de inocencia en la Ley del Jurado», en La Ley del Jurado: Problemas de aplicación práctica, EDJ, 45, CGPJ, 2004, págs. 423 y ss; El proceso penal de la presunción de inocencia, en Jornadas de Directo Processual Penal e Directos fundamentais Coimbra, 2004; Mas allá de toda duda razonable, en Teoría y Derecho, nº 2, 2007, págs. 167 y ss. Probablemente, las reflexiones que contienen habrán empezado a gestarse tiempo atrás, cuando todavía prestaba servicios como magistrado del Tribunal Constitucional. Pues, en las sentencias de las que fue ponente, aparecieron, sin hacer ruido, algunos matices relevantes, como los plasmados en el fundamento jurídico 2 de STC 81/1998, de: «La presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio —...— opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías».

## II. ALGUNOS LUGARES COMUNES

### 1. El derecho a la presunción de inocencia no incluye el principio *in dubio pro reo*<sup>2</sup>

Una de las ideas con las que opera la doctrina y la jurisprudencia es la relativa a que la máxima *in dubio pro reo* no forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia y, por ello, no es revisable como regla de derecho ni en vía casación ni ante el Tribunal Constitucional. El *in dubio pro reo* sería un principio informador que no podría equipararse con el contenido del derecho a la presunción de inocencia. De un lado, el Tribunal Supremo ha mantenido desde la entrada en vigor de la Constitución una neta separación entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* señalando que este principio opera como regla interpretativa cuando las pruebas dejan un estado anímico de duda en el juzgador; por el contrario, el derecho a la presunción de inocencia operaría como derecho subjetivo alegable ante la inexistencia —vacío— de prueba de cargo para la condena<sup>3</sup>. Por su parte, el Tribunal Constitucional, si bien en un primer momento no estableció diferencias entre ambos<sup>4</sup>, ha mantenido la misma tesis que el Tribunal Supremo, precisando que la presunción de inocencia desarrolla su eficacia ante la ausencia total de pruebas o cuando las pruebas practicadas no reúnen las garantías procesales, mientras que el principio *in dubio pro reo* opera en el ámbito de la valoración de la prueba —que sólo compete al órgano juzgador— cuando hay una duda sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos<sup>5</sup>. Incluso quien admite la posibilidad de revisión en casación del principio *in dubio pro reo* le otorga un contenido diferente. El acusado, se dice<sup>6</sup>, no tiene derecho a que el tribunal dude, sino tan sólo a que si el tribunal duda, le absuelva, de modo que la única regla revisable en vía de recursos sería la contradicción interna de aquella resolución condenatoria que aún manifestando sus dudas sobre la realidad de los hechos atribuidos al acusado no procede a su absolución<sup>7</sup>.

Se pueden compartir estas tesis en la medida en que al principio *in dubio pro reo* se le asigna un significado amplio que ni siquiera se conecta con la inocencia del acusado, pues sólo exige que, en caso de duda sobre el trato que haya de darse al sujeto, se le trate de la mejor forma de las alternativas posibles. Ahora bien, si con estas tesis se pretende desgajar del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, el deber de absolver en caso de duda objetiva sobre la suficiencia de las pruebas para la condena, entonces estas tesis no pueden ser compartidas dado que en ese caso, el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio se vaciaría de contenido<sup>8</sup>. Veamos.

<sup>2</sup> Cfr. Por todos Luzon Cuesta, La presunción de inocencia ante la casación, Madrid, 1991, pág. 18.

<sup>3</sup> Cfr. por todos Miranda Estrampes, M., La mínima actividad probatoria en el proceso penal, 1997, págs. 606 y ss.. Cfr. la jurisprudencia del Tribunal Supremo por él citada, a partir de la STS 31 de enero de 1983.

<sup>4</sup> STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 2, «una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial («in dubio pro reo») para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata».

<sup>5</sup> Cfr. STC 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2. El Tribunal Constitucional ha sostenido que el principio *in dubio pro reo* no puede ser objeto de valoración por él mismo «cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas (STC 25/1988, de 23 de febrero, FJ 2; 63/1993, de 1 de marzo, FJ 4; 16/2000, de 31 de enero, FJ 4). En el mismo sentido en sentencias posteriores, por todas, STC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2.

<sup>6</sup> Bacigalupo, E., La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal, Estudios de Jurisprudencia, 1992, nº 1, págs. 53 y ss. La defensa de esta tesis no le impide defender paralelamente que el «in dubio pro reo» forma parte del derecho a la presunción de inocencia, cfr. «presunción de inocencia, 'in dubio pro reo' y recurso de casación», ADPyCP 1988, págs. 365 y 376.

<sup>7</sup> El Tribunal Supremo ha seguido esta tesis por ejemplo en las SSTS 4 de febrero de 1994, 7 de septiembre de 1994 o 14 de noviembre de 1994.

<sup>8</sup> No puede negarse que hay un sector de la doctrina que ha criticado esta diferenciación y que sostiene, la igual que se hará en el texto, que el principio *in dubio pro reo* es el núcleo del derecho a la presunción de inocencia, cfr. Tomás y Valiente, *In dubio pro reo*, libre apreciación de la prueba y presunción

El derecho a la presunción de inocencia despliega su contenido garantista<sup>9</sup> en dos facetas diferentes, como regla de *trato* del ciudadano y del acusado en un proceso penal y como regla de *juicio* que impone condiciones a la declaración de culpabilidad y condena del acusado.

En el primer sentido –como regla de trato–, la presunción de inocencia implica la interdicción de la sospecha, de modo que ningún ciudadano puede ser tomado por culpable, ni tratado como tal, hasta que un juez imparcial haya declarado su culpabilidad en un proceso público desarrollado con todas las garantías<sup>10</sup>. Esta prohibición de formular sospechas contra los ciudadanos tiene, en primer término, una dimensión extrapenal y extraprocesal que impide a todos los poderes públicos, no sólo a los jueces, tratar a los ciudadanos en cualquier actividad o situación como culpables<sup>11</sup> y, en segundo término, una dimensión intraprocesal penal que impone condiciones a la legitimidad de la persecución penal. Como regla del proceso penal exige que el inicio de la persecución penal así como la adopción de cualesquiera medidas cautelares restrictivas de los derechos del acusado esté sólidamente fundada en la existencia de indicios de criminalidad, de modo que las medidas cautelares también han de fundarse en una mínima prueba –en sentido impropio– y, además, las medidas cautelares siempre deben constituir la excepción en la situación procesal del acusado y no la situación general, dado que las consecuencias jurídicas negativas deben imponerse tras un proceso justo en el que se declare probada su culpabilidad y no antes o durante el mismo<sup>12</sup>.

---

de inocencia, REDC, nº 20, 1987, págs. 9 y ss.; se cita por sus Obras completas, t. III, págs. 2205 y ss.; Andrés Ibañez, La función de las garantías de la actividad probatoria, en La restricción de los derechos fundamentales en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXIX, CGPJ, 1993, Madrid, pág. 22; Bacigalupo, ADPyCP 1988, págs. 365 y 376; Miranda Estrampes, La mínima actividad probatoria, págs. 612 y ss.. La lectura de estos textos ha sido también fuente de inspiración de estas páginas.

<sup>9</sup> La bibliografía sobre la presunción de inocencia y su contenido es ingente, por lo que no efectuaré citas exhaustivas. Con carácter general resultan de interés entre las publicaciones de la última época, Fernández López, Prueba y presunción de inocencia, Madrid, 2005; Ovejero, Constitución y derecho a la presunción de inocencia, Valencia, 2006; Bassat, La duda razonable en la prueba penal (con especial referencia a Puerto Rico), País Vasco, 2007. Pero si alguna lectura no debe faltar sobre presunción de inocencia, sobre el origen y significado, ésta es Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause, Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, Berkley, Los Angeles, Oxford, 1991.

<sup>10</sup> En este sentido amplio la enunciación del derecho en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos de la ONU, de 10 de febrero de 1948, «toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se apruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa». Una enunciación algo más estricta en el artículo 14.2 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre 1966), «toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley» y el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 4 de noviembre de 1950), «toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida». Sobre los contenidos del derecho a la presunción de inocencia, cfr. Caamaño, La garantía constitucional de la inocencia, Valencia, 2003. Es debido a este contenido complejo por lo que es posible hablar del proceso penal de la presunción de inocencia, como hace VIVES, El proceso penal de la presunción de inocencia, en Jornadas de Directo Processual Penal e Directos fundametais Coimbra, 2004.

<sup>11</sup> El Tribunal Europeo de Derechos humanos ha admitido la dimensión extrapenal del derecho a la presunción de inocencia al aplicarla a la determinación de las costas procesales, desde la STEDH de 21 de febrero de 1983, caso Minelli c. Suiza, (§ 37). Con posterioridad, en la STEDH de 10 de febrero de 1995, asunto *Allenet de Ribemont c. Francia*, §§ 35 y ss., el Tribunal admitió la eficacia extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia. En sentido similar las SSTEDH de 26 de marzo de 2002, asunto *Butkevicius c. Lituania*, §§ 49 y 53 y de 28 de noviembre de 2002, asunto *Lavlents c. Letonia*. Sobre esta dimensión extraprocesal, cfr. STC 283/1994, de octubre, FJ 2; Chiavario, La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Giurisprudenza italiana*, 2000, págs. 1089 y ss.; El Mismo, Art. 6. Diritto a un processo equo, en Bartole/Conforti/Raimondi, *Comentario della Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milán 2001, págs. 217 y ss. En sentido crítico sobre la ubicación de este aspecto del derecho a la presunción de inocencia Montañés, La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y Jurisprudencia, Navarra, 1999, pág. 67; Allué Buiza, Una presunción de inocencia extensa y poco intensa (art. 6.2 CEDH), en García Roca/Santolaya (coord.), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2005, págs. 371 y s. Entendiendo, por el contrario, que el núcleo fundamental del derecho a la presunción de inocencia es la interdicción de toda sospecha, Caamaño, La garantía constitucional de la inocencia, pág. 194, entre muchas.

<sup>12</sup> Es lo que en derecho angloamericano se denomina «Probable Cause», cfr. SHAPIRO, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause. Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, Berkley, 1991. Cfr., además, Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4ª ed., Madrid, 2000,

En un sentido algo más restringido y propio, el derecho a la presunción de inocencia se identifica con un específico conjunto de reglas y garantías que han de tenerse en cuenta en la tarea de fijar los hechos que se declaran probados en el proceso penal; el derecho a la presunción de inocencia se configura así como *una* de las reglas del proceso justo<sup>13</sup>, pues determina la legitimidad de una de las funciones específicas de la actividad jurisdiccional. Se trata de una regla solo aplicable en el proceso penal y, parcialmente, en el procedimiento administrativo sancionador que tiene la virtualidad de excepcionar otra de las reglas inherente al proceso justo y que opera en el resto de los procesos: la presunción de inocencia constituye una excepción a la igualdad de armas procesales, pues solo se aplica a uno de los sujetos del proceso, al acusado.

El derecho a la presunción de inocencia comporta, en este sentido, además de que la carga de la prueba la tiene la acusación, el derecho a no ser condenado si no es en virtud de pruebas de cargo obtenidas y aportadas al proceso con todas las garantías, a través de las cuales puedan considerarse acreditados todos los elementos fácticos del hecho punible, cuya concurrencia es presupuesto de la subsunción en la norma penal aplicada, y la intervención del acusado en el mismo<sup>14</sup>. Así enunciado, este derecho tiene un contenido complejo que incluye varias reglas<sup>15</sup>: una regla sobre la carga de la prueba, otra referida a las condiciones de validez de las pruebas —la prohibición de que la condena se sustente en pruebas originariamente ilícitas o que deriven en relación de antijuridicidad de pruebas ilícitas<sup>16</sup>—, una tercera referida a las condiciones de validez tanto de la valoración de las pruebas como del debate sobre las mismas —inmediación, contradicción, publicidad y oralidad<sup>17</sup>—; por último, incorpora una regla, expresada con la máxima *in dubio pro reo*, o, enunciada en positivo, que la culpabilidad ha de ser probada de forma suficiente —«más allá de toda duda razonable»— en la expresión angloamericana que también utiliza Tomás Vives, pues si la culpabilidad no se ha establecido más allá de toda duda razonable se ha de adoptar la decisión más favorable al acusado, esto es, su absolución<sup>18</sup>. En concreto, esta cuarta regla, o

---

págs. 550 y ss. Para una visión global y amplia de la presunción de inocencia, cfr. Caamaño, La garantía constitucional de la inocencia, págs. 82 y ss., págs. 191 y ss. Sostiene este autor que «la inocencia no es sólo un derecho subjetivo del ciudadano a un estatus de libertad y seguridad que sólo el juez puede destruir. Es, fundamentalmente, una regla constitucional de interpretación que impone a los poderes constituidos una determinada solución ante la siguiente situación de conflicto: entre castigar a un inocente o absolver a un culpable, la defensa de la libertad, obliga a elegir la segunda». (pág. 195). Sobre la compatibilidad de las medidas cautelares con la presunción de inocencia, cfr. STEDH de 4 de marzo de 2003, asunto Kemal Gökçelli c. Turquía, y las relativas a las denegaciones de indemnización por prisión provisional tras absoluciones fundadas en diversas causas —prescripción u otras—, SSTEDH de 25 de agosto de 1987, asuntos Nöikenbochoff c. Francia, y Englert c. Alemania; de 25 de agosto de 1993, asunto Sekanina c. Austria; de 21 de marzo de 2000, asunto Asan Rushiti c. Austria; de 20 de diciembre de 2001, Weixelbraun c. Austria; de 10 de octubre de 2002, Vortic c. Austria; de 11 de febrero de 2003, asuntos O.C. c. Noruega y Hammern c. Noruega.

<sup>13</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos examina las quejas relativas a la presunción de inocencia en el marco más amplio del derecho al proceso justo —art. 6.1 CEDH—, como una de las garantías que lo integran. Cfr. STEDH de 6 de diciembre de 1988, asunto Barberá y otros c. España, § 67.

<sup>14</sup> Así por todas, SSTC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 61/2005, de 14 de marzo, FJ 2). En la doctrina, por todos, Díez-Picazo, I., Artículo 24. Garantías procesales, en Alzaga (dir.), Comentarios a la Constitución Española de 1978, Madrid, 1996, t. I., págs. 111 y ss.

<sup>15</sup> STC 136/2006, de 27 de abril, FJ 4 a).

<sup>16</sup> Al menos desde la STC 81/1998, de 2 de abril (FJ 3), el Tribunal Constitucional ha ido entendiendo de forma expresa que valorar pruebas ilícitas constituye una vulneración autónoma del derecho al proceso con todas las garantías lo que significa que la prohibición de valoración de pruebas ilícitas es una garantía del proceso debido.

<sup>17</sup> Que también se desgaja en realidad de este derecho y forma parte del derecho al proceso con todas las garantías, cfr. STC 167/2002 de 15 de septiembre y sentencias de aplicación.

<sup>18</sup> Presupuesto de todo ello es que la condena se sustente en las pruebas practicadas en juicio, esto es, que la culpabilidad se vincule al resultado, al contenido informativo, de las pruebas practicadas en el juicio y no a cualesquiera informaciones o datos conocidos por medios extraprocesales. Interpretando la regla del artículo 741 LECrim. en este sentido y excluyendo que se pueda construir la relación de hechos probados según la propia voluntad personal del juzgador, por todos Gómez Orbaneja, Derecho Procesal Penal, (con Herce Quemada), 10ª ed., Madrid, 1987, págs. 276; Gimeno, Fundamentos del Derecho Procesal, Madrid, 1981, pág. 219, nota 366; Vecina, La casación penal: el modelo español, Madrid, 2003, pág. 97. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias, así en la STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3, sostuvo que «las pruebas a las que se refiere el propio artículo 741 de la L.E.Crim., son «las pruebas practicadas en el juicio», luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y

acepción estricta del derecho a la presunción de inocencia, impone condiciones al resultado de la valoración de la prueba como fundamento legítimo de la condena: la culpabilidad del acusado ha de ser probada en el juicio de modo suficiente —más allá de toda duda razonable— pues ante la insuficiencia probatoria procede la absolución. Esta máxima de suficiencia probatoria, puede, a su vez, ser descompuesta en varias reglas, que suelen ser enunciadas de la siguiente forma: la conexión que une las pruebas y el hecho probado ha de ser *suficiente* —para despejar toda duda razonable—<sup>19</sup>; si la conexión entre las pruebas y los hechos de los que se le acusa al imputado no es sólida, sino débil, rige el principio *in dubio pro reo*<sup>20</sup>, conforme al cual se ha de dictar sentencia absolutoria del acusado; por último, se añade en este ámbito la obligación de exteriorizar —*motivar*<sup>21</sup>— la fijación de los hechos probados o valoración de la prueba.

De este conjunto de reglas, es la cuarta regla la que, en mi criterio, constituye el contenido genuino de este derecho dado que es la única que no puede fundamentarse en otros principios o garantías ni en la idea misma de proceso justo<sup>22</sup>; de un lado, la regla sobre la carga de la prueba se conecta no solo con el derecho a ser presumido inocente durante el proceso, sino también con las garantías constitucionales anudadas al sistema acusatorio y las garantías frente al poder del Estado que este principio comporta<sup>23</sup>; y, de otro, las reglas segunda y tercera referidas a las garantías en la práctica, incorporación y valoración de la prueba, son reglas inherentes al derecho al proceso justo, es decir, constituyen garantías de la rectitud y legitimidad del proceso, se trata de reglas que garantizan el juego limpio del Estado en su función de ejercicio del *ius puniendi*; cargar a quien ejerce la acusación con el deber de probar e imponer la licitud de las pruebas son dos máximas que derivan directamente del doble sentido que cabe atribuir a la idea de proceso justo: de un lado, el proceso es justo si los contendientes juegan limpio y, en el Estado de Derecho, jugar limpio es no vulnerar los derechos fundamentales ni la ley; por ello se prohíbe la prueba ilícita y por ello las pruebas deben practicarse en un juicio oral y público; de otro, el proceso es justo en la medida en que sea capaz de equilibrar la contienda respecto de la inicial desigualdad de partida entre el Estado-Goliat y el acusado-David; por ello es el Estado acusador quien carga con el deber de probar su acusación, y, por ello el acusado tiene derecho a la defensa y específicamente a la contradicción de las pruebas presentadas contra él.

Si el resto de las máximas pueden ser inferidas a partir de la idea de proceso justo, la cuarta regla, la que impone que la condena ha de ser fundamentada suficientemente más allá de la duda razonable, no se explica por sí sola en la idea de juego limpio ni en la de dotar al ciudadano de una mayor capacidad defensiva que equilibre su desigual posición inicial frente al Estado. A tales efectos, la regla de la suficiencia probatoria no es necesaria, pues el acusado ya se habrá defendido cuando ésta despliegue sus efectos. El juego ya habrá tenido lugar y se habrá desarrollado ya de forma limpia y equilibrada si se han respetado las reglas del proceso justo. Por tanto, si algún contenido propio y estricto tiene el derecho a la presunción de inocencia, éste

---

probado dentro de él (secundum allegata et probata)». Las pruebas introducen elementos de confirmación de la veracidad de los enunciados sobre los hechos probados, de modo que el procedimiento probatorio constituye un método similar al científico y en esa medida se entiende que es racional. Cfr. POPPER, Conjeturas y refutaciones, El desarrollo del conocimiento científico, Buenos Aires, 1983, págs. 275, 279 y ss.; El Mismo, Conocimiento objetivo. Un enfoque evolucionista, Madrid, 1974, págs. 53 y ss, 68-65. Sobre las similitudes del procedimiento científico y el probatorio cfr. Taruffo, La prueba de los hechos, Madrid, 2002, págs. 246 y ss.

<sup>19</sup> Sobre la suficiencia de la prueba, por todas, cfr. STC 145/2005, de 6 de junio, FJ 5.

<sup>20</sup> Sobre el sentido de esta regla para evitar el *non liquet* cfr. por todos, Gascón Abellán, Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba, Madrid, 1999 págs. 186-187.

<sup>21</sup> Por todas STC 5/2000, de 17 de enero, FJ 2. Por todos, Andrés Ibáñez, Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, Doxa, nº 12, 1992, págs. 257 y ss., págs. 288 y ss.; Igartua, Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal, Valencia, 1995; Gascón Abellán, Los hechos en el Derecho, págs. 189 y ss.

<sup>22</sup> En el mismo sentido, Caamaño, La garantía constitucional de la inocencia, págs. 226 y ss., 230.

<sup>23</sup> STC 283/1994, de 24 de octubre, FJ 2. Sobre ello, por todos Volk, Begriff und Beweis subjektive Merkmale, en 50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft, München 2000, Bd IV, págs. 739 y ss., 740.

ha de ser la cuarta regla enunciada. La regla que impone la suficiencia probatoria y, correlativamente, la absolución en caso de duda no encuentra explicación precisa en la idea de proceso justo, porque no es una regla procedimental sino una norma de enjuiciamiento, una norma para la decisión en sentido propio y estricto, como lo son las normas penales materiales contenidas en los Códigos penales<sup>24</sup>. Esto no significa que la absolución en caso de duda no tenga ninguna conexión con la idea de proceso justo, pues, en la medida en que esta regla limita el *lus puniendi* del Estado, rebajando sus poderes de condena legítima, en esa misma medida alguna conexión tiene con el objetivo de equilibrar los poderes de los contendientes, pero ese equilibrio no se pretende ampliando las posibilidades de actuación del acusado o imponiendo cargas a quien acusa durante el proceso, sino que opera en un momento posterior, en el enjuiciamiento. También la delimitación legal del ámbito de lo punible y la imposibilidad de sancionar como delito una conducta no descrita como tal en la ley penal supone un límite al *lus puniendi*, y, sin embargo, ello no convierte al principio de legalidad en un derivado de la idea de proceso justo.

Se podría criticar que de momento sólo se ha argumentado la existencia de necesidad de conectar una regla de suficiencia probatoria con la presunción de inocencia, pero no que el derecho a la presunción de inocencia tenga que ir más allá de la exigencia de que existe prueba de cargo para poder condenar. Efectivamente, ubicar el principio *in dubio pro reo* en el ámbito de la presunción de inocencia requiere un mayor esfuerzo de argumentación sobre su fundamento y sentido.

## 2. *Non liquet* y absolución en caso de duda: algo de historia

La segunda idea sobre la que quiero reflexionar es la que se refiere a que el fundamento de la regla que impone la absolución en caso de duda reside en la necesidad de evitar el *non liquet* que se produce cuando el tribunal no llega a un convencimiento firme en la fijación de los hechos probados, pues también esta idea constituye un lugar común en la doctrina, añadiéndose normalmente, que esta regla representa la justa contrapartida a la libertad de convencimiento del juez<sup>25</sup>.

Pues bien, no pretendo cuestionar que existe una relación entre la regla examinada y la situación de *non liquet*, pues es patente que la absolución en caso de duda es una de las posibles soluciones a la situación de *non liquet*; lo que sí cuestiono es que esta necesidad de evitar el *non liquet* constituya fundamento suficiente que explique la regla de la absolución en caso de duda. Existen otras posibilidades de resolver la situación de *non liquet*, de modo que lo relevante no es la conexión entre *non liquet* y absolución en caso de duda, sino el fundamento de la elección de una de las posibles soluciones del *non liquet*: la absolución en caso de duda.

Un pequeño repaso histórico puede contribuir a esclarecer mis ideas. Como es sabido, en el Derecho penal previo a la Ilustración pueden encontrarse algunos precedentes del principio *in dubio pro reo*. En este contexto histórico se cita algún texto del Digesto o de Las Partidas, o también de algún comentarista<sup>26</sup>. Sin embargo, la existencia de algún precedente aislado no obsta para que en el Antiguo Régimen el modelo de prueba penal se rigiera por una serie de reglas que permitían la condena en caso de duda, es decir, en caso de que el resultado de la prueba no fuera una certeza plena. En los casos de prueba semiplena de la culpabilidad no era posible una condena a la pena ordinaria prevista para el delito, pero el juez sí podía imponer

---

<sup>24</sup> Freund, Normative Probleme der «Tatsachenfeststellung», Heidelberg, 1987, pág. 60; Pérez Manzano, La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia penal, La Ley nº 6566, 2006, págs. 1 y ss., pág. 6.

<sup>25</sup> Sobre la cuestión por todos, Gascón Abellán, Los hechos en el Derecho, págs. 186-187, en el sentido de que se trata de una regla que pretende evitar el *non liquet* cuando el resultado de la prueba no es indubitado.

<sup>26</sup> Cfr. Tomás y Valiente, F., *In dubio pro reo*, págs. 2205 y ss., 2206, 2207.

una pena menor, según su arbitrio, que tenía entonces carácter de extraordinaria. De modo que el resultado de la prueba de los hechos no conducía de forma inexorable a la culpabilidad o a la inocencia, sino que entre ambas opciones aparecía un *tertium genus*, la semiculpabilidad derivada de la semiprueba. En este contexto, dado que la prueba fundamental de la culpabilidad se sustentaba en la confesión, la semiculpabilidad se fundaba en la ausencia de confesión y, por consiguiente, en prueba indiciaria<sup>27</sup>. En este modelo probatorio, regía entonces, en palabras de Tomás y Valiente, otro principio distinto al *in dubio pro reo*, cual era «en la duda, condena a pena arbitraria».

Este breve excursus histórico evidencia que la regla que impone al juez el deber de absolver en caso de duda no se explica sólo por la necesidad de evitar el *non liquet*, pues a tal efecto caben otras reglas, por ejemplo, la solución presente en el Derecho penal previo a la Ilustración de apreciar la existencia de una semiprueba que fundamenta la semiculpabilidad y la imposición de una pena atenuada. La obligación de absolver en caso de duda no es una regla inherente a todo sistema probatorio, pues la situación de *non liquet* podría resolverse en perjuicio del reo.

Pero es que además la absolución en caso de duda ni es una regla contradictoria con el sistema de prueba legal o tasada, ni es inherente al modelo de libre convencimiento; de un lado, en un sistema de prueba legal tasada, nada obsta a que el legislador se plantee la existencia de pruebas, no plenas, y que decida establecer la regla de absolución en ese caso; es decir, cualquier legislador puede asignar un valor semipleno o un valor final insuficiente a ciertas pruebas y ordenar en ese caso la absolución; de otro lado, la obligación de absolver en caso de duda ni siquiera es inherente al modelo de libre convencimiento judicial, pues la imposición de *reglas* no deja de ser relativamente contradictoria con la idea misma de *libre* enjuiciamiento de los hechos: probablemente es más coherente con este modelo dejar al juez la decisión última en caso de duda.

Si como advirtió Engisch, lo propio del principio *in dubio pro reo* es atribuir al estado de duda una decisión absolutoria<sup>28</sup>, entonces, de lo que se trata es de fundamentar la opción de la absolución. ¿Por qué hemos decidido que el juez ha de absolver en caso de duda?

### III. EL FUNDAMENTO DEL DEBER DE ABSOLVER EN CASO DE DUDA

#### 1. La libertad de los inocentes

La obligación de absolver en caso de duda se conecta tan sólo con una determinada forma de entender el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, aquélla que se sustenta en determinados valores que se fueron gestando a lo largo de los siglos y que se plasmaron en la Ilustración en las declaraciones de derechos del hombre. Si la presunción de inocencia aparece como tal por primera vez en el artículo 9 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789<sup>29</sup>, es también en torno a esta fecha cuando se formula la idea que sustenta la regla que impone al juez absolver en caso de duda: se debe absolver en caso de duda porque «la condena de los inocentes constituye un mal mayor que la absolución de los culpables»<sup>30</sup>. Ahora bien, ¿cómo se miden los males que ocasiona la absolución y la condena?, ¿cuál es la razón que avala la mayor gravedad del mal que causa la condena de un inocente?; o, dicho de

<sup>27</sup> Tomás y Valiente, F., *In dubio pro reo*, pág. 2208.

<sup>28</sup> Introducción al pensamiento jurídico, Madrid, 1967 pág. 83.

<sup>29</sup> «Siendo presumido inocente todo hombre hasta que no haya sido declarado culpable, si fuera indispensable detenerlo, debe ser severamente reprimido por la ley todo rigor que no fuera necesario para asegurar su persona».

<sup>30</sup> Pastoret, Des lois pénales, I, 1790, págs. 20-21, cit. por Tomás y Valiente, F., *In dubio pro reo*, pág. 2210, nota 13.

otro modo, si la presunción de inocencia, como todas las presunciones<sup>31</sup> carece de la estructura y naturaleza de los enunciados fácticos o aserciones, sino que constituyen instrumentos de garantía de ciertos valores, ¿qué valor/es explica/n la presunción de inocencia, y, en particular, la regla que impone la absolución en caso de duda?. Pues bien, la contestación es sencilla, el valor que sustenta la regla es la libertad: la presunción de inocencia es garantía de libertad de los inocentes; y, en nuestro modelo de Estado constitucional de Derecho prima la libertad de los inocentes sobre los deberes del Estado de garantizar la seguridad de sus ciudadanos<sup>32</sup>.

La libertad, los derechos de los ciudadanos, no sólo resultan amenazados por la comisión de los delitos sino también por un uso ilegítimo del *ius puniendi* del Estado, por la imposición de penas arbitrarias, esto es, por la persecución, condena y sanción de quien es en verdad inocente<sup>33</sup>. Es por ello que un Derecho penal que se adjetiva de garantista ha de intentar satisfacer dos objetivos fundamentales: proteger la libertad y derechos de los ciudadanos que integran la sociedad frente a los ataques de los ciudadanos que delinquen y proteger la libertad y derechos de los ciudadanos frente a un uso ilegítimo del *ius puniendi* del Estado<sup>34</sup>. El fundamento de la presunción de inocencia reside en servir de garantía de libertad de los ciudadanos frente a la amenaza de condenas injustas<sup>35</sup>, frente a la posibilidad de restricción de su libertad y derechos que toda condena penal comporta. Ante la disyuntiva de condenar o absolver cuando el resultado alcanzado con las pruebas practicadas en el juicio no es suficiente, los ordenamientos jurídicos que reconocen el derecho a la presunción de inocencia optan por la absolución; lo que significa que en la ponderación entre la restricción de la libertad que comporta la condena de algún inocente —el coste por la pérdida de la libertad individual y derechos del condenado inocente— o la absolución de algún culpable —el riesgo mediano para la libertad de todos, o seguridad colectiva, que se ve amenazada con la eventualidad de la reincidencia<sup>36</sup>—, se opta por salvaguardar la libertad de los inocentes.

Esta decisión a favor de la libertad de los inocentes constituye, como ya he sostenido<sup>37</sup> una decisión valorativa que se asienta en un principio esencial de nuestro modelo de Estado de Derecho constitucional: la preeminencia de la libertad (art. 1.1 CE). De dicho principio estructural básico del modelo constitucional fundado en los derechos fundamentales deriva, de un lado, la máxima conforme a la cual la libertad individual es la regla y su restricción es siempre excepcional, por lo que la legitimación de dicha restricción está sometida a especiales condiciones, que no operan en otros casos; y, de dicho principio, deriva, de otra parte, el mayor valor de la protección del estatus de libertad del ciudadano frente a los deberes del Estado de asegurar o proteger el estatus negativo del ciudadano.

---

<sup>31</sup> Wroblezky, Structure et fonctions des présomptions juridiques (en Perelmann/Foriers, Les présomptions et les fictions en Droit, Bruxelles, 1974), págs. 43 y ss., 51; cit. por Gascón, Los hechos en el Derecho, pág. 138.

<sup>32</sup> Sobre esta cuestión ya me he pronunciado en mi trabajo, Dificultad de prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo, en Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Madrid, 2008, t. II, págs. 1453 y ss., 1469 y ss.

<sup>33</sup> Sólo citar Guantánamo es prueba de que no se trata de meras hipótesis teóricas.

<sup>34</sup> Sobre ello Pérez Manzano, Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena, Madrid, 1990, passim.; Silva Sánchez, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, 1992, págs. 241 y ss.

<sup>35</sup> «La libertad política consiste en la seguridad o al menos en la convicción que se tiene de la propia seguridad», ... «dicha seguridad no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas [de modo que] cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad», Montesquieu, Del espíritu de las leyes, Madrid, 1972, XII, 1-2, pág. 173.

<sup>36</sup> El coste en términos de daño causado en los derechos de la víctima por el delito no se puede ponderar porque no se sabe con certeza si ha sido ocasionado por el acusado. Cuando hay certeza en la culpabilidad del acusado, el resultado de la ponderación de los costes de la libertad y derechos se modifica, justo porque se puede introducir en la ponderación el valor de los derechos de la víctima: la prueba de su vulneración por el autor.

<sup>37</sup> Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, pág. 1483.

Los derechos fundamentales son prioritariamente instrumentos de garantía de «esferas de libertad del individuo frente a las injerencias del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado»<sup>38</sup>. Consecuencia inherente a esta comprensión de los derechos como esferas de libertad frente a las injerencias del Estado es la preponderancia de la protección de los derechos fundamentales del ciudadano en su estatus negativo —no injerencia del Estado— frente a la protección de su estatus positivo —esto es, frente a los deberes de protección del Estado<sup>39</sup>—. En consecuencia, la infracción del deber de no injerencia en los derechos fundamentales del ciudadano por parte del Estado en el uso del *ius puniendi* es un mal mayor que la infracción del deber de protección de los ciudadanos frente a los delitos. Por ello no cabe ningún Guantánamo en el Estado de Derecho.

Se trata de un criterio valorativo de ponderación inherente a nuestro sistema constitucional que tiene una plasmación en el modelo de protección penal, dado que se castigan más los delitos de comisión activa, los que implican la vulneración del estatus negativo del ciudadano —injerencia en las esferas de libertad ajena—, que los delitos de omisión, que implican la vulneración del estatus positivo del ciudadano —de los deberes de protección o de solidaridad—. Así, la producción del resultado mediante omisiones se castiga de forma más restrictiva que su causación activa: solo cuando concurren especiales condiciones —deberes de garante, equivalencia—, o, en otro caso, se sancionan con menor pena y solo excepcionalmente para proteger ciertos bienes jurídicos (ámbitos de libertad) —omisión del deber de impedir delitos, omisión de socorro—.

Pues bien, si la libertad es la regla y su restricción es excepcional y si tiene preeminencia el deber del Estado de no injerencia en los derechos de los ciudadanos sobre su deber de protección o de aseguramiento de los derechos de los ciudadanos, en el conflicto entre la probabilidad de condenar a un inocente —lo que supone la probabilidad de vulneración por el Estado del estatus negativo del ciudadano, una injerencia directa del Estado en sus derechos fundamentales— o dejar algún culpable sin condena —lo que supone la probabilidad de vulneración por el Estado del estatus positivo del ciudadano, esto es, la infracción por parte del Estado de su deber de asegurar la seguridad o libertad de todos—, prima la libertad de los inocentes.

En suma, el fundamento último de la presunción de inocencia reside en la protección de la libertad de los inocentes de modo que la regla que impone la absolución en caso de duda representa la plasmación procesal de la preeminencia del estatus negativo del ciudadano —el deber de no injerencia directo del Estado en los derechos fundamentales del ciudadano— sobre su estatus positivo —el deber del Estado de protección de los ciudadanos frente a las injerencias de otros ciudadanos—, que deriva del sistema constitucional de derechos fundamentales.

Ahora sí tenemos un buen argumento para sustentar la conexión entre la presunción de inocencia y la absolución en caso de duda: la libertad de los inocentes exige garantizar la absolución en caso de duda.

## 2. Legalidad y responsabilidad por el hecho propio

Pero la libertad de los inocentes no es el único valor que sustenta el deber de absolver en caso de duda, sino que éste también resulta avalado por dos principios básicos del Derecho penal material anclado en el Estado de Derecho: los principios de legalidad y responsabilidad por el hecho propio.

Si el principio de legalidad tiene algún significado, éste reside en que la consecuencia jurídica prevista en la norma penal sólo puede imponerse a aquella conducta

<sup>38</sup> BVerfGE 7, 198, 204.

<sup>39</sup> Por todos Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed. 1905, reimpresión Aalen, 1964, págs. 86 y ss.; Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, págs. 299 y ss.

prevista como su presupuesto. Por ello no puede desvincularse el proceso probatorio de la búsqueda de la verdad, dado que el principio de legalidad no permite imponer la pena a otra conducta que no sea la descrita en la norma penal; la conexión entre prueba y verdad constituye una exigencia que no se halla específicamente prevista en ninguna disposición de los ordenamientos procesales porque no es necesario dado que deriva directamente de las normas sancionadoras del Código Penal<sup>40</sup>. Si ello es así, la condena por un hecho de cuya existencia —total o parcial— se duda, produce de forma mediata la vulneración del principio de legalidad. Para garantizar el mandato contenido en el principio de legalidad se impone la absolución en caso de duda sobre la existencia del hecho<sup>41</sup>.

De otra parte, el principio de responsabilidad por el hecho propio implica que la pena solo puede ser impuesta a quien ha realizado el hecho previsto en la ley penal y ello no se satisface con las meras sospechas; condenar a pesar de la duda acerca de que el acusado no sea quien ha cometido el delito, implica condenar posiblemente por el hecho *cometido por* otro. Una condena impuesta a quien no ha cometido el delito es no sólo injusta y contraria a la preeminencia del valor libertad, sino también contraria a los principios de legalidad y responsabilidad por el hecho propio. Por consiguiente, la absolución en caso de duda constituye también garantía de cumplimiento de los principios de legalidad y responsabilidad por el hecho propio.

#### IV. SENTIDO DE LA ABSOLUCIÓN EN CASO DE DUDA: VERDAD PROBABLE, INCERTIDUMBRE FÁCTICA Y DEBER DE ABSOLUCIÓN

Dos son las conclusiones alcanzadas: la máxima tiene un sentido que no puede derivarse exclusivamente de la idea de proceso justo, por lo que constituye ésta una razón para incluirla como contenido genuino del derecho a la presunción de inocencia; su fundamento no reside exclusivamente en resolver la situación de *non liquet*, sino que, siendo tan sólo una de las formas de resolver el *non liquet*, su fundamento no se encuentra sólo en resolver la situación de *non liquet*, sino que reside en garantizar la libertad de los inocentes y en contribuir al cumplimiento de los principios de legalidad y responsabilidad por el hecho propio.

Para profundizar en su sentido conviene individualizar esta regla y diferenciarla de otras con las que relaciona directamente. Veamos.

En sentido estricto la máxima que establece que la culpabilidad ha de ser probada de modo suficiente, pues en otro caso pesa sobre el juez el deber de absolver al reo, contiene dos reglas de naturaleza diferente<sup>42</sup>; la primera impone condiciones de suficiencia al resultado probatorio: las pruebas en las que se sustente la condena deben aportar un cierto grado de verdad probable —según la expresión anglo-estadounidense, «más allá de toda duda razonable»-; y, la segunda regla impone al juez la absolución del acusado cuando a partir de las pruebas lícitas practicadas en el proceso en un tiempo razonable no alcanza un convencimiento suficiente sobre la certeza de los hechos —«más allá de toda duda razonable»—.

La primera regla, la exigencia de suficiencia probatoria, es consecuencia directa de la segunda, pues conforme a ésta no cabe condenar con dudas, y, por tanto, no

---

<sup>40</sup> Freund, Normative Probleme der «Tatsachenfeststellung», pág. 54.

<sup>41</sup> Gómez Orbaneja/Herce Quemanda, Derecho procesal penal, pág. 280. Más modernamente en España vinculan legalidad y presunción de inocencia cfr. Vives, El *ius puniendi* y sus límites constitucionales, pág. 8; Cuerda Arnau, Límites constitucionales de la comisión por omisión, en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón, Valencia, 2009, t. I, pág. 423; Górriz, La presunción de inocencia como criterio de aplicación del Derecho penal, en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón, Valencia, 2009, t. I, pág. 859.

<sup>42</sup> Sobre ello Gascón Abellán, Los hechos en el Derecho, págs. 142 y ss.

cabe condenar con cualquier resultado probatorio. La regla de suficiencia probatoria constituye una garantía epistemológica<sup>43</sup>, al imponer condiciones de verdad a la proposición fáctica en la que se sustenta la culpabilidad y fundamenta la condena; de modo que se exige que sea más verdadera que falsa la hipótesis fáctica sobre la que se asienta la culpabilidad, pues si las pruebas no aportan probabilidad de verdad suficiente, esto es, si la conclusión es la duda, el acusado ha de ser absuelto. Esta regla sobre la suficiencia de la prueba es también una garantía que conecta la corrección del juicio con la justicia de la decisión<sup>44</sup>, ya que su finalidad es la de aproximar la realidad descrita en la declaración de hechos probados a la realidad acaecida. Este acercamiento entre los enunciados de los hechos probados y la realidad constituye tan solo una pretensión relativa y no absoluta: la pretensión de encontrar la verdad y, por tanto, de justicia de la decisión, es, desde una perspectiva *ex ante*, un objetivo que guía el proceso pero no lo determina, y, desde una perspectiva *ex post*, la pretensión de veracidad de la declaración de culpabilidad sólo tiene el sentido de un pronóstico de probabilidad conforme al cual, a partir de las pruebas practicadas y las reglas aplicadas, es más verdadero que falso que el relato de hechos probados se corresponde con la realidad<sup>45</sup>.

Para que la declaración de culpabilidad sea justa, en sentido absoluto, no basta con que ésta se haya producido conforme a todas las garantías del juicio justo, sino que es necesario además que la declaración de hechos probados se corresponda con la realidad, esto es, que el condenado sea realmente quien ha realizado el hecho por el que se le condena. Pues no puede decirse que el Estado garantiza la libertad si no garantiza la libertad de los inocentes, sino que impone penas a quienes no han cometido los hechos delictivos. De esta pretensión de justicia y de protección de la libertad de los inocentes deriva que el derecho a la presunción de inocencia y el proceso probatorio en el que se aplica, no son ajenos a la idea de verdad, entendida como correspondencia con lo acaecido<sup>46</sup>. La presunción de inocencia incorpora una

---

<sup>43</sup> Ferrajoli (Derecho y razón, entre otras, págs. 60 y 549) y Andrés Ibáñez (Doxa nº 12 1992, págs. 284 y ss.; El Mismo, De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza, JD nº 22, 1994, págs. 87 y ss., pág. 88) entienden que la presunción de inocencia constituye una garantía epistemológica. Frente a ellos, Atienza (JD n.º 22, 1994, pág. 84) sostiene que la presunción de inocencia no cumple «un papel epistemológico. Su función no es la de servir para mejor conocer unos hechos (...) sino la de evitar que pueda tener lugar un resultado indeseable (la condena de un inocente), para lo cual se está dispuesto a asumir el riesgo de un resultado que tampoco se desea (la absolución de culpables), pero que se considera menos malo que el otro. En definitiva, la institución no responde a un interés de tipo cognoscitivo o teórico, sino de carácter práctico». En mi criterio, lo razonado por este autor no está reñido con la idea de que la presunción de inocencia impone, aunque sea por razones prácticas, condiciones epistemológicas a la declaración de culpabilidad. Es decir, el fundamento de la presunción de inocencia es netamente valorativo en la línea de lo señalado por este autor, ahora bien, ello no significa que para cumplir la finalidad de evitar la condena de inocentes no sea recurso útil concebir el proceso probatorio como un proceso cognoscitivo y en esa medida entender que la regla que impone condiciones de suficiencia a la condena constituye una cierta garantía epistemológica. Cfr. en sentido similar a lo defendido, Gascón Abellán, Los hechos en el Derecho, págs. 143 y ss.

<sup>44</sup> Sobre la conexión justicia de la decisión y verdad procesal, Taruffo, Los hechos en el Derecho, pág. 521, se cita a sí mismo en Idee per una teoria della decisione giusta, en Riv. trim. dir. proc. civ., 1997, págs. 315 y ss.. También Hassemmer, en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Tirant lo blanc, 2009, págs. 976 y ss.

<sup>45</sup> Sobre la probabilidad de la proposición que encierra la declaración de hechos probados cfr. Ferrajoli, Derecho y razón, págs. 65, 129 y ss., 142 y ss.; Taruffo, La prueba de los hechos, págs., 177 y ss.; Andrés Ibáñez, Doxa, nº 12, 1992, págs. 282 y ss., 283, 286; Gascón Abellán, Los hechos en el derecho, págs. 22, 49; Ferrua, Contraddittorio e verità nel processo penal», en Gianformaggio (ed.), Le ragioni del garantismo, Turín, 1993, págs. 222 y ss. Cfr. las STC 145/2005, de 6 de junio, se afirma en esta línea que sólo se puede considerar insuficiente la conclusión probatoria «desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado desde una perspectiva objetiva y externa que la versión judicial de los hechos era más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas del canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente (más allá de toda duda razonable), bien la convicción en sí» [FJ 5 d)]; en la misma línea STC 263/2005, de 24 de octubre, FJ 2.

<sup>46</sup> Sobre las dificultades de la vinculación de la verdad con la presunción de inocencia, Vives, en Teoría y Derecho, nº 2, 2007, págs. 168 y ss. A pesar de las dificultades concluye que no podemos abandonar la idea de verdad, pues razonar en términos de duda implica asumir la idea de certeza.

exigencia de suficiencia probatoria que tiene el sentido de conectar la verdad procesal con la realidad acaecida; se trata de un instrumento tendente a elevar la probabilidad de que la declaración de culpabilidad —realización del hecho delictivo— se corresponda con la realidad y pueda así descartarse de forma legítima *ciertos riesgos* de condenas injustas, de condenas impuestas a quienes no cometieron los hechos. Ciertamente, dada la imposibilidad de descartar toda probabilidad de condena errónea, se hace necesario prever la posibilidad de revocar las sentencias injustas; por ello, el recurso de revisión cumple una función esencial en este ámbito y por ello debe cuidarse especialmente su regulación e interpretación<sup>47</sup>.

Por el contrario, la segunda regla, la que exige la absolución en caso de insuficiencia de las pruebas, contiene y se explica exclusivamente como garantía de libertad individual, pues no impone condición epistemológica alguna a la proposición fáctica que fundamenta la absolución<sup>48</sup>. Es decir, para absolver no resulta necesario que la hipótesis de la inocencia esté sustentada en elementos de confirmación —de prueba—, ni menos aún que se sustente en elementos de confirmación suficiente como se exige para considerar probada la hipótesis de culpabilidad del acusado. Esta segunda regla es sólo una *norma sobre el sentido de la decisión* que ha de tomarse<sup>49</sup> en ciertos casos —absolución—; o, dicho de otro modo, es una orden de tomar una decisión de absolver al acusado evitando la situación de *non liquet* en caso de que los enunciados construidos a partir de las pruebas practicadas no aporten el nivel de probabilidad requerido para declarar probada la culpabilidad del acusado.

La presunción de inocencia tiene el carácter de presunción, al menos en dos sentidos; en un primer sentido implica que el acusado es inocente mientras no se demuestre que es culpable, de modo que supone que es la culpabilidad y solo la culpabilidad lo que ha de probarse, pues la inocencia se presume antes y durante el proceso; en el segundo sentido, referido a la regla de la absolución en caso de duda, la presunción significa que la declaración de absolución no constituye un enunciado fáctico, sino el cumplimiento de una norma jurídica, de manera que la inocencia del absuelto sigue siendo una adscripción normativa, una presunción jurídica, carente de significado de verdad ni siquiera como verdad procesal probable. Cuando se absuelve por falta de pruebas suficientes, esto es, por ausencia de elementos de confirmación suficientes de la hipótesis de la culpabilidad, el tribunal no está formulando un enunciado del tipo «es verdad que el acusado no ha cometido el delito», sino que tan sólo está formulando una aserción distinta, esto es, «no está probado que el acusado haya cometido

---

<sup>47</sup> La existencia misma del recurso de revisión constituye un argumento de derecho positivo que avala la conexión entre prueba y verdad. El artículo 954 y ss. LECrim. establece: «Habrà lugar al recurso de revisión contra las sentencias firmes en los casos siguientes: 1º Cuando estén sufriendo condena dos o más personas en virtud de sentencias contradictorias por un mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una sola. 2º Cuando esté sufriendo condena alguno como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena. 3º Cuando esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia, cuyo fundamento haya sido un documento o testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo arrancada por violencia o exacción, o cualquier hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que los tales extremos resulten también declarados por sentencia firme en causa seguida al efecto. A estos fines podrán practicarse todas cuantas pruebas se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos en la causa, anticipándose aquellas que por circunstancias especiales pudieran luego dificultar y hasta hacer imposible la sentencia firme, base de la revisión. 4º Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado». Por consiguiente, solo puede instarse a favor del reo y solo si se da alguna de las excepcionales circunstancias en él contempladas.

<sup>48</sup> Crítica Vives (Teoría y Derecho, nº 2, 2007, pág. 176), con razón la opinión de Manzini sobre la paradoja de la presunción de inocencia, dado que la experiencia no demuestra que la mayoría de los imputados sean inocentes, pues, sostiene que la presunción de inocencia no es ni verdadera ni falsa, sino una regla de tratamiento del imputado. Cfr. TARUFFO, La prueba de los hechos, págs. 246 y ss. En el mismo sentido Gascón Abellán, Los hechos en el Derecho, págs. 144 y ss.

<sup>49</sup> Sobre la cuestión por todos, Gascón Abellán, Los hechos en el Derecho, págs. 186-187, en el sentido de que se trata de una regla que pretende evitar el *non liquet* cuando el resultado de la prueba no es indubitado; sobre su fundamento en la justicia, Frisch, en Fest. für Henkel, págs. 273 y ss.; sobre su consideración como norma para la decisión, Freund, Normative Probleme der «Tatsachenfeststellung», pág. 60; Pérez Manzano, La Ley nº 6566, pág. 6.

el delito»; enunciado que, unido a esta segunda regla inherente a la presunción de inocencia, conduce a la aserción «el acusado *debe ser absuelto*»<sup>50</sup>.

Para entender el sentido de estas afirmaciones resulta de interés la lógica inductiva «borrosa» o «no binaria»<sup>51</sup>. Para explicar el proceso de determinación fáctica no es adecuada la lógica binaria, que se mueve con valores absolutos 0/1, falsedad/verdad. De un lado, porque como la verdad procesal no es absoluta, sino relativa<sup>52</sup>, sea cual sea el resultado probatorio, nunca se le podrá asignar el valor 1. Y, de otro lado, porque la falta de elementos de apoyo para la hipótesis acusatoria —para la culpabilidad del acusado— no la hace falsa en sentido estricto, sino que simplemente la deja en situación de no probada; por tanto, la hipótesis acusatoria no probada queda en situación de incertidumbre<sup>53</sup>. Situación de incertidumbre a la que no se le pueda asignar el valor 0, de exclusiva aplicación para la falsedad.

La falta de elementos de confirmación de la hipótesis acusatoria no dice nada definitivo sobre su verdad ni sobre su falsedad, menos aún puede decir nada definitivo sobre la hipótesis contraria, es decir, sobre la verdad o falsedad de la real inocencia del acusado. En palabras de TARUFFO<sup>54</sup>, «si no hay pruebas que confirmen la hipótesis sobre el hecho X, ésta no puede considerarse verdadera o, en algún grado, aceptable, pero tampoco puede considerarse definitivamente falsa. No tener razones para decir que la hipótesis es 'verdadera' no equivale a tener razones para decir que la hipótesis es 'falsa': la falta de elementos de prueba no produce elemento alguno de conocimiento acerca del fundamento de la hipótesis y, por tanto, no permite siquiera decir que ésta es falsa ... En esa situación, no hay elementos de confirmación de ninguna hipótesis sobre X: ni de la que lo afirma ni de la que lo niega. En el fondo, puedo no tener elementos de prueba para creer que X es verdadero, pero esto puede depender simplemente de que mis informaciones son inadecuadas [es decir que el conjunto probatorio en el que se asienta no es el óptimo, es el posible]; decir, sobre ésta única base, que X es falso sería una derivación infundada: en efecto, ulteriores informaciones podrían confirmar la hipótesis de la falsedad de X, pero también confirmar la hipótesis de su verdad. La falta de elementos de apoyo para una hipótesis produce, por tanto, incertidumbre acerca de ella, no la confirmación de la hipótesis contraria».

En consecuencia, cuando se afirma que el grado de confirmación de la verdad de la hipótesis de culpabilidad es del 80%, no significa que, paralelamente, dicha hipótesis sea falsa con un grado de confirmación del 20%, pues no hay una relación causal ni lógica entre los grados de confirmación de las dos hipótesis. Esto es, un nivel de probabilidad de la culpabilidad del 80% no implica un nivel de probabilidad de la inocencia del 20%. Los niveles de verdad o falsedad de cada hipótesis, el grado de probabilidad de certeza de cada una son independientes, solo dependen o derivan de la propia capacidad explicativa o probatoria de los elementos de prueba que sustenten una u otra<sup>55</sup>.

En definitiva, si la declaración de culpabilidad tiene la naturaleza de enunciado fáctico que expresa una verdad probable, la absolucón en caso de duda carece de la condición de enunciado fáctico, constituyendo tan sólo la aplicación de una norma jurídica, plasmación de la preeminencia de la libertad de los inocentes, a una situación

<sup>50</sup> Cfr. Atienza, JD, nº 22 1994, pág. 84.

<sup>51</sup> Taruffo, La prueba de los hechos, págs. 242 y ss.

<sup>52</sup> Cfr. mi trabajo, Prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo, en Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, págs. 1466, y la bibliografía allí citada de Ferrajoli, Taruffo, o Gascón.

<sup>53</sup> Taruffo, La prueba de los hechos, págs. 246 y ss.

<sup>54</sup> La prueba de los hechos, pág. 246.

<sup>55</sup> Sobre esto Taruffo, La prueba de los hechos, págs. 248-249, 251. «Toda hipótesis debe ser considerada autónomamente, al menos inicialmente y a los efectos de individualizar exactamente el campo de sus posibilidades; cada hipótesis concreta presente en un determinado contexto está afectada únicamente por todos los elementos de prueba que se refieren específicamente a esa hipótesis; cada hipótesis adquiere así su propio grado de confirmación sobre la base de los elementos de prueba disponibles; sobre esa base, posteriormente, podrá realizarse la selección de la hipótesis que resulta más aceptable en la medida en que esté dotada de un grado de confirmación o apoyo más elevado respecto a las otras» (op. cit. págs. 251-252).

procesal de incertidumbre fáctica<sup>56</sup>. Situación de incertidumbre fáctica en la que por imperativo de la presunción de inocencia se ha de seguir tratando al acusado absuelto como inocente, de modo que no cabe proyectar sobre él ningún tipo de sospechas, pues jurídicamente sigue siendo inocente, dado que su culpabilidad no ha podido ser probada: el acusado es y no ha dejado de ser inocente porque su culpabilidad no ha sido probada.

El nudo gordiano de la regla reside en la determinación de cuándo existe una duda que imponga la absolución. Si bien, dados los límites marcados a este trabajo, no puedo acometer aquí esta cuestión, sin embargo, no quiero dejar de formular algunas precisiones.

En primer término, la duda no puede concebirse en sentido subjetivo como un estado mental de la conciencia individual de un juez, sino como una condición objetiva racional predicable de la relación entre las pruebas y los hechos imputados. La duda no es sino la insuficiente conexión racional entre las pruebas practicadas en juicio y los hechos objeto de acusación<sup>57</sup>. En segundo término, y vinculado a lo anterior, la existencia o ausencia de una suficiente conexión racional entre pruebas e imputaciones es controlable en vía de recurso, no sólo de apelación sino también de casación y de amparo, dado su carácter objetivo-racional<sup>58</sup>; en el recurso se examinará si la declaración de hechos probados contaba con fundamentos probatorios suficientes para su aceptación y a tal efecto ni las creencias ni los conocimientos del juez son relevantes<sup>59</sup>.

Es más, si la duda es el resultado de la inexistencia de una conexión racional suficiente entre las pruebas y los hechos imputados, en la medida en que los tribunales y también el Tribunal Constitucional controlan la regla de suficiencia probatoria como parte del derecho a la presunción de inocencia, en esa misma medida están controlando la correcta aplicación de la regla que impone la absolución en caso de duda: esto es, el principio *in dubio pro reo*. Por tanto, carece de sentido seguir manteniendo que el derecho a la presunción de inocencia no incluye el principio *in dubio pro reo*, pues, en realidad, este principio no es más que la otra cara de la regla que exige que entre las pruebas y los hechos probados exista una conexión racional suficiente: controlar la correcta aplicación del *in dubio pro reo* es controlar la correcta aplicación por el juez de su deber de absolver en ausencia de pruebas suficientes para condenar.

Si el sentido de la presunción de inocencia reside en resolver a favor de la libertad una situación de incertidumbre fáctica, el sentido de la infracción de la presunción de inocencia reside en explicitar que el tribunal no se ha decantado a favor de la libertad, sino que ha infringido su deber de absolver en caso de duda, pues la insuficiencia probatoria debería haber conducido a la absolución del acusado.

El absuelto no es aquella persona fácticamente inocente, esto es, la que no ha cometido el hecho, ni siquiera es aquella persona respecto de la que se ha probado en juicio su inocencia —aunque fuera en realidad culpable—; el absuelto es el acusado al que se ha aplicado una regla, la absolución en caso de duda, que obliga a seguir tratándolo de forma definitiva como inocente cualquiera que haya sido su real relación con los hechos.

---

<sup>56</sup> Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional sostuvo que «no demostrándose la culpa, procede la absolución, aunque tampoco se haya demostrado claramente la inocencia» (STC 44/1889, de 20 de febrero, FJ 2).

<sup>57</sup> De otra opinión Bacigalupo, La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal, Estudios de Jurisprudencia, 1992, n° 1, págs. 53 y ss., quien sostiene que el Juez no tiene deber de dudar, pero sí deber de absolver si ha dudado, de modo que si manifiesta la duda no puede condenar, siendo revisable en casación la aplicación de este deber de absolver.

<sup>58</sup> Cfr. mis trabajos El recurso de casación penal y el derecho del condenado a someter a revisión su condena, en Derecho y Justicia penal en el siglo XXI; Madrid, 2006, págs. 1107 y ss.; y Segunda instancia y revisión de la declaración de hechos probados, en Revista del Poder Judicial, Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, n° especial XIX, 2006, págs. 267 y ss..

<sup>59</sup> Ferrer Beltrán, Prueba y verdad en el Derecho, Madrid-Barcelona, 2002, págs. 90 y ss.

## V. ALGUNA CONSECUENCIA: ¿ES EXIGIBLE MOTIVAR LA ABSOLUCIÓN?

Si la regla que impone la absolución no es una garantía epistemológica, si la absolución en caso de duda no dice nada sobre la verdad o falsedad de la inocencia del acusado, si la inocencia se presume jurídicamente mientras no se haya confirmado la hipótesis acusatoria más allá de toda duda razonable, entonces, carece de todo sentido exigir la motivación del veredicto absolutorio. Concebido el deber de motivación de las resoluciones judiciales en un sentido material como la obligación de fundamentar las decisiones judiciales, carece de sentido exigir una motivación suplementaria al veredicto absolutorio, pues este veredicto se sustenta en la duda y en la vigencia de la propia presunción de inocencia. Lo que ha de fundamentarse es la existencia de prueba suficiente para la condena. Del mismo modo que en el Estado de Derecho la libertad es la regla y lo que ha de fundamentarse es por qué se restringe la libertad, de manera que si no hay razones suficientes para legitimar la restricción de libertad, lo que permanece es la libertad como regla subyacente, del mismo modo, si no hay razones suficientes para confirmar la hipótesis de la culpabilidad lo que permanece es la inocencia del acusado —presumida jurídicamente— y con ello su libertad.

Por ello, la STC 169/2004, de 6 de octubre, no se ajusta al sentido del derecho a la presunción de inocencia al exigir una fundamentación probatoria de la absolución. Mucho más acertado es, en mi criterio, el voto particular emitido por las magistradas Casas Baamonde y Pérez Vera y el magistrado Pérez Tremps, que parte de la diferenciación entre motivación del veredicto y motivación de la sentencia, así como de que el veredicto absolutorio no requiere fundamentación: «cuando se trata de sentencias absolutorias, exigir exteriorizar los motivos que avalen la existencia de pruebas suficientes para declarar la inocencia supone invertir el entendimiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Es la culpabilidad la que debe demostrarse, no la inocencia y, mientras no se haga, al acusado se le presume inocente, correspondiendo a la acusación la carga constitucional de aportar pruebas de la culpabilidad del imputado y bastándole al juzgador para absolver con dudar razonablemente sobre la suficiencia de la prueba de cargo para la condena»<sup>60</sup>.

Es cierto que el deber de motivar las resoluciones judiciales, incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión recogido en el artículo 24.1 CE alcanza a toda sentencia de condena penal, pero ello no debe ser entendido como la exigencia de individualización de las pruebas que sustentan la inocencia del acusado. El artículo 61.1.d) de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal Del Jurado ha dado pie para exigir a los jurados la motivación del veredicto absolutorio, lo que a mi modo de ver constituye una perversión del sistema. Dicho precepto establece que el acta del jurado ha de contener un cuarto apartado «iniciado de la siguiente forma: “Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes: ...”. Este apartado contendrá una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados». El sentido de este precepto reside en que los jurados den cuenta de que han considerado en su valoración, (por tanto, que no han sufrido olvidos ni errores), no sólo las pruebas aportadas por la acusación sino también las pruebas de descargo aportadas por la defensa; estas pruebas, de un lado, pretenden contradecir y desvirtuar que el acusado haya cometido el hecho, y, de otro, pretenden acreditar la concurrencia de las causas de exclusión o atenuación de la responsabilidad penal —hechos favorables al acusado en la terminología de la ley—. Para cumplir con la exigencia de explicación sucinta resulta suficiente con apuntar las razones por las que las pruebas de cargo son suficientes para la condena o por qué no lo son debido a su falta de

---

<sup>60</sup> Por ello, le asiste toda la razón a Vives (Teoría y Derecho, pág. 177) cuando advierte que la presunción constitucional de inocencia exonera a los jueces de toda justificación de la absolución, pues basta con «formular una duda razonable sobre la realidad de la imputación».

solidez, teniendo en cuenta que ésta puede derivar tanto de su propia inconsistencia como de haber sido desvirtuada su aparente solidez por las pruebas de descargo presentadas por la defensa; pero no se requiere formular razones sobre la suficiencia de las pruebas de descargo para considerar inocente al acusado. Un ejemplo sencillo puede contribuir a esclarecer lo expuesto. Se acusa a X de haber dado muerte a Y. La insuficiencia probatoria puede razonarse, de un lado, en que ninguna de las pruebas de cargo avala que el acusado se encontrara en el lugar de los hechos en el momento en que éstos tuvieron lugar. Pero puede que exista una declaración de un testigo Z afirmando que vio a X matar a Y, en cuyo caso el razonamiento sobre la insuficiencia probatoria puede referirse a que la defensa aportó pruebas de la falta de credibilidad del testigo Z —un amigo de Y pagó a Z por declarar en tal sentido—. Pero lo que en ningún caso se exige es razonar que las pruebas de descargo evidencian la inocencia del acusado —declaración de un testigo afirmando que X estaba con él fuera del lugar de los hechos a la misma hora en que sucedieron—. No se trata sólo de que el cine y la literatura hayan narrado de forma magistral cómo se puede ser inocente y no tener pruebas que lo avalen, sino que se trata principalmente de que en el Estado de Derecho la libertad de los ciudadanos es la regla y es el Estado quien debe razonar qué fundamentos le permiten restringirla de forma legítima.

## novedad estrotta

### ALEJANDRO NIETO

El malestar de los jueces y el modelo judicial

### CARL SCHMITT

Ex captivitate salus

### PIERRE BAYLE

Escritos sobre Spinoza y sobre el spinozismo

### CARLOS DE CABO MARTÍN

Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución

### JOSÉ GÓMEZ CAFFARENA

Diez lecciones sobre Kant

### ALFONSO GARCÍA FIGUEROA

Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos

### FABIO CIARAMELLI

Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho

### GREGORIO ROBLES MORCHÓN

La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho

### ANTONIO BAYLOS Y JOAQUÍN PÉREZ REY

El despido o la violencia del poder privado

### ELÍAS DÍAZ

De la institución a la Constitución

### JOSEP M. LOZANO

La empresa ciudadana como empresa responsable y sostenible

### EDMUND BURKE

Vindicación de la sociedad natural

### HANS KÜNG

Verdad controvertida. Memorias

### QUENTIN SKINNER

El artista y la filosofía política

### JÜNGER HABERMAS

¡Ay, Europa!

### ERICH NEUMANN

La gran madre

### BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

Sociología jurídica crítica

### EDITORIAL TROTTA

Tel. 34 91 543 03 61- editorial@trotta.es  
Ferraz 55. 28008 Madrid  
WWW.TROTTA.ES

# El artículo 11.1 LOPJ y la denominada ‘tesis de la desvinculación de la antijuridicidad’: una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)

Elena MARTÍNEZ GARCÍA

## I. INTRODUCCIÓN: DERECHOS FUNDAMENTALES E INVESTIGACIÓN

El tema de la ilicitud de la prueba es un tema complejo, no siempre bien ubicado legalmente, ni resuelto en las mejores condiciones de seguridad jurídica y, sin embargo, es y será un tema de constante actualidad, dado que la versatilidad casuística superará siempre el alcance de cualquier previsión normativa. En nuestra opinión, en el momento actual el déficit normativo en la materia resulta inaguantable, con un margen judicial de decisión, en ocasiones, excesivo y contradictorio y, por último, el espejo anglosajón en el que llevamos años mirándonos resulta cada vez más alejado del horizonte que nuestra Constitución diseñó.

El presente trabajo desentraña, en primer lugar, el sentido y alcance de la doctrina de los frutos del árbol envenenado establecida en el artículo 11.1 LOPJ, como parte del núcleo esencial del derecho fundamental del proceso justo y garantista en los términos diseñados por el artículo 24.2 de la Constitución; ello servirá de base para explicar el fundamento y grado de compatibilidad constitucional de la denominada «teoría de la desconexión de antijuridicidad» creada a tenor de la STC 81/1998, de 2 de abril. En tal sentido, la conclusión anudada a tales premisas será que la encomienda judicial de aplicar el presente juicio de desconexión parece razonablemente y constitucionalmente justificada en dos supuestos que, por su lado, poseen escasa aplicabilidad práctica en los términos planteados.

El análisis que planteamos es un tema importante. En un Estado de Derecho la investigación del crimen debe de estar supeditada al respeto de los derechos y libertades fundamentales que pudieran entrar en conflicto con los actos de averiguación de la verdad que llevan a cabo la policía y los órganos jurisdiccionales. Como ya se ha dicho en alguna ocasión, nos encontramos, más bien, ante el *Estado de los Derechos*, pues su primacía se impone al propio poder Ejecutivo como al Legislativo. La Ley será el límite de la actuación de la Administración, pero esta Ley no puede violar o ignorar unos derechos de contenido concreto, cuya defensa ha de quedar en manos del juez<sup>1</sup>. Dicho esto, la violación de un derecho fundamental sólo puede estar justificada por un estado de necesidad o por el ejercicio legítimo de otro derecho<sup>2</sup> perdiendo, entonces, su condición de violación.

Resulta obvio afirmar que toda investigación debe de estar informada y preordenada a la posible apertura de un proceso judicial, y en ella concurren, por tanto, dos tipos de derechos y de normas. En la práctica los derechos y libertades de posible afectación en el marco de una investigación son de naturaleza sustantiva,

<sup>1</sup> Rubio Llorente, F., «La rebelión de las Leyes», en *Fundamentos* núm. 4, Junta General del Principado de Asturias, 2006, pág. 226.

<sup>2</sup> Muñoz Conde, F., «Las prohibiciones probatorias en el derecho penal del enemigo», *Revista penal*, núm. 23, 2009, págs.73-114.

casi con exclusividad, aunque es posible encontrar restricciones de derechos fundamentales procesales tanto en materia de defensa (derecho a guardar silencio, a no confesarse culpable, a la defensa letrada, no declarar contra uno mismo) como las limitaciones constitucionales a la obligación del testigo (secreto profesional y supuestos del art. 416 LECrim), que tienen una naturaleza procesal. Pero la aportación del fruto de dicha investigación se hace necesariamente dentro de un proceso judicial y las partes del mismo tienen otro derecho (procesal) que les garantiza un proceso equitativo y justo, y no se puede entender así dicho proceso si éste no se celebra con todas las garantías (art. 24.2 CE) y ellas son muchas en un Estado de Derecho pero, a los efectos de nuestro trabajo, interesa centrarnos en ese derecho que el titular afectado (por una injerencia o limitación preprocesal o procesal ilícita) tiene garantizado, a saber, el efecto invalidante de todo lo obtenido en una investigación sin la debida salvaguardia de los derechos y libertades fundamentales. Aceptar lo contrario —relativizar tales exigencias— significa admitir *por y según* el abuso de nuestros *cuidadores*.

Esta situación que planteamos y que viene representada paradigmáticamente por la STC 81/1998, objeto de comentario en estas líneas, no es más que un fiel reflejo del cambio de necesidades sociales, de la agenda política del poder ejecutivo y de opinión pública. Ante el vacío legal que existe en materia de prueba ilícita, el Tribunal Constitucional parece haber dado respuesta a esta situación acogiendo a esa suerte de *balancing test* que supone sopesar el grado de la violación del derecho fundamental, el resultado obtenido y las necesidades de tutela del derecho como freno a la actuación policial. Si el balance no es negativo, concluye el Tribunal, que ha de darse protección al interés social (mas bien estatal) frente al particular (que no es sino un derecho fundamental)<sup>3</sup>. Se le olvida al Alto Tribunal que la admisión de estas pruebas supone aceptar la violación de unos derechos que forman parte, ahora sí, de la estructura esencial del Estado de Derecho y éstos son, no solo los derechos sustantivos en cuestión sino el derecho procesal objeto de estudio (y la garantía del art. 11.1 LOPJ)<sup>4</sup>.

En resumen, se trata de formular una pregunta sencilla, con contestaciones diferentes, según el contexto político-jurídico de que se trate, como es la de averiguar quién debe servir a quién, es decir, afirmar en el siglo XXI que el Estado debe de servir al individuo significa que en ese Estado hay una primacía de los derechos individuales frente a conceptos tales como el de interés general o el de seguridad colectiva, etc. Estos conceptos de contenido plural y supra-individual chocan frontalmente con la concepción de los derechos individuales y fundamentales de los sistemas democráticos y de derecho en una investigación penal. Cualquier intromisión restrictiva del contenido esencial de estos derechos y libertades fundamentales debe hacerse, por tanto, bajo los requisitos del artículo 53 de la CE, y la trasgresión de los mismos por las autoridades exige al Estado actuar positivamente, mediante la expulsión procesal de aquellas fuentes de prueba obtenidas directa o derivadamente de tales violaciones, de acuerdo con la configuración legal que se haya hecho de tal consecuencia invalidante.

---

<sup>3</sup> STC 81/98 FJ 3º «A partir de estas premisas, ha de afirmarse que, al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida».

<sup>4</sup> Según Díaz Cabiale y Martín Morales, ha sido afectado el artículo 11.1 LOPJ. Para estos autores si hasta ahora el artículo 11.1 LOPJ «delimitaba» el alcance de la ineficacia directa y refleja de las pruebas ilícitas, ahora la STC 81/1998, «limita» esta garantía constitucional de índole procesal, de forma que el efecto reflejo ha sido parcialmente excluido de esa garantía constitucional. Es decir, en vez de haber creado una excepción («delimitación»), ha reducido los contenidos de la garantía procesal («limitación»). Esto —continúa estos autores— es una involución que implica la realización de un juicio «*ad hoc*», Díaz Cabiale, J.A., *op. cit.*, pág. 38.

## II. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL PROCESO CELEBRADO CON TODAS LAS GARANTÍAS

El presente derecho fundamental, aunque reconocido tradicionalmente en la práctica totalidad de las legislaciones nacionales y supranacionales, se puede afirmar que se encuentra —de alguna forma— minusvalorado e infrautilizado, que se recurre a él a modo de cajón de sastre y que ha habido un interés mínimo en su profundización por parte de doctrina y jurisprudencia<sup>5</sup>.

Dentro de los posibles contenidos de este derecho fundamental, nos interesa la relación existente entre la actuación de los poderes públicos y el proceso en dos facetas, a saber, desde la perspectiva del Juez y la del ciudadano<sup>6</sup>. En este doble sentido, debemos de partir de dos premisas.

El proceso es el instrumento creado por el Estado para garantizar la restricción legal, necesaria y adecuada de estos derechos y libertades por parte de las autoridades que tienen encomendada, con mayor o menor amplitud, la investigación preprocesal y procesal del crimen. Esta garantía incluye una obligación para el legislador, destinada a crear y regular los casos y formas de injerencia, así como los límites que los Jueces, Ministerio Fiscal y Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado encuentran en la ejecución de su investigación, según la configuración legal diseñada. En segundo término, el proceso es, igualmente, instrumento de tutela de los derechos e intereses legítimos del ciudadano. Éste tiene, pues, derecho a saber cuáles son los límites que los poderes públicos deben sufrir en su actuación como garantes de sus derechos, cuáles son los poderes jurídicos, pretensiones, etc. que tenemos los ciudadanos frente a ellos. Y todo ello, como decimos, será predicable de los derechos fundamentales objeto de restricción en un ámbito preprocesal (derecho material o procesal intervenido en el marco de una investigación) como procesal (derecho al proceso celebrado con todas las garantías ex artículo 24.2 CE).

### 1. Aproximación al derecho al proceso celebrado con todas las garantías en el ordenamiento español

Rubio Llorente en un interesante y minucioso trabajo describe el origen común y posterior escisión entre los derechos humanos y los derechos fundamentales. Allí se recoge de forma precisa las limitaciones que los derechos humanos representan frente al poder ya que «el Estado no tiene sólo una obligación negativa, de abstención, sino también la positiva de protegerlos en las relaciones individuales (...). La consagración destacada de estos derechos (...) no implica en modo alguno que éste quede descargado de su obligación positiva de definir y garantizarlos»<sup>7</sup>. Cuando estos derechos se positivizan en la cartas de derechos fundamentales pasan a convertirse en derechos fundamentales de los diferentes ordenamientos jurídicos y frente a poderes públicos concretos<sup>8</sup>. A partir de esta premisa —concluye el autor— que los derechos fundamentales contienen dos facetas: la *negativa* o relativa al ámbito de poder del ciudadano frente a los poderes públicos, y la *positiva* o relativa a prestaciones y obligaciones

---

<sup>5</sup> Para la realización del análisis de este derecho fundamental y una de sus garantías parto de los planteamientos ajenos al derecho procesal, por tratarse de aportaciones ya realizadas por la doctrina perteneciente al Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho.

<sup>6</sup> Afirma Montero Aroca que el proceso es el instrumento con el que los órganos jurisdiccionales cumplen su función constitucionalmente asignada y a través del cual los ciudadanos reciben la tutela de sus derechos e intereses legítimos, *Derecho Jurisdiccional I*, Tirant lo Blanch, 17ª Edición, 2009, pág.303.

<sup>7</sup> Rubio Llorente, F., «La rebelión de las Leyes», en *Fundamentos* núm.4, *op.cit.*, págs. 203-229, también Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción Andrés Ibáñez, P., y Greppi, A., Madrid, 1999, pág. 37

<sup>8</sup> Rubio Llorente, F., «La rebelión de las Leyes», *op. cit.*, pág. 213.

generadas normativamente por el Estado en defensa de esos derechos<sup>9</sup>. Esta estructura doble a la que nos venimos refiriendo se presenta con matices, según se verá, en todos los derechos fundamentales<sup>10</sup>.

Ejemplo de este vacío normativo es el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), el cual ha venido reconociéndose sin mayor desarrollo en todas las normativas internacionales, a través del denominado derecho al proceso debido<sup>11</sup>. Sorprendentemente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007 no lo recoge de forma específica (art. 47), sino que afirma el derecho de toda persona «a que su causa sea oída equitativamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley»; contrariamente, para su reconocimiento se utiliza la vía del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 6), según consta en la legislación desarrollada más recientemente<sup>12</sup>.

A su vez, la Convención Europea de Derechos Humanos contiene apenas unas ciertas reglas reguladoras sobre el denominado proceso equitativo, justo o celebrado con todas las garantías y, las que contiene, incluyen las garantías mínimas sobre las que podemos reconocer el régimen de administración de la prueba, desde su obtención hasta su práctica<sup>13</sup>. Sin embargo, en su jurisprudencia, el Tribunal Europeo de

---

<sup>9</sup> Rubio Llorente, F., «La rebelión de las Leyes», *op.cit.*, págs. 215 y 216. Todo derecho subjetivo fundamental goza de una doble dimensión. Por un lado, la objetiva que impone a los poderes públicos un deber general de protección y promoción de los mismos y, por otro, otra dimensión subjetiva y respecto al individuo que pasa a gozar de instrumentos o prestaciones concretas destinadas a salvaguardar estos derechos frente a los poderes públicos. Es decir, los primeros fijan los límites a la acción de los poderes públicos; los segundos, se refieren a finalidades y prestaciones necesarias para su ejercicio en un determinado ordenamiento. También Díez-Picazo Giménez, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, 2005, págs. 36 y 37.

<sup>10</sup> Valga como ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental cuya satisfacción exige del Estado, algo más que una mera abstención en su respeto (vertiente negativa del derecho fundamental). Exige una actividad positiva de nuestros gobernantes que se traduce en numerosos derechos, unos de rango fundamental y otros no. Y ello por la razón de que este derecho «es, por definición, un derecho procedimental, *due process*, que se afianza con el establecimiento de una organización, la jurisdiccional y con arreglo a uno principios universalmente consagrados que conforman el Derecho procesal: independencia, imparcialidad, reglas probatorias, en fin garantías procesales», *vid.* Baño León, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, págs. 155 y ss.

<sup>11</sup> No existe una identidad entre el derecho al proceso con todas las garantías y el derecho al debido proceso, dado que el ámbito de ambos es diferente, aunque estén íntimamente ligados entre sí. *Vid.* Esparza Leibar, I., *El principio del proceso debido*, Bosch Editores, 1995.

<sup>12</sup> Reglamento (CE) 861/2007 (Considerando 9), Decisión Marco 2002/584/JAI (Considerando 12), Decisión Marco 2003/577/JAI (Considerando 6), Decisión Marco 2005/214/JAI (Considerando 5 y 6), Decisión Marco 2006/783/JAI (Considerando 13 y 14), Decisión Marco 2008/675/JAI (Considerando 12), Decisión Marco 2008/841/JAI (Considerando 8), Decisión Marco 2008/909/JAI (Considerando 13), Decisión Marco 2008/947/JAI (Considerando 5), Decisión Marco 2008/977/JAI (Considerando 48), *Vid.* Senés Mottilla, C., «Derecho a un proceso Equitativo, público y en un plazo razonable», en *El espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Avances y derechos fundamentales en materia procesal*, VVAA (Coor. Iglesias Buhigues, J.L./Calderón Cuadrado, P.), Civitas 2009. Sobre la integración del Convenio y la Carta *vid.* González García, J., «La protección de los derechos fundamentales en la Constitución Europea», *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, VVAA (Coor. De la Oliva Santos, A./ Armenta Deu, T./Calderón Cuadrado, P.), Colex, 2007, pág. 255.

<sup>13</sup> «Al convenio sólo le interesa que el proceso se desarrolle de manera leal y objetiva, es decir, que constituya un auténtico *fair trial*. (...) Al Tribunal le corresponde comprobar que el procedimiento considerado en su conjunto, incluyendo el modo y la presentación de la prueba, revista carácter equitativo. (...) Además, la averiguación de la verdad está sujeta a ciertos límites derivados de la necesidad de respetar los derechos de defensa. Esto exige, en primer lugar, que los medios de prueba se hayan obtenido de forma regular y hayan sido objeto de la discusión contradictoria entre las partes. Además es necesario que los elementos de prueba sean compatibles con los principios reconocidos en la Convención y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, respeten la dignidad y la personalidad humana.

El artículo 6.2 del Convenio (...) exige que la culpabilidad se establezca legalmente, lo que determina la exclusión de las pruebas ilegales. La exigencia de una culpabilidad legalmente establecida ha sido considerada para fundamentar una teoría de la *exclusionary of rule* adaptada a las particularidades del procedimiento continental sancionando, no sólo la utilización de pruebas prohibidas u obtenidas de manera desleal, sino también las que se han obtenido directa o indirectamente mediante procedimientos irregulares. *Sin embargo la Comisión ha rechazado la posibilidad de residenciar en el principio de la presunción de inocencia el régimen de la administración de las pruebas. Para la Comisión este derecho no garantiza más que el derecho a ser presumido inocente, hasta que la culpabilidad haya sido establecida, mientras que el*

Derechos Humanos reconoce expresamente que, para que se dé la violación de este derecho al proceso, se debe partir de su consideración como un todo global, lo que niega la nulidad de cualquier prueba ilícita, por el sólo hecho de serlo. Antes al contrario —afirma el Tribunal—, el atentado tiene que darse contra el proceso apreciado globalmente<sup>14</sup>. Se trata de un juicio de ponderación entre el vicio acontecido en el proceso y el resultado que arrojaría la admisión de esa prueba. Esta postura, en nuestra opinión, deja la puerta abierta a la relativización de este derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías y, en consecuencia, a los derechos fundamentales puestos en entredicho en una investigación<sup>15</sup>. El derecho en cuestión deja de carecer de identidad propia para pasar a ser valorado en función de un resultado final, «apreciado globalmente».

En palabras de Díez-Picazo, cuando se habla del «proceso con todas las garantías» no se trata de una cláusula de estilo «a mayor abundamiento», como refuerzo de otros derechos fundamentales, sino que tiene autonomía respecto de esos otros derechos fundamentales establecidos en el artículo 24 CE y sirve para integrar las garantías procesales establecidas en las normas internacionales sobre derechos humanos, aplicables en nuestro derecho vía artículo 10.2 CE<sup>16</sup>. Tal vez lo que aquí afirmamos se entienda mejor si nos planteamos los contenidos o garantías de este concepto jurídico indeterminado y de contenido plural (art. 24.2 CE). Es decir, el planteamiento se centra en averiguar a qué garantías puede referirse este derecho fundamental específico que no sean ni las expresadas de forma específica y autónoma en el citado precepto constitucional (derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia), ni las subsumibles en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE):

Una primera interpretación —al hilo de todo lo expuesto— sería entender que el propio derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE) exige que no basta una mera abstención de las autoridades del Estado para garantizar este derecho fundamental, sino que es necesario que se arbitren un conjunto de expectativas procesales para el ciudadano, que afiancen la aplicación del Derecho objetivo que tiende a garantizar que no se vulneren los derechos fundamentales procesales y sustantivos del sujeto investigado por un crimen<sup>17</sup>. Para ello se exige un papel activo del legislador<sup>18</sup> y este es un aspecto no siempre bien zanjado por nuestra legislación.

---

*derecho a que la culpabilidad se establezca en el seno de un proceso garantizado legalmente afecta, más bien, a la noción de proceso equitativo»,* vid. López Ortega, J.J., «Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales en el Jurisprudencia europea», *La Jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1993, págs. 263-264.

<sup>14</sup> Entre otras, véase el caso Schenk vs. Suiza (STEDH 12 julio 1988), Barberá, Messegué y Jabardo vs. España (STEDH 16 diciembre 1992).

<sup>15</sup> En nuestra opinión, tal vez sea ésta la crítica más contundente a esta postura, pues hacer depender un derecho fundamental procesal del resultado que tal trasgresión supone frente a la totalidad de un proceso, es tanto como negar su autonomía y entidad como derecho subjetivo y como garantía procesal. En palabras de De la Oliva esto supone una subversión jurídica devaluadora de las garantías, pues lo que hubiera ocurrido de observarse la garantía es mera hipótesis, vid. De la Oliva, A., (VVAA), *Derecho Procesal. Introducción*, Ramón Areces, 2001, págs. 440-441.

<sup>16</sup> Díez-Picazo, I., (Dir. Alzaga Villaamil, O.), *Comentarios a la Constitución*, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1996, pág. 96.

<sup>17</sup> Siguiendo a Esparza Leibar, «el derecho fundamental al proceso con todas las garantías es la fórmula general por la que ha optado la Constitución en su artículo 24.2, de forma que permita dar cobertura más amplia posible a las situaciones de expresamente contempladas por la normativa constitucional e internacional del 10.2 CE», Esparza Leibar, I., *El principio del proceso debido*, op.cit. pág. 216.

<sup>18</sup> Se trata éste de un aspecto todavía no resuelto por nuestra legislación y jurisprudencia constitucional, que irremediablemente influirá sobre la concepción que se mantenga en torno al alcance de todos y cada uno de los derechos y garantías de contenido específico reflejados en el artículo 24.2 CE. Para un planteamiento de la cuestión, vid. Calderón Cuadrado, P., «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *Cuadernos de Derecho Público*, mayo-agosto 2000, págs. 153-178

Como punto de partida debemos comprobar si verdaderamente existe una diferencia entre las garantías procesales constitucionales y los derechos fundamentales, pues de tal premisa se deducirán conclusiones tales como, la *fundamentalidad* de esas garantías y su carácter susceptible de *amparo constitucional*, su restringibilidad o naturaleza absoluta, etc<sup>19</sup>. La postura que adoptemos será determinante a la hora de observar el alcance que una ley o la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional pueden dar a estos derechos<sup>20</sup>.

## 2. El «derecho al proceso» celebrado con sus «garantías»: dos partes integrantes de su *fundamentabilidad*

No resulta sencillo deslindar el alcance y sentido de lo que se entiende por derechos fundamentales y sus garantías, pero lo que sí parece común y pacífico en la doctrina científica la postulación de Kelsen relativa a que un derecho no garantizado no es un verdadero derecho<sup>21</sup>. La sencillez de esta idea no presupone, sin embargo, un simple deslinde de cada parte de este todo; es decir, lo que es derecho subjetivo y lo que le asiste como garantía de mismo. Lo que sí parece comprensible es que el nexo que une el contenido esencial de un derecho fundamental y las garantías que lo integran es normativo (art. 53 CE), dado que constituye un deber del legislador definir activamente cómo entiende garantizados esos derechos de forma constitucionalmente respetuosa. La inexistencia de estas garantías da lugar a lo que se denominan las «lagunas», de modo que, ausencia de garantías equivaldrá a la inobservancia del derecho<sup>22</sup>.

### A) *Dos aspectos diferentes pero interdependientes del contenido esencial del derecho fundamental*

Volvamos a la clasificación aportada con anterioridad por Rubio Llorente y Ferrajoli, cuyo origen se encuentra en las aportaciones de Jellinek<sup>23</sup>. Todo derecho fundamental goza de una perspectiva positiva y negativa, a saber, que su titular no sólo tiene un derecho a que el Estado se *abstenga* de limitarlo (*status negativo* o *status libertatis*)<sup>24</sup>,

---

<sup>19</sup> Rubio Llorente, F., «Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)», en *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 64, 2002, págs. 30 y 45 donde afirma que «aquellos que le imponen obligaciones positivas, especialmente la de proporcionar bienes o servicios, cuyo contenido no puede ser determinado por el juez». De este mismo autor, «Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho», en *Fundamentos* n° 4, 2006, págs. 204-233, cuya lectura es muy conveniente para comprender el tránsito de los derechos humanos a los fundamentales y la doble dimensión de estos últimos.

<sup>20</sup> En nuestra opinión, la decisión judicial de no expulsar del proceso las pruebas que son ilícitas supone, en primer lugar, el desconocimiento del derecho fundamental material violado a través de la injerencia ilegítima, en segundo lugar, el desconocimiento del derecho al proceso celebrado con todas las garantías constitucionalmente protegidas y, finalmente, el desconocimiento de las garantías constitucionales que integran el derecho al proceso penal del ciudadano imputado-procesado, sin las cuales no existe proceso, ni tutela judicial efectiva. En este sentido Montero Aroca, J., *Derecho Jurisdiccional III*, Tirant lo Blanch, 17ª Ed. 2009, pág. 27 y ss. y Bandrés Sánchez-Cruzat, J.M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 1992, pág. 102.

Hay numerosos supuestos en los que el Tribunal Constitucional tras aplicar a doctrina de la desconexión de antijuridicidad entre pruebas causalmente conectadas, el Alto Tribunal reconoce la violación del derecho fundamental sustantivo en cuestión así como la del derecho al proceso celebrado con todas las garantías, pero acaba condenando sobre la base de esas otras pruebas que él mismo ha desconectado y que, por tanto, a su parecer son suficientes pruebas de cargo para no vulnerar la presunción de inocencia.

<sup>21</sup> En este sentido, muestra cierta discrepancia Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., pág. 59.

<sup>22</sup> Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, 2007, así como en *Derechos y garantías : la ley del más débil* Trotta, 2004.

<sup>23</sup> Jellinek, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Aalen, 1919, págs. 87 y 94.

<sup>24</sup> Se refiere al derecho a la intimidad (art. 18.1), a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), a la integridad moral (art. 15.1) en sus facetas del derecho al honor y a la propia imagen (art. 18.1), el derecho al secreto de

sino que ha de *crear medios* que garanticen este derecho (positivo o *status civitatis*)<sup>25</sup>. Los primeros no admiten injerencia del Estado, pero los segundos se ejercen precisamente frente a él<sup>26</sup>. Esta doble vertiente se predica de cualquier derecho subjetivo en general y de los derechos fundamentales con carácter universal<sup>27</sup>.

En esta línea Ferrajoli, ahonda en dicha distinción desarrollando el concepto de «garantía» y ello lo traduce en «deberes correspondientes a los poderes públicos». Dicho autor se refiere a dos tipos de garantías que se cohonestan y desarrollan todo lo dicho hasta ahora sobre esa doble estructura que compone los derechos subjetivos fundamentales:

a) Expectativas de obligación o prohibición que tiene a su favor el titular del derecho fundamental.

Se trata de expectativas y derechos exigibles y ejercitables frente al Estado (denominadas garantías primarias) y que con ellas se desarrolla y garantiza tanto la vertiente positiva (debe de crear y regular medios de protección), como la negativa (deber de abstención del derecho fundamental en cuestión frente a la injerencia).

b) Expectativas de protección jurídica, accionabilidad en juicio y declaración de nulidad ante las violaciones de las garantías primarias (garantías secundarias).

Este autor las define como obligaciones de segundo orden, consistentes no en cuidar o proteger el presunto interés o derecho en conflicto (a saber, el derecho fundamental material y derecho al proceso con todas las garantías como hipotéticos derechos dañados), sino en garantizar su protección jurídica<sup>28</sup>.

En caso de no estar regulados normativamente estos deberes o garantías correlativos a un derecho subjetivo aparece lo que viene denominándose *lagunas primarias y secundarias*, que presentan ese derecho como «papel mojado»<sup>29</sup>. Tales afirmaciones arrojan una primera conclusión: Aunque interdependientes, los derechos subjetivos y las garantías, son realidades distintas.

## B) *Dos ejemplos para su comprensión*

Para analizar un primer supuesto sobre el que aplicar esta doble distinción sobre la que venimos hablando, valdría cualquier derecho fundamental sustantivo restringible en el marco de una investigación preprocesal; en concreto, pongamos como ejemplo el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE). El presente derecho tiene la siguiente estructura esencial o fundamental:

— Status Negativo: Derecho al desarrollo de la intimidad y privacidad dentro del ámbito de mi domicilio en condiciones de libertad y sin posible injerencia estatal.

— Status Positivo: Derecho/obligación de que se restrinja sólo por decisión judicial motivada, en los casos y formas determinados por la Ley constitucional, etc.

---

las comunicaciones (art. 18.3), limitación del uso de la informática (art. 18.4) o el derecho a la nacionalidad (art. 11). Se trataría, en definitiva, de los *derechos de libertad* a los que se refiere Ferrajoli a lo largo de su obra (*Derechos y garantías...op.cit.*).

<sup>25</sup> Jellinek, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, *op.cit.*, pág. 87 y 94 y Pérez Luño, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 1995, pág. 174 y Moreno Catena, V., «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», *Poder Judicial*, II, p. 132.

<sup>26</sup> En este segundo catálogo de derechos encontraríamos, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), el principio de legalidad penal (art. 25) o la amplia panoplia de derechos del artículo 24.2 CE, dentro de lo que la doctrina anglosajona ha venido a denominar el derecho al proceso justo o *due process* o, ya incluidos en el Título VI, la independencia judicial, la prohibición de los Tribunales de excepción, la unidad jurisdiccional (art. 117), la gratuidad de la justicia (art. 119), la publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120), el derecho a la indemnización por errores judiciales (art. 121), así como el derecho a ejercer la acción popular o formar parte del Tribunal del Jurado (art. 125). Estos derechos generan, en términos de Ferrajoli, *derechos sociales* con una expectativa de prestación (*cit.*).

<sup>27</sup> Ferrajoli, L., *op. cit.*, págs. 59-65

<sup>28</sup> Ferrajoli, L., *op. cit.*, pág. 61. Esta postura ha sido recientemente recogida en nuestra jurisprudencia, en la Sentencia del Tribunal Supremo 1/2006, de 9 de enero, Voto particular del Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

<sup>29</sup> Ferrajoli, L., *op. cit.*, págs. 61-62

Esta misma estructura la encontramos al profundizar en la esencialidad del derecho al proceso con todas las garantías en relación al tema que nos atiende:

— Status Negativo: Derecho del ciudadano sujeto a un proceso a que éste se desarrolle dentro del marco constitucional impuesto por las exigencias de los principios de igualdad, contradicción y audiencia efectiva de las partes, a que sus derechos fundamentales restringidos en el marco de una investigación se afecten de forma respetuosa con la configuración legal requerida por la Constitución y Leyes de desarrollo y que obligue a los poderes públicos a autolimitarse en cualquiera de sus formas y motivos de injerencia frente a él y sus derechos con plena supeditación a éstas normas, so pena de expulsión (art. 11.1 LOPJ). El catálogo de obligaciones *negativas* o de abstención que integran este específico derecho al proceso se integra por un largo etcétera —todavía sin agotar— por la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>30</sup>. Cuando se desarrollen conoceremos cuál ha sido el sistema de garantías primarias y secundarias propuesto por el legislador.

— Status Positivo: Derecho del ciudadano/obligación de los órganos jurisdiccionales de supervisar/expulsar/no valorar todo el acervo de prueba obtenido con violación directa o derivada del derecho y libertad fundamental; así como la obligación de declarar los límites de la investigación oficial en caso de haberse extralimitado, derechos de las partes a conocer e impugnar el acervo probatorio obtenido directa o derivadamente de la ilicitud constitucional<sup>31</sup>, sufrida en los derechos de los que es titular o sufrida por tercero, pero cuyo resultado afecta a su propio proceso; es decir, se encomienda al Juez que aplica el artículo 11.1 LOPJ que equilibre la relación entre el beneficio obtenido con la averiguación de la verdad y el coste que dicha extralimitación conlleva para el ciudadano en su derecho al proceso con todas las garantías<sup>32</sup>. Se trata, pues, de una garantía específica del proceso.

Uno de los efectos indirectos que se deduce de este aspecto positivo será la desincentivación de los abusos posibles realizables por los órganos públicos en el marco de una investigación. Se refuerza, por tanto, el Estado de Derecho y los poderes del Juez<sup>33</sup>. En conclusión, creemos aplicable todo lo expuesto hasta ahora, de modo que se tiene un derecho subjetivo a que el proceso en el que somos parte sea celebrado por los órganos del Estado con todas las garantías, es decir, lo que también se entiende con matices como un proceso justo y equitativo; este derecho, además, debería estar garantizado por determinados mecanismos procesales que otorguen derechos y contraprestaciones claras a su titular (*garantías primarias*), algo que en este concreto derecho no ocurre de modo específico y ha generado la denominada

---

<sup>30</sup> «El derecho a un proceso con todas las garantías intenta salvaguardar la presencia de ciertas instituciones específicas en la ordenación y tramitación de la realidad procesal, de tal forma que su ausencia, la falta de cualquiera de ellas, bien en la configuración legal del modo en que debe realizarse el derecho objetivo por los órganos jurisdiccionales, bien en la propia actuación de estos últimos, origina la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. Y desde luego, también (...) parece deducirse la imposibilidad de entender lesionado el artículo 24.2 CE ante una posible suma de anomalías en la normativa del proceso o de irregularidades en su propio desenvolvimiento», Calderón Cuadrado, P., «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *op. cit.*, pág. 158.

<sup>31</sup> En realidad deberíamos hacer una doble distinción. La prohibición de valorar lo obtenido directamente con violación de un derecho fundamental deriva de forma directa de la entidad y naturaleza de los derechos y libertades fundamentales; se infiere de las normas que los regulan. Y es la regla establecida en el artículo 11.1 LOPJ la que obliga al juez a no valorar lo obtenido derivadamente, según se explicará *infra*. A este respecto es interesante la aportación de Guariglia, F., *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Paraná, Editores del Puerto, 2005, pág. 113.

<sup>32</sup> Se trata de una «encomienda» activa al órgano jurisdiccional en virtud del valor que poseen los derechos y libertades fundamentales de posible afectación en un proceso y dependerá del desarrollo legal que cada legislador otorgue a este aspecto del *status positivo* del derecho al proceso garantista y respetuoso con los derechos constitucionales para que se admitan o no, por ejemplo, un sistema tasado de excepciones o un sistema basado en esa «ponderación», tal y como ocurre en el sistema alemán.

<sup>33</sup> Ello por la razón de que el juicio consistente en descifrar la conexión de antijuricidad entre pruebas causalmente conectadas y la valoración de la licitud o ilicitud resultante, pertenecen sí, al derecho al proceso celebrado con todas las garantías y ello —irremediabilmente— tendrá sus efectos en la fase siguiente del juicio jurisdiccional de valoración de la prueba, sobre los que pesa la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*.

*laguna primaria* y, por esta razón ha dado lugar a jurisprudencia tan contradictoria y al «cajón de sastre» aludido con anterioridad. Una de esas garantías será, precisamente, el artículo 11.1 LOPJ, objeto de este trabajo.

### C) **La garantía de inadmisión en el sistema anglosajón: una perspectiva alejada de los derechos fundamentales**

Por último, es importante saber que no todos los sistemas reguladores de la ilicitud probatoria responden a este esquema basado estrictamente en los derechos fundamentales.

Pensemos en el sistema norteamericano<sup>34</sup>, donde si bien sobre la base de los derechos constitucionales (que no coinciden enteramente con los derechos fundamentales) se creó esta norma de exclusión de la prueba ilícita, en la actualidad la doctrina de la ilicitud probatoria y su garantía de exclusión se ha ido desmembrando de su origen constitucional y pasa a entenderse como *remedio* judicialmente creado para disuadir a los poderes públicos de vulneraciones constitucionales en su investigación<sup>35</sup>. Nótese que lo que para nosotros es un efecto (persuasión policial de que las transgresiones no son válidas en un proceso), en dicho sistema ha pasado a convertirse en línea argumental en su doctrina y jurisprudencia, de modo que, cuando la expulsión de una prueba ilícita no vaya a surtir efecto persuasivo alguno no *vale la pena* su expulsión procesal. Esta línea jurisprudencial será estudiada en el epígrafe destinado al efecto.

## III. LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE EL ARTÍCULO 24.2 CE Y EL ARTÍCULO 11.1 LOPJ

Ya hemos aludido a la idea de que el derecho a la inadmisión de las pruebas ilícitas es una de las garantías con las que el derecho procesal trata de proteger al ciudadano de la intervención coactiva del Estado a través del Derecho penal. Se trata de poner en relación dos conjuntos de intereses contrapuestos: libertad y la seguridad van de la mano del binomio individuo-sociedad. En la medida en que se garantizan derechos individuales con carácter prioritario y sacrificando, incluso, los conceptos de seguridad colectiva y eficacia penal, este binomio de intereses pone su acento sobre las garantías y normas del Estado de Derecho o, lo que es lo mismo, la restricción de derechos fundamentales y la imposición de penas queda supeditada al correcto y garantista entendimiento del proceso penal y todo el conjunto de acciones que éste instrumentaliza.

### 1. La doble función del artículo 11.1 LOPJ

El artículo 11.1 LOPJ tiene una doble función que se manifiesta en dos planos diferentes y con una importancia e utilidad muy diferentes.

Por un lado, es una norma reguladora de una de las garantías integrantes del derecho de rango fundamental al proceso celebrado con todas las garantías e incorpora, como uno de sus dos contenidos, la *eficacia refleja o efecto expansivo contaminante* de las pruebas derivadas de una injerencia ilícita en su origen, a saber, la expulsión de dichas pruebas o su invalorabilidad.

---

<sup>34</sup> A este respecto muy interesante el artículo de Gómez-Jara Díez, C. «Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: El caso *Hudson v. Michigan* y el ocaso de la *Exclusionary Rule en EEUU*», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 20, 2008, págs.23-36.

<sup>35</sup> Gómez Colomer, J.L., (Coor.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch 2008.

Por otro, a su vez, este artículo 11.1 LOPJ es un instrumento creado por el legislador como garantía o protección (intraprocesal) de los derechos y libertades del Título I Capítulo II Sección 1ª de la Constitución, violentados en su ámbito de ejercicio extraprocesal. Lo *obtenido directamente* con la violación de este derecho fundamental no tiene utilidad dentro del proceso, principalmente, porque chocaría frontalmente con la esencia del Estado de Derecho y del proceso, dada la propia fundamentalidad de los derechos en cuestión y, en segundo plano —y, como se verá, casi irrelevante—, porque lo dice el artículo 11.1 LOPJ. En este apartado, debemos concluir que la existencia de esta norma del artículo 11.1 LOPJ no aporta nada que no tengan ya los derechos fundamentales<sup>36</sup>.

En conclusión, la vinculación entre el artículo 11.1 LOPJ y el derecho al proceso citado (art. 24.2 CE) es indubitada: se crea para proteger directamente el proceso, a través de este mandato dirigido —principalmente— a los poderes públicos y —de forma indirecta— a cualquier tercero, cuyo efecto principal es desincentivar al posible trasgresor con la sanción de la expulsión de las pruebas obtenidas por violación de derecho fundamental. Cualquier interpretación sobre esta regla del artículo 11.1 LOPJ afecta al artículo 24.2 CE, pues es una de las garantías integradoras del mismo.

## 2. La regulación de este derecho fundamental (y de sus garantías) y el principio de separación de poderes

El respeto por el principio de separación de poderes impide a los Jueces crear Derecho en materia de derechos y libertades fundamentales, dado que sólo se puede entrar a regular la esencia de los mismos a través de ley orgánica y con las limitaciones establecidas por la Constitución. Igualmente, ello traerá como consecuencia que las posibilidades de que los jueces realicen juicios de ponderación sobre la conexión de antijuridicidad entre dos fuentes de prueba «causalmente» conectadas debe ser rechazada, pues sólo el legislador está autorizado para realizar una ponderación como ésta<sup>37</sup> y, por tanto, para formular excepciones a la regla del artículo 11.1 LOPJ<sup>38</sup>. Este juicio de ponderación entraría, entonces, dentro de la esfera que impide la posible injerencia estatal de los jueces, correspondiente a ese *deber de abstención* al que Jellinek se refiere (*supra*) y en consecuencia, la presencia de esas fuentes de prueba en un proceso exige del Juez una *actitud positiva de expulsión* de las mismas en aplicación de la garantía del artículo 11.1 LOPJ.

En tal sentido, el contenido del artículo 11.1 LOPJ es meridianamente claro y su ubicación como parte del derecho fundamental al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) no deja lugar a dudas: cualquier afectación de su esencia debe cumplir las exigencias constitucionales diseñadas para los derechos fundamentales

---

<sup>36</sup> Consideramos que el artículo 11.1 LOPJ se crea con la finalidad de que nada de lo obtenido en una investigación abusiva pueda tener valor. Todo aquello obtenido a partir de una vulneración directa de un derecho fundamental tiene sentido que sea expulsado del proceso de forma indiscutible e inmediata; el sentido de este precepto debe centrarse, por tanto, en el acervo probatorio obtenido de forma derivada. Entenderlo de otra manera supondría dar cierta cobertura a los actos invasivos de los poderes públicos que, si bien perderían todo aquello obtenido tras la violación del derecho, podría utilizar aquello obtenido de forma mediata. Esto constituiría, entonces, un fraude.

El artículo 11.1 LOPJ tiene valor sobre todo en relación a las pruebas derivadas, porque consideradas en abstracto, son lícitas si no fuera por la eficacia expansiva e invalidante del presente artículo.

<sup>37</sup> Guariglia, F., *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, *op.cit.*, págs.82 y 89. Es decir, en nuestro ordenamiento, entre las pruebas «causalmente» conectadas, no puede el Juez formular esos juicios de desconexión contrarios al artículo 11.1 LOPJ, por tratarse de un precepto vinculado al artículo 24.2 CE y sólo la acción del legislador podría pasar a exceptuarlo de forma legítima.

<sup>38</sup> Corresponde a la Jurisdicción pronunciarse sobre la existencia de una violación de derecho o libertad fundamental y sobre qué pruebas se encuentran o no *causalmente* conectadas entre sí, pero no puede «desconectar» lo que *causalmente* está conectado en contra del artículo 11.1 LOPJ.

(art. 53 CE). En conclusión, ello parece incompatible con los juicios de ponderación o de «desconexión de antijuridicidad» que viene proponiendo alguna jurisprudencia, en un intento por crear una cierta dogmática en torno a las posibles excepciones que la norma establecida en el artículo 11.1 LOPJ pudieran tener. Por esta razón se hace aconsejable que *de lege ferenda* se desarrolle por el legislador, en su caso, un sistema tasado de excepciones o cánones comúnmente admitidos como estables en relación a estas posibilidades de excepción. Si, por el contrario, este artículo 11.1 LOPJ no formara parte de este núcleo esencial del artículo 24.2 CE, como sí venimos defendiendo, es comprensible toda la acción llevada a cabo desde la STC 81/98 de 2 de abril en torno a la teoría de la desconexión de antijuridicidad. En esta disyuntiva, parece un elemento de apoyo plantearse, entonces, por qué el legislador reguló por ley orgánica la conocida doctrina de los frutos del árbol envenenado del artículo 11.1 LOPJ. Tal vez la respuesta radique, precisamente, en el desarrollo que se hizo del derecho fundamental al proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE, por formar parte de esas garantías primarias de este derecho limitables, sí, pero por ley orgánica por la razón de que éste aspecto del derecho del 24.2 CE tiene su razón de ser en la protección de los derechos fundamentales sustantivos en una investigación criminal.

#### IV. EL DEBATE ABIERTO TRAS LA STC 81/98, DE 2 DE ABRIL Y LA DENOMINADA «TESIS DE DESCONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD»

La presente controvertida Sentencia supone el replanteamiento integral de toda la doctrina de los frutos del árbol envenenado y, por tanto, del artículo 11.1 LOPJ que la consagra, en el sentido de que, aún existiendo una relación clara de causalidad *fáctica* entre el resultado probatorio y la intervención ilícita, es posible *romper la conexión de antijuridicidad* entre el resultado de la violación y la fuente/medio de prueba obtenido. El necesario debate abierto a partir de esta sentencia, aunque nada pacífico, incide en la necesidad de que el Juez llegue a la «verdad forense» con plena confianza en el derecho, sin aprovechamientos o atajos procesales en favor del que quebranta la paz social, pero tampoco para el que debe velar por la misma<sup>39</sup>.

##### 1. Breve análisis de la STC 81/1998

A tenor de esta línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, haciendo un test triple se puede averiguar la gravedad de la ilicitud y de la admisión de la prueba derivada y es posible llegar a provocar esta desvinculación «jurídica», que justifica la admisión de la prueba refleja<sup>40</sup>. Resumiendo, se trataría de valorar tres datos:

- a) Magnitud de la violación (es decir, por ejemplo, la poca motivación del auto judicial que provocó la entrada y registro o la intervención telefónica).
- b) Entidad del resultado (por ejemplo, la confesión espontánea y legal del testigo que se encuentra dentro de la casa o noticia de una posible entrega de droga a partir del «pinchazo» telefónico).
- c) Necesidades de tutela del derecho fundamental sustantivo violado (importancia del bien jurídico protegido, incentiación de transgresiones legales en caso de ser admitida la prueba como válida).

---

<sup>39</sup> González Cussac, J.L., (Coor. Gómez Colomer, J.L.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch 2008, pág. 322.

<sup>40</sup> Una revisión de esta sentencia puede verse en Juanes Peces, A., «La prueba prohibida. Análisis de la Sentencia 81/98 del Tribunal Constitucional. Un nuevo enfoque de la presunción de inocencia», *Actualidad Aranzadi*, núm. 353, 30 julio 1998, pág. 1-4, y González Cussac; J.L., (Coor. Gomez Colomer; J.L.), *Prueba y proceso penal*, *op.cit.*, pág. 322 y, por supuesto, en Vives Antón, S., «Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los frutos del árbol emponzoñado, TOL, 178872, pág. 1 y 2.

Esta teoría es una traslación de la teoría de la imputación del derecho penal que, con buena voluntad, intenta superar la vetusta concepción de la causalidad<sup>41</sup>, lo que, a nuestro parecer y discrepando respetuosamente, en la práctica podría suponer un menoscabo de un derecho procesal-constitucional.

En el derecho procesal la conexión entre hechos-resultado es más sencilla y estable que en el derecho penal. Analizar un tipo delictivo y los hechos-resultado que en su realidad histórica lo constituyeron, poco tiene que ver con una norma procesal-constitucional que explica cómo debe de ser el derecho al proceso con todas las garantías en el Estado de Derecho. La jurisprudencia procesal es (y debe de ser) única y común para todos los procesos, dado que la propia esencia del proceso es instrumental y artificial y, por tanto, las posibilidades de hacer presunciones o juicios las debe tasar la ley. Mientras no exista un sistema de excepciones regulado por la ley, el artículo 11.1 LOPJ se tiene que aplicar, porque el derecho al proceso celebrado con todas las garantías (del que forma parte este precepto) no puede ser diferente para los ciudadanos en función del tipo de error cometido por la policía o el juez<sup>42</sup>.

En líneas generales, consideramos que la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en esta sentencia reordena acertadamente ideas básicas en la materia probatoria, aunque también provoca —como decimos— un punto de inflexión en el entendimiento constitucional del derecho al proceso con todas las garantías y, por tanto, en los derechos fundamentales. Esta doctrina se puede resumir del siguiente modo:

1) El Tribunal Constitucional parte de la reiteración de una idea ya expuesta en la línea jurisprudencial abierta con la STC 114/1984, a saber, sigue sin reconocerse la existencia de un derecho procesal fundamental y autónomo del sustantivo<sup>43</sup>.

2) Aceptar estas pruebas, afirma el Tribunal, a lo sumo, puede llegar a violar el proceso celebrado con todas las garantías; para ello hay que observar *conjuntamente* el derecho fundamental sustantivo y sus límites o garantías procesales en su restricción (limitaciones de rango constitucional)<sup>44</sup>. Se observa conjuntamente porque hay conexión causal, sancionable con la ineficacia del artículo 11.1 LOPJ.

3) La presunción de inocencia sólo se viola cuando se condena sin prueba de cargo constitucionalmente válida. Deja de constituirse en patrón de validez conforme acontecía hasta ahora y pasa a ser confirmada sólo como canon de validez de la *sentencia* penal<sup>45</sup>. Es decir, este «juicio de experiencia» consistente en determinar la

<sup>41</sup> González Cussac, J.L., *op.cit.* pág. 322.

<sup>42</sup> El propio González Cussac afirma el riesgo existente en torno a esta propuesta de teoría aplicable en materia de prueba del crear «dos sistemas de derecho, uno para los ciudadanos y otro para los enemigos», pág. 321.

<sup>43</sup> «Por eso, hemos podido afirmar que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho que la Constitución instaure, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso (STC 114/1984, fundamentos jurídicos 2. y 3.)» FJ 2°.

<sup>44</sup> FJ 2° «Como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional constituida en Estado de Derecho, los *derechos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental*: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones».

<sup>45</sup> FJ 3° «La presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio —que sería la relevante en este caso— opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías; pero, puesto que la jurisdicción constitucional no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en su función exclusiva ex artículo 117.1 C.E. (SSTC 174/1985, fundamento jurídico 5.; 63/1993, fundamento jurídico 5., y 244/1984, fundamento jurídico 2., entre otras muchas) sólo accede a ella por vía de amparo cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, puede inferirse la culpabilidad, como hemos venido afirmando desde la STC 31/1981 hasta las más recientes (SSTC 24/1997 y 45/1997). *La presunción de inocencia, por tanto, como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, no puede erigirse, a la vez, en canon de validez de las pruebas: ese canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías tal y como ha sido especificado en el fundamento jurídico anterior*» (la cursiva es nuestra)

existencia de conexidad antijurídica entre pruebas ilícitas originarias o derivadas, se realiza bajo la cobertura del principio del proceso debido, que se convierte aparentemente en el test de validez de las pruebas, que las convierte *desde una perspectiva natural* en pruebas independientes<sup>46</sup>. Rota la antijuridicidad en la fase de admisión y/o de valoración, el Juez ya puede entrar a practicarlas y/o valorarlas. Con ello se logra salvar determinadas pruebas de la aplicación de la garantía procesal y del artículo 11.1 LOPJ. Ninguno de los dos entrará en juego.

4) Sólo cuando se viole la presunción de inocencia otorgará el amparo el Alto Tribunal pero, además, se exige que se haya fundamentado la enervación de la presunción de inocencia como única prueba de cargo<sup>47</sup>. En conclusión, la función del Alto Tribunal se centra en comprobar la razonabilidad de ese juicio de experiencia sobre la conexión o no de la antijuridicidad de la prueba originaria con la derivada, realizado por la Jurisdicción ordinaria<sup>48</sup>.

5) Ese «juicio de experiencia» que deben realizar los órganos jurisdiccionales consiste en formular un triple test, articulado a través de dos correctores; por un lado, se atiende a las características de la vulneración (o a su intensidad o gravedad del vicio constitucional alegado) y por otro, atiende, desde una *perspectiva interna*, al resultado obtenido tras la vulneración y, desde una *perspectiva externa*, observa las necesidades esenciales de tutela del derecho sustantivo (FJ 4º)<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> FJ 4º «A partir de estas premisas, ha de afirmarse que, al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el *derecho a un proceso con todas las garantías*, sino también la *presunción de inocencia*. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; *pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida*. Por lo tanto, en casos como el presente, en los que lo que se discute es la dependencia o independencia de ciertas pruebas respecto a la previa vulneración de un derecho fundamental sustantivo —el secreto de las comunicaciones telefónicas del artículo 18.3 C.E.— nuestro análisis ha de discurrir a través de dos pasos que, por más que en la realidad puedan hallarse —como aquí sucede— íntimamente unidos, son lógicamente separables: en primer lugar, habremos de precisar si la valoración de tales pruebas ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías para, en segundo lugar y en consecuencia, decidir si la presunción de inocencia ha sido o no quebrantada» FJ 3º.

«Sólo en virtud de su origen inconstitucional (...) pueden quedar incluidas en la prohibición de valoración. En consecuencia, si desde la perspectiva *natural las pruebas* de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible»

<sup>47</sup> En los demás casos, podremos encontrar la presencia de estas pruebas ilícitas en el proceso, incluso su valoración, pero sólo provocarán nulidad cuando se constituyeron como única prueba de cargo y el juicio de ruptura fue irracional, pues en el caso de haber «otras pruebas» independientes, la presencia procesal de tal violación conllevará a lo sumo una declaración de violación del derecho a un proceso con todas las garantías, pero en ningún caso la absolución del condenado, pues la convicción judicial se formó sobre otras pruebas. Véase el FJ 3º «La jurisdicción constitucional no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en su función exclusiva ex artículo 117.1 C.E., (...) sólo accede a ella por vía de amparo cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, puede inferirse la culpabilidad, como hemos venido afirmando desde la STC 31/1981 hasta las más recientes (SSTC 24/1997 y 45/1997)»

<sup>48</sup> FJ 5º «Esa afirmación que, desde la perspectiva jurídica que ahora estamos considerando, rompe, según la apreciación del Tribunal Supremo, el nexo entre la prueba originaria y la derivada, *no es, en sí misma un hecho*, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexidad que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada. Por consiguiente, *no se halla exento de nuestro control*; pero, dado que, en principio, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, el examen de este Tribunal ha de ceñirse a la comprobación de la razonabilidad del mismo (ATC 46/1983, fundamento jurídico 6., y SSTC 51/1985, fundamento jurídico 9., 174/1985, fundamento jurídico 2.; 63/1993, fundamento jurídico 5., y 244/1994, fundamento jurídico 2., entre otras) y que, en el caso presente no puede estimarse que sea irrazonable o arbitrario, hemos de concluir que, desde el punto de vista antes expuesto, la valoración de la prueba refleja practicada en este caso no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías»

<sup>49</sup> Cabe recordar la Sentencia norteamericana dictada en el caso *Stone vs Powell, Brown vs Illinois y Hudson vs Michigan*, aludida con anterioridad, donde se reflejaba claramente un juicio muy similar al ahora introducido por el TC. Sobre esta coincidencia *vid.* también Díaz Cabiale y Martín Morales, *op. cit.*, pág. 119.

«En supuestos como el aquí examinado, es decir, en los casos en que se plantea la dependencia o independencia de determinada actividad probatoria respecto de la previa vulneración de un derecho fundamental, hemos de empezar delimitando la zona problemática. Las pruebas puestas, desde la perspectiva constitucional, en tela de juicio, no resultan por sí mismas contrarias al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas ni, por lo tanto, al derecho a un proceso con todas las garantías. Sólo en virtud

## 2. Algunas reflexiones al respecto y valoración de la doctrina de la desconexión de antijuridicidad

Si observamos bien todo su análisis se centra en el derecho fundamental sustantivo vulnerado y en el resultado obtenido, porque el Tribunal Constitucional parece concebir el derecho procesal como derecho adjetivo del material (FJ 2º). Y ello por la razón de que para saber si ha habido violación de las garantías procesales, debemos observar conjuntamente el derecho fundamental sustantivo y sus límites constitucionales con el resultado obtenido, así como «las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho exigen». Esto, en puridad, no es más que el *balancing test* realizado por la Jurisprudencia norteamericana, pero con cierta objetivización en sus premisas (Caso *Hudson v. Michigan*).

El peligro que esta postura conlleva es el de dar soluciones distintas ante violaciones idénticas, bajo el pretexto del resultado. De hecho, existe abundante jurisprudencia en materia de intervención telefónica ilícita, basada en la poca motivación o control judicial, donde se menciona la obtención de un «dato neutro», como forma de romper la conexión de antijuridicidad entre las pruebas, mientras que en otros, a pesar de ser la violación idéntica, se anula todo lo actuado porque la información fue determinante. Además, si a estos dos parámetros le unimos un tercero, tan vago como la disuasión de los agentes policiales, la transcendencia del bien jurídico protegido, etcétera, el balance es, si cabe, todavía más peligroso. Se entiende y respeta la lógica de estas premisas pero, en nuestra opinión, puede contribuir a acrecentar la inseguridad de los poderes públicos que se ven abocados a actuar con celeridad y se puede llegar a afirmaciones tales como la mantenida en la Sentencia *Hudson vs Michigan* (2006) «la exclusión de las pruebas es nuestro último recurso, no nuestro primer impulso»<sup>50</sup> y, por tanto, lo que venía siendo algo excepcional (admitir pruebas ilícitas conectadas), se convierte en la regla general.

Con el fin de no incentivar la comisión de infracciones en la obtención de la prueba, el Tribunal Constitucional ha comenzado a hacer una delimitación de los mínimos exigibles en el supuesto de la protección del secreto de las comunicaciones. Cuando éstos concurren, la prueba será salvada y no entra en funcionamiento la eficacia anulatoria del artículo 11.1 LOPJ<sup>51</sup>.

---

de su origen inconstitucional —como ponen de manifiesto tanto el recurrente como el Ministerio Público— pueden quedar incluidas en la prohibición de valoración. En consecuencia, si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible (...).

Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la *índole y características de la vulneración del derecho* al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un *punto de vista interno*, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella; pero, también hemos de considerar, desde una *perspectiva que pudiéramos denominar externa*, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. *Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo* (STC 11/1981, fundamento jurídico 8).

Una explicación muy clara de esta sentencia González Cussac, J.L., «La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida», *Prueba y Proceso penal*, (Coor. Gómez Colomer, J.L.), *op.cit.*, págs. 279-322.

<sup>50</sup> Sentencia 126 S. Ct. pág. 2161 (2006).

<sup>51</sup> «La inconstitucionalidad sobreviene por la falta de expresión de datos objetivos que, más allá de las simples sospechas a las que hace referencia la solicitud policial, y pese a su calificación como indicios en el Auto del Juez, se estimaron necesarios por el Tribunal Supremo para que la medida pudiera adoptarse respetando las exigencias constitucionales. Pero, lo cierto es que esa doctrina, sin duda respetuosa del derecho fundamental, no es acogida de modo unánime por los Jueces y Tribunales. Ese dato excluye tanto la *intencionalidad* como la *negligencia grave* y nos sitúa en el ámbito del *error*, frente al que las *necesidades de disuasión* no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Tampoco la entidad objetiva de la vulneración cometida

La prueba ilícita es un tema de valoración de efectos procesales. La traslación de la teoría de la imputación objetiva propia del derecho penal a algo que es de naturaleza procesal —e interpretable solo en esta clave—, resulta como mínimo discutible. Las normas de adquisición de pruebas son garantía de los derechos fundamentales con un entendimiento, aplicación y eficacia intraprocesal. «Acción» y «resultado», propios de la tipicidad penal no son categorías válidas en el proceso celebrado con todas las garantías. En materia probatoria debemos hablar de «derechos» y «cargas» y en este debate debe moverse el entendimiento e interpretación del artículo 11.1 LOPJ y el «juicio de experiencia» que debe explicar (motivar) el juez al atender al acervo probatorio en el contexto del derecho al «fair play».

Dentro del proceso celebrado con todas las garantías no corresponde al juez enjuiciar la actitud y diligencia de los poderes públicos (acción y resultado), que deben velar por la paz social y por nuestros derechos en su búsqueda por la verdad histórica. Dicha actuación ilegal de esos concretos representantes de los poderes públicos no recibirá pena o castigo dentro del proceso en cuestión. Eso se dilucidará en otro proceso con otro objeto (ahora sí, de imputación). Por esta razón, consideramos que introducir como parámetro de validez del acervo probatorio conectado estos criterios ajenos a los fundamentos del derecho procesal nos parece algo sofisticado y artificial, sin perjuicio de entender la bondad pretendida con tal creación jurisprudencia. El enjuiciamiento de la actitud y diligencia de los poderes públicos en poco o nada compete al derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías. En conclusión, existe un deber judicial de explicar si la tutela del derecho fundamental agraviado exige expulsar todas las pruebas (también las derivadas) para que el ciudadano sienta que nuestro sistema judicial no permite atajo alguno en la obtención de la verdad<sup>52</sup> y éste deber, ahora sí, pertenece al derecho fundamental procesal objeto de estudio.

La siguiente pregunta será si es función del juez confirmar la validez de la norma constitucional afectada en la investigación. El proceso repudia los efectos de la transgresión y si el juez pretende afectar esta norma, sería razonable entender que solo una ley orgánica respetuosa de los requisitos del artículo 53 pudiera hacerlo —y en todo caso, conforme a los parámetros integradores del derecho al proceso celebrado con todas las garantías ex artículo 24.2 CE—. Que haya un notable vacío legal que sufren nuestros operadores aplicadores de las normas, no significa que se pueda suplir con la interpretación judicial nutrida de «teorías que están afectando a derechos fundamentales».<sup>53</sup>

Llegado este punto, afirma el Tribunal, tras admitir esta posibilidad de romper este juicio de antijuridicidad por los Tribunales nada obstará a admitir las pruebas subsiguientes. Lo importante es que exista prueba de cargo (porque su falta afecta a la *presunción de inocencia*) y que no ofrezca dudas sobre su culpabilidad (*In dubio pro reo*). En conclusión, se ha producido el efecto contrario al buscado en 1984 con la Sentencia 114/1984, pues mientras que ella plasmó la regla de exclusión de estas pruebas directas y derivadas (sobre la base de lo acontecido en USA), en 1998 se acabó de consagrar la doctrina del árbol envenenado pero reduciendo, en primer lugar, la garantía procesal para poder así, en segundo término, negar una aplicación excesivamente garantista de esa doctrina. Corremos el riesgo, entonces, de que se produzca el aludido desmantelamiento de la *exclusionary rule* y la *fruit of the poisonous doctrine*<sup>54</sup>.

---

hace pensar que la exclusión del conocimiento obtenido mediante la intervención de las comunicaciones resulte necesaria para la efectividad del derecho» (FJ 6°).

<sup>52</sup> Esta sería su única vinculación con el derecho penal: «Si la pena persigue la confirmación de la validez de la norma penal infringida por el delito, no se legitima su imposición si en el proceso se han infringido por la comunidad normas constitucionales que tutelan derecho fundamentales», Choclán Montalvo, *op.cit.*, pág. 2.

<sup>53</sup> De Urbano Castrillo, E., «La conexión de antijuridicidad: criterios jurisprudenciales actuales», *Jornadas sobre la prueba ilícita en el proceso penal*, Las Palmas de Gran Canaria 2009.

<sup>54</sup> Prueba de este desequilibrio en el binomio «libertad-garantías del imputado y seguridad-colectividad» es la propia Exposición de Motivos de la reforma parcial de la LECrim donde se proclamaba explícita-

### 3. Dos supuestos rigurosamente aplicables y constitucionalmente compatibles con la teoría de la desconexión de la antijuridicidad

Tras estas líneas llegamos a la conclusión de que solo es posible la aplicación de esta teoría de la desconexión de antijuridicidad de forma respetuosa con el derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías, en aquellos casos en los que, estando causalmente conectadas ambas pruebas —originaria y derivada— jurídicamente quedan desconectadas —no porque lo diga un juez—, sino porque hay un acto voluntario del sujeto que tenía a su favor la posible aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado y consciente de tal derecho (a través de la información del mismo por su letrado o por la autoridad judicial) decide colaborar con la justicia y bien confesarse, entregar la documentación que le imputa<sup>55</sup> o declarar contra su cónyuge o familiar, renunciado a la dispensa que tiene. Todo ello, *sin perjuicio de entender expulsado del proceso todo el acervo probatorio declarado ilícito*, lo que le impone al juzgador la obligación de justificar una hipotética condena sobre la base de la existencia de prueba de cargo suficiente (a pesar de haber salido del proceso una gran parte de esas fuentes de pruebas), lo que probablemente le convierta en un supuesto de laboratorio<sup>56</sup>.

En conclusión, en el momento actual se puede afirmar que la desconexión de antijuridicidad, propuesta por la STC 81/1998, de 2 de abril, es respetuosa con la Constitución y el derecho al proceso celebrado con todas las garantías en los supuestos de renuncia del imputado, asesorado por su letrado, al derecho a no autoincriminarse, así como en las declaraciones testificales son disponibles por el propio testigo, pues esa *voluntariedad en la declaración, una vez asistida de letrado* —y siempre que se *expulse del proceso* lo obtenido mediante las declaraciones ilícitamente obtenidas—, rompe dicha conexión de forma natural por la persona implicada en ese acto generador de fuentes de prueba; nos encontraríamos ante una prueba jurídicamente independiente<sup>57</sup>. Insistimos que esta solución es compatible con la Constitución —no porque lo diga un juez—, sino porque hay un acto voluntario del sujeto que decide libremente y bajo las citadas condiciones excluir su garantía a favor de la posible aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

Finalmente, se ha defendido por alguna doctrina que también debiera admitirse la legitimidad de esta exclusión de la garantía establecida en el artículo 11.1 LOPJ en los supuestos de buena fe policial por error invencible<sup>58</sup>, porque el deber de diligencia le debe de ser exigido hasta donde razonablemente sea posible; en estos casos —se argumenta— que las necesidades de tutela del derecho fundamental violado no quedan protegidas por la consecuente aplicación del 11.1 LOPJ y la regla de la expulsión. Se olvida la misma de considerar que el artículo 11.1 LOPJ no tiene su fundamento último y exclusivo en la protección de los derechos fundamentales, sino que es una garantía del derecho al proceso celebrado justo y equitativo de las partes implicadas en el mismo (24.2 CE). En este caso si se expulsa es, exclusivamente, porque un juez hace ese juicio de ponderación sobre las limitaciones que derivadas del 11.1 LOPJ y, en este sentido, ya hemos visto que un juicio de esas características corresponde al

---

mente la necesidad de proteger la segunda parte del binomio, es decir, la seguridad ciudadana frente a la posible impunidad del delincuente que, debido a la lentitud y carestía de la justicia, queda libre a la espera de un juicio (LO 8/2002, 24 octubre (BOE 258, 28 octubre).

<sup>55</sup> Caso Gárgen STJCE 30 de Junio 2008 (5ª Sección) (Recurso núm. 22978/05).

<sup>56</sup> En esta línea véase Andrés Ibáñez, P., *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, 2009

<sup>57</sup> Véase Goyena, J., en relación con la doctrina de desconexión de antijuridicidad aplicada en la STC 136/2006, de 8 de mayo, en «Correcciones a la Doctrina de los frutos del árbol envenenado. El engaño del imputado», *Jornadas sobre la Prueba Ilícita Penal*. Santa Cruz de Tenerife, 25 y 26 de junio 2009 [www.juriscomer.com](http://www.juriscomer.com).

<sup>58</sup> González Cussac, J.L., *op.cit.* pág. 319. Recordemos nuestras palabras (*supra*), porque no pedimos que estos órganos policiales y judiciales sean infalibles, pero tampoco creemos que sea aceptable un margen de «normalidad» en su negligente actuación, hasta el punto de dar respaldo legal a posibles errores.

legislador de conformidad con el artículo 53 CE. Según nos mostremos o no partidarios de admitir esta situación, como vemos, las consecuencias procesales-constitucionales será absolutamente diferentes.

#### 4. Algo de claridad: El voto particular STS 1/2006, de 9 de enero, (magistrado Andrés Ibáñez)

«Primero. Mi discrepancia tiene que ver con la atribución de eficacia a prueba de cargo ilegítimamente obtenida, que se hace en la sentencia reseñada, pues la declarada ilegitimidad de las intervenciones telefónicas realizadas en la causa debió —a mi juicio— entenderse transmitida a las manifestaciones de contenido incriminatorio de Leonardo y otras, que han sido tomadas en consideración como supuesto medio de prueba autónomo.

Segundo. La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 11.1, dice que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Según el Diccionario de la Real Academia, «efecto» es «lo que sigue por virtud de una causa». Es decir, en principio, todo lo que resulta de ésta. Tal derivación sólo puede ser «directa» o «indirecta», pues *tertium non datur*, o sea, no existe una tercera posibilidad.

Efecto «directo» es, también según el Diccionario, el que se produce de forma «derecha o en línea recta»; e «indirecto» es el que «no va rectamente». Lo que, trasladado al campo en que se mueven estas consideraciones, significa que fue derivación directa de la prueba declarada ilegítima el conocimiento de la existencia de actividades relacionadas con la droga obtenido a través del control del teléfono, y la incautación de ésta. Mientras que el adquirido mediante la confesión del que recurre —obviamente, gracias a que se le pudo interrogar sobre tal sustancia merced a lo previamente sabido por vía de la interceptación inconstitucional— si no fue directo, sólo pudo haber sido indirecto.

Tercero. El artículo 11,1 LOPJ, según está doctrinalmente aceptado, consagra, en el plano de la legalidad ordinaria, una garantía que es implicación necesaria del contenido del artículo 24,2 CE y se deriva del valor supremo que la Constitución reconoce a los derechos fundamentales: aquí, en particular, al del presunto inocente a no ser condenado sino es en virtud de prueba válidamente obtenida. Por tanto, lo reglado en esa primera disposición es mera proyección normativa de lo expresado en la segunda. Y en ambas se plasma una precisa opción de nuestro constituyente: la consagración de la garantía procesal constitucional, con rango de derecho fundamental. A diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en los EEUU, cuyo ordenamiento concibe la garantía procesal como dispositivo de protección de los derechos fundamentales sustantivos, ordenado a prevenir abusos policiales (*deterrent effect*). Pero no como derecho fundamental en sí misma: un dato que impide apresuradas asimilaciones de ambos sistemas como las que, no obstante, frecuentemente se hacen.

La razón de tal opción del legislador español es fácil de comprender. En un ordenamiento de democracia constitucional, como el nuestro, no son concebibles actuaciones institucionales limitativas de derechos fundamentales producidas sin respeto de las prescripciones constitucionales previstas al efecto. Y ello por una elemental razón de legitimidad: el Estado sólo puede intervenir legítimamente de aquel modo si, y sólo si, respeta las normas que él mismo se ha dado en la materia.

Por eso, cualquier actuación del *ius puniendi* llevada a cabo al margen de esta exigencia es rigurosamente ilegítima. Tan rigurosamente ilegítima como lo proclama el inequívoco enunciado legislativo que es objeto de análisis, que excluye el posible aprovechamiento de sus efectos, aunque sea para fines lícitos.

Consecuentemente, toda información de contenido incriminatorio en cuya obtención se haya vulnerado, directa o indirectamente, un derecho fundamental; es decir, todo dato de cargo que de cualquier forma pueda tener que ver con esa vulneración, sólo puede ser procesal y penalmente ilegítimo.

Es de una patente obviedad que la eventual declaración de ilicitud probatoria acontecida al amparo de esa norma sólo tiene consecuencias de orden jurídico intraprocesal. Por tanto, y por ejemplo, nunca produciría el efecto de convertir una droga ilegal en no-droga o en droga legal. Porque la correspondiente decisión no afecta a la primera como objeto material, sino sólo a la forma en que su hallazgo ha tenido lugar. Es decir, concierne únicamente a la aptitud de éste como evento hábil para producir conocimiento válidamente utilizable con fines incriminatorios. Es a lo que se debe que una sustancia expulsada del discurso sobre la prueba, deba/pueda ser, sin embargo, decomisada, en su realidad física.

Se comprende que esta peculiaridad de la gnoseología procesal garantista sea de difícil comprensión para el profano, según lo pone de relieve con reiteración la propia actitud de los imputados que suelen confesar, rendidos ante la evidencia objetiva de una aprehensión efectivamente producida. No tanto, sin embargo, en el caso del jurista: con motivos para saber que ciertas garantías procesales fundamentales relacionadas con la prueba, operan a modo de filtro entre las particularidades del caso en su realidad empírica y el discurso probatorio, al que no todo lo que existe en la primera debe tener acceso.

Pues bien, a tenor de lo que acaba de razonarse, el precepto del artículo 11,1 LOPJ no es «un brindis al sol» ni una excrescencia o exceso del sistema que hubiera que corregir, sino, antes bien, su momento de la verdad, o, lo que es lo mismo, un exponente de máxima coherencia. En efecto —permítaseme la insistencia— los derechos fundamentales, como he dicho, representan una autolimitación del propio poder que el estado constitucional se autoimpone reflexivamente, al condicionar la legitimidad de algunas de sus intervenciones —las de mayor riesgo para los particulares— al cumplimiento de determinadas exigencias. Éstas tienen, como no podía ser de otro modo, un privilegiado ámbito de incidencia en el ejercicio del ius puniendi, en virtud de la consideración de que la del proceso penal ha sido una «historia de horrores y errores», precisamente por haber estado inspirada en criterios de pura eficiencia represiva sin principios.

Cuarto. En este contexto de interacción del artículo 24 CE y el artículo 11,1 LOPJ, su corolario, la idea de que la confesión autoinculpatoria, que es mera aceptación de lo conocido a través de una intervención connotada de ilegitimidad constitucional, carecería de relación con ésta, sólo por haberse producido conforme a las exigencias formal-legales de la declaración del imputado en el juicio, es argumentalmente falaz, por varias razones:

1.<sup>a</sup> Porque la observancia de esas exigencias de tutela del declarante tienen un efecto actual, es decir, en el acto concreto, pero no retroactúan sobre la naturaleza de los antecedentes o presupuestos, extraprocesales o procesales, de la propia declaración.

2.<sup>a</sup> Porque no está al alcance del declarante —ni de nadie— convertir lo inconstitucionalmente ilegítimo en legítimo.

3.<sup>a</sup> Porque —como es el caso— visto el propósito del confesante de eludir la condena defendiéndose en el juicio y recurriendo la sentencia, sólo cabe concluir que actuó según lo hizo por pura ignorancia del contexto procesal en el que se producían sus manifestaciones. Lo que, sin duda, sugiere un déficit objetivo de defensa, por falta de prevención frente a una pregunta del Fiscal que, a tenor del marco, fue claramente capciosa (art. 709 Lecrim).

Y, saliendo al paso de una objeción —que no se sostiene, pero— que recurre en algunos discursos, debo afirmar que con este planteamiento no se priva al hipotético culpable arrepentido del derecho a realizar voluntariamente un acto rasgado de catarsis, porque este derecho no existe como tal, y el inculpado no dispone del proceso.

Incluso, ante el supuesto improbable de una persona con tal pretensión, diré que, ciertamente, estaría errando de tribunal, al usar a uno de los del estado para ese personalísimo y poco jurídico modo de confesar, en realidad confesarse. Y conviene reparar en que aquí lo legal y constitucionalmente improcedente no es (sólo) la confesión, sino, antes, el interrogatorio mismo, teñido de objetiva ilegitimidad en sus presupuestos, que ya eran inutilizables.

Por lo demás, es también de una llamativa obvedad que no hay el más mínimo apunte de contradicción entre la actitud jurisdiccional consistente en admitir la eventual utilización como prueba de cargo de lo aportado mediante confesión por el propio acusado en un proceso limpio; y la que se expresa en la decisión de rechazar (ex art. 11,1 LOPJ) la confesión obtenida a partir de la utilización de datos viciados de ilegitimidad constitucional en su origen. La patente diversidad esencial de las situaciones de partida y la incidencia de ese precepto, hace que la diferencia de tratamiento de los elementos de juicio en uno y otro caso se encuentre plenamente justificada. Mejor: es la constitucional y legalmente debida.

Quinto. Por las razones expuestas, es claro que la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad supone una reformulación del artículo 11,1 LOPJ. Pues, en efecto, al enunciado que prescribe imperativamente: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales», mediante ese imaginativo criterio de lectura, se le hace decir: «Las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, surtirán efecto, salvo que...». De donde se sigue, como bien ilustra la practica actual de los tribunales, que la regla legal pasa a ser excepción jurisprudencial. Algo que según los cánones ordinarios de interpretación es rigurosamente inaceptable.

Es por lo que la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad, como forma de introducir excepciones no previstas legalmente a la regla general legal-constitucional de exclusión que impone el precepto tantas veces citado, sólo puede tener, a su vez, una lectura. Tal es la implícita en el criterio que inspira este voto particular, que se cifra en considerar que las decisiones judiciales, las actuaciones policiales, las interceptaciones telefónicas connotadas de ilegitimidad constitucional, así como la registración y documentación de sus resultados, el interrogatorio en juicio de los eventuales implicados y sus respuestas, son actuaciones de sujetos institucionales (jueces, fiscales o policías), o provocadas por ellos en el ejercicio de sus funciones, y producidas en un medio asimismo institucional y por cauces formalizados, aunque presenten desviaciones importantes del paradigma normativo de necesaria referencia.

Siendo así, no es posible operar en este terreno con una artificiosa distinción de dos planos y otros tantos cursos causales, el jurídico y el natural o real. Por lo que acaba de decirse y, además, porque los efectos jurídicos no podrían ser denotados como irreales, puesto que han acontecido y originado consecuencias de orden práctico. Así, es patente que tanto la prueba matriz como la refleja y las interconexiones de ambas se dan en un marco formalizado de relaciones, en el que son inequívocamente jurídicos, tanto las causas como los efectos, incluso en el caso de que puedan estar afectados de grave irregularidad.

En definitiva, la conclusión necesaria es que, primero, el artículo 11,1 LOPJ descalifica los efectos directos y los indirectos que puedan extraerse de las pruebas ilegítimamente obtenidas. Y lo hace de forma tan radical y de tal claridad expresiva que incluso tendrían que resultar comprendidos los posibles efectos «naturales» de aquéllas, si es que efectivamente los hubiere, ya que «donde la ley no distingue...». Y, en segundo término, que por lo argumentado, el hilo conductor que liga las interceptaciones telefónicas y la información (mal) obtenida a través de ellas con el interrogatorio y la confesión de los inculpados es de naturaleza institucional, formal y (anti)jurídica. De tal manera que entre ambos momentos, para decirlo con la terminología acuñada en la STC 81/1998, existiría en todo caso una objetiva «conexión de antijuridicidad».

Sexto. Hay una última consideración que, aunque se mueva en un ámbito distinto de las precedentes, no deja de ser importante. Es que, vigente el artículo 11,1 LOPJ, cuando se excluye su aplicación mediante interpretaciones tan forzadas como la que se expresa en la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad, por la sola razón pragmática de evitar situaciones concretas de impunidad, se pierde de vista que, al mismo tiempo, se otorga un marchamo de regularidad constitucional y legal a actuaciones policiales y judiciales de escasa o ninguna profesionalidad, que objetivamente no lo merecen. Lo que equivale a estimular su reiteración y a difundir por vía jurisprudencial un mensaje demoledor en el plano de la cultura de jueces y policías: que puede valer igual lo mal hecho que lo realizado con rigurosa observancia de las normas dadas en garantía de los derechos fundamentales.

Es por lo que entiendo que de la valoración como ilegítimas de las intervenciones telefónicas debió seguirse la constatación de un vacío probatorio, con las consecuencias reclamadas al respecto por los recurrentes.

## 6. Conclusiones

«El derecho a un proceso con todas las garantías intenta salvaguardar la presencia de ciertas instituciones específicas en la ordenación y tramitación de la realidad procesal, de tal forma que su ausencia, la falta de cualquiera de ellas, bien en la configuración legal del modo en que debe realizarse el derecho objetivo por los órganos jurisdiccionales, bien en la propia actuación de estos últimos, origina la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. Y desde luego, también (...) parece deducirse la imposibilidad de entender lesionado el artículo 24.2 CE ante una posible suma de anomalías en la normativa del proceso o de irregularidades en su propio desenvolvimiento»<sup>59</sup>. Pero en opinión de la citada autora, éste es el punto de partida en el desarrollo de este concepto jurídico indeterminado y de contenido plural, que está por delimitar, y que incluye derechos tan dispares como el de la imparcialidad del juzgador, el derecho al recurso, la igualdad de trato o la necesidad de intérprete, etc.<sup>60</sup>.

En esta línea, podemos afirmar que tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional 81/98, del 2 de abril, se ha desarrollado un nuevo y preciso alcance de este derecho al proceso celebrado con todas las garantías en un aspecto relativo a la pruebas y su calidad; es decir, este derecho al proceso pasará a ser el canon interpretador de la licitud o ilicitud de las pruebas<sup>61</sup>, generándose una reubicación de la garantía de la inadmisión de las pruebas ilícitas, precisamente en este derecho, abriendo paso al efecto establecido por el legislador para, en su caso, proteger este derecho fundamental al proceso a través de su expulsión (art. 11.1 LOPJ).

Sin embargo, consideramos que es precisamente aquí donde el Alto tribunal podría incurrir en una cierta contradicción al reconocer simultáneamente uno de los contenidos de este derecho al proceso debido, pero admitir excepciones aleatorias al mismo y, consecuentemente, al sólo darle efectividad (amparo) si afectó a la presunción de inocencia al condenarse sobre pruebas afectadas por la ilicitud.

---

<sup>59</sup> Calderón Cuadrado, P., «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *op. cit.*, pág. 158.

<sup>60</sup> Calderón Cuadrado, P., «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *op. cit.*, págs. 168-178.

<sup>61</sup> En conclusión, nos parece que, al igual que el Tribunal Constitucional ha ido desglosando los diferentes contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, procede ahora a desmenuzar otras muchas garantías a las que puede referirse este derecho, a sabiendas de que no todas pueden o deben tener un contenido fundamental. *Vid* Calderón Cuadrado, P., «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *op. cit.*, págs. 153-158 y Díez-Picazo, I., *Comentarios a la Constitución Española*, *op. cit.*, pág. 100 y véase todo el trabajo realizado por Bandres Sánchez-Cruzat, J.M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*

Las consecuencias son las siguientes:

1) Con ello se niega la «garantía primaria», es decir, ese derecho del ciudadano a que sus derechos fundamentales afectados en un marco de investigación se restrinjan de forma respetuosa con la configuración legal exigible por la Constitución y Leyes de desarrollo y que obligue a los poderes públicos a autolimitarse en cualquiera de sus intervenciones y su *modus operandi* se haga con plena supeditación a éstas normas, so pena de expulsión, como exigencia positiva de actuación para estos poderes y ello en los términos establecidos en el artículo 11.1 LOPJ para las pruebas «causalmente conectadas». (art. 11.1 LOPJ).

2) Por otro lado, implica un desconocimiento de la garantía secundaria del derecho en cuestión (art. 24.2 CE), que es parte integrante de todo derecho fundamental, su proteccionabilidad o justiciabilidad<sup>62</sup>. La consecuencia práctica es obvia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues es abundante el número de pronunciamientos en sentencia declarativa denegatoria del amparo pero estimatoria de la vulneración de este derecho al proceso celebrado con todas las garantías, que no da lugar a nada más. Esto deja en papel mojado el presente derecho fundamental. Afirma De la Oliva, «una debida inteligencia de los derechos y garantías procesales, comporta la debida protección de unas y otras. Si una norma garantizadora se infringe, la sanción por esa infracción no puede depender del efectivo resultado negativo que produzca el comportamiento antijurídico contrario a la norma de garantía. (...) Se provoca una grave subversión jurídica, devaluadora de las garantías en todos los terrenos»<sup>63</sup>.

## VI. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- Andrés Ibáñez, P., *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, 2009.
- Armenta Deu, T., (VVAA), «La prueba ilícitamente obtenida», *Fuentes de prueba y nuevas formas de criminalidad*, Universidad de Almería, Ed. a cargo de Gómez Amigo, L., 2001.
- Calderón Cuadrado, P., «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *Cuadernos de Derecho Público*, mayo-agosto 2000.
- Carmona Ruano, M., «De nuevo la nulidad de la prueba: ¿Es indiferente el momento en que puede declararse?», *Jueces para la Democracia*, núm. 25, 1996.
- Choclán Montalvo, J.A., «La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites», *Pode Judicial* núm. 38, 1995.
- Choclán Montalvo, J.A., «Tratamiento procesal de la prueba ilícita», *Jornadas sobre la prueba ilícita en el proceso penal*, Las Palmas de Gran Canaria 2009, [www.juriscomer.com](http://www.juriscomer.com).
- De la Oliva Santos, A./Díez-Picazo, I., *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Mc GrawHill, 1996.
- De la Oliva, A., «Eficacia y garantías procesales de la actividad», (VVAA), *Fuentes de prueba y nuevas formas de criminalidad*, Universidad de Almería, Ed. a cargo de Gómez Amigo, L., 2001.
- De Urbano Castrillo, E., «La conexión de antijuridicidad: criterios jurisprudenciales actuales», *Jornadas sobre la prueba ilícita en el proceso penal*, Las palmas de gran canaria 2009, [www.juriscomer.com](http://www.juriscomer.com).
- Del Moral García, A., «Prueba ilícita: Últimas Tendencias», *Jornadas sobre la ilicitud de la prueba*, Santa Cruz de Tenerife junio 2009, [www.juriscomer.com](http://www.juriscomer.com).
- Díaz Cabiale, J.A/Martín Morales, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, 2001.
- Díez-Picazo Giménez, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid 2005.
- Esparza Leibar, I., *El principio del proceso debido*, Bosch Editores, 1995.
- Ferrajoli, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, 2004.
- Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción Andrés Ibáñez, P., y Greppi, A., Madrid, 1999.
- Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, 2007.
- Gómez Colomer, J.L., (Coor.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch 2008.
- Gómez-Jara Díez, C., «Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: El caso *Hudson v. Michigan* y el ocaso de la *Exclusionary Rule* en EEUU», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 20, 2008.
- González Cussac, J.L., (Coor. Gómez Colomer, J.L.), «La evolución de la teoría sobre la prueba prohibida aplicada al proceso penal español: Del expansionismo sin límite al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato!», *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch 2008.

<sup>62</sup> Recordemos, lo afirmado al inicio de este trabajo: «un derecho no garantizado no (es) un verdadero derecho». *Vid.* En este Capítulo el apartado III.2.A.a en relación con lo dicho por Ferrajoli, L., *op. cit.*, pág. 59.

<sup>63</sup> De la Oliva Santos, A., (VVAA), *Derecho Procesal. Introducción*, *op. cit.*, pág. 441.

- González García, J., «La protección de los derechos fundamentales en la Constitución Europea», *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, VVAA (Coord. De la Oliva Santos, A./Armenta Deu, T./Calderón Cuadrado, P.), Colex, 2007.
- González-Cuellar Serrano, N., «Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital», *Jornadas sobre Prueba ilícita*, Santa Cruz de Tenerife, junio 2009, [www.juriscomer.com](http://www.juriscomer.com).
- Goyena J., «Correcciones a la Doctrina de los frutos del árbol envenenado. El engaño del imputado», *Jornadas sobre la Prueba Ilícita Penal*. Santa Cruz de Tenerife, 25 y 26 de junio 2009 [www.juriscomer.com](http://www.juriscomer.com).
- Guariglia, F., *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Paraná, Editores del Puerto, 2005.
- López Ortega, J.J., «Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales en el Jurisprudencia europea», *La Jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1993.
- Marchena Gómez, M., «Dimensión jurídico-penal del correo electrónico», *Jornadas sobre la prueba ilícita de Gran Canaria, Jornadas sobre la Ilícitud de la Prueba*, Santa Cruz de Tenerife, junio 2009, [www.juriscomer.com](http://www.juriscomer.com).
- Marchena Gómez, M./Lozano-Higuero Pinto, M., *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Comares, 1994.
- Martín Pallín, J., «Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal», *Poder Judicial*, Especial VI.
- Martínez García, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, Tirant lo Blanch, 2009.
- Montero Aroca, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, 1999.
- Moreno Catena, V., «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», *Poder Judicial*, II.
- Rubio Llorente, F., «Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho», en *Fundamentos* nº 4, 2006.
- Rubio Llorente, F., «Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)», en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 64, 2002.
- Rubio Llorente, F., «La rebelión de las Leyes», en *Fundamentos* núm.4, Junta General del Principado de Asturias, 2006.
- Sánchez Núñez, T., «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de las nuevas tecnologías en la investigación penal», *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 2 (2007).
- Urbano Castrillo, E., «La testifical del abogado como prueba ilícita», BIB 2001/2202, [westlaw.es](http://westlaw.es).
- Urbano Castrillo, E. y Torres Morato, M., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi 1997.
- Vives Antón, S., «Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los frutos del árbol emponzoñado», *TOL*, 178872.

# CUESTIONES DE ORDENAMIENTO JUDICIAL

---

## La dificultad de la renovación del Consejo General del Poder Judicial: ¿posibles alternativas?

María Luz MARTÍNEZ ALARCÓN

### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La inclusión del Consejo General como órgano de gobierno del Poder Judicial en la Constitución española de 1978 se justificó, durante el debate constituyente<sup>1</sup>, en la necesidad de introducir una garantía institucional del principio de la independencia judicial. Detrás de ello latía la voluntad de hacer frente a la mediatización funcional que había venido sufriendo la Administración de Justicia como consecuencia del abuso que el Poder Ejecutivo había venido realizando de las atribuciones de gobierno que detentaba sobre la misma. En definitiva, el constituyente pretendía diseñar un modelo de gobierno judicial ajeno a la intervención del poder político que permitiera transformar lo que hasta entonces había sido una mera Administración de Justicia en un verdadero Poder Judicial, capaz de garantizar una actuación del juez *secundum legem* y la consiguiente sumisión del poder al Derecho.

Se ha dicho, por otro lado, que resulta absolutamente preciso preservar un funcionamiento autónomo del Consejo para que éste pueda desempeñar con eficacia su importantísimo cometido<sup>2</sup>, y han sido precisamente las deficiencias producidas en este sentido las que han suscitado las principales críticas sobre la institución desde el mismo momento de su creación, pero, sobre todo, desde que se aprobó la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (que reformó un Consejo hasta entonces regulado en la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero). En todo caso, las críticas al Consejo han ido *in crescendo* con el paso del tiempo como consecuencia de una utilización partidista del mismo que ha ido debilitando su posición institucional y que ha mermado su credibilidad y *auctoritas* como órgano de garantía de la independencia judicial<sup>3</sup>. Todavía

---

<sup>1</sup> Todos coincidieron en la necesidad de crear este órgano y apoyaron su composición mixta durante el debate constituyente. Lo que se discutió fueron sus funciones, el número de sus componentes y la cuestión relativa a los órganos encargados de la elección de sus vocales. Sobre el debate constituyente en torno al CGPJ véase Andrés Ibáñez y Movilla Álvarez (1986): 55-59.

<sup>2</sup> Entre otros, Andrés Ibáñez (1996): 209; Montero Aroca (1990): 124 y ss. La STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 10º, ya había establecido que «La verdadera garantía de que el Consejo cumpla el papel que le ha sido asignado por la Constitución en defensa de la independencia judicial no consiste en que sea el órgano de autogobierno de los Jueces, sino en que ocupe una posición autónoma y no subordinada a los demás poderes públicos». La cursiva es añadida.

<sup>3</sup> La crítica sobre el deficiente funcionamiento del Consejo ha sido prácticamente unánime. Véase, entre los textos más recientes, Iñiguez Hernández (2008): en diferentes partes de la obra, por ejemplo, 421-422; Barrero Ortega (2008): 1-5; Aguiar de Luque (2008): 23; Ballester Cardell (2007): 29-30 y 33; Pereda Gámez (2007): 54-56; Nieto García (2004): 74-75. Hay quien ha defendido la conversión del Consejo en un órgano auxiliar (básicamente con funciones de deliberación y propuesta) del Ministerio de Justicia al que debería corresponder el grueso de las decisiones sobre el gobierno de la justicia; Santaolalla López (2001): 248-250. También podríamos citar trabajos que consideran que esta institución está agotada (Maza

más, la crisis que vive este órgano como consecuencia de su patrimonialización<sup>4</sup> por parte de los partidos políticos se puso de manifiesto de forma particularmente evidente como consecuencia de la dilación absolutamente escandalosa producida con ocasión de su última renovación. Recordemos que la última renovación del órgano debió haberse producido en noviembre de 2006 (tras concluir los cinco años de mandato del correspondiente Consejo) y que no tuvo lugar hasta casi dos años después<sup>5</sup>.

En efecto, las asociaciones judiciales desarrollaron puntualmente sus procesos de elección interna y propusieron sus candidatos en el último trimestre del año 2006. Sin embargo, el enfrentamiento de intereses entre el Partido Popular<sup>6</sup> y el Partido Socialista Obrero Español<sup>7</sup> hizo imposible el acuerdo sobre la renovación del órgano, que todavía se percibió más difícil con ocasión de la sustitución del titular del Ministerio de Justicia que se produjo en febrero de 2007 (la sustitución del Ministro don Juan Fernando López Aguilar por don Mariano Fernández Bermejo no gustó absolutamente nada a los populares). Sólo tras las elecciones generales celebradas el día 9 de marzo de 2008 y la conclusión de los Congresos nacionales del PP y PSOE que sucedieron a las mismas, estas dos fuerzas políticas alcanzaron ciertos acuerdos en materia de justicia el día 22 de julio de 2008. Entre otros, un acuerdo sobre la necesaria renovación del Tribunal Constitucional y del propio Consejo General del Poder Judicial (aunque sin incluir en ese momento ninguna referencia a posibles nombres o cuotas, cuestión ésta que se pospuso para la vuelta de las vacaciones parlamentarias). Finalmente, la cuestión relativa a la designación de los miembros del órgano de gobierno del Poder Judicial se abordó transcurrido el mes de agosto concluyendo en un acuerdo político el día 8 de septiembre de 2008 que condujo a la renovación definitiva del Consejo antes de la apertura del año judicial que tuvo lugar el día 29 de septiembre de 2008<sup>8</sup>.

---

Martín (1991): 71), llegando incluso a poner en cuestión su propia existencia y proponiendo su supresión a través de la reforma constitucional correspondiente. En este sentido podrían corregirse las palabras del profesor Luis López Guerra cuando señalaba que «Al menos, al contrario de lo que ocurre respecto de otras instituciones, no parece que se ponga en cuestión su propia existencia, aunque no han faltado críticas relativas a su elección, regulación y funciones»; López Guerra (2003): 8. Por otro lado, sobre la falta de confianza del ciudadano en la Administración de Justicia y, más precisamente, en el Consejo, y sobre la propia desconfianza de los jueces y magistrados en su órgano de gobierno, véase Toharia Cortés y García de la Cruz Herrero (2005).

<sup>4</sup> Consistente en la «apropiación ilegítima de una organización y de sus correspondientes potestades que realiza un grupo de personas o estamento desviando sus fines originarios en beneficio del propio»; Nieto García (2004): ob. cit., 237-238.

<sup>5</sup> Precisamente sobre la posibilidad de llegar a esta situación de bloqueo en la renovación del Consejo ya advertí en un trabajo anterior al hilo de la tensión política desatada durante la VIII Legislatura (2004-2008) con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta reforma sustituyó el quórum de la mayoría simple que precisaba el Pleno del Consejo para efectuar las propuestas de ciertos nombramientos de altos cargos del Poder Judicial por un nuevo quórum consistente en una mayoría reforzada de los tres quintos (13 votos sobre 21) de ese mismo Pleno; Martínez Alarcón (2005): 33. En este texto concluí que dicho quórum reforzado no resulta un instrumento apropiado para mejorar la capacidad y el mérito de los candidatos finalmente propuestos. Sí que, sin embargo, podría contribuir a mejorar el grado de independencia de aquellos magistrados con expectativa de promoción. En cualquier caso, su mayor virtualidad consistiría en garantizar una composición más plural en el órgano intérprete supremo de la legalidad ordinaria que aquélla que se conseguía con la aplicación del ya derogado quórum de la mayoría simple.

<sup>6</sup> Que reclamaba una cuota de nombramiento de nueve vocales con el objetivo de mantener la minoría de bloqueo precisa tras la reforma del año 2004 del quórum previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial para la adopción de ciertas decisiones. Véase nota número 5 de este mismo texto.

<sup>7</sup> Que defendía una mayor diversidad en la procedencia parlamentaria de los vocales del Consejo, probablemente con el objetivo último de evitar que los populares consiguieran dicha minoría de bloqueo.

<sup>8</sup> El Pleno del Congreso designó a diez vocales el día 16 de septiembre de 2008 y el Pleno del Senado designó a otros diez el día 17 de septiembre de 2008. Los vocales tomaron posesión de sus cargos el día 23 de septiembre de 2008 y celebraron su sesión constitutiva al día siguiente eligiendo como Presidente del Consejo y del propio Tribunal Supremo a D. Carlos Dívar (hasta entonces Presidente de la Audiencia Nacional). Actualmente podemos distinguir entre: 1º. Vocales propuestos por los socialistas (9): seis de procedencia judicial y tres juristas de reconocido prestigio. 2º. Vocales propuestos por los populares (9): seis de procedencia judicial y tres juristas de reconocido prestigio. 3º. Vocal propuesto por el PNV (1 jurista de reconocido prestigio). 4º. Vocal propuesto por CiU (1 jurista de reconocido prestigio). Merece la pena señalar que, inmediatamente después del acuerdo, tanto el PSOE como el PP quisieron destacar en los medios de comunicación el perfil profesional y técnico (frente a uno más político) de los nuevos miembros del Consejo, probablemente en un intento de asentar la legitimidad de origen del nuevo órgano de gobierno del Poder Judicial. Ahora bien, dicha legitimidad de origen ha peligrado a raíz de las críticas

Ahora bien, si algo merece la pena destacar de todo este proceso de dilación en la renovación del órgano de gobierno del Poder Judicial —además de permitir constatar, una vez más, las maniobras partidistas destinadas a ocuparlo estratégicamente— es que el nombramiento final de sus nuevos vocales no se ha producido como consecuencia de una reforma normativa destinada a poner fin al bloqueo —y posibles bloqueos futuros— en la renovación de la institución<sup>9</sup>, sino que ha sido debida a consideraciones de tipo político, en concreto, a un replanteamiento por parte de los partidos —especialmente por parte del PP— de sus estrategias (en justicia pero también en otras materias) con vistas a mejorar futuros resultados electorales.

La solución al bloqueo de la institución ha sido, por tanto, coyuntural, como coyunturales son las relaciones entre los partidos políticos. Ésta es precisamente la razón que impide valorar de forma completamente positiva dicha renovación, pues nada impediría que cambios futuros en los intereses y consiguientes relaciones partidistas —que, por cierto, ya se están comenzando a avistar— pudieran conducir de nuevo a una situación tan grave para el prestigio y la consiguiente credibilidad de la institución como la acaecida durante la anterior legislatura. En este sentido la doctrina constitucional española especializada en la materia se enfrenta a un nuevo cometido: indagar en la búsqueda de aquella solución o soluciones más apropiadas para evitar, o cuando menos reducir, las posibilidades de que se reproduzca una situación como la vivida. Los resultados de esta reflexión podrían justificar un cambio de la legislación judicial y, en todo caso, podrían recuperar protagonismo y resultar útiles si se repitiera el fenómeno de la crispación política y la consiguiente falta de acuerdos que ha caracterizado el desarrollo de la VIII Legislatura en España.

## II. PROPUESTAS FORMULADAS PARA SOLUCIONAR LA DILACIÓN EN LA RENOVACIÓN DEL ÓRGANO DE GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL

Ni la Constitución, ni la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni los propios Reglamentos de las Cámaras, contienen previsión alguna destinada a garantizar —en los casos conflictivos de falta de acuerdo— la renovación del órgano de gobierno del Poder Judicial en un plazo de tiempo prudencial evitando así dilaciones excesivas y situaciones de bloqueo como la vivida con ocasión de su última renovación<sup>10</sup>. Tampoco

---

vertidas sobre la nueva composición del Consejo. Se ha discutido: la entrada en el Consejo de una ex secretaria de Estado, dos ex diputados y un ex consejero, además de la presencia de dos candidatos que han dado el salto directo desde la política; que no haya sido designado ningún vocal judicial independiente (recordemos que la reforma del año 2001 privilegió a las asociaciones cuando, realmente, la proporción de Jueces y Magistrados afiliados y no afiliados es más o menos similar); que los populares sólo hayan designado vocales judiciales procedentes de la conservadora Asociación para la Magistratura (durante toda la negociación, el PSOE pidió al PP que rectificara su intención de dar cabida sólo a jueces procedentes de la Asociación para la Magistratura pero, finalmente, se aceptó la lista propuesta por el PP). A cambio, el PSOE ha extraído a todos sus vocales judiciales de Jueces para la Democracia, salvo a uno de la asociación Francisco de Vitoria; que los vocales, una vez más, se hayan limitado a confirmar un acuerdo adoptado fuera de su seno por los partidos políticos sobre los principales cargos de la institución (presidencia y vicepresidencia). Finalmente, los propios negociadores del acuerdo (el Ministro de Justicia, don Mariano Fernández Bermejo —corregido inmediatamente por la Vicepresidenta y portavoz del Gobierno doña M<sup>a</sup> Teresa Fernández de la Vega— y la portavoz del PP, doña Soraya Sáenz de Santamaría) discutieron las previsiones normativas existentes sobre la composición del Consejo.

<sup>9</sup> Esta reforma normativa se anunció en su momento, cuando el acuerdo PSOE-PP era impensable. <sup>10</sup> Íñiguez Hernández hace un seguimiento de los retrasos en la renovación total de los diferentes Consejos e, incluso, en ciertas renovaciones de alguno de sus vocales (por ejemplo, en 1993 pendía la designación de dos vocales cuando se propuso tratar conjuntamente su elección con la del Defensor del Pueblo). El Consejo 1990-1995 se renovó en julio de 1996, con nueve meses de retraso y una vez celebradas las elecciones generales de marzo de 1996. En el momento de la renovación (noviembre 1995), tanto PP como PSOE propusieron modificaciones en el sistema de designación de los vocales siguiendo una estrategia dilatoria. El PP propuso que los doce vocales judiciales debían ser designados por las propias asociaciones judiciales, lo que hubiera precisado una reforma de la LOPJ que no impulsó tras su victoria electoral (esta estrategia pretendía, con toda probabilidad, retrasar la renovación hasta que, con una victoria electoral en perspectiva, su influencia fuera mayor). El PSOE propuso que la Comisión de Justicia e Interior del Congreso hiciera una preselección con audiencia y estudio de los méritos de los candidatos.

contiene ninguna previsión específica al respecto el Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ. La única previsión relativa a esta materia se contiene en el artículo 114 LOPJ y alude a la necesidad de que su Presidente (y del propio Tribunal Supremo) se dirija, con seis meses de antelación a la expiración de su mandato, a los Presidentes de las Cámaras, interesando que éstas procedan a la elección de los nuevos vocales (con el objetivo, naturalmente, de facilitar la consecución de acuerdos políticos que permitan sustituir al Consejo cesante por el entrante en el momento de la expiración del mandato del primero y no mucho más allá de ese momento). Sin embargo, esta única referencia al respecto no impide que las negociaciones sobre la renovación del órgano puedan permanecer abiertas *sine die*.

El debate sobre la posibilidad de introducir mecanismos normativos que pudieran contribuir a evitar situaciones de bloqueo en la renovación del órgano de gobierno del Poder Judicial se suscitó con especial virulencia como respuesta a los casi dos años de dilación en la renovación del Consejo 2001-2006. En muchos casos las propuestas emergían de un Gobierno socialista que veía, impotente, que no contaba con mecanismos para poner remedio a una situación que se dilataba en el tiempo y que le estaba impidiendo articular una nueva composición en el órgano que le fuera favorable. Varias fueron las soluciones apuntadas al respecto. Principalmente, se habló de la necesidad de prever un *auténtico* Consejo en funciones y de una reforma encaminada a sustituir la renovación total del órgano (actualmente vigente) por una renovación parcial del mismo.

La propuesta sobre la previsión de un *auténtico* Consejo en funciones se produce tras constatar que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 115.2 LOPJ («El Consejo saliente *continuará en funciones* hasta la toma de posesión del nuevo Consejo»<sup>11</sup>), el órgano de gobierno del Poder Judicial que había concluido su mandato en el año 2006 obviaba las consecuencias que en principio se desprenderían de la propia naturaleza de un órgano en funciones. En este sentido, se pudo comprobar que un órgano que se mantenía sólo «en funciones» una vez concluido su mandato (hasta que fuera sustituido por el nuevo) actuaba de manera extensiva ejecutando exactamente las mismas competencias que ejecutaba antes de producirse la expiración del mismo. Paradójicamente, un Consejo en funciones continuaba funcionando, de facto, como un Consejo no en funciones.

Precisamente para evitar esta situación (que cualquier fuerza política continuara beneficiándose de sus mayorías cualificadas en un Consejo ya extinguido sin que le interesase por tanto renovar; un Consejo que necesariamente habría de ser conflictivo con las correspondientes consecuencias negativas en orden a la preservación de su credibilidad), el Gobierno socialista formuló a través de su Ministro de Justicia, don-Mariano Fernández Bermejo<sup>12</sup>, una propuesta en la que abogaba por una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial para prever «un *auténtico* Consejo en funciones». En concreto, el Ministro anunció en su momento que una reforma en este sentido ya estaba preparada y que en ella se preveía el cese del Consejo correspondiente

---

En 2001, la renovación del Consejo con arreglo al nuevo sistema se retrasó desde julio hasta noviembre. La renovación debida en noviembre de 2006 ha batido la marca del retraso —que hasta ahora tenía el de 1991—; Íñiguez Hernández (2008): ob. cit., 303-304.

<sup>11</sup> La cursiva es añadida. Téngase en cuenta que el artículo 126 del Proyecto LOPJ que llegó al Congreso preveía la renovación del Consejo en su totalidad cada cinco años y establecía que, transcurrido dicho plazo, el Consejo cesante continuaría «*en el ejercicio de sus funciones* hasta la fecha de constitución del nuevo». Por su parte, el art. 134 del mismo texto establecía que el Presidente del Consejo, con un plazo de antelación de seis meses a la expiración de su mandato, debía dirigirse a los Presidentes de las Cámaras legislativas para que interesaran la elección de los vocales que les correspondía designar. En el Dictamen de la Comisión en el Congreso se funde el contenido de los artículos 126 y 134 del Proyecto en un artículo único (el 118) que cambia sustancialmente su redacción y su consiguiente significado en torno a cuál debía ser el cometido del Consejo saliente hasta tanto en cuanto no se produjera su sustitución por el nuevo. En concreto, y por lo que a esta cuestión se refiere, el precepto establecía que el Consejo saliente «*continuará en funciones* hasta la toma de posesión del nuevo Consejo» (ésta será la redacción que resulte finalmente aprobada en el artículo 115 LOPJ).

<sup>12</sup> Fernández Bermejo, *La Verdad*, domingo, 10-06-2008, pág. 28.

el día en que se cumplieran sus cinco años de mandato, permaneciendo una Comisión del mismo dedicada a gestionar el día a día. Desde este punto de vista, el Gobierno se sumaba así a ciertos planteamientos doctrinales que ya habían sugerido la posibilidad de prever el cese inmediato de todos los vocales del Consejo tras la expiración de su mandato, excepto de aquellos que formaran parte de la Comisión Permanente<sup>13</sup>.

Esta solución podría, en efecto y si se articulara correctamente, impedir que el órgano de gobierno del Poder Judicial siguiera desempeñando todas sus funciones después de su cese y hasta tanto en cuanto no se constituyera el nuevo órgano. Sin embargo, la medida, en situaciones de grave enfrentamiento como la acaecida durante la VIII Legislatura entre las dos principales fuerzas políticas del panorama nacional, no solucionaría el problema del bloqueo en su renovación. Antes bien, en este contexto, no parece improbable que el conflicto se trasladara al seno de la propia Comisión en funciones afectando así incluso a la gestión del día a día del Consejo (fuera ésta la Comisión Permanente u otra creada específicamente para este supuesto)<sup>14</sup>.

Para evitarlo, quizás podríamos plantearnos que la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial previendo un *auténtico* Consejo en funciones viniera acompañada de la previsión de una «cláusula de desbloqueo» en virtud de la cual, transcurrido cierto tiempo desde la expiración del mandato del Consejo saliente, se sustituyera la mayoría cualificada de tres quintos que precisan los grupos parlamentarios para llegar a acuerdos en este punto por, por ejemplo, una mayoría también cualificada pero, esta vez, absoluta<sup>15</sup>. Ahora bien, ésta es una solución que podría plantear problemas desde el punto de vista de la legitimidad de origen del órgano pero que, sobre todo, no resulta sencilla de llevar a la práctica porque, en efecto, mientras que para la renovación de los vocales judiciales bastaría con reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial en el sentido mencionado, la modificación del quórum necesario para proceder al nombramiento de los vocales no judiciales precisaría una reforma constitucional (un procedimiento éste muchísimo más complejo en el marco de Constituciones rígidas como la nuestra).

Por otro lado, también se planteó la posibilidad de sustituir la actual renovación total del Consejo por una renovación parcial.

La exigencia de renovación total del órgano no se puede desprender del artículo 122.3 CE (por tanto, su sustitución por un sistema de renovación parcial no precisa de una compleja reforma constitucional). La renovación total del órgano se muestra, antes bien, como la consecuencia de una decisión del legislador orgánico<sup>16</sup>. En concreto, el artículo 114 de la LOPJ dispone que el Consejo se renovará *en su totalidad* cada cinco años, computados desde la fecha de su constitución. Por otro lado, esta previsión sobre la renovación total de órgano ha suscitado críticas en los sectores

---

<sup>13</sup> En este sentido, por ejemplo, el profesor Aguiar de Luque ha recordado recientemente su propuesta de eliminar la *prorogatio* para todos los vocales del Consejo excepto para su Presidente y aquellos vocales (dos juristas y dos judiciales) que en el momento de la conclusión de su mandato formaran parte de la Comisión Permanente. Esta Comisión «se mantendría jurídicamente activa y habilitada para convocar aquellos concursos de traslado que ordinariamente pudieran corresponder y cuya resolución tuviera exclusivamente carácter reglado, así como aquellas otras competencias de administración y gestión del estatuto judicial en las que la inamovilidad de Jueces y Magistrados pudiera verse comprometida»; Aguiar de Luque (2009): 97.

<sup>14</sup> Se ha señalado que una propuesta de ingeniería legal como ésta no solucionaría una cuestión que tiene difícil arreglo cuando una minoría parlamentaria relevante actúa de forma abusiva y con una falta absoluta de «lealtad constitucional»; Íñiguez Hernández (2008): ob. cit., 501-502.

<sup>15</sup> Los resultados positivos obtenidos que introdujo una previsión en este sentido con relación a la renovación de otro órgano usualmente conflictivo como el Consejo de Administración de RTVE nos podrían llevar a considerar con seriedad dicha propuesta. En efecto, la Ley 17/2006, de 5 de junio, que regula la nueva Corporación de la Radio y la Televisión de titularidad estatal (BOE núm. 134, de 6 de junio), prevé, aunque sólo para el caso del primer mandato del Consejo según su disposición transitoria cuarta, la sustitución de la mayoría cualificada de los dos tercios que precisan cada una las Cámaras — Congreso y Senado — para constituir el Consejo de Administración de RTVE por una mayoría absoluta del Congreso cuando no consigan cerrar un acuerdo y haya transcurrido un cierto periodo de tiempo. El resultado fue, como señala Íñiguez Hernández, una rápida constitución de ese primer Consejo, precisamente en un momento en el que se empantanaba la renovación del Consejo General del Poder Judicial.

<sup>16</sup> En el mismo sentido véase Aguiar de Luque (2008): ob. cit., 33; Velázquez Álvarez (2008): 224.

especializados en la materia que han desembocado en la formulación de ciertas propuestas de reforma normativa con las que se pretende sustituir dicho sistema por otro de renovación parcial que parece mucho más adecuado para garantizar cierta continuidad en el regimiento judicial<sup>17</sup>. Además, recientemente y respondiendo a los últimos acontecimientos, esta reforma se ha planteado también como una posible solución para frenar situaciones de bloqueo en su renovación.

Pues bien, dejando al margen los efectos positivos que una reforma como la propuesta podría producir en cuanto a la eficacia en el funcionamiento del órgano (a través de la garantía de su continuidad), la pregunta sería si, en efecto, dicha modificación puede resultar también útil para frenar o evitar situaciones de bloqueo en la renovación del órgano de gobierno del Poder Judicial. Precisamente, lo que pasa con el Tribunal Constitucional, un órgano caracterizado por un sistema de renovación parcial, puede servirnos para deducir que una renovación parcial orgánica puede conducir a enfrentamientos y a situaciones de bloqueo —aunque sólo sea en el marco de renovaciones parciales— con consecuencias tan graves como las que se plantean en los casos de bloqueo de una renovación total orgánica. Y es que en ambos supuestos está en juego la composición definitiva del órgano correspondiente y, en definitiva, el interés partidista consistente en conseguir una posición estratégica en el mismo.

Desde un punto de vista estrictamente doctrinal, se ha formulado recientemente una propuesta por parte del profesor Santamaría Pastor con la intención de solventar el problema del bloque en la renovación de órganos como el Consejo General del Poder Judicial<sup>18</sup>; propuesta ésta provocadora que, precisamente por ello, ha contribuido a enriquecer el debate sobre el instituto de la *prorogatio* suscitando la aparición inmediata de una reflexión sobre el tema, esta vez más matizada, de parte del profesor Aguiar de Luque<sup>19</sup>.

En concreto, Santamaría Pastor constata que la Constitución no establece nada sobre el régimen que debe entenderse aplicable en los casos en los que no se nombran o eligen a los miembros que han de sustituir a aquellos que ya han concluido su mandato en el órgano correspondiente y que, por consiguiente, dicho régimen queda tácitamente remitido a lo que pueda disponer el legislador. Según este autor, el legislador ha silenciado el tema en el caso del Consejo General del Poder Judicial, por lo que se aplica el principio general de la prórroga de mandato o *prorogatio*<sup>20</sup>. La *prorogatio*, que está al servicio del principio de continuidad en el funcionamiento de los órganos constitucionales, incide sin embargo de forma negativa en los principios de temporalidad del poder y de independencia y produce efectos perversos (a saber: su aparente bajo coste invita a su empleo sistemático; constituye un factor de deslegitimación del órgano prorrogado y de la totalidad de las decisiones que adopta; la sensación de interinidad de los miembros del órgano prorrogado daña su funcionamiento —menciona,

---

<sup>17</sup> Dicha modificación tendría, a juicio de Iñiguez Hernández, efectos positivos: facilitaría la creación y transmisión de una cierta cultura propia del órgano; evitaría que con cada renovación se produjera una cierta desorientación por el aprendizaje necesario de todos sus integrantes; y haría más difícil la relación entre las mayorías parlamentarias de cada momento y la formación del Consejo, ya que introduciría un cierto elemento de azar —y otro de continuidad frente a los avatares de la política general— en un órgano hoy muy dependiente de cada renovación; Iñiguez Hernández (2008): ob. cit., 501. Considerando, igualmente, la necesidad de introducir la renovación parcial de los vocales del Consejo véase Velázquez Alvarez (2008): ob. cit., 224; Pedraz Penalva (1996): 21 y 480.

<sup>18</sup> Santamaría Pastor (2008): 11-26.

<sup>19</sup> Aguiar de Luque (2009): ob. cit., 83-98. Véase, en cualquier caso, la matización que realiza este autor sobre la utilización del concepto «órganos constitucionales»; íbidem: 84.

<sup>20</sup> Señala que el legislador ha optado, en unos casos, por la solución del mandato improrrogable (miembros de las Cámaras); en otros por la *prorogatio* propiamente dicha (Magistrados del Tribunal Constitucional, Consejeros del Tribunal de Cuentas y Vocales de la Junta Electoral Central); en otros por el sistema de sustitución (Defensor del Pueblo); y en otros, como en el supuesto de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, ha silenciado el tema; Santamaría Pastor (2008): ob. cit., 12-14. Ahora bien, y tal y como ya ha puesto de manifiesto el profesor Aguiar de Luque, lo cierto es que el legislador orgánico no ha silenciado esta cuestión en el caso del Consejo pues, en efecto, ya hemos visto cómo el artículo 115.2 LOPJ establece la continuación del mismo en funciones en los supuestos de la expiración de su mandato; Aguiar de Luque (2009): ob. cit., 87-88.

por ejemplo, la pasividad frente a la toma de decisiones de relativa trascendencia—). Y estos motivos son los que llevan a Santamaría Pastor a considerar que la prórroga de mandato no se puede admitir con carácter general y propone su supresión (o al menos la previsión de límites rígidos a su empleo tales como condicionarla a la concurrencia de determinados requisitos materiales y/o temporales o vincularla a ciertos sistemas alternativos de renovación).

La supresión de la *prorogatio* produciría una inactividad absoluta por parte del órgano afectado tras concluir su mandato como consecuencia de la falta de acuerdo entre las fuerzas políticas para designar a sus nuevos titulares. Esta situación de vacío institucional provocaría un mayor desgaste de la simpatía y/o confianza que despiertan los partidos ante la opinión pública que el desgaste que sufren cuando no llegan a un acuerdo de renovación, pero el órgano continúa funcionando gracias a la prórroga del mandato de sus miembros. Y, en definitiva, este coste social supuestamente mayor facilitaría la conclusión de acuerdos políticos sobre la renovación del órgano afectado.

Ahora bien, la presunción de que el coste social sea mayor en los supuestos de absoluta inactividad de un órgano como el Consejo General (frente a la situación actual en la que se admite la prórroga del mandato de sus miembros) es discutible. Probablemente sólo los interesados en estas cuestiones se escandalizan ante la falta de acuerdos políticos en dicho ámbito y este rechazo se produce tanto en un caso como en el otro. Y lo mismo sucede entre aquellos que se ven afectados por sus decisiones (Jueces y Magistrados, algunos de los cuales se pueden ver incluso beneficiados por una situación de vacío institucional atendiendo a sus circunstancias particulares). Por otra parte, el propio autor afirma, concluyendo su análisis, que su propuesta no puede garantizar el fin de todas las disfunciones en el proceso de renovación del órgano de gobierno del Poder Judicial, ni puede garantizar la ausencia de otras disfunciones imprevistas y aún peores. Y es que la solución planteada, con ser interesante, es ciertamente radical en sus consecuencias en la medida en la que, ante la ausencia de acuerdos políticos al respecto (en situaciones de fuerte tensión política como la vivida durante la VIII Legislatura en España), provocaría una situación de vacío institucional en un sector tan relevante como el del gobierno del Poder Judicial que resultaría difícilmente sostenible<sup>21</sup>.

### **III. LA REFORMA DE LAS PROPUESTAS DE NOMBRAMIENTO DE LOS ALTOS CARGOS JUDICIALES COMO OTRA POSIBLE VÍA PARA FACILITAR LA RENOVACIÓN DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Teniendo en cuenta que las propuestas relativas a la previsión de un *auténtico* Consejo en funciones y a la introducción de un proceso de renovación parcial del Consejo parecen insuficientes para luchar contra el fenómeno de la ocupación estratégica del Consejo y, en su caso, contra el consiguiente bloqueo en la renovación —aunque sólo sea parcial— de la institución, y considerando, coincidiendo con el profesor Aguiar de Luque, que la propuesta del profesor Santamaría Pastor resulta excesivamente traumática y que no garantiza la conclusión de acuerdos en este ámbito pudiendo, sin

---

<sup>21</sup> Precisamente, en este sentido se manifiesta el artículo del profesor Aguiar de Luque (2009): ob. cit., 83-98. En efecto y por lo que hace al Consejo General del Poder Judicial, este autor considera que la propuesta del profesor Santamaría Pastor de suprimir la *prorogatio* resulta excesiva y puede provocar gravísimas consecuencias para el sistema institucional. En concreto, podría conducir a una paralización indefinida del Consejo difícilmente soportable habida cuenta la naturaleza de la misión que este órgano tiene encomendada. Para Aguiar de Luque la supresión de la *prorogatio* sólo resultaría atendible si se implementara con otro tipo de medidas destinadas a evitar que se produjera una paralización del Consejo que podría provocar gravísimas consecuencias. Por un lado, se podría combinar una eventual supresión de la *prorogatio* con el fraccionamiento de la renovación del órgano. También se podría, por otro lado, suprimirla parcialmente de tal forma que se permitiera la prórroga en el mandato de los miembros de la Comisión Permanente.

embargo, conducir a una paralización indefinida del funcionamiento de un órgano de la relevancia del Consejo, podemos seguir pensando en otras posibilidades que pueden contribuir a facilitar la conclusión de este tipo de acuerdos.

Concretamente, se trataría de incidir directamente en las causas que suscitan el interés de los partidos por ocupar una posición estratégica en el seno del órgano de gobierno del Poder Judicial; un interés que se debe, en buena parte, a las importantes funciones discrecionales que el Consejo desempeña en la actualidad. Me estoy refiriendo al nombramiento de ciertos altos cargos judiciales gubernativos y jurisdiccionales. Recordemos que el artículo 326.2 LOPJ excepciona del régimen de concursos el nombramiento de los Presidentes de las Audiencias, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional y Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo, y que los artículos 189 a 197 del Reglamento del Consejo nº 1/1995, de la Carrera Judicial, se refieren a ellos como «nombramientos discrecionales». Ésta es una de las principales causas por las que interesa controlar en todo momento el Consejo y por la que su renovación resulta tan compleja<sup>22</sup>, máxime cuando dicha renovación se decide con frecuencia en una negociación que afecta también a la renovación de otros órganos y que lleva a considerar la distribución de cuotas de manera conjunta para todos ellos<sup>23</sup>.

Hasta el momento, muchos han sido los autores que han cuestionado la utilización arbitraria que el órgano de gobierno del Poder Judicial ha realizado del margen de discrecionalidad del que dispone para efectuar dichos nombramientos<sup>24</sup>. En este punto, y en general, el Consejo no se ha conducido con arreglo a criterios técnicos, sino, antes bien, con arreglo a unas pautas basadas exclusivamente en intereses de la política de partidos que han incidido, primero, en la cualificación jurídico-técnica de aquellos que finalmente han llegado a estos puestos, y, segundo, que han condicionado la independencia de unos Jueces y Magistrados que sienten cómo su actuación jurisdiccional es valorada a través de planteamientos muy alejados del principio de la estricta profesionalidad.

Teniendo en cuenta esta situación parece acertado, por tanto, reflexionar para decidir en qué medida resulta posible incidir en el margen de discrecionalidad del que dispone el Consejo para adoptar este tipo de decisiones con la intención de someterlas al principio meritocrático y, a su través, a ciertos parámetros de control como son la objetivación, la transparencia y la motivación. Así se puede contribuir a despolitizar el órgano garantizando, en última instancia, el principio de la independencia judicial<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> En este sentido estoy absolutamente de acuerdo con Íñiguez Hernández cuando señala que, al margen de la intervención disciplinaria del Consejo, que ha sido especialmente reactiva al estímulo de los medios y de la política, «estar presente» en el Consejo interesa como consecuencia de la tarea que le compete de efectuar ciertos nombramientos; Íñiguez Hernández (2008): ob. cit., 421-422. Siguiendo su obra, tras la segunda Guerra Mundial han cambiado los canales de influencia política sobre el Poder Judicial. En los países anglosajones se ejerce en el momento del reclutamiento de los jueces mientras que en los sistemas continentales la influencia se ejerce principalmente a través del sistema de nombramiento de los altos magistrados; ibídem: 429. El Consejo se encuentra altamente politizado porque «el gobierno (y la oposición) son perfectamente conscientes de que el destino legal, político y personal del propio gobierno y de sus actos están en manos de unas pocas docenas de magistrados que, si son de veras independientes, están en condiciones de controlar efectivamente al poder ejecutivo». Para evitarlo, «cuidan particularmente el nombramiento de los jueces `superiores'», en torno a cada uno de los puestos «los partidos entablan luchas encarnizadas para colocar en ellos a hombres de su confianza»; Nieto García (2003): 388 y ss.

<sup>23</sup> Cuando venció el mandato del Defensor del Pueblo en el año 1993 sin que el Congreso hubiera iniciado el procedimiento para designar a su sucesor, el PSOE propuso acumular esta cuestión a la de la designación pendiente de dos vocales del CGPJ. En el año 2001, la renovación del CGPJ con arreglo al nuevo sistema debía haber sido la prueba de la nueva disposición al consenso, pero se retrasó desde julio hasta noviembre por el desacuerdo en una elección que se quería cerrar de forma conjunta sobre los vocales del CGPJ, seis consejeros del Tribunal de Cuentas y cuatro magistrados del Tribunal Constitucional. Todo ello en Íñiguez Hernández (2008): ob. cit., 302.

<sup>24</sup> Críticos con la discrecionalidad incontrolada de ciertos nombramientos en el ámbito del Consejo se han mostrado, entre otros, Pereda Gámez (2007): ob. cit., 55-56; Hernández García (2006): 72 y ss.; Andrés Ibáñez (2005): 12-15; Nieto García (2004): ob. cit., 7; Arnaldo Alcubilla (1988): 724.

<sup>25</sup> Ya he destacado, en otra ocasión, que la naturaleza reglada de los procedimientos a través de los cuales se articulan la mayoría de las decisiones del Consejo resulta fundamental para garantizar el principio de la independencia judicial. Del mismo modo, reconducir la discrecionalidad para alejarla de la arbitrariedad en ciertos casos (como los relativos al nombramiento de los magistrados del Tribunal

Así será posible reforzar la posición institucional del Consejo y su credibilidad dentro del sistema (tanto desde un punto de vista externo, de cara a la opinión pública, como desde un punto de vista interno, esto es, en el seno de la propia Carrera Judicial<sup>26</sup>). Así se reducirá la disponibilidad del Consejo para decidir entre los aspirantes a las plazas correspondientes y el interés partidista por mantener determinadas cuotas de presencia en el órgano de gobierno del Poder Judicial será menor (aunque siempre persista cierto interés debido a la imposibilidad de suprimir ciertos márgenes de discrecionalidad en el ámbito de estas decisiones por los motivos que más adelante se expresarán<sup>27</sup>).

Pues bien, las propuestas en este sentido han oscilado entre el llamamiento al legislador orgánico<sup>28</sup>, y aquéllas otras, más moderadas, que se dirigen al titular de la potestad reglamentaria, el Consejo General del Poder Judicial, para que sea éste quien reconduzca su ámbito de discrecionalidad en este punto adoptando los acuerdos necesarios dirigidos a garantizar la objetivación, transparencia y motivación de los procesos de designación discrecional<sup>29</sup>. Si el legislador afrontara con cierto detalle dicha regulación, el modelo se aproximaría bastante a un concurso clásico de méritos. La discrecionalidad sería mayor si se vinculara al Consejo estableciendo legalmente una serie de principios básicos para que, posteriormente, fuera éste quien procediera a concretar los criterios de selección de los candidatos y su valoración. Pero, cualquiera que fuera la solución por la que finalmente se optara, el objetivo último debería consistir en articular los procedimientos que anteceden a estos nombramientos insistiendo en el elemento meritocrático a través de tres vías fundamentalmente: objetivación, transparencia y motivación.

En esta línea apunta, por otra parte, la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>30</sup>. En efecto, este órgano ha variado sustancialmente su posición en torno a los *criterios y requisitos procedimentales* que el Consejo debe aplicar para proceder a la provisión de los altos cargos judiciales.

Durante mucho tiempo, el Supremo había respaldado la tesis en virtud de la cual la consideración de estos puestos como puestos de libre designación permitió que el órgano de gobierno del Poder Judicial decidiera sobre su provisión atendiendo a criterios de confianza personal basada en apreciaciones de oportunidad política, afinidad personal o adscripción ideológica y sin necesidad de motivar las decisiones adoptadas al respecto (lo cual impedía el control jurisdiccional de los actos de nombramiento discrecional de los altos cargos del Poder Judicial adoptados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial)<sup>31</sup>.

El viraje jurisprudencial en esta materia se produjo con ocasión del conocido como caso *Gómez Bermúdez* en el año 2006<sup>32</sup>. En este momento, la sentencia de la Sala

---

Supremo) resulta también un instrumento apropiado para garantizar el mismo principio; Martínez Alarcón (2005): ob. cit., 31-40.

<sup>26</sup> Desde un punto de vista interno, se ha puesto de manifiesto la general desafección de los jueces sobre la tarea del Consejo (desapego general de los jueces respecto de su órgano de gobierno porque se considera que su actuación es insuficiente ante las necesidades de la justicia y la defensa de los intereses del colectivo judicial; en este sentido, cuestionan la imprevisión sobre las expectativas de progresión profesional). Desde un punto de vista externo, se ha destacado la falta de consideración de la opinión pública hacia una institución altamente politizada y poco eficaz; Pereda Gámez (2007): ob. cit., 54.

<sup>27</sup> Y es que la solución definitiva del problema parece radicar en la actuación de los partidos políticos conforme al principio de lealtad constitucional.

<sup>28</sup> Desdentado Daroca (2008): 555 y 569; Hernández García (2006): ob. cit., 74-75.

<sup>29</sup> Bacigalupo Saggese (2000).

<sup>30</sup> Un análisis crítico de la evolución jurisprudencial acontecida en el seno del Tribunal Supremo sobre esta materia en Desdentado Daroca (2008): ob. cit., 555-573.

<sup>31</sup> Véase, especialmente, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1999 (RJ 2000\3202), que resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 449/1997 interpuesto por la Asociación «Jueces para la Democracia» contra el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 9 de abril de 1997 (RD 605/1997, de 18 de abril) por el que se nombró Presidente de la Audiencia Provincial de Pontevedra a D. Jaime C. (ponente Excmo. señor Fernando Martín González).

<sup>32</sup> Si bien es cierto que el FJ 4º de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2005 (RJ 2005\2212), que resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 260/2004 presentado contra el RD 1763/2004, de 27 de junio, por el que se promueve a la categoría de Magistrado del Tribunal

Tercera del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006<sup>33</sup>, al hilo del nombramiento del Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, consideró que estos cargos judiciales no eran similares a los puestos de libre designación de la Administración (a diferencia de lo que había sostenido en su jurisprudencia precedente)<sup>34</sup> y que su provisión, por consiguiente, debía producirse a través de un *sistema mixto* que tomaría en cuenta tanto criterios objetivos o reglados (atendiendo a los principios del mérito y la capacidad), como criterios subjetivos no reconducibles a parámetros objetivados y predeterminados y que respondían a la necesidad de preservar un cierto margen de libertad para decidir al respecto a favor del órgano de gobierno del Poder Judicial (si bien es cierto que el Tribunal Supremo consideró que la decisión debía atender, también en este último caso, no a la existencia de una mera relación de confianza personal basada en apreciaciones de oportunidad política, afinidad personal o adscripción ideológica, sino a criterios que valoraran la idoneidad o aptitud profesional de los aspirantes al cargo; que atendieran, por tanto, también a las nociones de mérito y capacidad y que así tampoco quedaban exentos de control jurisdiccional). Este cambio de consideración sobre el criterio que debía protagonizar los nombramientos de los altos cargos judiciales (de la pura confianza personal al criterio meritocrático) conllevó, a su vez, una modificación sobre el entendimiento de los elementos formales o procedimentales que debían regir la actuación del órgano de gobierno en este punto, con especial referencia al elemento de la motivación (irrenunciable a partir de este momento). Todas estas tesis, en especial en materia de motivación, han sido ratificadas (y desarrolladas) por las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007<sup>35</sup> y de 21 de enero de 2008<sup>36</sup>, las cuales han extendido, en definitiva, la intensidad del control jurisdiccional que deben soportar estas decisiones del Consejo.

---

Supremo a don Franco (ponente Excmo. señor Ramón Trillo Torres), ya había advertido (hablando del requisito de la motivación en el ámbito de este tipo de nombramientos) de la complejidad de este tema y de la existencia de una jurisprudencia en tránsito sobre esta materia que todavía no había arribado a una conclusión firme y consolidada.

<sup>33</sup> Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006 que resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 309/2004 por el que se impugnaba el Real Decreto 1826/2004, de 30 de julio, por el que se nombra presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a don Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez (ponente Excmo. señor Ramón Trillo Torres). Describiendo el proceso que condujo al nombramiento de Gómez Bermúdez para la presidencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y valorando el cambio de jurisprudencia de forma positiva, Lucas Murillo de la Cueva (2007): 145-156. Realizando una crítica del resultado final a que condujo todo este proceso, Igartúa Salaverria (2007): 307-324.

<sup>34</sup> Con todo se ha apuntado que, desde el punto de vista de la selección del candidato y teniendo en cuenta la doctrina recogida en la STC 235/2000, de 5 de diciembre y lo dispuesto en el art. 80.1 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (en ambos casos se vincula la libre designación con la necesidad de apreciar la idoneidad del funcionario para ocupar el puesto), lo cierto es que el esfuerzo que realiza el Tribunal Supremo por diferenciar entre la libre designación en el ámbito de la Administración pública y la provisión de ciertos puestos en el ámbito de la Administración judicial es superfluo (precisamente por ello el voto particular de la sentencia del caso *Gómez Bermúdez* no ve ningún obstáculo en considerar que los altos cargos judiciales son puestos de libre designación). La diferenciación no resulta tan superflua, sin embargo, si la cuestión se analiza desde el punto de vista del cese en estos puestos. En efecto, la jurisprudencia ordinaria existente hasta ahora sobre el cese de los puestos de libre designación en la Administración pública, que niega la exigencia de motivación material en este ámbito, genera una desconfianza comprensible a la hora de utilizar la denominación «puestos de libre designación» en el ámbito de los nombramientos discrecionales de los altos cargos del Poder Judicial; Porta Pego (2007): 605-612.

<sup>35</sup> Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007 (RJ 2008\794) por la que se resuelve el recurso de casación interpuesto frente a los RRDD 1263/2006 y 1264/2006, de 27 de octubre, sobre promoción a la categoría de magistrados del Tribunal Supremo (ponente: Excmo. señor Nicolás Antonio Maurandi Guillén).

<sup>36</sup> Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2008 (RJ 2008\426) por la que se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el RD 83/2007, de 19 de enero, por el que se nombra Presidente de Sala (ponente Excmo. señor José Díaz Delgado).

## 1. La objetivación de los procesos de nombramiento de los altos cargos judiciales

La pretensión de objetivar las funciones del Consejo está relacionada con una cierta idea sobre la naturaleza de este órgano<sup>37</sup>. Recordemos la contraposición básica existente entre el entendimiento del Consejo como órgano político<sup>38</sup> o como mero órgano de dirección y control funcional<sup>39</sup>. En mi opinión, y por exigencias propias del principio de la independencia judicial, resultaría conveniente profundizar en la idea del Consejo como órgano administrativo<sup>40</sup> —aunque con cierto ámbito de discrecionalidad— y ser especialmente prudente en su consideración como órgano de naturaleza política<sup>41</sup>. Desde este punto de vista, poco se puede objetar a la exigencia de objetivar —atendiendo al elemento meritocrático— las decisiones discrecionales de los nombramientos de los altos cargos del Poder Judicial que adopta el Consejo (evitando así que dichos nombramientos se cimenten en razones de confianza, puro amiguismo o afinidad política).

La objetivación del proceso de nombramiento de los altos cargos judiciales implica que se concreten los méritos que van a determinar el proceso de selección y los criterios de valoración de los mismos; méritos éstos que deben adecuarse a los perfiles profesionales propios del cargo sobre cuya provisión se esté decidiendo (y es que parece que la previsión y valoración de los méritos no deben ser exactamente iguales cuando se trata de nombrar a un Magistrado del Tribunal Supremo —cargo de naturaleza jurisdiccional— que cuando se trata de nombrar, por ejemplo, a un Presidente de un Tribunal Superior de Justicia —cargo de naturaleza gubernativa<sup>42</sup>). Esta tarea no es fácil pero tampoco resulta imposible<sup>43</sup>. Probablemente resulte útil, cuando se decida finalmente proceder a la fijación de estos criterios estandarizados de selección y valoración (una tarea ésta todavía pendiente), atender a las técnicas que está utilizando actualmente la Administración para la ocupación de ciertos puestos.

---

<sup>37</sup> La discusión en torno a la naturaleza jurídica del Consejo adquiere gran relevancia si la cuestión se afronta desde un punto de vista pragmático, esto es, con la intención de desprender de su naturaleza jurídica cuestiones tan relevantes como las relativas a la configuración de sus funciones. Véase, en este sentido, Silvestri (1997): 182; Ledesma Bartret (1983): 498-499.

<sup>38</sup> Defendida por autores como Bandrés, Alberdi o López Guerra. Recientemente, la profesora Serra Cristóbal, siguiendo a su vez la tesis del profesor López Guerra y lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 13 de noviembre de 2003, ha sostenido la consideración del Consejo como «órgano político» y no como mero «órgano administrativo»; Serra Cristóbal (2008): 3.

<sup>39</sup> Defendida por un sector importante de la Carrera Judicial (véase, entre otros, Adolfo Carretero). Recientemente, Barrero Ortega, siguiendo la tesis del profesor Lucas Murillo de la Cueva, ha sostenido que «el problema de la *politización* de la justicia se plantea cuando en la designación de determinadas instancias judiciales u órganos de garantía del poder judicial se utilizan criterios políticos y no meritocráticos»; Barrero Ortega (2008): ob. cit., 5.

<sup>40</sup> Sobre la actuación del Consejo sometida a Derecho administrativo véase Lucas Murillo de la Cueva (1995): 232-233; Delgado Barrio (1982): 837-845; Pera Verdaguer (1983): 427.

<sup>41</sup> Martínez Alarcón (2004): 287-290. Se ha afirmado que la función de gobierno que compete al Consejo queda acotada al desempeño de una serie de funciones relativas al estatuto jurídico de Jueces y Magistrados de naturaleza administrativa que no tienen nada que ver con las funciones de *indirizo político* que competen al Gobierno y a las Cortes. Estos últimos se sitúan en el plano de «lo político» (y gozan por ello de una clara libertad política ordenada a la creación del Derecho), y el Consejo debe situarse indubitadamente en el plano de «lo jurídico» (está llamado exclusivamente a realizar y aplicar el principio de legalidad y, por tanto, sus funciones gubernativas, administrativas o de gestión procesal, carecen de la libertad de disposición propia de los órganos políticos, aunque no carezca totalmente de ciertos márgenes de disponibilidad); Aguiar de Luque (2008): ob. cit., 29 y ss.

<sup>42</sup> Las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006, de 27 de noviembre de 2007 y de 21 de enero de 2008 señalan que el Pleno del Consejo debe efectuar los nombramientos de los altos cargos judiciales atendiendo a ciertos méritos que deben responder a las características técnicas del puesto a cubrir. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la fijación de los méritos para el acceso a las magistraturas del Tribunal Supremo debe tener también en cuenta la distinción entre candidatos de la propia Carrera Judicial y aquellos otros que son ajenos a la misma.

<sup>43</sup> En este sentido, considero acertada la crítica que recibió la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006 (caso *Gómez Bermúdez*) cuando parecía sugerir la imposibilidad ontológica de establecer estándares objetivos de valoración de los méritos y cualificaciones concurrentes; Hernández García, (2006): ob. cit., 77; siguiendo a este último Igartúa Salaverria (2007): ob. cit., 311-312.

Ahora bien, el esfuerzo de objetivación en este ámbito, consistente en la fijación de estándares de selección y valoración atendiendo al criterio meritocrático, se encuentra también sometido a límites.

En primer lugar, porque lo cierto es que en la mayoría de las ocasiones no es posible eliminar completamente el margen de apreciación del órgano decisor (aunque se hayan prefijado los méritos y su sistema de valoración para la provisión concreta de un puesto). Es decir, habitualmente queda espacio para lo opinable incluso en el ámbito de las cuestiones técnicas y ello aún cuando se haya extremado el celo durante el proceso de objetivación (por ejemplo, porque como pone de manifiesto el profesor Igartúa Salaverría<sup>44</sup>, el criterio, método o técnica a aplicar no conduzcan a un único resultado<sup>45</sup>; o porque haya distintos criterios, técnicas o métodos aplicables en la ocasión sin que exista consenso generalizado en torno a cuál de ellos es el preferible<sup>46</sup>).

En segundo lugar, porque la consecución de determinadas finalidades también limita, en mayor o menor medida, el proceso de objetivación del nombramiento de los altos cargos del Poder Judicial. En cualquier caso, ello no impedirá realizar una concreción muy exigente de los méritos requeridos y de su correspondiente sistema de valoración para efectuar una primera selección de los mejores y, a partir de ese momento, permitir que el Consejo utilice su margen de apreciación para adoptar la decisión definitiva (aunque siempre, claro está, con la vista puesta en la consecución de determinadas finalidades legítimas).

Desde este punto de vista, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006 consideró que siempre resulta preciso, sobre todo en el caso de los nombramientos de los altos cargos judiciales de naturaleza gubernativa, preservar cierto ámbito de discrecionalidad a favor de la decisión del Consejo. Es más, el margen de discrecionalidad garantizado debería ser —siempre a juicio del Supremo— mucho mayor en el ámbito de los nombramientos judiciales gubernativos que en el caso de los nombramientos de magistrados del Tribunal Supremo (con respecto a los cuales afirmó que los méritos de referencia habrían de ser en términos *casi absolutos* los de solvencia y excelencia en el ejercicio de la estricta función jurisdiccional<sup>47</sup>).

En mi opinión, sin embargo, la necesidad de atender a determinadas finalidades —más allá del criterio del mérito y la capacidad— resulta particularmente claro en el caso de los magistrados del Tribunal Supremo. En este supuesto resulta especialmente evidente cuál es —debe ser— la finalidad a la que debe responder la garantía de un cierto margen de apreciación en la decisión del órgano de gobierno del Poder Judicial. Si entendemos —como es mi caso— que la función jurisdiccional presenta una *naturaleza híbrida* (descriptiva y normativa) y si, además, somos conscientes de que la jurisprudencia del Supremo orienta las decisiones de otros jueces y magistrados «inferiores» a través del sistema de recursos establecido, la discrecionalidad del Consejo para proveer estos altos cargos jurisdiccionales debe aparecer encaminada fundamentalmente a garantizar la presencia en el Supremo de las distintas sensibilidades presentes en la judicatura, a su vez reflejo de las distintas sensibilidades presentes en el Consejo y en la sociedad<sup>48</sup>.

Frente a ello, la doctrina ha mostrado, en alguna ocasión, posiciones favorables a proveer la selección de los altos cargos del Poder Judicial de naturaleza gubernativa

---

<sup>44</sup> Igartúa Salaverría (2007): ob. cit., 65.

<sup>45</sup> Un criterio razonable para la provisión de una plaza de magistrado del Tribunal Supremo es el relativo a la calidad —no la cantidad— de las resoluciones judiciales de los aspirantes al puesto. Sin embargo, ésta es una valoración que inevitablemente cae en el campo de lo opinable.

<sup>46</sup> Aunque el ámbito de apreciación se reduciría considerablemente por lo que respecta a este último supuesto introduciendo el elemento de la apreciación jerárquica cuando se diseña el sistema de valoración de los méritos.

<sup>47</sup> La STS de 27 de noviembre de 1997, siguiendo a su vez lo dispuesto en la STS de 29 de mayo de 2006, reitera que en el supuesto de designaciones de magistrados del Tribunal Supremo rigen con el mayor nivel de exigencia los principios de mérito y capacidad.

<sup>48</sup> Con mucho más detalle Martínez Alarcón (2005): ob. cit., 33-34.

a través de un sistema absoluta o básicamente reglado<sup>49</sup>, si bien es cierto que la afirmación que vierte la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006 sobre la necesidad de preservar un cierto margen de discrecionalidad en el Consejo a la hora de decidir sobre la provisión de un Presidente de Sala permite concluir que el Supremo entiende que cierto margen de discrecionalidad también debe estar presente en el ámbito de los nombramientos gubernativos de los altos cargos del Poder Judicial. Y ello con una finalidad concreta, la de permitir que el Consejo realice «valoraciones de conveniencia institucional». Aunque no parece sencillo concretar cuáles pueden ser estas valoraciones de conveniencia institucional<sup>50</sup>.

## 2. La transparencia en los procesos de nombramiento de los altos cargos judiciales

Los procesos de decisión del Consejo en materia de nombramientos discrecionales se han desarrollado de una forma completamente opaca<sup>51</sup> sin atender a una de las condiciones básicas que, como sabemos, diferencia un sistema democrático de otro que no lo es y que consiste en la necesidad de que la actuación de los órganos del Estado se desarrolle, como regla general y salvo excepciones justificadas —que en todo caso hay que entender de forma restrictiva—, conforme al principio de la publicidad y transparencia. En el caso de la provisión de los altos cargos judiciales que corresponde decidir al Pleno del Consejo, dicha transparencia permite, por una parte, disuadir a aquellos que andan escasos de méritos de concursar a determinadas plazas y, por otra, dificulta la adopción de decisiones arbitrarias en este ámbito y, llegado el caso, facilita su fiscalización.

Esta publicidad debería garantizarse, en todo caso, en la fase de convocatoria de las plazas. En este momento, y a falta de concreción legislativa al respecto, el órgano de gobierno del Poder Judicial debería publicar los perfiles para los puestos, la estandarización de los méritos y los criterios de valoración de los mismos. Incluso podría plantearse la posibilidad de que la concreción y consiguiente publicidad de estos baremos se produjera al inicio del año judicial (con el objeto de evitar la configuración

---

<sup>49</sup> En concreto, en el ámbito de la magistratura italiana, Pizzoruso sugirió en su día que sólo se distinguiera a los componentes de la Corte de Casación suprimiendo los nombramientos discrecionales de los puestos directivos (que debían designarse siempre con carácter temporal y cuyas funciones deberían atribuirse, bien mediante elección por parte de todos los magistrados del órgano interesado, bien mediante un sistema de formación de listas); Pizzoruso (1990): 42. La cursiva es añadida.

<sup>50</sup> «No está claro con qué fines adicionales puede utilizarse el margen de apreciación y cuáles son y en qué grado los criterios de conveniencia institucional que pueden constituir también fundamento lícito de la decisión de nombramiento»; Desdentado Daroca (2008): ob. cit., 569. En la misma página, esta autora se refiere al voto particular formulado por los magistrados Pico, Peces Morate, Menéndez Fernández y Robles a la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en la que se hace referencia, por ejemplo, a la posibilidad de desarrollar acciones positivas para facilitar la igualdad de hombres y mujeres en los cargos judiciales gubernativos y en las magistraturas del Tribunal Supremo (conforme a lo establecido en el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 20 de junio de 2005).

<sup>51</sup> Iñiguez Hernández destaca la opacidad de los casos de nombramientos a magistrados del Tribunal Supremo (particularmente los destinados a su Sala Segunda). Crítica que los nombramientos no se sometan a un contraste público tal y como ocurre con los sistemas de selección de personal al servicio de las Administraciones públicas (tampoco se someten al debate vivo y abierto que permiten los procesos de selección judicial norteamericanos, con un exigente escrutinio de la obra y las posiciones de los candidatos que ocupa las primeras páginas de los periódicos y puede seguirse en la retransmisión televisada de las audiencias del comité de asuntos judiciales del Senado); Iñiguez Hernández (2008): ob. cit., 379-387. Otro autor que contrapone el modelo norteamericano federal de designación de los jueces (que considera un ejemplo de transparencia) con el modelo español de nombramiento de los altos cargos judiciales, es Hernández García (2006): ob. cit., 72-73. En todo caso, este último no defiende la importación del modelo norteamericano a España (sólo afirma que sus experiencias pueden servir como elementos de evaluación y reflexión del modelo español). Y es que en España estas designaciones también deben responder a estándares de excelencia, capacidad, legitimidad democrática, publicidad y control. Los caminos pueden y deben ser diferentes, pero los objetivos han de ser los mismos (es difícil explicar por qué podemos conocer, mediante simple consulta en Internet, el itinerario curricular, pongamos por caso del juez Roberts, y desconozcamos absolutamente el del último magistrado nombrado para el Tribunal Supremo en nuestro país o el del presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional); *ibidem*: 74.

*ex post facto* de las características técnicas de la plaza en atención a amiguismos particulares o afinidades políticas<sup>52</sup>). Por otra parte, parece que nada impide garantizar la publicidad de los currículos que presentan los candidatos que concurren a estos procesos de designación.

Otra cuestión es la de la publicidad en la fase de debate y decisión que tiene lugar en el órgano de gobierno del Poder Judicial para decidir al respecto. En este momento el legislador orgánico ha incorporado algunas previsiones que introducen ciertas limitaciones al principio general de la publicidad. Así, el artículo 137.2 LOPJ establece que «Las deliberaciones de los órganos del Consejo tendrán carácter reservado, debiendo sus componentes guardar secreto sobre las mismas»<sup>53</sup>. Por su parte, el artículo 43 del Reglamento de Organización y Funcionamiento CGPJ prevé que las votaciones del Pleno del Consejo serán secretas para el nombramiento de cargos y destinos.

En general, el carácter reservado de las deliberaciones —no así el requisito del voto secreto<sup>54</sup>— no ha sido excesivamente cuestionado desde un punto de vista doctrinal, probablemente porque se entiende que dicha reserva permite que el debate se desarrolle con cierta dosis de tranquilidad y que la manifestación de las diferentes posiciones durante la deliberación se produzca de manera completamente libre. Además, el carácter reservado de las deliberaciones, así como la previsión de la votación secreta, no deberían impedir —si el órgano de gobierno actúa correctamente— conocer las razones que han llevado al Consejo a decidir en un determinado sentido (no suprimen por tanto el principio de publicidad en este ámbito; lo matizan). Y ello porque el resultado de la discusión (y sus razones), se produzca ésta en el seno de la Comisión de Calificación o en el Pleno del órgano de gobierno del Poder Judicial, debe recogerse en un acta sucinta (que en todo caso debería satisfacer de forma suficiente el requisito de la motivación) que podría también plasmar las opiniones discordantes de los vocales que finalmente hubieran disentido de la opinión mayoritaria<sup>55</sup>.

### 3. La motivación en los procesos de nombramiento de los altos cargos judiciales

Otro de los puntos débiles —en el que más ha insistido la doctrina y la propia jurisprudencia del Supremo— de la política de nombramientos de los altos cargos del Poder Judicial que ha venido realizando el Consejo hasta hace bien poco ha sido la falta de motivación de sus decisiones, y ello a pesar de que el artículo 137.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé que «Los acuerdos de los órganos del Consejo —todos, sin excepción— serán siempre motivados».

Precisamente, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006 anuló, por vez primera, el nombramiento discrecional que había realizado el Pleno del Consejo General del Poder Judicial por falta de motivación, separándose así de su propia jurisprudencia que, hasta ese momento, había excluido la motivación y

---

<sup>52</sup> En parecidos términos De Marino (1987).

<sup>53</sup> Sobre el carácter reservado de las deliberaciones de la Comisión de Calificación y del Pleno véanse, respectivamente, los artículos 78 y 80 del Reglamento de Organización y Funcionamiento CGPJ.

<sup>54</sup> Sobre la posibilidad de suprimir el carácter secreto del voto en el marco de los nombramientos de los altos cargos judiciales que efectúa el Consejo véase Igartúa Salaverría (2007): ob. cit., 298-299; Hernández García (2006): ob. cit., 77; Desdentado Daroca (2008): ob. cit., 53-54.

<sup>55</sup> El artículo 46 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ dispone, entre otras cosas, que «De cada sesión plenaria del Consejo se levantará un acta que recogerá la fecha de la reunión y los miembros del Consejo asistentes, y en la que se reseñarán sucintamente los debates y los acuerdos adoptados (...)». Por su parte, el artículo 137.3 LOPJ establece que «El vocal que disintiere de la mayoría podrá pedir que conste su voto en el acta. Si lo desea, podrá pedir voto particular, escrito y fundado, que se insertará en el acta, siempre que lo presente dentro del día siguiente a aquél en el que se tomó el acuerdo». El artículo 76 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial dispone que el acta de la Comisión de Calificación —a la que corresponde elevar la propuesta no vinculante sobre la que discute el Pleno del órgano de gobierno del Poder Judicial— recogerá, cuando se solicite, las opiniones contrarias al acuerdo adoptado.

consiguiente fiscalización judicial de estas decisiones del Consejo. Por otro lado, esta exigencia de motivación de los nombramientos discrecionales que compete efectuar al Pleno del Consejo ha sido confirmada —perfilada y reforzada— en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007 (cuya doctrina reitera la sentencia de la Sala Tercera del Supremo de 21 de enero de 2008).

No cabe duda, por tanto, de que la actividad del Consejo —también en la relativo a la provisión de los altos cargos judiciales— debe ser racional. El órgano de gobierno del Poder Judicial debe motivar; expresar los argumentos, *formales y materiales*, en virtud de los cuales se ha optado por cierto candidato aspirante al puesto permitiendo que estas razones sean conocidas tanto por el público en general, como por los propios interesados (que pueden así ejercer una defensa correcta de sus intereses en los casos en los que se consideren agraviados). Así pues, la motivación debe aportar los argumentos sobre la competencia para adoptar la medida y la observancia del procedimiento debido, pero también los criterios en los que se funda la decisión<sup>56</sup>. Y todos ellos resultan susceptibles de control judicial.

Ahora bien, la cuestión relativa a la fiscalización judicial de las decisiones discrecionales del Consejo —de manera análoga al problema de la fiscalización judicial de la discrecionalidad de la Administración— genera debates interesantísimos, que se manifiestan de forma especialmente virulenta tras irrumpir en escena la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007 y que se pueden agrupar, acaso, en dos grandes bloques. El relativo al *aparato orgánico* que, dentro del Consejo, debe cumplir con ese deber de motivación. Y otro, acaso más relevante, relativo a la *intensidad* y *alcance* del control judicial del nombramiento de los altos cargos judiciales.

Sobre la primera cuestión, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006 ya destacó la importancia del informe de propuesta no vinculante que elabora la Comisión de Calificación y que eleva al Pleno para que decida sobre el nombramiento o nombramientos correspondientes. En concreto, esta resolución afirmó que la elaboración de dicho informe, que orienta —aunque no sea vinculante— la decisión del Pleno, es inexcusable (su inexistencia lleva aparejada la insuficiencia de la motivación y produce un vicio procedimental con trascendencia invalidante) y que no puede consistir en una mera relación ordenada de los aspirantes, sino que debe aportar las razones sobre las circunstancias individuales de los aspirantes incluidos en su relación inicial o posteriormente añadidos. Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2007 consideró que el deber de motivación recaía fundamentalmente en la Comisión de Calificación. Esta última aseveración, precisamente, ha suscitado una respuesta unánime por parte de la doctrina —con la que no puedo sino coincidir— poniendo de manifiesto que la exigencia de motivación por parte de la Comisión es insuficiente en tanto en cuanto ésta efectúa y motiva una propuesta de nombramiento que no tiene carácter vinculante y de cuyo sentido se puede separar tanto la argumentación como la decisión final del Pleno<sup>57</sup>.

En cualquier caso, la discusión jurisprudencial —a través del planteamiento de votos particulares— y doctrinal ha girado, básicamente, en torno a la *intensidad* y *alcance* del control judicial del nombramiento de los altos cargos judiciales.

Desde este punto de vista, el dilema no se plantea tanto en torno a la legitimidad del control judicial de este tipo de decisiones (afortunadamente, parece que este tema ya ha recibido una respuesta definitivamente afirmativa), sino en torno a la necesidad de discernir hasta dónde puede llegar la justicia en este ámbito. Pues, en efecto, la ineludible existencia de ciertos márgenes de apreciación en el órgano decisor a la

---

<sup>56</sup> Bacigalupo Saggese (2000): ob. cit., 417-420. A favor de la motivación —material y formal— de cualquier nombramiento en la carrera judicial se muestran también Igartúa Salaverría (2007): ob. cit., 20-23; Porta Pego (2007): ob. cit., 605; Martínez Muñoz (1992): 30. «Salvo quizás en el supuesto de actos favorables, reglados, y que no limiten intereses de terceros, prácticamente todos los actos deben ser motivados»; Fernández Montalvo (1996): 139.

<sup>57</sup> Desdentado Daroca (2008): ob. cit., 569-570. Igualmente, critican la transferencia de responsabilidades del Pleno a la Comisión Igartúa Salaverría (2007): ob. cit., 286; Hernández García (2006): ob. cit., 78.

hora de adoptar estas decisiones (bien porque también puede quedar espacio para lo opinable en el ámbito de las cuestiones técnicas; bien porque resulta preciso atender a determinadas finalidades —además de al criterio del mérito y la capacidad— para la provisión de la plaza) no puede sino concluir en el reconocimiento de ciertas limitaciones durante el proceso de su fiscalización judicial.

Pues bien, determinar cuáles son los límites a partir de cuya transgresión se podrá revisar judicialmente la decisión administrativa del Consejo en esta materia no es una tarea sencilla, pero tampoco imposible. En mi opinión, y siguiendo en este punto la tesis del profesor Igartúa Salaverría, la premisa de partida debe consistir en reconocer que la revisión judicial de la motivación del Consejo sobre la provisión de un puesto discrecional no invade sus márgenes de apreciación cuando el órgano de gobierno del Poder Judicial ha transgredido el límite de opinable<sup>58</sup>, aunque siempre resulta aconsejable —por ejemplo, para facilitar la propia renovación del Consejo— reducir dicho ámbito a través de un proceso de objetivación previa de los procesos de selección de los altos cargos judiciales consistente en la concreción de los criterios de selección y su sistema de valoración. En cualquier caso, el Consejo es el órgano que debe designar al mejor candidato para ocupar el puesto discrecional cuando existan distintas opiniones razonables sobre la solución óptima para su provisión. El Tribunal no puede entrar en el ámbito de lo opinable pero, naturalmente, tampoco cabe todo dentro de lo opinable (más allá de ello la revisión de la decisión por parte del intérprete supremo de la legalidad es perfectamente legítima).

Por otra parte, y para terminar, hay que reconocer también la legitimidad del Tribunal Supremo para colmar, vía interpretativa, unas lagunas mínimas en una normativa que, *a priori*, debería haber completado el legislador y/o el propio titular de la potestad reglamentaria (el Consejo) con el objeto de desterrar —al menos dificultar— la aparición de actuaciones arbitrarias en este ámbito<sup>59</sup>.

Éste es, precisamente, el asunto que genera la polémica con ocasión de la sentencia del Supremo de 27 de noviembre de 2007. En este momento, la Sala de lo Contencioso-Administrativo consideró que para entender que efectivamente se había cumplido con el deber de motivación, resultaba preciso que el Consejo identificara claramente, a la vista de las plazas singulares convocadas y de los aspirantes concretos que participaran en la convocatoria, la clase de méritos que había considerado prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento y que valorara de forma expresa los méritos alegados por todos y cada uno de los peticionarios del cargo. Es decir, la motivación debería mostrar la comparación o contraste realizado entre las diferentes trayectorias de todos los candidatos —no sólo de los candidatos incluidos en la terna (para evitar que se condenara al resto de candidatos al ostracismo y que se adoptaran decisiones arbitrarias)—<sup>60</sup>. Además y, más precisamente en el caso de plazas a magistrados del Tribunal Supremo reservadas a los miembros de la Carrera Judicial, el Consejo tendría también la obligación de explicar la significada relevancia que había otorgado a los méritos demostrados en el puro y estricto ejercicio

---

<sup>58</sup> Igartúa Salaverría (2007): ob. cit., 65-66. Este autor contrapone un *control judicial intrínseco fuerte* frente a un *control judicial intrínseco débil* y opta por este último porque es el único que, aún fiscalizando la motivación sustancial de la decisión administrativa, no entra en el terreno de lo opinable.

<sup>59</sup> Desmontando, en todo caso, estas objeciones contra las resoluciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo véase Desdentado Daroca (2008): ob. cit., 656: ciertamente, aunque compete inicialmente al legislador y/o a la Administración concretar el contenido de conceptos jurídicos indeterminados como el de mérito y capacidad, lo cierto es que, cuando no lo hacen, los órganos judiciales pueden proceder a realizar dicha tarea de concreción, vía interpretación, con plena legitimidad. Y es que «el alcance del Derecho judicial depende también de forma práctica siempre de en qué estado se encuentran los otros poderes, en especial el legislativo [pero también el ejecutivo]. El equilibrio de fuerzas constitucionales no sólo supone que las diferentes funciones estatales están divididas entre los diferentes órganos, sino también que cada órgano cumpla como es debido las competencias que le corresponde»; Ossenbühl (1988): 19.

<sup>60</sup> Sobre la necesidad de que durante el proceso de motivación se comparen todos los currículos de los aspirantes a un puesto discrecional véase Igartúa Salaverría (2007): ob. cit., 175 (siguiendo a Bacigalupo Saggese cuando afirma que un procedimiento selectivo supone necesariamente un marco comparativo; en Bacigalupo Saggese (2003): 49).

jurisdiccional o en funciones materialmente asimilables (incluso debería proceder al examen de un número significativo de resoluciones jurisdiccionales). Por otra parte, la Sala impuso al órgano de gobierno del Poder Judicial el deber de expresar las fuentes de conocimiento que hubiera manejado para indagar cuáles podrían ser esos méritos.

A mi juicio, el Tribunal Supremo, en esta ocasión, no se extralimitó en el ejercicio de sus funciones de revisión de la actividad discrecional del Consejo. Se limitó, ante una dejación de funciones por parte de los órganos normativos en este ámbito, a establecer una serie de elementos mínimos que deben concurrir en los procesos de selección de los altos cargos judiciales (en realidad, en cualquier proceso de selección basado en el elemento meritocrático) para alejarlos de la arbitrariedad. Parece más que razonable exigir al Consejo que identifique la clase de méritos que ha considerado prioritarios para decidir la adjudicación del puesto (que, por otro lado, deben adecuarse al perfil profesional de la plaza) y que valore de forma expresa y comparativa los méritos alegados por todos y cada uno de los peticionarios del cargo. También que exprese las fuentes de conocimiento manejadas para indagar sobre los méritos de los candidatos. Quizás esta sentencia del 2007 se aleje de la generalidad de sus términos cuando señala que, en el caso de plazas a magistrados del Tribunal Supremo reservadas a los miembros de la Carrera Judicial, el Consejo debe valorar los méritos demostrados en el puro y estricto ejercicio jurisdiccional o en funciones materialmente asimilables. Sin embargo, lo cierto es que creo que nadie discutiría que el sentido común nos lleva a coincidir con el Supremo en la razonabilidad de su propuesta<sup>61</sup>.

#### **4. Valoración de las recientes previsiones del Consejo General en esta materia**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, revocando algunas decisiones en materia de nombramiento de los altos cargos judiciales, ha provocado ciertas respuestas por parte del órgano de gobierno Poder Judicial.

La primera iniciativa al respecto fue adoptada por el Consejo 2001-2006. En concreto, su Pleno aprobó el Acuerdo de 25 de junio de 2008, por el que se modifican los artículos 46, 74, 75 y 76 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento<sup>62</sup>.

Por lo que aquí interesa, el nuevo artículo 74 del Reglamento<sup>63</sup>, que regula la intervención de la Comisión de Calificación, establece que ésta debe aportar una propuesta, justificada (motivada), de al menos tres candidatos para el cargo de que se trate, si bien es cierto que dicha relación puede verse ampliada<sup>64</sup>. Este mismo pre-

---

<sup>61</sup> En cualquier caso, y para superar las críticas contra estas presuntas extralimitaciones por parte del Supremo —en mi opinión no han sido tales— hay que tener en cuenta que la intervención del intérprete supremo de la legalidad es anulatoria, no sustitutoria del ámbito de discrecionalidad que corresponde al Consejo (que tampoco es ilimitado). Desdentado Daroca (2008): ob. cit., 657: El Supremo tampoco ha invadido la esfera de discrecionalidad del Consejo. Se ha limitado a apreciar que las decisiones del Consejo han infringido ciertos límites que circundan el margen de discrecionalidad —que ni mucho menos es ilimitado— y a anular el acto retrotrayendo las actuaciones para que el Consejo decida discrecionalmente, pero respetando ciertos límites (el Supremo no establece a qué candidatos hay que nombrar, ni siquiera declara que el nombramiento realizado sea ilegal por arbitrario —con lo que se puede volver a nombrar al mismo candidato-). En sentido contrario, considerando que, especialmente, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007 entra a determinar de forma ilegítima los requisitos de la motivación que, a falta de concreción legal, sólo el Consejo puede concretar por vía reglamentaria, véase Aguiar de Luque (2008): ob. cit., 47-48 (y téngase en cuenta los votos particulares de esta misma resolución).

<sup>62</sup> BOE núm. 166, de 10 de julio de 2008.

<sup>63</sup> Este precepto desarrolla el artículo 135 LOPJ (que recoge el deber de la Comisión de Calificación de informar los nombramientos que son competencia del Pleno).

<sup>64</sup> El mismo artículo 74 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ establece que la relación (en terna) realizada por la Comisión de Calificación se distribuirá a todos los miembros del Consejo en unión de la lista de los peticionarios de la plaza. Dentro de los cuatro días siguientes, cada miembro del Consejo podrá proponer otros candidatos de entre la lista de peticionarios, comunicándolo a la Comisión de forma motivada, que los incluirá en la relación, tras de lo cual se le dará curso para su inclusión en el orden del día de un próximo Pleno, en el que la Comisión informará de las circunstancias que concurren en

cepto concreta, incorporando la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida al respecto (básicamente en su sentencia de 27 de noviembre de 2007), los elementos que, al menos, debe contener este informe:

1.º Exposición general descriptiva de los méritos y el perfil que se consideren adecuados para la plaza anunciada<sup>65</sup>.

2.º Descripción de los materiales empleados como fuentes de información, elaborada a partir de los méritos aportados por los peticionarios y de los datos obrantes en el Consejo General del Poder Judicial.

3.º Resumen de los trámites cumplidos por el Consejo para facilitar el cumplimiento del principio de igualdad, con reseña, en su caso, de las incidencias que se hubieran producido durante el proceso.

4.º 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, así como los elementos que permitan controlar que no se hayan producido discriminaciones por razón de género<sup>66</sup>.

Siempre con carácter general, este mismo precepto establece que entre los méritos de naturaleza jurídica se podrán incluir, entre otros, la antigüedad en la Carrera Judicial y los años de ejercicio en profesiones o actividades jurídicas, destinos servidos, especialización, calidad de las resoluciones judiciales, prestigio contrastado y laboriosidad deducida de los informes del Servicio de Inspección. Además, entre los méritos relativos a la actividad jurisdiccional desarrollada por cada uno de los integrantes de la terna, el informe incluirá la expresión de cuáles han sido las concretas resoluciones jurisdiccionales que se han considerado decisivas para apreciar en aquellos un mérito superior en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional.

Finalmente, el nuevo artículo 76 prevé que la Comisión redactará acta sucinta en la que se recogerán, previa solicitud, las opiniones contrarias al acuerdo adoptado.

Por otra parte, el artículo 46, tras su reforma, establece que el Consejo levantará acta de cada sesión plenaria en la que se reseñarán *sucintamente* los debates y acuerdos adoptados, estableciendo además que en los Plenos que decidan las propuestas de nombramiento de cargos judiciales, se dejará constancia de la motivación del acuerdo, con expresión de las circunstancias de mérito y capacidad que justifican la elección de uno de los aspirantes con preferencia sobre los demás, una *motivación ésta que podrá realizarse por remisión*, en lo coincidente, al informe elaborado por la Comisión de Calificación.

Recordemos, en cualquier caso, que la decisión de la Comisión no puede sustituir la decisión del Pleno (que no se encuentra vinculado a la propuesta de la primera). Ahora bien, no veo ningún problema en que el Pleno se pueda remitir, por lo que a la motivación se refiere y en aquello que resulte coincidente, a la motivación y decisión desarrollada por la Comisión. Tampoco tiene por qué ser necesariamente negativo con relación a la exigencia de la motivación que el acta —de la Comisión o del Pleno— sólo recoja sucintamente los debates y acuerdos adoptados (aunque quizás esto

---

los candidatos incluidos inicialmente en la relación o ulteriormente adicionados. Por otra parte, y excepcionalmente, la Comisión podrá incluir en la relación a quienes no hubieran formulado solicitud, siempre que previamente se hubiera recabado y obtenido su aceptación.

<sup>65</sup> En las convocatorias se informará del derecho de los peticionarios a aportar una relación detallada de los méritos acreditativos de sus conocimientos jurídicos y de su idoneidad para ocupar la plaza anunciada. Los peticionarios pertenecientes a la Carrera Judicial podrán aportar un número significativo de sentencias y de otras resoluciones judiciales, a fin de acreditar el mérito y capacidad específicamente referido al ejercicio de la función jurisdiccional durante su trayectoria profesional, así como otro tipo de datos justificativos de su actividad no jurisdiccional de análoga relevancia jurídica.

<sup>66</sup> A tal efecto, se ponderarán las concretas actividades jurisdiccionales y extrajurisdiccionales reveladoras de destacados conocimientos jurídicos y de la aptitud necesaria para el ejercicio de la función jurisdiccional específica en la plaza anunciada, así como para el de aquellas otras funciones que sean inherentes al cargo.

pueda ser más discutible y probablemente lo más apropiado hubiera sido hablar de una motivación suficiente). Lo realmente determinante para constatar si efectivamente se ha cumplido con el deber de motivación no es cómo se ha motivado (por remisión o no), ni con qué extensión, sino que se expresen de forma clara las razones que han llevado al órgano a decidir al respecto. Una cuestión diferente es que la exigencia de motivación sucinta del acta se utilice de forma interesada, como así ha venido sucediendo, con el objetivo de burlar el deber de justificación de las decisiones adoptadas en este ámbito y que nos encontremos, por tanto, no ante una verdadera motivación sino ante una mera apariencia de la misma<sup>67</sup>.

Ahora bien, el órgano de gobierno del Poder Judicial olvidó, al elaborar el Acuerdo, que una motivación adecuada requiere acometer necesariamente, *con carácter previo*, la tarea relativa a la fijación concreta de los perfiles de las plazas, los méritos que van a determinar el proceso de selección en función de dichos perfiles y, finalmente, el sistema de valoración de estos méritos. El Acuerdo se pronuncia de una forma excesivamente genérica, aludiendo a la obligación que tiene el Consejo de identificar claramente, en el momento de la motivación, la clase de méritos que ha considerado prioritarios para decidir el nombramiento a la vista de las plazas convocadas y los concretos aspirantes que participen en la convocatoria. Pero esta previsión, primero, no obliga al órgano de gobierno del Poder Judicial a concretar con carácter previo<sup>68</sup> los perfiles de las plazas, los méritos a tomar en consideración y su valoración, y segundo, permite que el Consejo concrete los criterios de selección y los ordene en atención a amiguismos particulares o afinidades políticas en tanto en cuanto dichos elementos se determinarán, entre otras cosas, atendiendo a (a la vista de) los méritos que presenten los concretos aspirantes que participen en la convocatoria. En definitiva, esta falta absoluta de concreción del Acuerdo en materia de objetivación y transparencia de los procesos de provisión de los altos cargos judiciales difícilmente puede evitar que el Consejo modifique su actuación en este ámbito.

En cualquier caso, la preocupación por la política de nombramiento de los altos cargos del Poder Judicial se ha vuelto a poner de manifiesto en una de las primeras iniciativas adoptadas por el Consejo 2008-2013. En concreto, su Pleno acordó, el día 30 de septiembre de 2008, constituir una Comisión de Reforma del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ (integrada por cuatro Vocales) con el objeto de abordar esta materia<sup>69</sup>. Pero, mientras se trabaja en ello, el órgano ya ha puesto en marcha un sistema de entrevistas personales ante la Comisión de Calificación para la provisión de estos puestos<sup>70</sup> con la finalidad de permitir articular una mejor justificación (motivación) de la selección final de los candidatos (basada, en todo caso, en su idoneidad para ocupar estos puestos) y garantizar la transparencia del proceso. Así

---

<sup>67</sup> Por analogía, el artículo 120.3 CE, que recoge el deber de motivación de las sentencias judiciales, ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional entendiendo que la Constitución no exige una determinada extensión, cabiendo motivaciones sumarias —si son suficientes—, e incluso, la motivación por asunción de los fundamentos de una sentencia anterior, de la que se conoce por vía de recurso. Lo decisivo, pues, es que el órgano judicial haga explícito el razonamiento que le ha conducido a la selección de la norma aplicable y a interpretar ésta de una determinada manera. Como ha señalado el profesor Igartúa Salaverria, hablar de una motivación sucinta no puede conducir a una rebaja en la obligación de motivar pues la motivación sucinta también debe ser suficiente. Además, nos recuerda que el término «sucinta» tiene un carácter relativo ya que no comporta lo mismo en cualquier situación sino en función del asunto a resolver, de las variables intervinientes, de la inserción de intereses afectados, etc.; Igartúa Salaverria (2007): ob. cit., 28-33 y 69. De cualquier forma, algunos autores consideran que la motivación sucinta del acta que expide el Pleno del Consejo no resulta suficiente para dar cuenta de las razones de la decisión; Hernández García (2006): 77. En sentido contrario López Aguiar (2008): 40-42.

<sup>68</sup> Como mínimo en la convocatoria de las plazas, si es que no se optara por una decisión más exigente con relación al momento temporal previo en que debería acometerse dicha tarea (por ejemplo, al inicio del año judicial).

<sup>69</sup> En Acuerdos adoptados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial del día 30 de septiembre del año 2008. Puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/>

<sup>70</sup> Por vez primera el día 4 de diciembre de 2008 (para elegir a los Presidentes del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y de la Audiencia Provincial de Madrid). Puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/>

se pretende evitar la revocación de las decisiones que adopte al respecto mejorando la imagen del órgano y evitando situaciones de falta de credibilidad y debilidad institucional. En cualquier caso, y a la espera de que se apruebe la modificación reglamentaria correspondiente, lo cierto es que el mecanismo de la entrevista personal tampoco contribuye a satisfacer la exigencia de objetivación (también es discutible que esté aportando alguna transparencia) durante el proceso de provisión de estos altos cargos judiciales.

Por todas estas razones, el Consejo debería acometer la tarea que tiene pendiente —la reforma de los procesos de nombramiento de los altos cargos judiciales— tomando como referencia los tres elementos básicos que *sujetarían* sus decisiones en este ámbito y permitirían alejar su actuación de la sospecha partidista. Ello requiere una reflexión reposada y un trabajo riguroso y hay tiempo para ello (recordemos que el nuevo órgano apenas lleva un año funcionando). Si, por el contrario, el resultado final de la reforma se limitara a maquillar los contenidos del Acuerdo de 25 de junio de 2008, sin introducir modificaciones sustanciales, las medidas resultarían censurables por insuficientes y podríamos seguir afirmando aquello de que los vocales del Consejo, y los propios partidos políticos, no parecen estar dispuestos a emprender con cierta seriedad una tarea que puede restarles cuotas de poder en la conformación de las altas instancias judiciales<sup>71</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguiar de Luque, Luis (2009): «Una nueva reflexión sobre la *prorogatio* de los órganos constitucionales. Una discrepancia y algunas puntualizaciones a J.A. Santamaría», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, págs. 83-98.
- (2008): «Las recientes reformas en materia de Poder Judicial en su dimensión orgánica (Texto provisional)», *VI Congreso ACE: El Poder Judicial*, Universidad de Cádiz, [http://www.acoes.es/pdf/ACE\\_PonenciL\\_Aguiar.pdf](http://www.acoes.es/pdf/ACE_PonenciL_Aguiar.pdf), págs. 1-62.
- Andrés Ibáñez, Perfecto y Movilla Álvarez, Claudio (1986): *El Poder Judicial*, Madrid, Tecnos.
- Andrés Ibáñez, Perfecto (2005): «Racionalizar (y moralizar) la política de nombramientos», *Jueces para la Democracia*, 52, págs. 12-18.
- (1996): «CGPJ, versión 1985: un desastre anunciado», *El gobierno de la justicia. El Consejo General del Poder Judicial*, Universidad de Valladolid, págs. 207-214.
- Arnaldo Alcubilla, Enrique (1988): «Una visión dinámica del Poder Judicial», *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución española de 1978*, coord. E. Álvarez Conde, INAP, págs. 719-732.
- Bacigalupo Saggese, Mariano (2003): «Discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados y motivación de las decisiones administrativas», AA.VV., *Discrecionalidad administrativa: Control judicial de la Administración*, Sevilla.
- (2000): «En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de los órganos colegiados: ¿Debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, págs. 407-420.
- Ballester Cardell, María (2007): *El Consejo General del Poder Judicial. Su función constitucional y legal*, Madrid, CGPJ.
- Barrero Ortega, Abraham (2008): «¿Órgano de gobierno de los jueces o tercera cámara en sede judicial?», *VI Congreso ACE: El Poder Judicial*, Universidad de Cádiz, [http://www.acoes.es/pdf/comunicacion\\_abraham.pdf](http://www.acoes.es/pdf/comunicacion_abraham.pdf), págs. 1-20.

---

<sup>71</sup> Hernández García señalaba que la causa fundamental de la lamentable situación en materia de nombramientos de las altas instancias judiciales no había que buscarla tanto en razones históricas-ideológicas (aún cuando éstas tuvieran su peso) sino en la falta de interés por parte de los agentes políticos en reformar un sistema de cuyos déficits son bien conscientes. En este sentido, podríamos pensar que la falta de actuación en este ámbito no se debe tanto al desconocimiento de un problema (que es evidente para todo aquél que se acerca a esta materia), sino a la falta de interés por actuar (lo que es lo mismo, la falta de actuación en este campo tiene un origen consciente y voluntario que está dirigido a mantener la influencia directa de la política partidista en la configuración del sistema judicial); Hernández García (2006): ob. cit., 76. Siguiendo a este autor, las propias asociaciones judiciales no están exentas de culpa en este sentido (en su seno no han surgido jamás propuestas más o menos articuladas solicitando una reforma profunda del sistema de nombramientos), «lo que patentiza una renuncia explícita a su papel fundamental, no sólo como representantes de intereses corporativos sino también como instrumentos de defensa del modelo de Poder Judicial reclamado por la Constitución»; ibidem, pág. 76. Este autor reconoce, por otro lado, las dificultades técnicas regulativas que sugiere una materia como ésta, pero considera que no son insalvables (la reforma, aunque difícil, es posible) y se refiere a modelos próximos al nuestro que nos podrían servir de referencia (la reforma francesa de 2001, la belga de 2003 y la italiana de 2005); ibidem: 78.

- Delgado Barrio, Javier (1982): «Régimen jurídico de los actos del Consejo General del Poder Judicial: su impugnación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 32, págs. 837-854.
- De Marino, Rubén (1987): «Función jurisdiccional e independencia judicial», *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, vol. II, Madrid. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, págs. 1111-1133.
- Desdentado Daroca, Eva (2008): «Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de los altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial. Un análisis crítico», *Revista Española de Derecho Administrativo*, págs. 555-574.
- Fernández Montalvo, Rafael (1996): «Funciones consultiva, informativa y resolutoria del Consejo General del Poder Judicial», *El gobierno de la justicia. El Consejo General del Poder Judicial*, Universidad de Valladolid, págs. 127-142.
- Hernández García, Javier (2004): «La inaplazable necesidad de reforma del sistema de nombramiento de los altos cargos judiciales», *Jueces para la Democracia*, 57, págs. 71-78.
- Igartúa Salaverría, Juan (2007): *La motivación en los nombramientos discrecionales*, Madrid, Thomson/Cívitas.
- (2007): «Sobre nombramientos discrecionales de altos cargos: un fallido viraje jurisprudencial», *Revista Vasca de Administración Pública*, 78, págs. 307-324.
- Íñiguez Fernández, Diego (2008): *El fracaso del autogobierno judicial*, Madrid, Thomson/Cívitas.
- Ledesma Bartret, Fernando (1983): «Relaciones entre el Consejo General y el Poder Ejecutivo», *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, CGPJ.
- López Guerra, Luis (2003): *El Consejo General del Poder Judicial. Evaluación y propuestas de reforma*, Madrid, Fundación Alternativas.
- Lucas Murillo de la Cueva, Pablo (2007): «El control de la actividad del Consejo General del Poder Judicial en materia de nombramiento y disciplinario en la jurisprudencia reciente», *Estudios de Derecho Judicial. Jurisprudencia contencioso-administrativa (2005-2007)*, núm. 125, págs. 143-180.
- (1995): «El Gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español», *Revista de las Cortes Generales*, 35, págs. 167-239.
- Martínez Alarcón, M.<sup>a</sup> Luz (2005): «El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo. A propósito de la reciente reforma del artículo 127 LOPJ», *Jueces para la Democracia*, 52, págs. 31-40.
- (2004): *La independencia judicial*, Madrid, CEPC.
- Martínez Muñoz (1992): «Tema para el debate: el Consejo General del Poder Judicial», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 4.
- Maza Martín, José Manuel (1999): «La crisis de la justicia», *Tapia*, 104, págs. 68-74.
- Montero Aroca, Juan (1990): *Independencia y responsabilidad del juez*, Madrid, Cívitas.
- Nieto García, Alejandro (2004): *El desgobierno judicial*, Madrid, Trotta.
- (2003): «Mecanismos jurídicos de control del poder», en Capella, J.R. (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta.
- Ossenbühl (1988): *Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat*, Bonn, Bouvier Verlag Herber Grundmann.
- Pedraz Penalva, Ernesto (1996): «Del Consejo General del Poder Judicial y de la selección de sus miembros», *El gobierno de la justicia. El Consejo General del Poder Judicial*, Universidad de Valladolid, págs. 1556-1571.
- (1996): «A modo de colofón sobre el gobierno de la justicia», *El gobierno de la justicia. El Consejo General del Poder Judicial*, Universidad de Valladolid.
- Pera Verdaguer, Francisco (1983): «Régimen jurídico de los actos del Consejo: su impugnación», *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1983.
- Pereda Gámez, Fco. Javier (2007): «Hacia un nuevo Consejo General del Poder Judicial: la necesidad de unas nuevas bases de actuación», *Jueces para la Democracia*, 59, págs. 53-69.
- Pizzoruso, Alessandro (1990): *L'organizzazione Della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, Piccola, Biblioteca Einaudi.
- Porta Pego, Belén (2007): «¿El ocaso de la libre designación como sistema de provisión de algunos destinos en la carrera judicial? La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 2006, relativa al nombramiento del Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, págs. 591-612.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso (2008): «La prorogatio de los órganos constitucionales. Apuntes mínimos sobre un tema que no lo es», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, págs. 11-26.
- Santaolalla López, Fernando (2001): «Consideraciones constitucionales sobre el llamado autogobierno judicial», *Teoría y Realidad Constitucional*, 8-9, págs. 187-216.
- Serra Cristóbal, Rosario (2008): «El Consejo General del Poder Judicial y los nombramientos discrecionales de los magistrados», *VI Congreso ACE: El Poder Judicial*, Universidad de Cádiz, <http://www.acoes.es/pdf/Rosario%20Serra-2.pdf>, págs. 1-34.
- Silvestri, Gaetano (1997): *Giustizia e giudice nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- Toharia Cortés, Juan José y García de la Cruz Herrero, Juan José (2005): *La justicia ante el espejo: 25 años de opinión del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, CGPJ.
- Velázquez Álvarez, Rosa (2008): *El CGPJ en el contexto de la distribución constitucional del poder*, Tesis Doctoral, (en prensa).



## La emigración, el derecho, el enemigo. Consideraciones marginales a la Ley 94/2009\*

Livio PEPINO

*«Puede ocurrir que muchos, individuos y pueblos, consideren, más o menos conscientemente, que 'un extranjero es un enemigo'. Por lo general esta convicción yace en lo profundo de las almas como una infección latente; se exterioriza solamente en actos dispersos y descoordinados, y no constituye la base de un sistema de pensamiento. Pero cuando esto ocurre, cuando el dogma no expresado se convierte en la premisa mayor de un silogismo, entonces al final de la cadena, está el campo de concentración.»*

(Primo Levi, *Si esto es un hombre*)

### 1. LA LEY 94/2009 Y SU CONTEXTO NORMATIVO

La ley n.º 94/2009 no es una «desgracia» ni una cesión contingente a razones utilitaristas en busca de consenso. Tampoco es la traslación, burda y técnicamente confusa de un planteamiento demagógico y, a largo plazo, ineficaz incluso en el ámbito del sentimiento de la seguridad colectiva.

Es, más bien, la culminación (o, al menos, una importante pieza) del proyecto en curso, no sólo en nuestro país, de reorganización social e institucional fundada en la sustitución del *welfare* por el control represivo y en el derrocamiento del principio —incluso de la idea misma— de igualdad.

Los elementos de la intervención normativa son los clásicos de la legislación de emergencia: nuevos delitos, a menudo al margen de la lesividad del hecho [comenzando con la tipificación de la entrada o la permanencia ilegal en el territorio de Estado y la exhumación del delito de ultraje a agente de la autoridad (signo característico de todo giro autoritario)]; endurecimiento de las penas para la delincuencia de escasa gravedad [representado en un ejemplo de libro, mediante la sustancial equiparación, en el plano sancionatorio, de los incautos *grafiteros* de inmuebles construidos o en construcción (*/sic!*) a los corruptos y corruptores]; concentración y jerarquización de los órganos judiciales (atribuyendo —en esta ocasión— al Tribunal de vigilancia penitenciaria de Roma el control sobre la aplicación del artículo 41 bis del ordenamiento penitenciario en todas las instituciones penitenciarias del país); recurso cada vez más frecuente a la detención administrativa y ulterior precarización de las condiciones de los inmigrantes; se prevé el fichaje en un registro creado al efecto «de las personas que no tienen domicilio fijo». Así sucesivamente.

Pero esta vez —como se ha dicho— hay más: por el propio contenido y por la consolidación de un planteamiento hasta ahora nunca tan unívoco. Sobra decir que como sucede desde hace ya más de diez años, la prueba del nueve de la operación en su

---

\* Texto publicado en *Diritto in migrazione e cittadinanza, Rivista trimestrale promossa dall'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione e da Magistratura Democratica*. Año XI, número 4/2009. Traducción de Carmen Casado Navarro.

conjunto está en el régimen jurídico aplicado a los inmigrantes, y antes aún, en las políticas de inmigración en sentido estricto (es decir, en las políticas que establecen quién, de *externo*, puede pasar a ser *interno* de un Estado).

## 2. EL DETERIORO DE LOS DERECHOS Y DE LA TUTELA DE LOS INMIGRANTES

Partamos de las principales novedades de la Ley 94/2009, en pocos y rápidos *flash*.

Aumentan, para los inmigrantes, las dificultades de entrada y de integración en nuestro país. Ciertamente, no se partía de cero en este aspecto, en un sistema en el que —por limitarnos a algún ejemplo— la inmigración *regular* ya se estructuraba, casi exclusivamente, como importación de mano de obra para trabajos preestablecidos (cuantitativamente reducidos y singularizados conforme al encuentro entre demanda y oferta a escala planetaria). La irregularidad era definitiva e insuperable (salvo las periódicas regularizaciones cuando la situación se tornaba imposible de gestionar...); las reagrupaciones familiares estaban sujetas a limitaciones heterogéneas e irracionales. El inmigrante regular era, en todo caso, un huésped perpetuamente a prueba dada la temporalidad e incluso la revocabilidad del permiso de residencia<sup>1</sup>.

La condición de *regulares* no ponía a los inmigrantes a salvo de vejaciones y controles desconocidos para los ciudadanos (desde la obligación de facilitar, a petición de las autoridades, información sobre la propia disponibilidad de renta, al deber de comunicar temporáneamente las variaciones del domicilio pasando por el sometimiento a comprobación fotodactiloscópica, con ocasión de la solicitud o de la renovación del permiso de residencia) y no permitía forma alguna de participación política (ni siquiera en el ámbito administrativo); la adquisición de la nacionalidad era un recorrido interminable o una concesión *graciosa*... Todo esto pervive, y a ello se añaden posteriores restricciones e inflexibilidades normativas. Algunos ejemplos, entre los muchos posibles: aumentan las causas que impiden la entrada en Italia (llegando a incluirse entre ellas también las condenas por algunas violaciones del derecho de autor), se introducen más limitaciones a la reagrupación familiar, el otorgamiento del título que faculte para una larga estancia se subordina a la superación de un examen para verificar el conocimiento de la lengua italiana, el permiso de residencia se convierte en una concesión a título oneroso (más crudamente, «de pago»), la precariedad de las condiciones del inmigrante se amplía mediante la introducción de un «acuerdo (*jsic!*) obligatorio de integración» (conectado con un sistema de puntos cuya pérdida comporta la revocación del permiso de residencia y la expulsión). Para los inmigrantes *irregulares* no existe la posibilidad de contraer matrimonio y se les limita de manera considerable la de acceder a algunos servicios fundamentales. Se alargan los plazos para la adquisición de la nacionalidad por razón de matrimonio, la nacionalidad se convierte —como el permiso de residencia— en un *derecho* «de pago».

La duración máxima del internamiento de los inmigrantes *irregulares* en Centros *ad hoc* estructurados como instituciones penitenciarias (establecidas —circunstancia que no hay que olvidar— con la ley 40/1998 y hoy modificadas en la nomenclatura

---

<sup>1</sup> También en esta simple mirada de síntesis no se puede dejar de señalar la ya comentada degradación del permiso de residencia a *contrato*, apéndice del paralelo contrato de trabajo (art. 5 bis del texto único), mediante la renuncia parcial del Estado a sus poderes que traspasa al empleador (nuevo señor feudal, patrón no sólo de la prestación del trabajo del empleado, sino de su *status*, por tanto de su libertad y de su propio cuerpo). El «*contrato de residencia*», condicionado por la correspondiente existencia de un contrato de trabajo, tiene, de hecho, como efecto automático la atribución al empleador de una suerte de poder absoluto sobre el trabajador, al ser evidente, en las actuales condiciones económicas, que el despedido es la antecámara de la expulsión. La atribución de tal poder otorga al empleador un papel *público*, en el sentido de que la obtención o mantenimiento de un *status* de relevancia pública (como la regularidad de la estancia), acaba por dejarse a su arbitrio. Se pasa así de la importación de mano de obra a la recuperación de modelos típicamente feudales de organización social.

pero no en lo sustancial) pasa de setenta días a seis meses. Esto tiene una significación cualitativa y otra cuantitativa. En efecto, si un internamiento de pocas horas y de pocos días podría, al menos en abstracto, ser considerado un simple instrumento para permitir la expulsión, su prolongación durante meses —unida a la *posibilidad de reiteración* de la medida— impide conectarlo de manera funcional con el alejamiento y lo configura como vehículo de aislamiento y como sanción *tout court*. Obsérvese que nos encontramos ante la privación de libertad administrativa, afín, en sus contenidos, a la penal pero dispuesta sin una sentencia y sin un proceso. De lo que se sigue que para la ley 94/2009 la libertad de los inmigrantes vale menos que la de los ciudadanos.<sup>2</sup> No consuela —sobra añadirlo— el hecho de que la decisión se haya adoptado en Europa...

La *irregularidad* se convierte en delito. Es inútil minimizarlo subrayando el carácter contravencional del nuevo tipo penal y la naturaleza exclusivamente pecuniaria de la sanción que a él se anuda, como si se tratase de una simple declaración formal o de una menudencia. El delito de inmigración clandestina (como se ha calificado ya por la opinión pública) es, de hecho, la tesela central de un mosaico inquietante... En particular: a) se añade a la detención administrativa, con la que se integra y se sostiene; b) la existencia del delito sirve para legitimar, frente a los de otro modo claros perfiles de inconstitucionalidad, la llamada agravante de irregularidad, introducida por la ley número 125/2008, en virtud de la cual cuando un extranjero sin título de residencia cometa un delito se aumentará la pena en un tercio; c) la *criminalización* del *status* de irregular lleva consigo consecuencias gravísimas para la vida del inmigrante que carezca de aquel título, entre ellas la absoluta imposibilidad de convalidar su propia posición incluso en el caso de que sobrevinieren las condiciones que abstractamente lo consentirían; la sustancial imposibilidad —incrementada dificultad— de acceder *en concreto* a algunos servicios públicos esenciales (incluso en materia sanitaria) dada la obligación de denunciar que pesa sobre los funcionarios que prestan estos servicios; la imposibilidad de contraer matrimonio, al requerirse para ello la exhibición en la oficina del Registro Civil del título de residencia.

El efecto de tales previsiones, consideradas en su conjunto, es una fuerte acentuación de las condiciones de *inferioridad*, también jurídica, de los inmigrantes (no sólo las de los *irregulares*) más próximos a los «ciudadanos de segunda» o, más exactamente, a «no personas».<sup>3</sup> En efecto, el inmigrante (*rectius*, el inmigrante *pobre*, qué distinta es la situación del extracomunitario futbolista, artista o gran industrial...) si es *irregular*, tiene siempre una consideración próxima a la de «un delincuente» a todos los efectos, susceptible de ser sometido *ad libitum* a detención administrativa, privado de la posibilidad de regularizar la propia situación, expropiado de derechos fundamentales (que como tales, competen a todos y no sólo a los nacionales); si es *regular*, resulta condenado a un *status* caracterizado por la precariedad o la marginalización.

---

<sup>2</sup> La memoria histórica nos lleva a los «*coatti*», es decir a los sujetos *periculosos* (por razones sociales o políticas) sometidos, en la segunda mitad del siglo XIX, al arresto domiciliario en auténticas colonias penales establecidas, ironía de la historia- en islas como Lampedusa, precisamente, en África, en los cuarteles de Asab...)

<sup>3</sup> La expresión «no persona» da título a la plenamente actual investigación de Alessandro Dal Lago sobre la condición de los extranjeros en Italia (Feltrinelli, Milano, 1999). Merece señalar que la tesis de la «inexistencia jurídica» (*¡sic!*) de los inmigrantes irregulares tiene el aval y la adhesión cultural de relevantes exponentes de la cultura liberal. Es el caso de Giovanni Sartori a quien se debe, opinando sobre la inmigración clandestina, esta sobrecogedora prosa, que demuestra cómo las garantías son, para muchos, un engorro, un lujo que no cabe *cuando se juega duro*: «La propuesta de Maroni-Fini es transformar la inmigración clandestina en delito. En términos jurídicos la propuesta es defendible; pero en términos prácticos es contraproducente. El delito es, en nuestro ordenamiento una infracción penal. Por tanto si la inmigración clandestina se convierte en delito, entonces el clandestino entra *ope legis* en los infernales engranajes de nuestro sistema penal, de su exagerado garantismo. [...] Entonces el problema se cifra en configurar un ilícito (una violación de la ley) cuya sanción sea sólo la expulsión, y una expulsión administrativa contra la que no se admita recurso (si no, estamos perdidos). Mi idea aboga por una *fictio iuris*. Esta: que el clandestino no entra en Italia mientras no se le admita legalmente. Desde ese momento el hecho de que sus pies caminen sobre el suelo italiano no tiene ninguna relevancia jurídica. Hasta entonces es como si no estuviese en Italia. ¿El huevo de Colón? Quizá sí.» (G. Sartori, *Clandestini, un rimedio cié*, Corriere de lla Sera, 6.8.2001).

### 3. DE LA INFRAVALORACIÓN DE LOS INMIGRANTES AL «DERECHO PENAL DEL ENEMIGO»

La situación descrita exige algunas matizaciones.

*Primera.* El actual *endurecimiento* normativo no nace repentinamente. Se ha estado gestando en un *in crescendo* de propuestas análogas y —aunque no parece despertar gran interés— constituye el fruto coherente y necesario del prohibicionismo que, desde la ley 40/1998, caracteriza la disciplina de la inmigración. Los hechos tienen la cabeza dura. En los sistemas que prevén «cuotas de entrada» anuales, el *núcleo* de las políticas migratorias es la determinación de la entidad de las cuotas. Ahora bien, en nuestro país, como se sabe, tal determinación siempre se ha realizado a la baja, de modo que, ya desde hace años, las cuotas no sirven para reglamentar las nuevas entradas sino sólo para que emerja una parte de los *irregulares* presentes en el territorio nacional (gracias a la ficción, aceptada tácitamente por todos, de que, en realidad, son extranjeros llamados *ex novo* a Italia para desempeñar trabajos preestablecidos...).

Un sistema como éste —inútil usar eufemismos— se llama *prohibicionismo*, quizá atenuado o corregido pero siempre tal. El argumento que lo sostiene es de los que no admiten réplica: es necesario «contener la invasión». Poco importa si la realidad es otra y si los ingresos de ciudadanos extracomunitarios (propagandísticamente inflados en el debate público, incluyendo, en ese grupo, a ciudadanos provenientes de la Unión Europea) son graduales y compatibles con el avance de una población autónoma en constante disminución. La leyenda urbana de la *invasión* produce sus efectos y genera políticas de *stop* irracionales e imposibles de gestionar.<sup>4</sup> El resultado —como se sabe— no es la reducción de la inmigración sino un crecimiento extraordinario de la inmigración *irregular*. El remedio, en el *modelo* adoptado, es la expulsión (que no puede faltar) de los irregulares. Algo que, por otra parte, sólo opera en el plano teórico porque, en presencia de un extenso área de irregularidad, el mecanismo no funciona —no puede funcionar— por evidentes dificultades organizativas, económicas y de medios (además, a veces, también, jurídicas). Así los irregulares aumentan y se abre el camino a nuevos y cada vez más *drásticos* instrumentos para impedir la *invasión* (más exactamente, para dar la impresión de que se la impide). Prohibir no significa impedir, pero el prohibicionismo no lo sabe o finge no saberlo... Si es exacto el análisis, no puede eludirse la conclusión: sin una modificación de la opción prohibicionista el actual *endurecimiento* represivo y *defensivo* continuará creciendo imparable en busca de una efectividad imposible.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> En el pensamiento único imperante, tales políticas se indican de modo apodíctico y sin preocupación alguna por motivarlas, como ineluctables. No es así, como ha demostrado la historia. Al comienzo de la edad moderna (y de la inmigración como *conquista*) los juristas legitimaron la ocupación española de los territorios de América proclamando, como derechos universales, el derecho de emigrar y el de llegar a ser ciudadanos del lugar de destino (*ius civitatem accipere*). Esta elaboración —pese a su ambigüedad— influenció el pensamiento ilustrado y dejó su huella incluso en un texto jurídico fundamental como la Constitución francesa del año 1º (1793) que atribuía los [mismos] derechos de los ciudadanos, al igual que a los nacidos en Francia, a «cada extranjero que, domiciliado en Francia durante un año, viva de su trabajo, adquiera una propiedad, se case con una ciudadana francesa, adopte a un niño, mantenga a un anciano o el Parlamento le considere merecedor por razones de humanidad». De tal planteamiento queda, en la normativa internacional (y, en particular, en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), el reconocimiento del derecho de emigrar, que por otro lado, en ausencia del complementario derecho de inmigrar, evoca un viaje con estación de partida pero sin estación de llegada... El derecho —ya se sabe— sigue, por el contrario, la conveniencia política de quien lo establece. Pero, al menos, conviene decirlo.

<sup>5</sup> Es superfluo decir que abandonar el prohibicionismo no significa abrazar un liberismo sin reglas. Los fenómenos sociales se gobiernan y una política de gobierno flexible, abierta y eficaz puede partir, cuando menos experimentalmente, de algunas posiciones establecidas propuestas inútilmente en otras ocasiones en los últimos años: provisiones de cuotas de ingreso realistas, transformaciones del permiso de trabajo en permiso para la búsqueda de trabajo, extensión del sistema (ya previsto e inopinadamente abandonado) del «sponsor» o «garante» para el ingreso, introducción de la posibilidad de subsanar individualmente y en cualquier momento la situación de irregularidad (cuando se den las condiciones de inserción predeterminadas), ampliación de las hipótesis de reagrupación familiar y así sucesivamente.

*Segunda.* La descrita condición jurídica del extranjero, también la del *regular*, incide de manera sustancial sobre el modelo de organización social vigente en nuestro país, inspirado en todo momento (al menos formalmente) en el principio de igualdad.<sup>6</sup> En efecto, en el régimen jurídico de los inmigrantes, como síntesis de las múltiples vejaciones y disparidades de trato, hay un elemento igualmente insidioso, por así decirlo, de sistema: es la perspectiva de un «doble nivel de ciudadanía», o de «inserción diferenciada». Los precedentes *mutatis mutandi*, no faltan: los 15.000 *metecos* (sobre 40.000 ciudadanos) de la Atenas del siglo V a.C. tenían un papel y una influencia relevante en el ámbito económico, y, sin embargo, no vieron nunca reconocido su *status* de ciudadanos, en una lógica de cierre simbolizada por el sistema de transmisión de la ciudadanía exclusivamente por filiación; de la misma manera que sobre los peregrinos de la antigua Roma, aunque de noble origen, pesaba una suerte de *capitis deminutio* obstativa no sólo de la participación en los cargos públicos sino incluso de la tutela prestada por el derecho civil... En la superación de este doble *status* se cifra la «civilidad de los modernos», aun cuando a menudo se ha tratado de una superación exclusivamente formal: baste pensar en el modelo de trato aplicado a los trabajadores extranjeros todavía vigente en algunos países occidentales, fundado en el concepto de «trabajador huésped», al que no se permite la adquisición de la ciudadanía y su permanencia en el Estado *de acogida* es considerada; por definición, temporal.

*Tercera.* Se incrementan los rasgos de *especialidad* del derecho de extranjería. El derecho penal, a reglón seguido, asume una tendencia particular: no la tutela de la colectividad frente a los específicos hechos criminosos (del inmigrante lo mismo que los del ciudadano), sino *contra* el inmigrante en cuanto tal (lo que guarda singular analogía con modelos de represión de las «clases peligrosas» típicas de los Estados autoritarios).

En efecto con la introducción del delito de «inmigración irregular» no se pena — como en el derecho penal clásico— *un hecho* sino una *condición personal*: es, según una aguda definición, «el inmigrante quien se transforma en delito». Y este proceso resulta confirmado y agudizado a partir del ya recordado *reforzamiento* de la detención administrativa, prevista en exclusiva para los inmigrantes.

*Cuarta.* Todo esto alimenta —está alimentando— sentimientos y actitudes racistas a las que no estábamos habituados. La ley (toda ley) tiene un relevante poder de conformación de la sociedad. Y la consideración jurídica del inmigrante irregular como *enemigo* y *delincuente* —propia de la ley 94/2009— produce y refuerza, con inevitable efecto expansivo sobre cada inmigrante, pulsiones y comportamientos de desconfianza, de rechazo, de hostilidad. Aquí están las raíces del racismo, instrumento que —como escribía Foucault— es útil para discernir «quien debe vivir de quien debe morir» y nos permite asistir inertes (cuando no incluso complacidos) a la muerte cotidiana de miles de personas que buscan lejos de su patria refugio y emancipación social.

---

<sup>6</sup> Una de las síntesis más eficaces al respecto la he encontrado, últimamente, en una viñeta de Altan publicada en *La Repubblica* del 24 de agosto pasado y ahora reproducida en la contraportada de este número de la *Revista*. Hay dos conocidos personajes con rasgos marcados y un poco deformados: uno es negro y tiene ropas descuidadas y rotas, el otro es blanco y viste de militar. El primero exclama: ¡Soy un ser humano!»! y el segundo responde de manera emblemática: «Eso dicen todos». Con este diálogo se dice todo. La reivindicación de la igualdad de uno (y del universo de pertenencia) y la negación, la desconfianza, la *defensa* del otro (y del mundo que expresa). Y está, implícita, la consideración de la pobreza y de la diferencia como *culpa* o, cuando menos, yo la encuentro, habituado en mi experiencia de juez a advertir —¡cuántas veces me ha ocurrido!— frente a la protesta de inocencia de un imputado la toma de distancia (¡jeso dicen todos!»), justamente) del policía, del fiscal y a veces del juez o del abogado (es decir, del *mundo de los otros*).

#### 4. UNA VALORACIÓN DE SISTEMA

A estas concretas indicaciones es útil añadir algunas más generales, también porque el trato dado a los inmigrantes refleja el cuadro normativo en su conjunto y, a su vez, lo condiciona y acentúa.

*Primero.* La igualdad, palabra guía (con *libertad* y *fraternidad*) de la revolución burguesa y después, aunque con distintas implicaciones, de la socialista, ha sido la estrella polar de las Constituciones que siguieron a la segunda guerra mundial —la nuestra entre ellas— hasta fundar, como se ha dicho, un nuevo concepto de ciudadanía. Desde hace algunos decenios esto no es así y la desigualdad está llegando a ser un rasgo que caracteriza a nuestro sistema jurídico en todas sus ramas. Esto vale incluso para el derecho penal que, después de la breve ilusión de Tangentopoli, está viviendo una cada vez más marcada tendencia *clasista* (uso a propósito el término que ha caído en desuso). En efecto, el depurado advenimiento de un modelo *dúctil* ha afectado sólo a los altos estratos de la sociedad<sup>7</sup> acentuando la articulación del sistema penal en dos distintos códigos *materiales*, el de las «*personas de bien*» y el de los «*bandidos*», plásticamente representada por la previsión de una pena más grave para el hurto de pocos euros que para la corrupción millonaria o para el incumplimiento por parte del extranjero de la orden de abandonar el territorio del Estado que para los delitos contables. Mientras el derecho penal clásico cambia de piel y, según el ejemplo americano, tiende cada vez en mayor medida a penar categorías de sujetos más que *hechos* lesivos de derechos o bienes ajenos: aumenta desmesuradamente el peso de la reincidencia;<sup>8</sup> se consolidan los tipos delictivos artificiales y sin daño, cuyo prototipo es la regulación de los estupefacientes, en los que se agrava el carácter prohibicionista y segregador;<sup>9</sup> se reafirma progresivamente una suerte de derecho penal *del enemigo*, identificado cada vez más éste en el potencial terrorista, el extranjero, el toxicodependiente, el *hooligan* etcétera. Lo que no carece de consecuencias en la cultura y en los hábitos de la colectividad.

Vicisitudes recientes, como la de los limpiadores de parabrisas y su «criminalización» son ejemplares. El problema de la sociedad ha llegado a ser —o ha vuelto a ser— la presencia de los *últimos*: los inmigrantes pobres y con ellos, precisamente, los limpiadores de parabrisas, los locos, los *toxicómanos*, los mendigos, los aparca-coches irregulares, los guías improvisados, los vendedores ambulantes sin licencia, los inventores de oficios, los vendedores de carburantes improvisados del domingo, los (pocos) limpiabotas que aún quedan, los vendedores de flores y de pañuelos de papel, los paragüeros de días de lluvia, los gitanos, los vagos, los malabaristas, los pedigüeños, los ociosos, los vagabundos, los *punkis* con sus perros, los ancianos que rebuscan en los contenedores de basuras junto al supermercado y así hasta el infinito. Lo que disgusta a la sociedad *sana* no es la miseria sino su visibilidad (lo que,

---

<sup>7</sup> Ejemplar el artículo 2629, 2, c.c., (sustituido por el art. 1 del d.lgs. n. 61/2002, según el que «el resarcimiento del daño a los acreedores antes del juicio extingue el delito») de las operaciones realizadas en perjuicio de los mismos, atribuyendo a la conducta resarcitoria así un efecto extintivo del delito no previsto, por ejemplo, en referencia al hurto de pocos kilowatios de energía eléctrica o de la radio de un radio...

<sup>8</sup> La referencia americana está sintetizada en el *slogan* «tres veces y eliminado», en cuya actuación las legislaciones de muchos Estados (comenzando por California) han experimentado, en los años ochenta, imponentes giros represivos, al punto de prever que la tercera violación de la ley penal (en algunos casos sin distinción, en otros casos en referencia sólo a delitos de sangre) comporta la condena a cadena perpetua. M.M. Feeley, *Le origini e le conseguenze del panico morale*, en «Rivista Italiana de Diritto y Procedura Penale», 2000, pag. 417, señala el caso de la condena a cadena perpetua debida al hurto de una pizza...

<sup>9</sup> Nótese que no siempre ha sido así, que incluso un sistema penal de signo autoritario como el del código Rocco (en vigor, en este punto, hasta la ley n. 1041 del 1954), preveía para los estupefacientes una disciplina penal equiparable a la de las bebidas alcohólicas y el tabaco, penando como faltas sólo «haber sido sorprendido en un lugar público, abierto al público, o en círculos privados, en estado de grave alteración psíquica por abuso de sustancias estupefacientes» y «el despacho por parte de los farmacéuticos (o asimilados) de sustancias venenosas o estupefacientes, incluso bajo prescripción médica, a personas menores de dieciséis años». Evidente la simetría de estas disposiciones con las sancionatorias de la ingesta abusiva de bebidas alcohólicas, del suministro de bebidas alcohólicas a menores de dieciséis años, con la venta de tabaco a menores de la misma edad.

a menudo, tiene de desagradable). Así, mientras bajo el impulso de una crisis económica ya estructural, la marginación crece, la guerra a la pobreza —que ha caracterizado al Estado social— deja el puesto a la guerra a los pobres.

*Segundo.* En la ley 94/2009 hay una nueva tesela del mosaico de la sociedad desigual que se va construyendo. Se trata de la delegación de funciones públicas en los «buenos ciudadanos» contrapuestos a los «delincuentes» o, más exactamente, a los *marginales*. Una tendencia reforzada: baste pensar en la modificación de la disciplina de la legítima defensa introducida por la ley 39/2006, que ha atribuido a los ciudadanos injustamente agredidos en la esfera personal o *en el patrimonio* un poder de reacción próximo a la «licencia para matar».

Pero hoy cabe constatar un relevante salto cualitativo. «Los alcaldes, previo acuerdo con el gobernador, pueden servirse —art. 3, 40º de la ley 94/2009— de la colaboración de asociaciones de ciudadanos no armados para señalar a las fuerzas de policía estatales o locales hechos que puedan acarrear daño a la seguridad ciudadana o situaciones que ocasionen malestar social»: son las *rondas*, destinadas a colaborar con el Estado en la lucha contra los «nuevos enemigos», externos e internos, con competencias que se extienden hasta la respuesta al «malestar social» (*¡sic!*). La impropia atribución a los particulares de tareas y *poderes* públicos es clara y agravada por la ausencia de especificidad que caracteriza a su extensión y por la labilidad de los requisitos exigidos para formar parte de las asociaciones *auxiliares*: la ley no los prevé siquiera, dejándolo al arbitrio de los reglamentos ministeriales, que las asociaciones no deban tener naturaleza o finalidad política y que no pueda formar parte de ellas, por ejemplo, quien haya sido condenado por delitos violentos y por la realización de actos de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos... También en este caso estaría fuera de lugar restar importancia a las *rondas* que tienen, en el Estado, competencias limitadas pero no como para considerarlas inocuas imitaciones de los *boy scout*. El siglo apenas finalizado ha mostrado al mundo la rápida y dramática evolución de estructuras de brazo armado propias de políticas autoritarias y racistas. La llamada externalización del uso de la fuerza (ya experimentada, en el plano interno, con la masiva utilización de *vigilantes* en tareas de seguridad, y en el internacional, empleando, en operaciones de guerra o de *peace keeping*, modernos mercenarios enrolados como *contractors*) acaba por negar la función misma al Estado de derecho, que debe tener el monopolio y el control de aquélla.

*Tercero.* El uso masivo de la prohibición y de la contención produce inevitablemente el crecimiento de la cárcel. Los números son elocuentes y ofrecen un cuadro profundamente distinto del que presentan las leyendas urbanas que, tomando como pretexto algunos casos llamativos, hablan de perdonismo general y de buenismo... En los últimos veinte años los presos *se han elevado* en nuestro país, de los 25.804 del 31-12-1990 a los 63.993 del 1-9-2009, pasando por los 52.870 del fin del siglo (31-12-1999) y por los 55.000 de media en los primeros años del nuevo milenio (55.275 el 31-12-2001 y, respectivamente, 55.670 y 54.237 en la misma fecha del 2002 y del 2003).<sup>10</sup> Si después se contabiliza también la llamada «área externa», es decir, la de las sanciones alternativas a la cárcel<sup>11</sup> y la de quien, tras la condena a pena privativa de libertad inferior a tres años, espera en libertad la decisión del Tribunal de vigilancia penitenciaria sobre la modalidad de ejecución de la pena, el número de personas

<sup>10</sup> El cómputo de los detenidos encarcelados se efectúa, en las estadísticas, con referencia a la presencia en un día preestablecido (generalmente el 31 de diciembre). Tal dato, para ser cumplidamente percibido, se integra con el de los ingresos anuales (más significativo, aunque levemente descompensado por exceso, no computándose en él los *reincidentes* del año). En conclusión en nuestro país los ingresos fueron 78.649 en el 2001, 81.185 en el 2002 y 81.790 en el 2003, para después pasar a 90.000 en el 2007 y a 92.800 en el 2008, que confirma un *trend* en permanente crecimiento.

<sup>11</sup> El número de las medidas alternativas a la prisión (*probation*, semilibertad, etc.) es actualmente, en 2009, de 10.737 unidades, después de haber alcanzado la punta de 50.228 en 2004, de 49.943 en 2005, dejando abierta la duda de si la brusca caída es fruto de un ulterior clima cultural más represivo o consecuencia del indulto (y, por tanto, de la salida de la cárcel de muchos de los destinatarios de las medidas alternativas) o, también, de la combinación de ambos factores.

sujetas a restricciones de la libertad en el área penal alcanza las 120.000 unidades, superando el valor medio de dos cada mil habitantes y superando la media europea de uno por cada mil.

Son igualmente significativos los datos desglosados. De los 63.993 presos el 1-9-2009, 23.704 eran extranjeros (el 37%)<sup>12</sup> y los toxicodependientes (así descritos en las estadísticas ministeriales: más verosíblemente consumidores de estupefacientes) 17.270 (27%): detrayendo la cifra gris (no censada) de los que se incluyen en ambas categorías (recibiendo el trato que se da a una y a otra) puede decirse, razonablemente, que casi el 60% de los presos está compuesto por drogodependientes o por extranjeros. Si además se toma en consideración el concepto por el que se encuentran en tal situación, el 15,2% lo es por violación de la ley sobre estupefacientes y el 29,5% por delitos contra el patrimonio, mientras que sólo el 16,5% está en prisión por delitos contra la persona y el 2,6% por integración en asociaciones de corte mafioso. Triste necesidad —podría decirse— este incremento del uso de la prisión (y su composición), pero no opción, puesto que se sigue del aumento de los delitos y de las características de sus autores (determinadas también por las condiciones sociales pero no exorcizables). No es así. En efecto, el pico de los delitos se produjo, en nuestro país, según los datos del Ministerio del Interior, precisamente en 1991. La curva de los delitos, al menos aquellos contra las personas no ha crecido y muestra a veces una curva descendente. Los delitos relacionados con el uso de estupefacientes y con la inmigración irregular (o determinados por estos fenómenos) son, en gran parte, *artificiales*, esto es provocados por una normativa imbuida del más radical y obtuso prohibicionismo, cuyo carácter criminógeno está ampliamente probado en la historia. En efecto, el sistema penal prevé procesos más rápidos y menos garantistas para la delincuencia menor que para la de «cuello blanco» y también formas elusivas de la respuesta penal para los delitos de esta última categoría y no para aquellos otros. Lo que ocurre y que será incentivado por la ley 94/2009 es, de manera cada vez más clara, el uso de la cárcel como *contenedor de marginalidad* (con una predisposición significativa a prescindir de la entidad del delito cometido).

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN: ESPERANDO A LOS BÁRBAROS

Todo esto está en la ley 94/2009. Su postulado es que la garantía de los derechos y la seguridad de *los que están dentro* pase necesariamente por la privación del disfrute de aquellos derechos a los *excluidos*, los inmigrantes (los *nuevos bárbaros* de los que la sociedad contemporánea debe defenderse a toda costa).

Surgen de aquí las modernas políticas de seguridad, la «tolerancia cero», la construcción de las ciudades y de los Estados como «fortalezas asediadas» que está en la base del *revival* de la contención. Lo que vale para las relaciones interestatales vale para las políticas internas (*in primis*, las sociales, destinadas a transformarse en políticas criminales y penales). Al final del trayecto —es superfluo subrayarlo— está la *guerra permanente*. No es una perspectiva que ofrezca buenos augurios...

---

<sup>12</sup> Todavía más ilustrativo es el dato de las prisiones metropolitanas: en el otoño de 2008 los extranjeros eran el 78% de los presos de San Vittore en Milán y el 63% de los de Regina Coeli en Roma.

# Breve diagnóstico de la jurisdicción penal universal en su respuesta a la impunidad de los crímenes internacionales

Ignacio U. GONZÁLEZ VEGA

## 1. INTRODUCCIÓN: DEL PROCESO DE INTERNACIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL Y EL CONSECUENTE DESARROLLO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL COMO MODO DE LUCHAR CONTRA LA IMPUNIDAD

Tras los horribles crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial la Comunidad Internacional sintió la necesidad de hacer justicia. A tal fin, se instauraron los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y para el Extremo Oriente, en 1945<sup>1</sup> y 1946<sup>2</sup> respectivamente, para enjuiciar los «crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad». Dichos juicios constituyen un precedente importante, sin los cuales no hubieran sido posibles los últimos logros en materia de Derecho Penal Internacional<sup>3</sup>, y lo que es más importante en la lucha contra la impunidad, por más que se tratara de tribunales creados *ad hoc* y de modo unilateral (esto es en virtud de una decisión política de las potencias vencedoras), y con flagrante vulneración de los principios elementales del derecho sustantivo y procesal penal, fundamentalmente, el principio de legalidad de los delitos y de las penas (pues sendos estatutos son posteriores a los hechos enjuiciados) así como que la instrucción y enjuiciamiento fueran llevados a cabo por el mismo órgano judicial o la cuestionable imparcialidad de los jueces (que eran ciudadanos de las potencias vencedoras)<sup>4</sup>.

Ante ese cambio de conciencia experimentado por la Comunidad Internacional, ya que hasta entonces habían quedado impunes las graves y masivas violaciones de los derechos humanos, y fruto de aquella necesidad última de hacer justicia y crear un Derecho Penal Internacional, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adopta el 9 de diciembre de 1948 el Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio<sup>5</sup>, un día antes de la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y establece en 1950 un Comité especial para la elaboración del estatuto de un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente. Posteriormente, la ONU, en diferentes resoluciones, ha venido declarando que los crímenes contra la humanidad serían perseguidos y no podrían quedar impunes<sup>6</sup>.

Tras el final de la guerra fría, la Asamblea General vuelve a retomar el tema, encargando en 1989 a la Comisión de Derecho Internacional la elaboración de sendos *pro-*

---

<sup>1</sup> Reunida la Comisión cuatripartita de las potencias vencedoras (EEUU, Gran Bretaña, Francia y la URSS) en Londres el 8 de agosto de 1945 hizo público el Acuerdo y el Estatuto por los que habrían de regirse la constitución y el funcionamiento del tribunal militar internacional que habría de juzgar las responsabilidades penales de los grandes criminales de guerra.

<sup>2</sup> El 19 de enero de 1946 se otorga la Carta para la constitución del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente.

<sup>3</sup> Peláez Marón, J. M., *El desarrollo del Derecho Internacional Penal en el siglo XX*, pág. 109, en AAVV (2000): *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid. Consejo General del Poder Judicial.

<sup>4</sup> A estos argumentos jurídicos hay que sumar las críticas de aquellos que lo calificaron «como una “Justicia de vencedores” contra vencidos en una guerra en la que por ambas partes se habían cometido barbaridades sin cuento, bombardeos de ciudades enteras, de monumentos, de instalaciones civiles, con el resultado de miles de víctimas personales entre una población que no participaba en las actividades bélicas», Muñoz Conde, F. y Muñoz Aunión, M. (2003), *¿Vencedores o vencidos?*, Valencia. Cine-Derecho, Tirant lo blanc, pág. 18.

<sup>5</sup> Resolución 280 A, III. ONU, Treaty Series, vol. 78, pág. 277.

<sup>6</sup> La última, la Resolución del Consejo de Seguridad (1674) de 28 de abril de 2006.

yectos de Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>7</sup> y de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Estos proyectos fueron presentados por dicha Comisión en 1994 y 1996<sup>8</sup>, respectivamente, y, una vez refundidos, ampliados y completados por un Comité compuesto por representantes gubernamentales, constituyeron la base del trabajo de la Conferencia Diplomática de Roma que da lugar a la Corte Penal Internacional.

La evolución más reciente del Derecho Internacional ha tenido una de sus expresiones más avanzadas en la profundización de los mecanismos de aplicación del Derecho Penal Internacional como fórmula jurídica de la lucha contra la impunidad<sup>9</sup>. En efecto, una de las grandes preocupaciones de la ONU a lo largo de estos años ha sido la persecución y castigo de los responsables de graves y masivas violaciones de los derechos humanos fundamentales y de los principios básicos del Derecho Internacional Humanitario. Para ello, se han seguido diversas vías:

Por una parte, la expansión del ámbito de la jurisdicción penal de los Estados respecto de los delitos contra la comunidad internacional y el derecho de gentes, ampliando los supuestos en lo que se reconoce el criterio de universalidad de la jurisdicción penal de los Estados, en cuyos ordenamientos jurídicos internos se va reconociendo progresivamente la obligación de aquéllos de perseguir o de extraditar a los inculpados de dichos delitos (Bélgica y España, por ejemplo).

Por otra, y en paralelo, la creación de Tribunales Penales Internacionales, vía utilizada por el Consejo de Seguridad para crear órganos *ad hoc* (en 1993, con el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, y en 1994, con el Tribunal Penal Internacional para Rwanda), y más tarde, con un carácter permanente y universal, con la aprobación del Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Penal Internacional en 1998.

Finalmente, la búsqueda de nuevas fórmulas jurisdiccionales para encarar la represión de los crímenes cometidos con la aparición de tribunales internacionalizados de naturaleza mixta o híbrida (tanto en su composición como en el derecho aplicable). Así, los órganos jurisdiccionales establecidos en Sierra Leona, Camboya, Timor Oriental, Kosovo, Bosnia-Herzegovina, Irak y Líbano.

Como fácilmente se puede colegir, el importante desarrollo experimentado por el Derecho Penal Internacional a finales del pasado siglo está relacionado con este proceso de internacionalización de la justicia penal. En este sentido, se rompe con viejos dogmas del Derecho Penal, tales como el principio de territorialidad de la ley penal basado en la idea de soberanía estatal, que cede a un nuevo principio de jurisdicción penal universal. Por su parte, los crímenes de Derecho Internacional (agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad) responden a tipos que cabe entender consolidados en la actualidad. Y, finalmente, se han arbitrado nuevos y diversos sistemas procesales para proteger los intereses de la Comunidad Internacional, destacando la novedosa posición que el individuo (tanto en el papel de inculpad como de víctima) adquiere en el ordenamiento jurídico internacional.

Este panorama se completa con la llamada justicia transicional, concepto que engloba un conjunto de procesos de naturaleza judicial o de otro orden que se llevan a cabo en sociedades *en transición hacia la democracia* con el fin de reconciliar y hacer

---

<sup>7</sup> La reactivación de los mismos obedece a una propuesta presentada en 1989 por Trinidad y Tobago ante la Asamblea General cuya finalidad era simplemente el establecimiento de un Tribunal para el enjuiciamiento de los delitos vinculados con el tráfico internacional de drogas. El interés por un Tribunal penal internacional se vio posteriormente reforzado por los problemas suscitados en torno al caso Lockerbie y la represión del terrorismo internacional. Curiosamente, ambas categorías de crímenes han quedado excluidas de la competencia de la Corte Penal Internacional por falta de consenso suficiente sobre los crímenes en cuestión. Escobar Hernández, C. «La Corte Penal Internacional: rasgos básicos», en AA.VV. (2000), «*Crímenes internacionales y jurisdicción universal*», Valencia, 2000, Tirant lo blanc, págs. 227 y 228.

<sup>8</sup> Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48ª reunión, Doc. ONU A/CN.4/L. 522, 31 de mayo de 1996.

<sup>9</sup> Rodríguez Barrigón, J.M., *Tribunales Penales Internacionalizados: La especialización de la justicia penal* en Fernández Liesa, C. R. (2009): *Tribunales internacionales y Espacio Iberoamericano*. Madrid. Universidad Carlos III de Madrid, Thomson y Civitas, pág. 331.

justicia sobre violaciones de derechos humanos ocurridas bajo el régimen precedente, facilitando así una paz estable y duradera<sup>10</sup>. Como veremos, algunos de los órganos judiciales antes citados caen de lleno en este ámbito<sup>11</sup> y otros han tenido que enfrentarse a la revisión de procesos de transición. En este último caso, se ha planteado el problema desde la perspectiva de la jurisdicción universal referido a la virtualidad que las leyes de amnistía, fruto de procesos de reconciliación nacional, puedan tener en orden a impedir un enjuiciamiento de los crímenes amnistiados por los tribunales de otros Estados<sup>12</sup>.

Abordaremos en el presente artículo, primeramente, la pluralidad de instancias judiciales existentes en el ámbito internacional, destacando sus limitaciones en la lucha contra la impunidad, para seguidamente estudiar el carácter universal de la jurisdicción penal de los Estados, su evolución, y concluir con una referencia al panorama europeo.

## 2. LA JUSTICIA REAPARECE EN LA ESCENA INTERNACIONAL: LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES *AD HOC*

El Consejo de Seguridad de la ONU, en el preámbulo de su Resolución 827 (1993), expresaba su profunda alarma por «los continuos informes de violaciones generalizadas y flagrantes del Derecho Internacional Humanitario que se perpetraban en el territorio de la ex Yugoslavia (...), inclusive los informes sobre asesinatos en masa, detenciones y violaciones masivas de mujeres, organizadas y sistemáticas, y de la práctica de la depuración étnica». Ello determina que en la última década del pasado siglo se creen los tribunales penales internacionales *ad hoc* por resoluciones del Consejo de Seguridad, en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, primero el de la antigua Yugoslavia<sup>13</sup> y luego el de Rwanda<sup>14</sup>.

Se trata, en ambos casos, de iniciativas de ámbito restringido, localizadas en estos territorios y con límites temporales precisos<sup>15</sup>, pero de gran importancia como precedentes de la Corte Penal Internacional. Objetivo de estos tribunales es someter a juicio a las personas acusadas de genocidio y otras graves violaciones del Derecho Humanitario Bélico<sup>16</sup>, hacer justicia a las víctimas de las referidas violaciones, evitar

---

<sup>10</sup> Avello, M. (2007): La justicia transicional vista desde Europa. Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE). Madrid. [www.fride.org](http://www.fride.org)

<sup>11</sup> No obstante, conviene tener presente el informe del Secretario General de la ONU presentado al Consejo de Seguridad en 2004 sobre «El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos» donde recomienda a la comunidad internacional una visión de la justicia transicional con una multiplicidad de enfoques, integrándolos y convirtiéndolos en complementarios. Contemplar solamente medidas de tipo judicial en una situación de post-conflicto puede tener un efecto contrario al que se busca de impedir el logro de los objetivos de paz y estabilidad para el territorio.

<sup>12</sup> Sobre este particular, consúltese Sánchez Legido, A.: «Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional», Valencia, 2000, Tirant lo blanch, págs. 368 y ss.

<sup>13</sup> Creado por Resolución 827 (1993) de 25 de mayo de 1993.

<sup>14</sup> Creado por Resolución 995 (1994) de 8 de noviembre de 1994.

<sup>15</sup> En el caso del TPIY, el 1 de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restaurada la paz. Las últimas previsiones apuntan a que tres de los juicios seguidos en dicho Tribunal concluirán en 2010, dos más a principios de 2011 y el juicio contra Karadzic a principios de 2012. Muchas de las apelaciones estarán resueltas a lo largo de 2012 con un pequeño número de asuntos que estarán resueltos en el primer semestre de 2013 (Fuente: sitio oficial del TPIY: <http://www.icty.org/sections/AbouttheICTY>). El mandato temporal del TPIR se fija el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

<sup>16</sup> Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales son tratados internacionales que contienen las principales normas destinadas a limitar la barbarie de la guerra. Protegen las personas que no participan en las hostilidades (civiles, personal sanitario, miembros de organizaciones humanitarias) y a los que ya no pueden seguir participando en los combates (heridos, enfermos, naufragos, prisioneros de guerra). Las Convenciones de Ginebra sólo se aplican a los conflictos armados internacionales, a excepción del artículo 3, común a las 4 Convenciones, que también abarca las guerras civiles en el interior de un mismo país. Con motivo de su 60º aniversario se ha planteado la necesidad de actualizar esos textos habida cuenta los nuevos escenarios en que se presentan los conflictos bélicos en el siglo XXI. Enlace de interés en la página oficial del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR): <http://www.icrc.org/web/spa/sitesupa0.nsf/htmlall/icrc?OpenDocument>

crímenes futuros y contribuir a la restauración de la paz promoviendo la reconciliación en sendos países. Por tal motivo, han supuesto la incorporación del Derecho Internacional al campo de la justicia transicional.

Contrariamente a los Tribunales de Nüremberg y Tokio, estos tribunales son *verdaderamente internacionales*, ya que aquéllos eran Tribunales multinacionales, pero no Tribunales internacionales en sentido estricto por el hecho de que los mismos no representaban más que a una parte de la comunidad mundial: la de los vencedores<sup>17</sup>.

A destacar por novedoso en la jurisdicción de estos tribunales, la no aplicabilidad del régimen general de inmunidad de jurisdicción que es reconocido en el ámbito penal a los altos mandatarios de los Estados<sup>18</sup> y que el Tribunal Internacional de Justicia ha reconocido como excepciones a la regla de inmunidad<sup>19</sup>, y su carácter preferente sobre los tribunales nacionales en caso de ostentar ambos jurisdicción concurrente sobre las graves violaciones del Derecho Humanitario Internacional cometidas en la antigua Yugoslavia o en Rwanda, respectivamente<sup>20</sup>.

### 3. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN PASO DECISIVO, PERO INSUFICIENTE

Dado que los tribunales penales internacionales creados hasta la fecha lo han sido para situaciones concretas y con carácter temporal, la constitución de una jurisdicción penal internacional con vocación de generalidad y permanencia supone un paso decisivo en el desarrollo del orden internacional. El 17 de junio de 1998 la Conferencia de Plenipotenciarios, en una conferencia auspiciada por la ONU, aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por 120 votos a favor, incluyendo a todos los países de la Unión Europea. No obstante, la Corte tuvo que esperar hasta el 1 de julio de 2002 para entrar en vigor, una vez que su Estatuto fue aprobado por 139 países y ratificado por 76 de ellos<sup>21</sup>.

El objetivo que se persigue con el Estatuto de Roma es la creación de la CPI, como instancia judicial *independiente*, aunque vinculada con la ONU, con carácter *permanente* y alcance potencialmente *universal*, que será competente para enjuiciar los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Además, por primera vez en la historia del Derecho Penal Internacional, las víctimas de los crímenes bajo la competencia de la Corte tienen derecho a participar en los juicios que se sigan ante la misma, mediante representación legal, y a solicitar reparaciones. Como señala Márquez Carrasco<sup>22</sup>, «el Tratado de Roma alumbró así a la última institución internacional del siglo xx y la primera (...) del siglo xxi», «es, por tanto todo un signo mágico para el siglo xxi que la sociedad internacional pueda contar con una Corte Penal permanente con la que se persigue poner fin a la impunidad».

<sup>17</sup> Primer informe del TPIY (A/49/342.S/1994/1007, par. 10). <http://un.org/icty/rappannu-e/1994/index.htm>

<sup>18</sup> Pues no les afecta el principio *par in parem jurisdictionem* que justifica las inmunidades ante los jueces de otro Estado (art. 7.2 del Estatuto del TPIY y el art. 6.2 del Estatuto del TPIR). Baste recordar que el procesamiento de Slobodan Milosevic por el TPIY en mayo de 1999 se produjo cuando aún ocupaba la Presidencia de la República Federal de Yugoslavia.

<sup>19</sup> En asunto República Democrática del Congo c. Bélgica (Decisión del 14 de febrero de 2002, TIJ, Recopilación 2002, párrafo 61, pág. 25, del que hablaremos más adelante).

<sup>20</sup> *Vid.* artículo 9 del Estatuto del TPIY y artículo 8 Estatuto del TPIR. En España, ver las Leyes de cooperación con los Tribunales *ad hoc*: la Ley orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia y la Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal internacional para Rwanda.

<sup>21</sup> España autorizó por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (<http://boe.es/g/es/boe/dias/2000/10/05/seccion1.php#00000>).

<sup>22</sup> Márquez Carrasco, M.C. «Alcance de la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional: Jurisdicción universal o nexos jurisdiccionales aplicables», en AA.VV. (2000), «La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional», Madrid, Consejo General del Poder Judicial, págs. 359 y 360.

A pesar de estas posiciones entusiastas, la limitación espacial y temporal de la jurisdicción de este Tribunal lo sitúa en su justa medida. En efecto, el ámbito de actuación de la Corte no es plenamente universal. Solo vincula a aquellos Estados parte que han ratificado el Estatuto de Roma, a los otros, no. Aun cuando esta limitación territorial deba de interpretarse en conexión con la cláusula de apertura de la jurisdicción de la Corte vinculada con los poderes atribuidos por el Estatuto al Consejo de Seguridad de la ONU<sup>23</sup>, su peso es muy relativo si tenemos en cuenta los países que no lo han ratificado y aquellos que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad y tienen por consiguiente derecho de veto<sup>24</sup>. Sin olvidar la posición beligerantemente en contra de los EE.UU.<sup>25</sup>. Amén del ámbito temporal de competencia de la Corte sobre delitos ocurridos después del 1 de julio de 2002 (fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma)<sup>26</sup>. Existe por tanto un vacío, baste recordar que gran parte de las graves violaciones de derechos humanos que siguen pesando en la conciencia de la humanidad se han producido con anterioridad a esa fecha, que necesariamente debería de ser cubierto por otras instancias judiciales, como puede ser la jurisdicción universal de los Estados, en aras a satisfacer las demandas de justicia.

#### 4. LA ALTERNATIVA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALIZADOS: LA HUIDA DEL DERECHO INTERNACIONAL

La evolución de la lucha contra la impunidad ha supuesto la búsqueda de nuevas fórmulas jurisdiccionales para encarar la represión de los crímenes cometidos. De este modo, junto a los tribunales penales internacionales *ad hoc*, cuya actividad se aproxima a su término, y la Corte Penal Internacional, la práctica más reciente ha visto la aparición de tribunales internacionalizados de naturaleza híbrida<sup>27</sup>.

En efecto, tras las experiencias de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda, la evolución posterior ha encauzado el desarrollo de la responsabilidad penal individual por genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad por vías totalmente diferentes a las anteriores, sugiriendo un indudable relevamiento de las fórmulas propiamente jurídico-internacionales, no solamente en la forma sino incluso en el contenido —el derecho aplicable— y ello en abierto contraste con los desarrollos del período inmediatamente anterior.

---

<sup>23</sup> Vid. artículo 13, apartado b) del Estatuto. Por esta vía ha actuado la Corte en Darfur (Sudán), a raíz de lo cual se dictó en julio de 2008 la primera orden de arresto contra un Jefe de Estado en ejercicio por el Fiscal de la Corte, el presidente sudanés Omar Hassan Ahmad Al Bashir, por genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra cometidos contra miles de personas de las etnias fur, masalit y zaghawa.

<sup>24</sup> A fecha de hoy, 107 países son parte del Estatuto. Siete países votaron en contra (EEUU, Rusia, China, India, Cuba, Irak e Israel) y 21 se abstuvieron.

<sup>25</sup> En palabras del senador Jesse Helms, en su intervención en el Senado estadounidense el 31 de julio de 1998, pocos días después de la creación de la CPI: «rechazar el Estatuto de Roma no es suficiente. Los EE.UU. tienen que combatirlo (...) La CPI es de hecho un monstruo y tenemos la responsabilidad de descuartizarlo antes de que crezca y acabe devorándonos» (<http://www.derechos.org/nizkor/impu/tpi/helms.html>). El presidente Bill Clinton en un principio se negó a firmar el Estatuto de Roma, pero poco antes de abandonar la Casa Blanca decidió firmarlo. Posteriormente, el presidente George W. Bush anunciaba que EE.UU. se retiraba oficialmente de la CPI. En agosto de 2001 daba un paso más y remitía al Congreso el proyecto de Ley de Protección de los Miembros del Servicio Americano (*American Service members Protection Act*), en virtud de la cual se prohíbe taxativamente a cualquier autoridad de los EEUU cooperar con la CPI. Finalmente, en un afán por lograr una inmunidad total de su personal en el exterior, EE.UU. ha suscrito acuerdos bilaterales de inmunidad (*Bilateral Immunity Agreements*) con decenas de países que son Estados Parte de la CPI, por los cuales éstos se comprometen (a cambio de un trato preferencial en distintos campos) a que en ningún caso denunciarán ante la CPI a nacionales estadounidenses que se hallen en sus respectivos territorios aunque fueran responsables de los delitos competencia de la CPI, en base en el artículo 98 del Estatuto de Roma (de ahí que se les denomine también acuerdos del art. 98).

<sup>26</sup> El artículo 11 del Estatuto establece expresamente que no tendrá efectos retroactivos.

<sup>27</sup> Y existen buenas razones para creer que los sistemas de justicia penal internacionalizados continuarán multiplicándose. Así, se sondeó tal posibilidad en Burundi y en Sudán. Finalmente, el Consejo de Seguridad de la ONU remitió el asunto de Darfur a la CPI.

Esta multiplicación de órganos internacionales judiciales y cuasi judiciales, a pesar —como decimos— de la creación de la Corte Penal Internacional, obedece a exigencias políticas o a las circunstancias particulares de algunos Estados. Si bien hay que señalar que por lo general son aceptados con mejor grado que los Tribunales especiales *ad hoc*, porque, estos últimos son vistos en último extremo, como una imposición unilateral mientras que, en aquellos, existe un activa participación local que se equilibra y conjuga con el elemento internacional<sup>28</sup>.

En este sentido basta confrontar los sucesivos órganos jurisdiccionales establecidos para crímenes masivos (Sierra Leona, Camboya, Timor Oriental, Irak, Kosovo y Bosnia-Herzegovina) o para delitos concretos (Líbano), para percibir la profunda transformación en el tratamiento de la cuestión que revelan tales desarrollos.

Estos nuevos modelos jurisdiccionales presentan diferentes grados de internacionalización, y así unos, los tribunales híbridos, están formados por jueces nacionales e internacionales y se caracterizan por ser una alternativa a los tribunales penales internacionales *ad hoc*, no se integran en los sistemas judiciales internos y actúan de forma y con personalidad internacional independiente (los Tribunales Especiales creados para Sierra Leona<sup>29</sup> y el Líbano<sup>30</sup>), otros, los tribunales penales nacionales internacionalizados, forman parte de un sistema de justicia penal nacional, carecen de independencia internacional y solo ostentan algunos rasgos de índole internacional: extienden su jurisdicción sobre determinadas categorías de crímenes y la ley que aplican estos Tribunales —compuestos por jueces y fiscales nacionales e internacionales— es tanto la interna como la internacional (las Salas Especiales para Camboya<sup>31</sup>, los Paneles Especiales de Delitos Graves en Timor Oriental<sup>32</sup> o la Sala de crímenes de guerra del Estado de Bosnia-Herzegovina<sup>33</sup>)<sup>34</sup>. Finalmente, los Tribunales

---

<sup>28</sup> Ollé Sesé, M.: Justicia universal para crímenes internacionales, La Ley, Madrid, 2008, pág. 50.

<sup>29</sup> Mediante la Resolución 1315 (2000), de 14 de agosto de 2000, el Consejo de Seguridad de la ONU encomendó al Secretario General que negociara un acuerdo con el Gobierno de Sierra Leona para crear un tribunal especial independiente encargado de juzgar a los principales responsables de las atrocidades cometidas en el territorio de ese país, azotado por varios años de guerra civil en la que murieron 200.000 personas. El acuerdo se concertó el 16 de enero de 2002.

<sup>30</sup> El 13 de diciembre de 2005, el Gobierno de la República Libanesa pidió a la ONU que establecieran un tribunal de carácter internacional para enjuiciar a todos los presuntos responsables del atentando con explosivos que tuvo lugar el 14 de febrero de 2005 en la ciudad de Beirut que causó la muerte del ex primer ministro libanés Rafiq Hariri y otras 22 personas. Esta acción desencadenó una respuesta inmediata por el Consejo de Seguridad subrayando la negativa incidencia que ha tenido este fatal atentado en el inestable equilibrio geo-político del Líbano.

Con arreglo a la Resolución 1664 (2006) del Consejo de Seguridad, la ONU y la República Libanesa negociaron un acuerdo sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano. Una vez aprobada la Resolución 1757 (2007) del Consejo de Seguridad, de 30 de mayo de 2007, las disposiciones del documento anexo a ella, incluido el Estatuto del Tribunal que figuraba como apéndice, entraron en vigor el 10 de junio de 2007.

<sup>31</sup> La firma del Acuerdo, el 6 de junio de 2003, entre la ONU y el Gobierno Real de Camboya relativo al «Procesamiento, con arreglo al derecho de Camboya, de los crímenes cometidos en ese país durante el período de la Kampuchea Democrática (entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979)», y su objeto era regular la cooperación entre la ONU y el Gobierno de Camboya para procesar a los más altos dirigentes de la Kampuchea Democrática y aquellos a quienes incumba la mayor responsabilidad por los crímenes y graves transgresiones del derecho penal de Camboya, el derecho internacional humanitario y las normas consuetudinarias en la materia, así como los instrumentos internacionales en que Camboya es parte.

<sup>32</sup> Se constituyó en virtud del Reglamento n.º. 2000/15 de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (UNTAET), de 6 de junio de 2000, sobre el establecimiento de Paneles especiales con jurisdicción exclusiva sobre delitos graves.

<sup>33</sup> En el caso de Bosnia y Herzegovina estamos en presencia de un tribunal penal nacional internacionalizado compuesto por jueces y fiscales internacionales y que incluye una Sala de Crímenes de Guerra. Establecido por una Ley del Parlamento de Bosnia y Herzegovina el 3 de julio de 2002 y promulgada por el Alto Representante el 12 de noviembre de 2002, con sede en Sarajevo, no tiene un mandato limitado en el tiempo (a diferencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc*). Dentro de su jurisdicción penal, el Tribunal se limita a conocer de las causas por crímenes de guerra que le remita tanto el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia como el Organismo de Investigación y Protección del Estado, dependiente del Ministerio de Seguridad.

<sup>34</sup> Sin embargo, en estos supuestos, por relevante que sea esta internacionalización de la justicia penal, no dejan de ser fórmulas de cooperación con Estados o entidades carentes de un sistema judicial eficaz para la persecución de determinados delitos, o situados sus territorios bajo administración de Naciones Unidas, Rodríguez Barrigón, J.M., *Op. cit.*, pág. 335.

locales asistidos internacionalmente reciben el apoyo internacional (Tribunal Especial Iraquí<sup>35</sup>). Kosovo<sup>36</sup>, por su parte, no cuenta con un tribunal o sala especial sino que incorpora jueces internacionales a su sistema judicial.

Algunos de estos órganos judiciales han merecido severas críticas por su falta de legitimidad, parcialidad y falta de garantías procesales. Incluso en alguno de ellos se ha aplicado la pena de muerte.

## 5. LA IRRUPCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL UNIVERSAL DE LOS ESTADOS: TAMBIÉN SE PUEDE MORIR DE ÉXITO

Tal y como señalábamos al principio, una de las vías seguidas para perseguir y castigar a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos, junto con la de los tribunales penales internacionales e internacionalizados, es mediante la expansión del ámbito de jurisdicción penal de los Estados. Esto es, los jueces estatales participan en la represión de los delitos contra la comunidad internacional y el derecho de gentes (principio de jurisdicción universal, de universalidad o de justicia universal).

Ahora bien, y como veremos, cual es la amplitud de esa competencia cuando los hechos se han producido en el extranjero y los sujetos implicados, activos o pasivos, carecen de conexión con el foro dependerá de cada Estado, de los objetivos de su política exterior y sus relaciones diplomáticas así como de la relevancia que otorgue a la protección de los derechos humanos más allá de sus fronteras.

Es indudable que los jueces del Estado en que se ha cometido el crimen gozan de competencia (principio de territorialidad). El *forum loci commissi delicti* es la conexión más natural de la jurisdicción penal y expresión de la soberanía del Estado. Ahora bien, tal y como observó la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso «Lotus» (Francia vs. Turquía) en 1927<sup>37</sup>: «si es verdad que el principio de la territorialidad del Derecho Penal sirve de fundamento en todas las legislaciones, no es menos cierto que todas o casi todas estas legislaciones extienden su acción a delitos cometidos fuera de su territorio, y esto conforme a sistemas que cambian de Estado a Estado. La territorialidad del Derecho Penal no es, pues, un principio absoluto de Derecho internacional y de ningún modo coincide con la soberanía territorial». De este modo, dicho principio se ve completado por otra serie de soberanías (real, de protección o de defensa, de personalidad activa o pasiva, sustitución, etc.) que en función del nexo de conexión extienden la competencia de la jurisdicción del Estado a hechos cometidos fuera de su territorio y tratan de evitar la impunidad de ciertos hechos delictivos.

Otra cosa bien distinta es el principio de justicia universal que tiene su fundamento en la defensa descentralizada de intereses y valores de la Comunidad Internacional en su conjunto, y no en los puramente estatales o particulares, y que, por ello, implica un paso más respecto de la mera cooperación entre Estados para la persecución de delitos<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> El Tribunal Especial Iraquí fue establecido después de la Guerra del Golfo por el Estatuto n.º (1), de 10 de diciembre de 2003, sancionado por el Consejo de Gobierno Iraquí. Tiene competencia para juzgar los genocidios, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y las violaciones de la ley iraquí cometidos por iraquíes o residentes en Irak entre el 17 de julio de 1968 (fecha del golpe de Estado baasista) y el 11 de mayo de 2003 en Irak o en «otros lugares», incluidos los crímenes cometidos en la guerra contra Irán (1980-88) y la invasión de Kuwait (1990-91).

<sup>36</sup> El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptó la Resolución 1244, de 10 de junio de 1991, después de la confirmación de la retirada de Kosovo de las fuerzas de seguridad de la República Federal de Yugoslavia y la suspensión de las operaciones aéreas de la OTAN. Dicha resolución encomienda al Secretario General el establecimiento de la Misión de Administración Interina de la ONU en Kosovo (UNMIK). Bajo su mandato se dictaron los Reglamentos 1999/24 y 2001/9 que fijan el modelo judicial en Kosovo y que prevé la participación de jueces internacionales.

<sup>37</sup> CPJI/PCIJ Series A, N.º. 10 (1927), «S.S. Lotus (Francia vs. Turquía)», Sentencia de 7 de septiembre de 1927.

<sup>38</sup> En efecto, señala Mercedes García Arán, los instrumentos de cooperación mediante los cuales los Estados se prestan asistencia mutua para la persecución de hechos delictivos suponen ya un grado de

En cuanto a su extensión, la justicia universal complementa, a la vez que exceptúa, el principio de territorialidad, declarando la competencia de la jurisdicción penal de un Estado para el enjuiciamiento de delitos cometidos fuera de su territorio, con independencia de la nacionalidad o residencia del autor, de su víctima y del Estado en que se ha perpetrado<sup>39</sup>. En palabras de nuestro Tribunal Constitucional<sup>40</sup>: «La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (...) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no solo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (...) cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales (...)». Obviamente, el juez del lugar donde ocurrieron los hechos, más aún si están conectados por la nacionalidad o residencia habitual con el sospechoso, es el juez natural de estos delitos y debe de dársele prioridad y un cierto tiempo antes de valorar su voluntad, capacidad e independencia de actuación. El problema principal estriba cuando en virtud del principio de justicia universal se persiguen presuntos criminales en Estados sin conexión territorial ni personal con los hechos y sin que éstos se encuentren físicamente a disposición del juez del Estado<sup>41</sup>. Realmente, la presencia del inculcado ante el juez que pretende someterlo a juicio no es imprescindible —aunque siempre sea conveniente— para la instrucción del proceso. «Es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena», señala el Tribunal Constitucional<sup>42</sup>. No se ve, por otro lado, la razón para bloquear la vía de la extradición que ha de permitir esa presencia<sup>43</sup>.

En sus orígenes, el ejercicio de esta competencia se legitimó en normas consuetudinarias de Derecho Internacional Público, que permitían la persecución de actos de piratería cometidos en alta mar, es decir, en espacios sustraídos a la soberanía de los Estados<sup>44</sup>. Ya en tiempos más recientes, en 1962, la Corte Suprema de Israel<sup>45</sup> declaró

---

reconocimiento de interés supranacional en la represión de la delincuencia y se concretan, básicamente, en los acuerdos sobre extradición, cooperación procesal y policial o reconocimiento de sentencias extranjeras, etc., destinados a compensar los límites de actuación territorial de los Estados, pero no tienen necesariamente su razón de ser en el reconocimiento de unos bienes jurídicos asumidos como propios por la comunidad internacional. García Arán, M. «El principio de Justicia Universal en la Ley Orgánica del Poder Judicial español», en AA.VV. (2000), «*Crimen internacional y jurisdicción universal*», Valencia, Tirant lo blanch, pág. 64.

<sup>39</sup> En el mismo sentido la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, que introdujo el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas al catálogo del artículo 23.4º, al señalar que en virtud del principio de jurisdicción universal, cualquier estado puede ejercer la jurisdicción ante ofensas graves a los intereses de la comunidad internacional al margen del lugar de ejecución del crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima.

<sup>40</sup> Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, del Tribunal Constitucional. Fundamento Jurídico Noveno.

<sup>41</sup> En este punto resulta de interés la jurisprudencia de la Corte Suprema de la RFA sobre el «nexo legítimo» para la competencia de Alemania sobre casos de genocidio fuera de sus límites territoriales.

<sup>42</sup> Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, del Tribunal Constitucional. Fundamento Jurídico Séptimo.

<sup>43</sup> En este sentido, en los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal (A/56/677, 4 de diciembre de 2001) resultado del examen de la legislación por un grupo de académicos y expertos, distribuido como documento de la Asamblea General de la ONU (2001) a solicitud de Canadá y Holanda, se sostiene que la presencia del acusado es condición para el ejercicio de la jurisdicción universal, pero se declara al mismo tiempo que con base en esta jurisdicción puede solicitarse la extradición de un presunto responsable (Principio 1.2 y 1.3).

<sup>44</sup> Así, en el caso Lotus, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que «a la vista de que es en alta mar, (donde se cometió el hecho delictivo y que) sobre este espacio ninguna Nación posee el derecho, ni el deber de vigilancia, se niega (al pirata) la protección del pabellón (...), y se le trata como a un bandido, como a un enemigo de toda la humanidad —*hostis humani generis*— a quien cualquier Nación, en el interés de todos, puede capturar y castigar», CPJI (1927), *op. cit.*, 70.

<sup>45</sup> Sentencia de 29 de mayo de 1962, «Attorney General of the Government of Israel v. Eichmann», Dicha resolución entendió por *delicta iuris gentium* aquellos actos que atentan contra intereses internacionales vitales, menoscaban los pilares y seguridad de la comunidad internacional y violan los valores

la competencia del Estado israelí con base en el principio de la jurisdicción universal para enjuiciar al criminal de guerra nazi Adolf Eichmann. Y la Corte de Casación francesa<sup>46</sup>, en 1998, admitió la competencia de los tribunales franceses para conocer de hechos genocidas en Rwanda en 1994 por rwandeses contra rwandeses.

No obstante, conviene tener presente que hasta la fecha no hay una norma en el ordenamiento internacional que obligue, ni tampoco que prohíba a los Estados a incorporar el principio de jurisdicción universal de los Estados sobre crímenes de Derecho Internacional a su derecho interno. Se trata por tanto de una facultad de los Estados los cuales pueden obligarse mediante tratados internacionales a ejercerla. Dentro del derecho internacional humanitario, es el caso de los crímenes de guerra, pues los Convenios de Ginebra de 1949 (arts. 50, 51, 130 y 147) y el Protocolo I de 1977 (art. 85) implican la obligación de los Estados Partes de juzgar a los presuntos criminales arrestados en un territorio bajo su jurisdicción, con independencia del lugar de comisión de los hechos, de las circunstancias personales de los implicados y de la existencia o no de una demanda de extradición.

Dentro del derecho comparado, encontramos diferentes países que han acogido, en mayor o menor medida, el principio de persecución universal. El caso de Bélgica resulta ser el más paradigmático pues de contar con una de las legislaciones más amplias sobre la justicia universal ha pasado, en apenas un lustro, a tener una de las leyes más restrictivas<sup>47</sup>. En efecto, con la Ley de 10 de febrero de 1999 («la *Loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire*»), Bélgica se dotó de una de las leyes más avanzadas del mundo en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales. Atribuía competencia de los jueces belgas para el enjuiciamiento del genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra con independencia de lugar de comisión y de la nacionalidad del autor, incluso *in absentia*, y rehusando toda clase de inmunidades en función del cargo. Cuatro años después, las fuertes presiones políticas por una parte y las dificultades prácticas por otra motivaron dos sucesivas reformas. Una, la Ley de 23 de abril de 2003 que si bien ampliaba el ámbito material de la ley al adaptar los tipos criminales a los del Estatuto de Roma y a los previstos en otros tratados en los que Bélgica era parte, reconducía el alcance de las inmunidades dentro de los límites del Derecho Internacional (sobre los que ya se había pronunciado el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia de 14 de febrero de 2002<sup>48</sup>)<sup>49</sup> y, sobre todo restringía y condicionaba la aplicación del principio de persecución universal al establecer con carácter general un filtro —la iniciativa del Procurador Federal— en los supuestos en que la jurisdicción se basaba en el principio de persecución universal *in absentia*<sup>50</sup>. La segunda reforma, la «*Loi relative aux violations graves de droit international humanitaire*» de 5 de agosto de 2003, restringe de tal modo el principio de justicia universal que incluso elimina su mención expresa, sustituyéndolo realmente por otros principios conectados con el foro: el de personalidad activa (que

---

morales universales y los principios humanitarios recogidos en el Derecho penal de las naciones civilizadas (pág. 277, parágrafo 279).

<sup>46</sup> Asunto «Dupaquier, Kalinda et autres c. Wenceslas Munyeshyaka».

<sup>47</sup> Sobre este particular, consúltese «*Juridictions nationales et crimes internationaux*», Casses, A. y Delmas-Marty, M. Press Universitaire de France. Paris, 2002, págs. 69 y ss.

<sup>48</sup> En asunto República Democrática del Congo v. Bélgica (Decisión del 14 de febrero de 2002, Tribunal Internacional de Justicia, Recopilación 2002, párrafo 61, pág. 25.

<sup>49</sup> Las inmunidades de los agentes extranjeros en activo, como en su momento señalamos, no operan frente a los tribunales internacionales —frente al TPIY (art. 7.2 de su Estatuto), al TPIR (art. 6.2 de su Estatuto) y a la CPI (art. 27 del Estatuto de Roma).

<sup>50</sup> Esta decisiva intervención fiscal no es insólita y se advierte también en otros países. En Canadá, por ejemplo, cuya justicia rechazó, como la de otros miembros de la Commonwealth, la persecución de los criminales allí refugiados después de la Segunda Guerra Mundial, un procedimiento basado en el principio de persecución universal —condicionado en todo caso a la presencia del sospechoso en Canadá— ha de contar con el consentimiento escrito del *Attorney General* o del *Deputy Attorney General* (*Crimes against Humanity and War Crimes Act 2000*, art. 8, b).

el sospechoso sea nacional belga o residente de larga duración) y pasiva (que la víctima sea de nacionalidad belga o residente de larga duración).

En la República Federal de Alemania se produce por el contrario un supuesto de ampliación de la jurisdicción universal a nivel de principios aunque con importantes matizaciones en el orden procesal al exigir puntos de conexión nacional cuando no exista expectativa cierta de terminación del proceso<sup>51</sup>.

Incluso, la legislación de Estados Unidos, a pesar de no reconocer la jurisdicción universal en el ámbito penal, la posibilita en el ámbito civil (*Alien Tort Claims Act*, 1980) permitiendo plantear (incluso a ciudadanos extranjeros) demandas indemnizatorias por daños cometidos por los extranjeros en el extranjero cuando «se viola la ley de las naciones o de un tratado de EE.UU.»<sup>52</sup>, estimando a su autor (el torturador —como lo fuera antes el pirata y el mercader de esclavos—) «*hostis humani generis*» un enemigo del género humano (Filartiga v. Peña-Irala, 2nd Circuit, 1980)<sup>53</sup>. La *Torture Victim Protection Act*, 1991, reforzó esta posibilidad. Lamentablemente, esas demandas no son posibles cuando las torturas o acciones criminales son imputadas a EE.UU. y sus agentes (Sánchez Espinosa v. Reagan, 1985).

En España, el principio de justicia universal aparece recogido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en el artículo 23.4<sup>54</sup>, que extiende la jurisdicción de los tribunales penales españoles a «los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delito relativo a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores<sup>55</sup>.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España<sup>56</sup>.
- h) Cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

---

<sup>51</sup> Así, su Código Penal Internacional establece en su artículo 1º dicho principio para la persecución de los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra con independencia del lugar de comisión de los hechos (en Alemania o en el extranjero), en contra del criterio sostenido hasta ese momento por la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán sobre la necesidad de un punto de conexión con Alemania.

Ahora bien, la amplitud del principio de justicia universal debe de matizarse con las reformas en el plano procesal, al incorporarse el principio de oportunidad (art. 153 de la Ordenanza Procesal alemana) que —a fin de evitar una sobrecarga de la justicia— establece una priorización de las jurisdicciones competentes para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, pudiendo el Fiscal General abstenerse de perseguir alguno de estos delitos si ninguno de los sospechosos es alemán o se encuentra en su territorio o si ninguna de las víctimas es alemana o si el hecho es perseguido por un tribunal penal internacional o por un Estado competente en virtud del principio de territorialidad o de personalidad activa o pasiva.

<sup>52</sup> Así, ya se han planteado demandas contra compañías multinacionales registradas o que tengan operaciones en EE.UU. como Chevron o Shell.

<sup>53</sup> En este procedimiento civil, el demandante, Dolly Filartiga, en 1979, alegaba ante los Tribunales de justicia de EE.UU. —aprovechando la residencia del demandado, Américo Norberto Peña-Irala, en aquel momento en este país— que su hijo de 17 años de nacionalidad paraguaya fue torturado hasta morir por el demandado, en su condición de inspector general de la policía paraguaya.

<sup>54</sup> En la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que se modifica la LOPJ, cuyo Preámbulo señala que «se realiza un cambio en el tratamiento de lo que ha venido en llamarse la «jurisdicción universal», a través de la modificación del artículo 23 de la LOPJ para, de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra. De otro lado, la reforma permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

<sup>55</sup> Introducido por Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre.

<sup>56</sup> Introducido por Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior»<sup>57</sup>.

Finalmente, establece el artículo 23.5 que si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, se precisará además que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

Este precepto, en su redacción original, asumía en términos muy amplios el principio de persecución universal. A pesar de las sucesivas modificaciones legislativas, tendentes a la inclusión de nuevas figuras delictivas en el catálogo de artículo 23.4º, de la importante limitación impuesta por el principio de complementariedad con la Corte Penal Internacional<sup>58</sup>, y de algunos intentos por parte del órgano judicial llamado a aplicarla, la Audiencia Nacional, así como del Tribunal Supremo de «reinterpretar» dicho principio, el golpe de gracia viene dado en la reforma de 2009.

Frente a decisiones anteriores de la Audiencia Nacional (Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, casos Scilingo y Pinochet), donde había afirmado enfáticamente el principio de universalidad para respaldar su competencia sobre los crímenes presuntamente cometidos por las Juntas militares chilena y argentina en los años setenta y ochenta del pasado siglo, la propia Audiencia en Auto de 13 de diciembre de 2000, tratándose de crímenes ocurridos en Guatemala, aun manteniendo el principio, negó la instrucción mediante una interpretación muy rigurosa de la subsidiariedad (la carga de la prueba de la inactividad jurisdiccional en el país de comisión de los denunciados)<sup>59</sup>.

Posteriormente, el Tribunal Supremo al pronunciarse sobre el recurso que plantearon los denunciados, en su polémica sentencia 327/2003, de 25 de febrero, corrigió a la Audiencia Nacional en sentido diametralmente opuesto a sus pretensiones, limitando drásticamente el principio de persecución universal al consagrar unos vínculos de conexión, a modo de criterios correctores de la aplicación del artículo 23.4 LOPJ: la exigencia de la presencia del acusado en el territorio español y la conexión con intereses nacionales, específicamente, a través de la existencia de víctimas españolas<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> No obstante, la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (art. 7) ha excluido una actuación de oficio de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal españoles en relación con hechos sucedidos en otros Estados cuyos presuntos autores no sean españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, y ha dispuesto que de formularse al respecto una denuncia o querrela los órganos españoles se limitarán a informar al denunciante o querrelante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la CPI. Sólo en el caso de que éste no abra una investigación o la CPI acuerde la inadmisibilidad del asunto, cabría afirmar la jurisdicción de los jueces españoles en los términos previstos en el artículo 23.4 de la LOPJ.

<sup>58</sup> Vid. artículo 7 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional referido en la nota anterior.

<sup>59</sup> Según la Audiencia Nacional «no podemos inducir la inactividad judicial en virtud del transcurso del tiempo como fue factible en Chile y Argentina por el transcurso de años desde que terminaron las dictaduras militares dado que, como queda reseñado, el material de que se vale como núcleo esencial la denuncia inicial vio la luz el 25 de febrero de 1999 y la denuncia se presentó el 2 de diciembre de 1999 sin acompañar a la misma ninguna resolución judicial que la rechace» (Auto de 13 de diciembre de 2003, Fundamento Jurídico Cuarto).

<sup>60</sup> Además, según el Tribunal Supremo el mismo principio de subsidiariedad —que ha de animar su interpretación a partir de la apreciación de la inactividad de la jurisdicción del lugar en que ocurrieron los hechos— implica un juicio sobre la capacidad de administrar justicia de un Estado extranjero que sería

Finalmente, recurrida la sentencia del Tribunal Supremo en amparo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, establece que «la Ley española instauro, en términos conformes con las normas internacionales, un principio de jurisdicción universal *absoluta*, concurrente y no subordinada a ninguna otra jurisdicción». El Alto Tribunal considera contrario al derecho a la tutela judicial efectiva la tesis de los vínculos de conexión establecida por el Tribunal Supremo y que, no obstante, son incorporados por el legislador en la reforma de 2009. «La concepción del Tribunal Supremo sobre la jurisdicción universal (...) se sostiene sobre fines de difícil conciliación con el fundamento de la misma institución, lo que (...) da lugar a una práctica abrogación *de facto* del artículo 23.4 LOPJ»<sup>61</sup>. Argumentos que son reiterados en la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/2007, de 22 de octubre (caso «Falum Gong»).

Las consecuencias de aquella sentencia no se hicieron esperar. El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 3 de noviembre de 2005, no solo adoptó un acuerdo para la unificación de criterios en la aplicación de la jurisdicción universal, revisando su anterior *doctrina*<sup>62</sup>, sino que, acto seguido, admitió a trámite las denuncias por genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Guatemala entre 1978 y 1986<sup>63</sup> y también las denuncias contra el ex presidente de la República Popular China, Jiang Zemin, el antiguo primer ministro, Li Peng, y otros jerarcas chinos por presunto genocidio en el Tíbet<sup>64</sup>, revocando la previa decisión de inadmisión del Juzgado central de instrucción<sup>65</sup>.

Como antes sucediera en Bélgica y por los mismos motivos<sup>66</sup>, la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre —defectos de técnica legislativa, aparte<sup>67</sup>—, limita el alcance del principio de justicia universal vinculándolo a los casos en que haya un punto de conexión con los tribunales españoles —bien la localización de los responsables en España (personalidad activa) bien la nacionalidad española de la víctima (personalidad pasiva) bien algún vínculo de conexión relevante con nuestro país («que no viene a ser sino una reformulación genérica del llamado principio real»<sup>68</sup>)—. Dichos criterios correctores, en palabras del propio Tribunal Constitucional, «se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho Internacional». Y en cuanto a la concurrencia o subsidiariedad, si bien aclara que la investigación del delito en el país extranjero debe ser real y no ficticia, su equívoca redacción generará previsiblemente numerosos problemas que la práctica forense deberá de resolver.

---

incompatible con los principios de igualdad soberana y de no intervención en los asuntos internos de otros Estados y repercutiría en el ámbito de las relaciones internacionales.

<sup>61</sup> Fundamento Jurídico Cuarto de la referida sentencia del Tribunal Constitucional.

<sup>62</sup> La Audiencia Nacional deberá, a partir de ahora, comprobar de oficio la inactividad de los jueces del lugar de comisión de los hechos, acudiendo en su caso a los instrumentos de cooperación internacional existentes para recabar información. La Audiencia se pronunciará sobre la admisión o no a trámite de una denuncia o querrela una vez que le conste la inexistencia de procesos abiertos por la misma causa o haya transcurrido un plazo razonable sin que su solicitud de información haya sido atendida.

<sup>63</sup> Auto de 21 de febrero de 2006.

<sup>64</sup> Auto de 10 de enero de 2006.

<sup>65</sup> Auto de 5 de septiembre de 2005.

<sup>66</sup> Consúltese a este respecto el interesante artículo de Chinchón Álvarez, J.: «A propósito del proceso de reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (mayo-noviembre de 2009): De los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal». Revista de derecho de Extremadura, N° 6, 2009, págs. 13-31.

<sup>67</sup> En concreto, la expresa alusión a los crímenes de guerra en el Preámbulo de la reforma resulta desafortunada toda vez que en el iter legislativo su inicial mención en el proyecto de ley aprobado por el Congreso de los Diputados desaparece en el texto finalmente aprobado por las Cortes Generales.

<sup>68</sup> Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, del Tribunal Constitucional. Fundamento Jurídico Octavo.

## 6. PERSPECTIVAS DE FUTURO EN EUROPA

Frente a la tendencia restrictiva experimentada por el principio de jurisdicción universal en el ámbito interno de los estados en la lucha contra los crímenes internacionales —que para algunos deja a dicho principio muy debilitado, casi en agonía<sup>69</sup>—, hemos de destacar un fenómeno contrario en el ámbito Europeo. La Decisión del Consejo 2003/335/JAI de 8 de mayo de 2003 sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, considera que en los Estados miembros se presentan frecuentemente casos de personas que han estado implicadas en esos crímenes y que tratan de entrar y permanecer en la Unión Europea. Y declara el Consejo que estos crímenes no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación con la Corte Penal Internacional (y en su caso, con los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*) para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia. Con anterioridad, la Decisión del Consejo 2002/494/JAI de 13 de junio de 2002 crea la Red Europea de Puntos de Contacto nacionales para el intercambio de información sobre la investigación de estos crímenes internacionales.

Además, una vez concluido el mandato temporal del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, y para el caso que alguno de los criminales de guerra no fuera capturado, especialmente el jefe militar de la República Srpska, Ratko Mladic, se apunta la posibilidad de que por la vía de la competencia universal de los Estados aquéllos puedan ser enjuiciados por los graves delitos de los que se les acusa.

---

<sup>69</sup> Cassese, A.: «Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1 (2003), pág. 589.

# La magistratura en Italia (I)\*

José Miguel GARCÍA MORENO

## I. INTRODUCCIÓN

El Título IV de la Constitución Italiana de 27 de diciembre de 1947 está dedicado a «la magistratura» y se articula en dos secciones diversas («ordenamiento jurisdiccional» y «normas sobre la jurisdicción»), que comprenden los artículos 101 a 113 del texto constitucional. Las normas constitucionales establecen que la «justicia es administrada en nombre del pueblo» y que «los jueces están sometidos únicamente a la ley» (art. 101) disponiendo que «la función jurisdiccional se ejercita por magistrados de carrera instituidos y regulados por las normas sobre el ordenamiento judicial», de forma que no pueden ser instituidos jueces extraordinarios o especiales, aunque sí se prevé la posibilidad de establecer secciones especializadas para determinadas materias dentro de los órganos judiciales ordinarios, incluso con la participación de ciudadanos idóneos ajenos a la magistratura (art. 102 párr. 1º y 2º).

El artículo 104 del texto constitucional dispone que la magistratura «constituye un orden autónomo e independiente de todos los demás poderes» y establece su propio órgano de autogobierno (el Consejo Superior de la Magistratura, en adelante CSM), cuya composición determina el mismo precepto y al que la Constitución (art. 105) asigna competencias, de acuerdo con las normas del ordenamiento judicial, sobre «los nombramientos, las atribuciones de destino y los traslados, las promociones y las medidas disciplinarias relativas a los magistrados». En todo caso, al margen de las competencias que la Constitución Italiana atribuye al CSM, corresponde al Ministerio de Justicia «la organización y el funcionamiento de los servicios relativos a la Justicia», de acuerdo con el artículo 110 del texto constitucional. La garantía de independencia que recoge el artículo 104 de la Constitución se extiende «a los jueces de las jurisdicciones especiales, al Ministerio Público ante éstas y a las personas ajenas que participan en la administración de justicia», y se ve complementada por el principio de inamovilidad de los magistrados que proclama la primera frase del artículo 107 de la Constitución Italiana («los magistrados son inamovibles»), en garantía del cual éstos «no pueden ser dispensados o suspendidos del servicio ni destinados a otra sede o funciones si no es como consecuencia de una resolución del Consejo Superior de la Magistratura, adoptada por los motivos y con las garantías de defensa establecidas por el ordenamiento judicial o con su consentimiento» (art. 107 frase 2.ª).

Una particularidad del ordenamiento jurisdiccional italiano radica en que la carrera judicial o magistratura está compuesta por la judicatura (*magistratura giudicante*) y la fiscalía (*magistratura requirente*), de manera que jueces (*giudici*) y fiscales (*pubblici ministeri*) son englobados bajo el concepto genérico de magistrados (*magistrati*) e integran un único cuerpo funcional, hasta el punto de que el artículo 107 párrs. 3º y 4.º de la Constitución Italiana proclama que «los magistrados se distinguen entre ellos únicamente por la diversidad de funciones» y que «el Ministerio Público goza de las garantías establecidas respecto del mismo por las normas sobre el ordenamiento judicial». La equiparación constitucional de jueces y fiscales como integrantes de una única carrera profesional supone una reacción contra los abusos producidos durante el régimen fascista como consecuencia de la directa vinculación entre la Fiscalía y el Ministerio de Gracia y Justicia, y fue impulsada por Palmiro Togliatti, primer

---

\* Este trabajo es una reelaboración del informe redactado por encargo del Foro de Estudios de la Carrera Judicial constituido por el Consejo General del Poder Judicial. Agradezco la ayuda prestada y las observaciones realizadas por Luigi Marini, Magistrado del Tribunal Supremo de Casación de Italia, y por Antonio Balsamo, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo de Casación de Italia.

Ministro de Justicia tras la caída del fascismo, siendo recogida posteriormente en el Real Decreto n.º 511/1946, de 31 de mayo, que representa un precedente de la norma constitucional. Más adelante trataré con más detalle las relaciones entre Judicatura y Fiscalía en Italia.

En lo que respecta a la organización jurisdiccional, la Constitución Italiana distingue entre la jurisdicción ordinaria y las jurisdicciones administrativa, contable y militar (art. 103), atribuyendo a estas últimas, respectivamente, «la tutela, en relación con la administración pública, de los intereses legítimos y, en materias particulares indicadas por la ley, también de los derechos subjetivos», «la materia de contabilidad pública y otras especificadas por la ley» y el conocimiento de los asuntos atribuidos por la ley en tiempo de guerra, además de «los delitos militares cometidos por los integrantes de las Fuerzas Armadas» en tiempo de paz.

En cualquier caso, la exposición sobre la carrera judicial en Italia no puede pasar por alto los sucesivos proyectos de reforma y contrarreforma que se han seguido en los últimos años, a partir del segundo gobierno Berlusconi, y que han supuesto una profunda modificación (no acabada en algunas materias) de las diversas cuestiones que determinan el estatuto de los magistrados (acceso a la carrera y formación inicial y continua, categorías profesionales y progresión entre ellas, valoración del desempeño profesional, responsabilidad disciplinaria, etc.).

Este proceso se inició en el año 2002 con el proyecto de la denominada «reforma Castelli» (en referencia al titular de la cartera ministerial de Justicia que impulsó dicho proyecto), el cual fue adoptado por el Consejo de Ministros Italiano el 14 de marzo de 2002 y que, tras un largo proceso de discusión parlamentaria, resultó aprobado de forma definitiva por la Cámara de Diputados el día 30 de noviembre de 2004. El proyecto aprobado por el Parlamento afectaba a diversas cuestiones relativas a la política judicial y al estatuto de los magistrados, entre las que destacaban: el acceso a la carrera por medio de una oposición de segundo grado (únicamente entre profesionales que acrediten una cierta experiencia previa en alguna profesión jurídica); la separación de las carreras judicial y fiscal; la reducción de las competencias del CSM en beneficio del Ministerio de Justicia (al que se atribuía la competencia para la «individualización de las líneas de política judicial» y la legitimación para impugnar ante los tribunales de la jurisdicción administrativa las decisiones del CSM en materia de nombramientos para puestos directivos) y del Tribunal Supremo de Casación (*Corte Suprema di Cassazione*), definido como «vértice de la magistratura»; la descentralización regional de algunas de las competencias del Ministerio de Justicia; la creación de una —inexistente hasta ese momento— «Escuela Superior de la Magistratura» (*Scuola Superiore della Magistratura*) con atribuciones en materia de valoración profesional; el establecimiento de una estructura piramidal en la carrera, con la consiguiente desaparición del tradicional sistema de «escalafón abierto» (*ruolo aperto*), que permite la ausencia de correlación entre la categoría profesional y las funciones jurisdiccionales efectivamente realizadas; la instauración de un sistema de progresión profesional por medio de exámenes y concursos encomendados a comisiones externas al propio CSM; y, por último, la introducción de un código disciplinario, hasta entonces inexistente, en el que se preveían algunas infracciones definidas de manera poco taxativa o limitativa de la independencia judicial, en la medida en que venían referidas a la labor de interpretación de las normas jurídicas o de valoración de los hechos o de las pruebas por parte de los tribunales (por ejemplo, la denominada «jurisprudencia creativa»).

El proyecto de ley aprobado por el Parlamento fue devuelto a las Cámaras para su reconsideración por el Presidente de la República, Carlo Azeglio Ciampi, al amparo de las prerrogativas reservadas al cargo por la Constitución Italiana (arts. 74 y 87 p.º 2.º), por medio una comunicación motivada, en la que éste hacía constar sus serias dudas sobre la constitucionalidad del texto legislativo en algunos puntos (por ejemplo, la atribución al Ministro de Justicia de la definición de las «líneas de política judicial para el año en curso» y su legitimación para impugnar

ante la jurisdicción administrativa los nombramientos para puestos directivos que se apartaran del informe ministerial previo al nombramiento, o la intervención de la Escuela Superior de la Magistratura y de comisiones externas al CSM en la valoración del desempeño profesional de los magistrados y, en consecuencia, en los procedimientos de traslado y promoción de éstos, reservados al CSM por el ya mencionado artículo 105 de la Constitución Italiana). Finalmente, el texto definitivo de la «Ley Castelli» (Ley n.º 150/2005, de 25 de julio) fue aprobado tomando en consideración buena parte de las observaciones realizadas por el Presidente de la República. Se trataba de una «ley de delegación», que autorizaba al Gobierno a dictar los correspondientes «decretos delegados» (de desarrollo) referidos a cada una de las materias objeto de la reforma en el plazo de dos años.

El Gobierno Berlusconi llegó a dictar algunos de los decretos de desarrollo de la «Ley Castelli», pero el cambio de la mayoría parlamentaria a raíz de las elecciones de abril de 2006 supuso el inicio de un proceso de contrarreforma impulsado por Clemente Mastella, Ministro de Justicia del Gobierno Prodi. Las primeras modificaciones promovidas por la nueva mayoría parlamentaria se introdujeron por medio de la Ley n.º 269/2006, de 24 de octubre, que, entre otras cuestiones, retrasó la entrada en vigor de los decretos delegados relativos a la separación de carreras judicial y fiscal y a la regulación de la progresión en la carrera, además de introducir importantes modificaciones en el régimen disciplinario de los magistrados, pero el grueso de la contrarreforma impulsada por la nueva mayoría parlamentaria de centroizquierda se articuló a través de la denominada «Ley Mastella» (Ley n.º 111/2007, de 30 de julio), que ha modificado (puntualmente en algunos de los casos y sustancialmente en otros) las normas relativas al acceso a la carrera, al paso de las funciones judiciales a fiscales y viceversa, a las categorías de la carrera, al nombramiento para el ejercicio de funciones directivas, a la valoración de profesionalidad de los magistrados, y a la formación inicial y continua, así como a la organización, estructura y competencias de la Escuela Superior de la Magistratura, entre otros aspectos de menor importancia. En el presente trabajo se hará referencia a la regulación actual (tal como resulta de las modificaciones operadas por la «Ley Mastella») de las diversas materias objeto de estudio, aunque es evidente que no cabe descartar una futura reforma de la regulación vigente al presente como consecuencia del nuevo cambio de la mayoría parlamentaria, producido a raíz de las elecciones de abril de 2008 y que ha dado nuevamente el gobierno a los partidos de centroderecha liderados por Silvio Berlusconi<sup>1</sup>.

En todo caso debe tenerse presente que la carrera judicial en Italia encaja en el esquema del «modelo burocrático», común a otros países de la Europa continental (Francia, Alemania, Portugal o España) y caracterizado por la integración permanente de los jueces en un cuerpo funcional dentro del cual están llamados a hacer carrera mediante el desempeño de puestos de diversas naturaleza y jerarquía a lo largo de su vida profesional. El acceso a la carrera única (que, como ya se ha adelantado, engloba a los magistrados que ejercen funciones jurisdiccionales y a los que ejercen funciones fiscales) es por oposición (art. 106 párr. 1.º de la Constitución Italiana: «Los nombramientos de los magistrados tienen lugar por oposición»), aunque la propia norma constitucional prevé que, por designación del CSM, «puedan ser llamados al cargo de magistrado del Tribunal de Casación, por méritos insignes, profesores ordinarios

---

<sup>1</sup> Hasta el presente la nueva mayoría parlamentaria no ha emprendido ninguna reforma sustancial en materia de ordenamiento judicial, aunque sí ha promovido algunas reformas procesales puntuales tendientes a impedir la prosecución de procesos penales contra algunos altos cargos del Estado, por medio del denominado «Laudo Alfano» (Ley n.º 124/2008, de 23 de julio), declarado inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 262/2009, de 7-10. En cualquier caso parece que la nueva mayoría parlamentaria tiene intenciones de promover una profunda reforma del ordenamiento judicial recuperando la idea de separación entre las carreras judicial y fiscal y limitando notablemente las competencias del CSM. No obstante, según la mayoría de los observadores, la realización de esta profunda reforma haría necesaria una modificación de la Constitución Italiana, en la medida en que afectaría directamente al contenido de los artículos 106, 107 y 108 del texto constitucional.

de universidad en materias jurídicas o abogados que tengan quince años de ejercicio y estén dados de alta en los registros especiales para las jurisdicciones superiores» (art. 106 párr. 3.º).

Tras la reforma operada por la «Ley Mastella» la vía normal de acceso a la carrera consiste en un sistema de «oposición de segundo grado» (*concorso di secondo grado*), que no está abierto a cualquier licenciado en derecho, sino que queda reservado a los juristas que acrediten una titulación especializada adicional (doctorado en materias jurídicas o diploma obtenido en las escuelas de especialización o práctica jurídicas) o que tengan una previa experiencia en el ejercicio de algunas profesiones relacionadas con el mundo del derecho (profesores universitarios de disciplinas jurídicas que no estén incurso en sanciones disciplinarias, abogados dados de alta en el colegio correspondiente y no incurso en sanciones disciplinarias, magistrados honorarios con seis años de ejercicio profesional sin demérito y no incurso en sanciones disciplinarias, magistrados administrativos o contables, abogados del Estado no incurso en sanciones disciplinarias y funcionarios estatales que ostenten la licenciatura en derecho con, al menos, cinco años de experiencia profesional). La oposición consta de una prueba escrita (en la que se deben desarrollar tres temas de diversas materias jurídicas) y de una prueba oral, de manera que la puntuación final de los candidatos es la resultante de la suma de las dos pruebas. Los candidatos que superan la oposición deben realizar un posterior período de formación teórico-práctica (*tirocinio*) de 18 meses de duración, al que también se atribuye carácter selectivo, y que se articula en una primera fase de seis meses en la Escuela Superior de la Magistratura, enderezada «al perfeccionamiento de las capacidades operativas, profesionales y de la deontología» del candidato, y en otra fase de doce meses consistente en la realización de prácticas en diversos tribunales y fiscalías. Durante el período de formación teórico-práctica el candidato tiene la consideración de «magistrado de carrera en prácticas» (*magistrato ordinario in tirocinio*), y solo tras la superación de este período se obtiene el título de «magistrado de carrera» (*magistrato ordinario*), que conlleva la elección por parte del candidato entre el ejercicio de funciones judiciales o fiscales<sup>2</sup>.

## II. PROMOCIÓN PROFESIONAL Y ESPECIALIZACIÓN

### II.1. Las categorías de la magistratura en Italia

De acuerdo con la información que suministra el CSM<sup>3</sup>, el escalafón de la magistratura italiana está compuesto al momento presente (febrero de 2010) por un total de 9.072 magistrados en servicio, de los que 5.121 (56,44%) son hombres y 3.951 (43,56%) son mujeres. El número total de magistrados de plantilla asciende a 9.579, del que debe descontarse los magistrados de carrera en prácticas (que no ejercen de forma efectiva funciones judiciales o fiscales y que son 309 al momento presente) y los magistrados en situación de servicios especiales (*fuori ruolo*), que suman 175 en total. El número de magistrados en servicio en tribunales y fiscalías asciende a 8.494, de los que 6.402 (75,3%) desempeñan funciones como jueces y 2.092 (24,7%) lo hacen como fiscales. Las estadísticas del CSM revelan que la proporción de hombres y mujeres que desempeñan funciones jurisdiccionales es similar al porcentaje global de magistrados de cada uno de los dos sexos, aunque en el caso de las funciones fiscales el porcentaje de hombres es ligeramente superior a aquel porcentaje global.

<sup>2</sup> En relación con el papel que está llamada a cumplir la Escuela Superior de la Magistratura en el proceso de selección y formación inicial de los magistrados italianos puede verse, Balsamo, A.: «La formación de los magistrados en Italia: líneas maestras y objetivos formativos. Perspectivas de derecho comparado», en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n.º 63, noviembre/2008, págs. 129 a 146.

<sup>3</sup> Esta información está disponible en la dirección electrónica <http://astra.csm.it/organicoOrdinari/orgord.php>.

La información suministrada por el CSM revela igualmente que existe un número considerable de puestos vacantes en los diferentes tribunales y fiscalías (1.127 en total), lo que explica el elevado número de magistrados honorarios (no de carrera) que desempeñan sus funciones en los tribunales y fiscalías de Italia.

La cuestión de las diversas categorías profesionales en las que se estructura la magistratura en Italia ha sido uno de los puntos afectados por las sucesivas reformas del ordenamiento judicial realizadas en los últimos años. Antes de estas reformas la carrera de cada magistrado se articulaba en cinco categorías a partir del decreto ministerial de nombramiento, el cual se producía una vez superada el período de formación práctica (de unos 18 meses de duración), durante el que el magistrado ostentaba la consideración de *auditor en prácticas sin funciones* (*uditore in tirocinio senza funzioni*). Tras el decreto de nombramiento el magistrado iniciaba ejerciendo funciones como *auditor en prácticas con funciones* (*uditore in tirocinio con funzioni*) durante un año y después era promovido a la siguiente categoría profesional: *magistrado de tribunal* (*magistrato di tribunale*). Tras doce años de ejercicio profesional en esta categoría (esto es, trece años después del decreto ministerial de nombramiento) se ascendía a la escala superior denominada *magistrado de tribunal de apelación* (*consigliere di Corte di Appello*), y desde aquí a las categorías supremas de *magistrado de casación* (*consigliere di Cassazione*) y de *magistrado de casación con funciones directivas superiores* (*consigliere di Cassazione con funzioni direttive superiori*), tras veinte y veintiocho años de ejercicio profesional desde el decreto ministerial de nombramiento, respectivamente.

La progresión de categoría profesional (acompañada del incremento salarial vinculado a cada una de las categorías) se producía automáticamente por antigüedad siempre que constase la valoración positiva de profesionalidad realizada por el CSM y no se correspondía necesariamente con las funciones efectivamente ejercidas por el magistrado, porque el sistema tradicional italiano de «escalafón abierto» (*ruolo aperto*) permitía el desempeño de una función jurisdiccional inferior a la categoría respectiva (p. ej., un magistrado de casación o de tribunal de apelación podrían desarrollar su función jurisdiccional en un tribunal de primer grado). El sistema de «escalafón abierto» no operaba, sin embargo, en sentido contrario, lo que suponía que para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales superiores (de apelación o de casación) era necesario haber alcanzado la correspondiente categoría profesional. El ejercicio de funciones directivas en tribunales (p. ej., la presidencia de un tribunal de primera instancia) solo era posible si se ostentaba la categoría de magistrado de tribunal de apelación o de casación, dependiendo de la importancia del tribunal, y el desarrollo efectivo de funciones casacionales en el Tribunal Supremo de Casación (*funzioni di legittimità*) se hacía depender de una valoración específica de idoneidad por parte del CSM. En todo caso, al sistema tradicional de progresión profesional se unía la posibilidad del tránsito de la función de juez (*giudice*) a la de fiscal (*pubblico ministero*), o viceversa, en la categoría profesional equivalente y sin ningún límite legal, a salvo de las limitaciones específicas de menor entidad establecidas por el CSM en sus propios reglamentos (p. ej., exigencia de una autorización específica y prohibición del desempeño de la nueva función en la misma sede).

El nuevo sistema de categorías profesionales descansa en la antigüedad y en la realización de valoraciones de profesionalidad de cada uno de los integrantes de la carrera judicial con una periodicidad cuatrienal a partir de la fecha del decreto ministerial de nombramiento, de manera que la superación de la valoración periódica con la calificación «positiva» permite el paso automático a la siguiente categoría. Las diversas categorías profesionales toman su denominación de la valoración profesional cuya superación permite el acceso a la categoría, y así se distingue entre *magistrado de carrera* (*magistrato ordinario*), *magistrado de carrera tras la primera valoración de profesionalidad* (*magistrato ordinario alla prima valutazione di professionalità*), *magistrado de carrera tras la segunda valoración de profesionalidad* (*magistrato ordina-*

rio alla seconda valutazione di professionalità), magistrado de carrera tras la tercera valoración de profesionalidad (magistrato ordinario alla terza valutazione di professionalità), magistrado de carrera tras la cuarta valoración de profesionalidad (magistrato ordinario alla quarta valutazione di professionalità), magistrado de carrera tras la quinta valoración de profesionalidad (magistrato ordinario alla quinta valutazione di professionalità), magistrado de carrera tras la sexta valoración de profesionalidad (magistrato ordinario alla sesta valutazione di professionalità) y magistrado de carrera tras la séptima valoración de profesionalidad (magistrato ordinario alla settima valutazione di professionalità).

Paralelamente las funciones judiciales han sido clasificadas por la nueva Ley n.º 111/2007 en una serie de grupos, de suerte que para acceder a cada uno de ellos resulta necesario haber adquirido la categoría correspondiente. Así, se distingue entre<sup>4</sup>:

a) *Funciones judiciales de primer grado*. Se corresponden con el cargo de juez en el tribunal ordinario (*tribunale ordinario*, al que se atribuyen competencias de primera instancia en materia civil y penal), en el tribunal de menores (*tribunale per i minorenni*), en el tribunal de vigilancia penitenciaria (*tribunale di sorveglianza*), y con el cargo de magistrado adscrito al gabinete técnico del Tribunal Supremo de Casación (*magistrato adetto all'ufficio del massimario e del ruolo della Corte di Cassazione*). Para el ejercicio de estas funciones basta ostentar la condición de magistrado de carrera, con la única excepción de las funciones de juez penal unipersonal (*giudice penale monocratico*), juez para la investigación preliminar (*giudice per le indagini preliminari* o GIP) y juez de la audiencia preliminar (*giudice dell'udienza preliminare* o GUP), para las que se exige haber superado la primera valoración de profesionalidad.

b) *Funciones judiciales de segundo grado*. Corresponden al cargo de juez en el tribunal de apelación (*consigliere presso la Corte di Appello*)<sup>5</sup>, y requieren haber superado la segunda valoración de profesionalidad.

c) *Funciones judiciales casacionales (funzioni di legittimità)*. Se corresponden con al cargo de magistrado del Tribunal Supremo de Casación (*consigliere presso la Corte di Cassazione*), y exigen, en principio, que se haya superado la cuarta valoración de profesionalidad. Sin embargo, la ley ha previsto que un número determinado de las vacantes existentes en el Tribunal Supremo de Casación (10%) sea cubierto por magistrados que hayan superado la segunda o tercera valoración de profesionalidad y que estén en posesión de los títulos profesionales o científicos adecuados. En este caso se requiere que estos magistrados hayan superado la valoración específica de profesionalidad que habilita para el ejercicio efectivo de funciones en el Tribunal Supremo de Casación (a la que me referiré seguidamente)<sup>6</sup>, y la atribución de las funciones casacionales no produce efecto alguno sobre el tratamiento jurídico o económico o la posición escalafonal del interesado, que continuará ostentando la categoría profesional correspondiente a la última valoración de profesionalidad superada positivamente.

Como ya he adelantado, la atribución efectiva de funciones jurisdiccionales en el Tribunal Supremo de Casación exige (además de la superación de la cuarta valoración de profesionalidad), una específica valoración de la capacidad científica y de

---

<sup>4</sup> Puede verse una exposición detallada de las diversas funciones judiciales y fiscales tras la entrada en vigor de la «Ley Mastella» en Di Rosa, G: «Le valutazioni di professionalità», 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, págs. 18 a 23; «Le nuove valutazioni di professionalita» en *La Magistratura*, n.º 4, octubre-diciembre 2007, págs. 91 a 95; y en «La carriera. La riforma Mastella», en *Guida al Diritto*, n.º 34, pág. XVIII.

<sup>5</sup> Los tribunales de apelación (*Corti di Appello*) están divididos en Salas Civiles (*Sezioni civili*), Salas Penales (*Sezioni penali*), Tribunal Penal Colegiado de Apelación (*Corte di Assise di Appello*), Salas Sociales (*Sezioni di lavoro*) y Salas de Menores (*Sezioni per i minorenni*), y podrían ser equiparados a grandes rasgos a los Tribunales Superiores de Justicia de España. En principio, hay un tribunal de apelación en cada una de las regiones en las que está dividida Italia, pero en alguna de ellas (p. ej., Cerdeña, Sicilia, Calabria o Campania) tiene su sede más de un tribunal de apelación.

<sup>6</sup> Artículo 12.14 del Decreto Legislativo n.º 160/2006, modificado por la Ley n.º 111/2007.

análisis de las normas por parte de los candidatos que vayan a ejercer sus funciones en ese alto tribunal. Esta valoración específica se realiza por una comisión *ad hoc* designada por el CSM por un período de dos años y que está compuesta por tres magistrados de carrera tras la cuarta valoración profesional que ejerzan o hayan ejercido efectivamente sus funciones en el Tribunal Supremo de Casación durante al menos dos años, un catedrático de universidad (propuesto por el Consejo Universitario Nacional) y un abogado habilitado para actuar ante los tribunales superiores (propuesto por el Consejo Forense Nacional, equivalente al Consejo General de la Abogacía de España).

d) *Funciones judiciales semidirectivas de primer grado.* El ejercicio de estas funciones requiere la superación de la segunda valoración de profesionalidad y entre ellas se incluyen el cargo de presidente de sección del tribunal ordinario y el de presidente adjunto de la sección de jueces unipersonales para la investigación preliminar.

e) *Funciones judiciales semidirectivas superiores de primer grado.* Se corresponden con el cargo de presidente de la sección de jueces unipersonales para la investigación preliminar de los tribunales de las doce ciudades más importantes del país (Roma, Milán, Bolonia, Florencia, Venecia, Turín, Génova, Trieste, Palermo, Catania, Bari y Nápoles) y para su ejercicio es preciso haber superado la tercera valoración de profesionalidad.

f) *Funciones judiciales semidirectivas de segundo grado.* Para su ejercicio se requiere la superación positiva de la cuarta valoración de profesionalidad y corresponden al cargo de presidente de sección del tribunal de apelación.

g) *Funciones judiciales directivas de primer grado.* Se corresponden con los cargos de presidente del tribunal ordinario o de presidente del tribunal de menores y requieren la superación de la tercera valoración de profesionalidad.

h) *Funciones judiciales directivas superiores de primer grado.* Requieren la superación positiva de la cuarta valoración de profesionalidad y corresponden al cargo de presidente del tribunal de las ya citadas doce ciudades más importantes del país o al cargo de presidente del tribunal de vigilancia penitenciaria en algunas de las ciudades incluidas en la lista A anexa a la ley 354/1975, de 26 de julio, con sus modificaciones ulteriores<sup>7</sup>.

i) *Funciones judiciales directivas de segundo grado.* Se corresponden al cargo de presidente de tribunal de apelación, y para acceder a ellas es necesario haber superado positivamente la quinta valoración de profesionalidad.

j) *Funciones judiciales directivas casacionales.* Corresponden al cargo de presidente de sala del Tribunal Supremo de Casación y requieren la superación de la quinta valoración de profesionalidad, además del desempeño efectivo de funciones jurisdiccionales en este alto tribunal durante al menos cuatro años a la fecha en que se produjo la vacante del puesto.

k) *Funciones judiciales directivas casacionales superiores.* Son ejercitadas por el Presidente del Tribunal Superior de las Aguas Públicas y por el Presidente Adjunto del Tribunal Supremo de Casación (*presidente aggiunto della Corte Suprema di Cassazione*, segunda autoridad judicial de Italia), y requieren haber superado positivamente la sexta valoración de profesionalidad, además de la valoración específica para el ejercicio de funciones judiciales directivas casacionales.

l) *Funciones judiciales directivas casacionales apicales.* Se corresponden con el cargo de Primer Presidente del Tribunal Supremo de Casación (*primo presidente della Corte Suprema di Cassazione*, máxima autoridad judicial del país), y para su ejercicio

---

<sup>7</sup> Estas ciudades son: Ancona, Macerata, Bari, Foggia, Bolonia, Módena, Reggio Emilia, Brescia, Mantua, Cagliari, Nuoro, Sassari, Caltanissetta, Catania, Siracusa, Catanzaro, Cosenza, Reggio Calabria, Florencia, Siena, Livorno, Pisa, Genova, Massa, L'Aquila, Pescara, Lecce, Messina, Milán, Pavia, Varese, Nápoles, Avellino, Campobasso, Salerno, Santa Maria Capua Vetere, Palermo, Agrigento, Trapani, Perugia, Spoleto, Potenza, Roma, Frosinone, Viterbo, Turín, Alessandria, Novara, Vercelli, Cuneo, Trento, Trieste, Udine, Venecia, Padua y Verona, sedes de los más importantes tribunales de vigilancia penitenciaria del país.

se exige la superación positiva de la séptima valoración de profesionalidad, además de haber superado la valoración específica para el ejercicio de las funciones judiciales directivas casacionales.

Cada una de las funciones judiciales que acaban de ser descritas tiene su equivalente en la función fiscal<sup>8</sup>. Además, sigue operando en Italia el sistema de «escalafón abierto», que permite la ausencia de correlación entre las funciones jurisdiccionales efectivamente realizadas por el magistrado y la categoría profesional atribuida a éste como consecuencia de su antigüedad y de la superación de las sucesivas valoraciones de profesionalidad. La categoría profesional del magistrado determina su estatus y su tratamiento económico básico (en la medida en que el salario está vinculado casi totalmente a la categoría alcanzada como consecuencia de la valoración de profesionalidad) y le permite acceder a las funciones judiciales que se corresponden con la respectiva categoría, pero un magistrado que haya obtenido la categoría que le habilita para el ejercicio de funciones en un tribunal de apelación o en el Tribunal Supremo de Casación, p. ej., puede continuar en un puesto judicial correspondiente a una categoría inferior sin ningún límite temporal. De otro lado, continúa vigente el mecanismo de reversibilidad de funciones que permite que los magistrados que ejercen funciones judiciales de segundo grado o de casación sean asignados, a petición propia, al ejercicio de funciones judiciales de primer grado o a cualquier otro cargo judicial correspondiente a una categoría inferior<sup>9</sup>.

Paralelamente a la magistratura de carrera (*magistratura ordinaria o togata*) existe en Italia una magistratura honoraria (*magistratura onoraria*). A la participación en la Administración de Justicia de ciudadanos idóneos ajenos a la magistratura y de magistrados honorarios se refieren los artículos 102 párr. 2.º y 3.º y 106 párr. 2º de la Constitución Italiana<sup>10</sup>. Al momento presente coexisten diversas figuras de magistrados honorarios, que responden fundamentalmente a tres lógicas institucionales diversas:

1. *Participación ciudadana en la administración de justicia penal por medio del jurado escabinado, formado por jueces de carrera y escabinos o jueces populares (giudici popolari)*. Estos jueces populares o legos desarrollan sus funciones en el Tribunal Penal Colegiado de Primer Grado (*Corte di Assise*) o en el Tribunal Penal Colegiado de Apelación (*Corte di Assise di Appello*), que se configuran como secciones autónomas de los correspondientes tribunales (Ordinario o de Apelación) y que están compuestas por seis jueces legos y dos jueces de carrera, uno de los cuales actúa como presidente. Desde el punto de vista objetivo corresponde a estos tribunales penales el enjuiciamiento de los delitos más graves<sup>11</sup>, y como el número de escabinos

---

<sup>8</sup> Las funciones fiscales se clasifican en: funciones de primer grado, de segundo grado, de coordinación nacional, casacionales, semidirectivas de primer grado, semidirectivas superiores de primer grado, semidirectivas de segundo grado, directivas de primer grado, directivas superiores de primer grado, directivas de segundo grado, directivas de coordinación nacional, directivas casacionales, directivas casacionales superiores y directivas casacionales apicales. Estas dos últimas se corresponden, respectivamente, a los cargos de Fiscal General Adjunto ante el Tribunal Supremo de Casación (*procuratore generale aggiunto presso la Corte Suprema di Cassazione*) y de Fiscal General ante el Tribunal Supremo de Casación (*procuratore generale presso la Corte Suprema di Cassazione*), la segunda y la primera autoridad de la Fiscalía en Italia.

<sup>9</sup> Esta posibilidad fue introducida por el artículo 21 sexies del Decreto Ley n.º 306/1992, de 8 de junio, convertido en Ley n.º 356/1992, de 7 de agosto.

<sup>10</sup> De acuerdo con este último «la ley sobre el ordenamiento judicial puede admitir la designación, incluso electiva, de magistrados honorarios para todas las funciones atribuidas a jueces individuales».

<sup>11</sup> La competencia objetiva de los tribunales en los que participan escabinos se determina mediante una cláusula general que comprende todos los delitos penados con cadena perpetua y con una pena privativa de libertad no inferior a 24 años en el tope máximo de la previsión legislativa y mediante un sistema de listado que incluye los más graves delitos de sangre y los delitos que generan mayor alarma social (entre ellos, homicidio doloso o preterintencional, homicidio consentido, inducción o auxilio al suicidio, maltrato o riña con resultado de muerte, abuso de medios de corrección con muerte de la víctima, omisión del deber de socorro o aborto intencionado con resultado de muerte, genocidio, secuestro de persona con fines de extorsión y resultado de muerte, envenenamiento de aguas, estragos, delitos contra la personalidad del Estado y delitos graves relativos a la reorganización del partido fascista, etc.). Véase en este sentido, Mercone, M. «*Diritto Processuale Penale*», 13ª edición, Nápoles, 2005, pág. 241.

llamados a formar parte de los tribunales penales colegiados depende del número de procedimientos incluidos en el ámbito de competencia objetiva de estos tribunales no hay una planta fija de jueces populares.

2. *Participación de expertos o técnicos en tribunales ordinarios a los que se atribuye una competencia especializada en ciertas materias, como son los tribunales de menores, los tribunales de vigilancia penitenciaria o las secciones especiales agrarias.* Estos técnicos son profesionales expertos en determinadas materias (p. ej., psicología, psiquiatría o sociología) que son designados por el CSM por un período de tres años, renovable por dos veces, para formar parte del tribunal correspondiente, a cuya decisión contribuyen junto con los jueces de carrera. Al presente (febrero de 2010) la planta de los expertos en los tribunales de menores de primera instancia y de apelación asciende a 1.104 en toda Italia, mientras que en el caso de los expertos en los tribunales de vigilancia penitenciaria su planta está fijada en 577 plazas.

3. *Ejercicio de funciones jurisdiccionales similares a las que ejercen los jueces de carrera por parte de juristas que son designados por el CSM, bien para completar la planta de los tribunales ordinarios supliendo las vacantes de jueces de carrera —como es el caso de los jueces honorarios de tribunal (*Giudici onorari di tribunale* o *G.o.t.*) o los jueces honorarios agregados (*Giudici onorari aggregati* o *G.o.a.*)—, bien para ejercer la jurisdicción en asuntos civiles y penales de menor entidad, sustraídos a la competencia de los jueces de carrera, en los 850 Jugados de Paz (*Uffici del Giudice di Pace*) existentes en Italia, en calidad de jueces de paz (*Giudici di Pace*)<sup>12</sup>.* La planta de jueces de paz asciende a 4.690, mientras que la de jueces honorarios la conforman 2.518 *G.o.t.* y 1.000 *G.o.a.* Estos últimos (de los que tan solo quedan 52 en el ejercicio efectivo de funciones a febrero de 2010) se integran en las denominadas secciones separadas de tribunal para la eliminación de los asuntos civiles pendientes a fecha 30 de abril de 1995 (*Sezioni stralcio*), mientras que los jueces honorarios de tribunal entran a formar sala, junto con los jueces de carrera, en las diversas secciones que componen el tribunal ordinario.

En cualquier caso, los magistrados honorarios no acceden a la carrera judicial, aunque son nombrados por CSM tras un concurso de méritos. En general son designados por un período previamente determinado, sin régimen de exclusividad. Su retribución es variable y se fija normalmente en relación al trabajo desarrollado (número de audiencias en las que intervienen o número de resoluciones dictadas), si bien es necesario tener presente que cuando ejercitan las funciones jurisdiccionales ostentan los mismos derechos y obligaciones que los magistrados de carrera.

## II.2. Las relaciones entre la Judicatura y la Fiscalía

Como ya se ha señalado, una de las características de la carrera judicial en Italia consiste en que la misma está compuesta por jueces y fiscales, englobados bajo el concepto genérico de magistrados, de manera que el paso de las funciones judiciales a las fiscales (o viceversa) ha venido siendo visto como algo normal, que se producía con relativa frecuencia y que solamente había venido estando sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos y formalidades de orden menor, fijados reglamentariamente por el CSM. La «*reforma Castelli*» pretendió introducir en Italia la separación de carreras, prohibiendo el paso de las funciones jurisdiccionales a las fiscales o viceversa, y finalmente la denominada «*ley Mastella*» ha mantenido el sistema de carrera única,

---

<sup>12</sup> Los jueces de paz están regulados por la Ley n.º 374/1991, de 21 de noviembre y por el Decreto del Presidente de la República n.º 404/1992, de 28 de agosto; mientras que los jueces honorarios agregados y de tribunal se rigen por la Ley n.º 276/1997, de 22 de julio y el Decreto Ley n.º 328/1998, de 21 de septiembre, convertido en Ley n.º 221/1998, de 19 de noviembre. La información sobre la plantilla correspondiente a las diversas categorías de magistrados honorarios con indicación de los puestos efectivamente cubiertos está disponible en la página web del CSM (<http://www.csm.it>).

aunque ha establecido fuertes limitaciones al tránsito de unas funciones a otras, hasta el punto de restringir notablemente en la práctica este tránsito.

Así, una vez realizada la elección entre funciones judiciales o fiscales al final de período de formación inicial del magistrado, éste sólo puede pasar a desempeñar unas funciones diversas a las inicialmente elegidas como consecuencia de un procedimiento de concurso de traslado en el que se hubieran ofrecido como vacantes los puestos correspondientes a las nuevas funciones y con sujeción a las siguientes limitaciones:

a) El tránsito de unas funciones a otras queda restringido a un máximo de cuatro ocasiones a lo largo de toda la vida profesional del magistrado.

b) Solo resulta posible en el caso de que el magistrado haya desarrollado de forma continuada la función de procedencia durante, al menos, cinco años.

c) El paso queda subordinado a la superación de un curso de cualificación profesional para el ejercicio de las nuevas funciones y a la concurrencia de un juicio positivo de idoneidad para dichas funciones expresado por el CSM. Se trata de uno de los supuestos tasados en los que las nuevas normas italianas en materia de ordenamiento judicial imponen la formación continua de los magistrados con carácter obligatorio. En lo que respecta al juicio positivo de idoneidad para el ejercicio de las nuevas funciones, éste debe basarse en la propuesta del correspondiente Consejo Judicial (*Consiglio Giudiziario*, equivalente *grasso modo* a la Sala de Gobierno del respectivo Tribunal de Apelación), el cual, a su vez, debe tomar en consideración las observaciones efectuadas por el Presidente o el Fiscal General del Tribunal de Apelación, dependiendo de las últimas funciones ejercidas por el magistrado. Estas observaciones pueden fundarse en los informes aportados por el presidente o jefe de la oficina judicial (tribunal o fiscalía) en el que haya prestado sus servicios el magistrado e incluso en la opinión del decano del correspondiente colegio de abogados (*Ordine degli Avvocati*), si bien deben indicar los elementos de hecho en que se basan<sup>13</sup>.

d) No debe existir una situación de incompatibilidad territorial que haga inviable el tránsito de funciones. En línea de principio el magistrado no podrá ejercer las nuevas funciones en sedes el mismo distrito del Tribunal de Apelación de procedencia e incluso de la misma región en la que haya ejercido las funciones previamente, en el caso de que haya varios tribunales de apelación en dicha región. Sin embargo, opera una excepción en el caso de los magistrados que hayan ejercido únicamente funciones judiciales civiles o laborales en los últimos cinco años e interesen el paso a funciones fiscales y en el de los magistrados que, habiendo ejercido funciones fiscales, soliciten pasar a ejercitar funciones judiciales en materia civil o laboral en las secciones del tribunal especializadas en estas materias, toda vez que en estos casos los límites territoriales son más reducidos y el magistrado puede ejercer las nuevas funciones en un partido judicial o en una provincia diversa a la de procedencia, sin necesidad de cambiar de distrito de Tribunal de Apelación. En ningún caso será posible ejercer las nuevas funciones en las materias correspondientes a las funciones previas, ni siquiera en calidad de sustituto, hasta que se haya producido un ulterior cambio de destino o de funciones.

---

<sup>13</sup> El juicio positivo de idoneidad también es preciso cuando se trata del paso de funciones judiciales casacionales a funciones fiscales casacionales (o viceversa), aunque en este caso la propuesta en que se basa dicho juicio es emitida por el Consejo Directivo del Tribunal Supremo de Casación (*Consiglio Direttivo presso la Corte di Cassazione*, equivalente a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo español), tomando en consideración las observaciones realizadas por el Primer Presidente del Tribunal Supremo de Casación o el Fiscal General ante este tribunal, dependiendo de las funciones ejercidas hasta ese momento por el magistrado. Véase a este respecto, Di Rosa, G.: «*Le valutazioni...*» cit. pág. 62.

### II.3. Los nombramientos para los cargos judiciales

Como regla general, el nombramiento de los magistrados para el ejercicio de las correspondientes funciones en un determinado puesto de un tribunal o de una fiscalía se produce a petición del interesado y mediante un procedimiento de concurso de traslado basado en criterios escalafonales, y en el que únicamente pueden participar aquellos magistrados que hayan obtenido, al menos, la valoración de profesionalidad exigida para el desempeño de las funciones de que se trate (art. 12 del Decreto Legislativo n.º 160/2006, en su redacción conforme a la Ley n.º 111/2007). En ciertos casos excepcionales la ley ha previsto la posibilidad de que la asignación de funciones al magistrado en un puesto determinado pueda acordarse de oficio por el CSM sin petición previa por parte del interesado: se trata de supuestos en los que el traslado de oficio del magistrado tiene por finalidad satisfacer el interés de la administración en cubrir determinados puestos de la plantilla orgánica de tribunales o fiscalías que se caracterizan por ser poco solicitados y quedar vacantes normalmente<sup>14</sup>. En todos estos supuestos la Ley n.º 111/2007 ha previsto la posibilidad de que el CSM acuerde de oficio la atribución de funciones siempre que hayan obtenido resultado negativo dos previos concursos de traslado por falta de candidatos o por inidoneidad de éstos y que el CSM considere que existe una situación de urgencia que no permite recurrir a un tercer concurso de traslado para cubrir el puesto correspondiente<sup>15</sup>.

Debe destacarse, en todo caso, que existen, además, ciertas hipótesis de nombramientos discrecionales, las cuales se refieren fundamentalmente a los cargos directivos de tribunales y fiscalías y a los cargos que implican el ejercicio efectivo de funciones casacionales en el Tribunal Supremo de Casación o en la Fiscalía General ante éste. En general, puede decirse que en estos casos el CSM tiene un cierto grado de discrecionalidad reglada a la hora de efectuar el nombramiento correspondiente, pero se trata de un grado de discrecionalidad más limitado que el que el ordenamiento español atribuye al Consejo General del Poder Judicial o al Fiscal General del Estado a la hora de efectuar los nombramientos equivalentes en tribunales o fiscalías de nuestro país. Tras la aprobación de la Ley n.º 111/2007 la atribución de funciones directivas o semidirectivas de primer grado, segundo grado o casacionales se ha visto limitada por razones de edad del candidato, ya que no es posible la designación para el cargo directivo de magistrados a los que queden menos de cuatro años hasta la fecha de jubilación obligatoria (que está fijada en 70 años, como se verá más adelante). En cualquier caso, los candidatos que aspiren a un cargo directivo o semidirectivo deben haber obtenido la valoración de profesionalidad correspondiente que les habilita para el ejercicio de dicho cargo: la tercera para el ejercicio de funciones directivas de primer grado, la cuarta para las funciones directivas superiores de primer grado, la quinta para las funciones directivas de segundo grado y directivas casacionales, la sexta para las funciones directivas superiores casacionales y la séptima para las funciones directivas casacionales apicales; o las valoraciones

---

<sup>14</sup> Es evidente que a la existencia de las vacantes contribuye el sistema de «escalafón abierto», que permite a los magistrados no interesados en trasladarse a otro punto geográfico del país permanecer en el puesto que vienen desempeñando y ello aunque se trate de un puesto que se corresponde con una función inferior a la última evaluación de profesionalidad superada. La cobertura de oficio de los diversos puestos judiciales o fiscales está regulada por varias normas con rango de ley, según la hipótesis de que se trate (arts. 4 y ss. de la Ley n.º 570/1966, relativos a la cobertura de oficio de los puestos de magistrado de Tribunal de Apelación que carecen de candidatos; artículo 10 de la Ley n.º 831/1973, en materia de asignación de oficio de las funciones de casación; artículos 3 y ss. de la Ley n.º 321/1991, en materia de traslado de oficio a las sedes vacantes no solicitadas; y artículo 1 de la Ley n.º 133/1998, relativo a la cobertura de las sedes incómodas de la Italia meridional e insular), y la tendencia en los últimos años implica la necesidad de cobertura de oficio de plazas correspondientes a tribunales y fiscalías de las regiones insulares o de algunas regiones del Sur de Italia. Véase a este respecto el documento «El sistema judicial italiano», disponible en la página web del CSM (<http://www.csm.it/documenti%20pdf/SistemaGiudiziarioItalianoTerzaEdizione.pdf>) y también Di Rosa, G.: «Le valutazioni ... cit. pág. 14.

<sup>15</sup> Artículo 12.1 *in fine* del Decreto Legislativo n.º 160/2006, en su redacción conforme a la citada Ley n.º 111/2007.

correspondientes para las funciones semidirectivas en los términos ya expuestos en el apartado II.1 de este trabajo. La nueva normativa ha establecido igualmente otra serie de parámetros para la designación a cargo del CSM que colocan en un segundo plano la antigüedad en el servicio de los diversos candidatos (la cual, hasta ahora, había jugado un importante papel y que tras la reforma se halla directamente vinculada a la superación de la correspondiente valoración de profesionalidad, determinando así un requisito previo de legitimación de los candidatos que opten a la designación para el cargo directivo o semidirectivo)<sup>16</sup>, toda vez que a la hora de adoptar su decisión el órgano de gobierno de la magistratura deberá tener en cuenta «las previas experiencias de dirección, organización, colaboración y coordinación de investigación nacional, con consideración particular a los resultados conseguidos y a los cursos de formación en materia organizativa y de gestión a los que hubiera asistido» (el candidato), incluyendo, en su caso, los cursos realizados antes del acceso a la magistratura o cualquier otro elemento (referido incluso a la actividad externa al servicio en la magistratura) que pueda evidenciar la específica capacidad directiva. La decisión del CSM para la atribución de las funciones directivas o semidirectivas se adopta por el pleno de este órgano de gobierno de forma motivada y previa audiencia del correspondiente Consejo Judicial. Se ha previsto además una limitación temporal para el ejercicio de las funciones directivas o semidirectivas, ya que se establece un término de permanencia en el cargo directivo o semidirectivo de cuatro años, que solamente puede ser extendido a un segundo término cuatrienal en el caso de que el CSM hubiera expresado un juicio positivo respecto de las funciones ejercidas en el primer término de mandato. La limitación temporal para el ejercicio de las funciones directivas o semidirectivas no impide que el magistrado que hubiese desempeñado un cargo de esta naturaleza pueda optar a otro cargo directivo o semidirectivo diverso con sujeción a idéntica limitación temporal.

El otro supuesto de nombramiento discrecional por parte del CSM se corresponde al ejercicio efectivo de funciones jurisdiccionales o fiscales en el Tribunal Supremo de Casación o en la Fiscalía General ante el Tribunal Supremo de Casación, ya que, como ha quedado expuesto en el punto II.1 de este trabajo, para acceder a esas funciones no es suficiente la superación de la cuarta valoración de profesionalidad, sino que se requiere además una específica valoración de la capacidad científica y de análisis de las normas por parte de los candidatos que vayan a ejercer sus funciones en esos altos tribunales y fiscalía, la cual es realizada por una comisión compuesta por cinco miembros y específicamente designada por el CSM a estos efectos. Dicha comisión requiere un quórum de tres miembros para adoptar sus decisiones y se limita a expresar su parecer motivado en lo que respecta a la capacidad científica y de análisis de las normas de los candidatos a acceder a las funciones casaciones. En principio, solamente podrán ser designados para el ejercicio de estas funciones aquellos magistrados que hayan superado esta valoración específica, lo que supone una notable limitación de la capacidad discrecional de decisión a cargo del CSM, toda vez que la comisión del órgano de gobierno de la magistratura competente para proponer el nombramiento al pleno del CSM (la Tercera Comisión) debe adoptar una resolución motivada en aquellos supuestos en que pretenda apartarse del parecer de la comisión de valoración.

Además de las limitaciones temporales que afectan a los magistrados que ejercen funciones directivas o semidirectivas, existen limitaciones relativas al período máximo de tiempo en que un magistrado de primer grado o de apelación puede permanecer en la misma oficina judicial desarrollando idénticas funciones. Estas limitaciones

---

<sup>16</sup> Puede verse una exposición detallada del sistema previo con referencia a las principales modificaciones introducidas por la reforma «Mastella» en Viazzi, C.: «*L'assetto della dirigenza degli uffici dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario: questioni nuove e questioni aperte*», 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, págs. 3 a 7.

pretenden evitar el condicionamiento del resultado de los procedimientos como consecuencia del excesivo protagonismo personal en el ejercicio de las funciones judiciales o fiscales por parte de algunos magistrados, al tiempo que favorecen la movilidad interna en las diversas oficinas para incrementar la profesionalidad de los magistrados. Así, el artículo 19 del Decreto Legislativo n.º 160/2006, en su redacción conforme a la Ley n.º 111/2007, prevé que los magistrados de primer o segundo grado solo puedan permanecer en la misma oficina desarrollando idénticas funciones o en la misma posición de reparto de asuntos (*posizione tabellare*) o en el mismo grupo de trabajo en el ámbito de las mismas funciones dentro de la misma oficina judicial durante el período de tiempo que establezca reglamentariamente el CSM, entre un mínimo de cinco años y un máximo de diez años. El propio precepto ha previsto que el CSM pueda prorrogar el desempeño de las mismas funciones dentro de la misma oficina por un período adicional máximo de dos años respecto del límite fijado reglamentariamente en relación con los procedimientos penales en los que el magistrado afectado hubiese empezado a conocer de la audiencia preliminar (*udienza preliminare*) o del juicio oral ya abierto (*dibattimento aperto*) y hasta la finalización de dichos actos procesales. En cualquier caso, si el magistrado afectado no hubiese presentado su petición de traslado para el ejercicio de diferentes funciones dentro de la misma oficina judicial o a otra oficina judicial diversa dentro del plazo máximo fijado reglamentariamente se prevé que el jefe de la oficina correspondiente pueda acordar de oficio la asignación a una nueva posición de reparto de asuntos o a un nuevo grupo de trabajo dentro de dicha oficina.

#### II.4. La valoración de la actividad profesional de los magistrados

En el marco del nuevo sistema introducido en Italia por la Ley n.º 111/2007 la valoración de la profesionalidad de los magistrados consiste, en esencia, en un mecanismo de verificación profesional periódica de los integrantes de la carrera que resulta relevante a los fines de la progresión económica de los magistrados (la cual está vinculada casi por completo al nivel de valoración profesional alcanzada por cada magistrado), de la atribución de las diferentes funciones judiciales o fiscales en los términos ya expuestos en los apartados precedentes de este trabajo, y, finalmente, de la posibilidad de adoptar diversas resoluciones en relación con el magistrado cuya inadecuación profesional hubiese sido comprobada. De acuerdo con el artículo 11 del Decreto Legislativo n.º 160/2006, en su redacción conforme a la Ley n.º 111/2007, los magistrados de carrera están sujetos a una valoración de profesionalidad cada cuatro años a contar desde la fecha de su nombramiento respectivo y hasta la superación de la séptima valoración de profesionalidad, esto es durante los primeros 28 años de permanencia en la magistratura.

La ley ha previsto de manera expresa que la valoración de profesionalidad no puede venir referida «en ningún caso a la actividad de interpretación de las normas jurídicas ni a la actividad de valoración de los hechos o de las pruebas». Esta precisión normativa trata de salvaguardar la independencia del magistrado en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, según el principio establecido en el artículo 101.2 de la Constitución Italiana («los jueces están sujetos únicamente a la ley»), evitando que el mecanismo de valoración de profesionalidad pueda transformarse en un sistema de impugnación indirecta de las resoluciones judiciales. De acuerdo con el texto legislativo, la valoración de profesionalidad de los magistrados de carrera ha de contemplar los siguientes parámetros:

A) La *capacidad*, la cual hace referencia no solo a la preparación jurídica del magistrado evaluado y a la actualización de sus conocimientos en materias jurídicas, sino además, «en relación con las funciones ejercitadas, al dominio de las técnicas de argumentación y de investigación, incluso en relación con el resultado de los asuntos en las sucesivas fases o grados del procedimiento o juicio, a la dirección de las

audiencias por parte del encargado de presidirlas, y a la aptitud para utilizar, dirigir y controlar la aportación de los colaboradores o auxiliares». Como se ha señalado por Di Rosa<sup>17</sup> la valoración de la capacidad del magistrado implica una evaluación de las resoluciones judiciales dictadas por éste, lo que en ocasiones puede hacer difícil determinar la frontera entre esta evaluación y el control de la actividad de interpretación de las normas o de valoración de las pruebas, que resulta prohibido conforme al principio general ya expuesto. La circular del CSM de 4-10-2007 ha completado el precepto legal considerando, entre otros indicadores de la capacidad del magistrado sujeto a evaluación, «la claridad, exhaustividad expositiva y capacidad de síntesis en la redacción de las resoluciones judiciales, en relación con los presupuestos fácticos y jurídicos, así como su congruencia respecto de los problemas procesales y de investigación afrontados», «la aptitud del magistrado en la organización de su propio trabajo» y «los conocimientos informáticos aplicados a la redacción de las resoluciones y a la gestión eficaz de la actividad judicial, la publicación de las resoluciones judiciales o de otras aportaciones de relevancia jurídica, y las ponencias en seminarios que impliquen un enriquecimiento del trabajo judicial».

B) La *laboriosidad*, que es referida en el texto legal «a la productividad, entendida como número y calidad de los asuntos tratados en relación a la tipología de las oficinas y a su condición organizativa y estructural, a los plazos de ejecución del trabajo y a la eventual actividad de colaboración desarrollada en la oficina de acuerdo con los estándares de rendimiento individualizados por el CSM respecto de los sectores específicos de actividad y de las especializaciones». Se ha destacado por algunos autores la complejidad que implica la articulación de este parámetro (el cual debe ser referido a una actividad esencialmente intelectual como es la jurisdiccional), y la discrecionalidad que puede conllevar la valoración de la «calidad» de los asuntos tratados<sup>18</sup>. La ya referida circular del CSM de 4-10-2007 ha introducido como indicador de la laboriosidad del magistrado el respeto de los estándares medios de resolución de los procedimientos, deducido de la media estadística de la oficina en cada uno de los dos años precedentes, respecto de cada uno de los años objeto de valoración.

C) La *diligencia* representa una novedad en el conjunto de criterios manejados tradicionalmente para la valoración profesional de los magistrados en Italia. Este nuevo criterio se define en la ley como «la asiduidad y puntualidad en la presencia en la oficina, en las audiencias y en los días fijados», y viene referida, además, «al respeto de los plazos para la redacción o para el depósito de las resoluciones, o, en cualquier caso, al cumplimiento de la actividad judicial, así como a la participación en las reuniones previstas por el ordenamiento judicial para la discusión y profundización en las novedades legislativas y para el conocimiento de la evolución de la jurisprudencia». En relación con este último punto la circular del CSM de 4-10-2007 ha destacado que debe ser valorada la «constancia en la correcta participación» en ese tipo de reuniones, por lo que parece que la mera participación pasiva en dichas reuniones formativas no sería por sí sola significativa a estos efectos.

D) El *compromiso*, que debe ser referido a «la disponibilidad para las sustituciones de los magistrados ausentes y para la participación en los cursos de actualización organizados por la Escuela Superior de la Magistratura», debiendo tenerse presente, además, «la colaboración en la solución de problemas de tipo organizativo y jurídico». La circular del CSM de 4-10-2007 señala que también deben ser tenidas en cuenta a los efectos de valorar el compromiso de los magistrados las solicitudes para participar en cursos de actualización que no pudieran ser atendidas por causas independientes de la voluntad del peticionario.

El artículo 11. 4 a 15 del Decreto Legislativo n.º 160/2006, en su redacción conforme a la Ley n.º 111/2007, regula detalladamente el procedimiento a través del

<sup>17</sup> Di Rosa, G.: «Le valutazioni .... cit. págs.14, 15, 25 y 26.

<sup>18</sup> En este sentido Di Rosa, G.: «Le valutazioni ... cit. pág. 29 y «La valutazione. Controllo di professionalità ogni quattro anni», en *Guida al Diritto*, n.º 34, pág. XXVI.

cual se articula la valoración de profesionalidad, que consta de diversas fases, y en el que juega un papel fundamental el correspondiente Consejo Judicial del que dependa el magistrado sujeto a valoración. La norma ha establecido un elenco de las diversas fuentes de conocimiento para la realización de la valoración de profesionalidad, que comprenden: 1) Las informaciones relativas al magistrado de que dispongan el CSM y el Ministerio de Justicia, incluyendo las referidas a cuestiones disciplinarias. 2) Las resoluciones redactadas por el magistrado y las actas de las audiencias en las que hubiese participado, seleccionadas mediante un procedimiento de muestreo aleatorio basado en criterios objetivos. 3) El informe del propio magistrado sobre el trabajo desarrollado y sobre los demás aspectos que éste considere útiles, incluyendo la copia de las resoluciones o expedientes que desee someter a examen. 4) Las estadísticas del trabajo desarrollado y la comparación de las mismas con las del trabajo desarrollado por los otros magistrados de la misma oficina. 5) Los encargos judiciales y extrajudiciales asignados con indicación del compromiso concreto que hubiesen comportado. Y 6) Los informes y referencias procedentes del jefe de la oficina y de la junta de gobierno del colegio de abogados correspondientes, siempre que se refieran a hechos específicos que incidan sobre la profesionalidad del magistrado, con particular consideración a eventuales situaciones concretas y objetivas de ejercicio no independiente de la función judicial y a comportamientos que denoten una evidente falta de equilibrio o de preparación jurídica. Es posible además que el Consejo Judicial asuma otras informaciones adicionales sobre hechos específicos que hubiesen sido señalados por sus componentes o por los magistrados con funciones directivas de las diversas oficinas o por las juntas de gobierno de los colegios de abogados, debiendo darse a la mayor brevedad posible comunicación de las mismas al interesado, quien tiene derecho a obtener una copia y a solicitar ser oído al respecto.

El Consejo Judicial competente al efecto debe formular un dictamen (*parere*) motivado y basado en las diversas informaciones recopiladas, el cual debe ser notificado al interesado y remitido al CSM junto con la documentación correspondiente y las actas de las audiencias que eventualmente se hubiesen llevado a cabo en el curso del procedimiento. En el plazo de diez días desde la notificación el magistrado sujeto a valoración puede efectuar sus propias alegaciones dirigidas al CSM e incluso solicitar ser oído personalmente por éste. Si el interesado hiciese uso de esta última facultad disfruta de una serie de garantías adicionales de cara a la posterior audiencia, y así: a) Debe ser informado de su derecho a acceder a la documentación del expediente y a obtener copias del mismo. b) Dispone de un plazo no inferior a 60 días desde la citación hasta la audiencia ante el CSM, con la finalidad de organizar adecuadamente su defensa. Y c) Tiene derecho a presentar expedientes y memorias hasta siete días antes de la audiencia, y puede ser asistido por otro magistrado en el curso de la misma. Finalmente el CSM debe realizar la valoración de profesionalidad del magistrado teniendo presentes el informe del Consejo Judicial y la documentación aportada por éste, así como los resultados de las inspecciones ordinarias y cualquier otro elemento o información relevante. La valoración de profesionalidad consiste en un juicio expreso del CSM que es adoptado por medio de resolución motivada, y que es transmitido al Ministerio de Justicia para que éste dicte el decreto correspondiente. Este juicio es incluido en el expediente personal del magistrado afectado y es un elemento relevante a los efectos de ulteriores resoluciones relativas a la carrera del mismo. En todo caso, debe señalarse que el CSM no está vinculado por el contenido del dictamen emitido por el correspondiente Consejo Judicial, pero tiene la obligación de motivar de forma expresa y específica su decisión discordante respecto de aquel dictamen. De acuerdo con los principios generales del ordenamiento jurídico italiano, el magistrado afectado por la valoración de profesionalidad está legitimado para interponer el correspondiente

recurso ante los órganos de la jurisdicción administrativa cuando considere que dicha valoración vulnera sus legítimos intereses.

La ley ha previsto tres posibles resultados del procedimiento de valoración de profesionalidad de los magistrados:

1) *Juicio positivo*. Supone una valoración de suficiencia en relación con todos los parámetros objeto de examen y determina el correspondiente incremento salarial además de la legitimación para solicitar el ejercicio de funciones diversas, según la valoración de que se trate.

2) *Juicio no positivo*. Está determinado por la constatación de carencias respecto de alguno de los parámetros examinados. Las consecuencias de este resultado consisten en la no obtención del incremento salarial y en la imposibilidad de desarrollar encargos extrajudiciales. Además, al cabo de un año el CSM debe realizar una nueva valoración de profesionalidad al amparo de un nuevo dictamen del Consejo Judicial correspondiente. Si esta nueva valoración es suficiente en todos los parámetros el juicio será positivo y se obtendrá el incremento salarial a partir de la anualidad siguiente, así como la legitimación para optar a una función acorde con la valoración de profesionalidad superada.

3) *Juicio negativo*. Se produce cuando se constatan carencias graves en dos o más de los parámetros valorados o cuando persisten las carencias en uno o más parámetros después de un juicio no positivo inicial. Este juicio comporta como consecuencias *ex lege* la no obtención del incremento salarial, la imposibilidad de desarrollar encargos extrajudiciales y el sometimiento del interesado a una nueva valoración de profesionalidad al cabo de dos años. De otro lado, atendidas las circunstancias del caso en particular, el CSM puede: a) disponer que durante el período de dos años previo a la nueva valoración el magistrado participe en cursos de cualificación personal relacionados con las específicas carencias profesionales detectadas; b) asignar al magistrado, previa audiencia del mismo, a una función distinta dentro de la misma sede; y c) excluirlo, hasta el momento de la valoración sucesiva, de la posibilidad de acceder a funciones directivas o semidirectivas o a otras funciones específicas. A los efectos de la nueva valoración de profesionalidad la ley ha previsto de manera expresa que el interesado sea oído nuevamente, pero no contiene ninguna previsión respecto de la necesidad de recabar un nuevo dictamen del Consejo Judicial correspondiente. No está claro si se trata de una mera omisión no intencionada del legislador (que podría ser colmada por vía interpretativa) o de una decisión consciente, que trata de evitar que el CSM adquiera de manera indirecta (esto es, a través del Consejo Judicial) los elementos de juicio para adoptar una decisión de tanta relevancia en la carrera profesional del magistrado afectado. En todo caso, la circular del CSM de 4-10-2007 ha previsto que a los efectos de la nueva valoración de profesionalidad el jefe de la oficina respectiva remita al Consejo Judicial competente un informe sobre la profesionalidad del magistrado afectado, de manera que dicho órgano de gobierno deberá redactar el correspondiente dictamen para su remisión al CSM. El nuevo juicio de profesionalidad después del período de dos años será negativo si se constata la persistencia de carencias en uno o más de los parámetros valorativos, y en ese caso la consecuencia para el magistrado sujeto a valoración consistirá en la dispensa del servicio y consiguiente cese.

## II.5. La especialización

Como ya se señaló en el apartado I de este trabajo, el artículo 103 de la Constitución Italiana distingue entre la jurisdicción ordinaria y las jurisdicciones administrativa, contable y militar. Los componentes de estas tres jurisdicciones no son considerados magistrados de carrera, ya que se integran en cuerpos funcionariales diferenciados de la carrera judicial ordinaria. A ello se añade la circunstancia de que cada una de

las jurisdicciones especiales mencionadas tiene un órgano de gobierno autónomo y diferenciado respecto del CSM, aunque con competencias similares dentro de su específico ámbito de decisión: el Consejo de Presidencia del Tribunal de Cuentas, el Consejo de Presidencia de la Magistratura Administrativa y el Consejo de la Magistratura Militar. La jurisdicción administrativa es ejercitada por los Tribunales Administrativos Regionales (*Tribunali Amministrativi Regionali* o *TAR*) y por el Consejo de Estado (*Consiglio di Stato*), mientras que el ejercicio de la jurisdicción contable se atribuye al Tribunal de Cuentas (*Corte dei Conti*). Por su parte, la jurisdicción militar la componen los Tribunales Militares (órganos competentes en primera instancia), incluyendo el Tribunal de Vigilancia Penitenciaria (*Tribunali Militari* y *Tribunale Militare di Sorveglianza*), el Tribunal Militar de Apelación (*Corte Militare di Appello*) y el Tribunal Supremo de Casación (*Corte Suprema di Cassazione*), en el que no existe una Sala específica con competencia para conocer de los recursos procedentes de los órganos jurisdiccionales militares de primera y segunda instancia. También se integran en la jurisdicción militar las fiscalías ante cada uno de estos órganos, incluyendo la Fiscalía General Militar ante el Tribunal Supremo de Casación (*Procura Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione*)<sup>19</sup>.

Por lo demás, y a diferencia de lo que sucede en España, no existen respecto de los magistrados italianos previsiones de especialización en materia civil o penal mediante pruebas específicas de especialización. La especialización derivada del ejercicio continuado de funciones jurisdiccionales civiles o penales de modo exclusivo durante un cierto período de tiempo es valorada únicamente a los efectos de la preferencia a la hora de la atribución de una determinada posición en el reparto de asuntos dentro de un concreto tribunal, de acuerdo con el contenido de las circulares sobre la formación de las tablas de reparto de asuntos y de organización de las oficinas judiciales aprobadas por el CSM<sup>20</sup>. Del mismo modo, la previa experiencia derivada del ejercicio de funciones jurisdiccionales en las materias de familia y derechos de la persona, derecho societario, derecho concursal, así como de propiedad intelectual e industrial, permite asignar a estos magistrados a las secciones especializadas en estas materias, cuando las dimensiones del correspondiente tribunal aconsejan la constitución de dichas secciones. En materia de derecho del trabajo opera una cierta especialización en la condición de «juez de trabajo» (*giudice di lavoro*), derivada del ejercicio de funciones jurisdiccionales en materia de derecho del trabajo y seguridad social en las secciones especializadas (incluidas dentro del orden jurisdiccional civil) que existen en los tribunales de primera instancia de grandes dimensiones, en los tribunales de apelación y en el Tribunal Supremo de Casación. En los tribunales de primera instancia pequeños no existen secciones especializadas, sino tan solo algunas plazas reservadas a jueces especializados en derecho del trabajo. Los jueces con un cierto grado de especialización son designados por el CSM, que también autoriza su transferencia a las secciones ordinarias de los tribunales correspondientes para el ejercicio de funciones jurisdiccionales en materias diversas al derecho del trabajo

---

<sup>19</sup> La estructura de la jurisdicción militar italiana (incluyendo la composición y competencias del Consejo de la Magistratura Militar) ha sido modificada por la reciente Ley n.º 244/2007, de 24 de diciembre. Esta ley ha reducido el número de tribunales militares y de secciones destacadas del Tribunal Militar de Apelación, así como de órganos de la Fiscalía Militar, disminuyendo hasta un total de 58 magistrados el escalafón de la magistratura militar. La Ley ha previsto igualmente un mecanismo que permite a los magistrados militares sobrantes incorporarse a la carrera judicial ordinaria. Puede consultarse el contenido de esta reforma en la página web del Ministerio de Defensa de Italia (<http://www.difesa.it/GiustiziaMilitare/Modifiche+Giustizia+Militare.htm>).

<sup>20</sup> La última de estas circulares aprobada por el CSM es la que se corresponde con el trienio 2009-2011 (*Circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari per il triennio 2009-2011*), la cual está disponible en la página web de la institución (<http://www.csm.it/documenti%20pdf/relazioneFormazioneTabellare.pdf>). En la misma se recogen los criterios genéricos para la elaboración y aprobación de las normas de reparto (*tabelle*) de cara a la atribución de los asuntos, según su materia, a las diferentes secciones de los tribunales, incluyendo reglas sobre la composición de las secciones de los diversos tribunales y criterios para la sustitución de los magistrados integrantes de los órganos jurisdiccionales y fiscalías.

y seguridad social, toda vez que la especialización del juez de trabajo no impide que éste pueda pasar a desempeñar funciones jurisdiccionales en otro sector del ordenamiento. Las vacantes en las secciones especializadas (o las correspondientes a las plazas reservadas a especialistas) se cubren operando con los criterios de antigüedad y de especialización de los diversos candidatos, pero en el supuesto de que no haya peticiones de jueces especialistas para una determinada plaza la vacante viene adjudicada a los peticionarios no especialistas, quienes inician de este modo el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que conduce a su especialización en la materia. Normalmente las plazas de presidente de las diversas secciones especializadas son siempre adjudicadas a jueces especialistas en derecho del trabajo.



# APUNTES\*

---

## • Un presidente frente al libertinaje

La prensa servía la noticia. Bajo el título «Dívar reaparece», nada menos que en la plaza de León y en el acto de imposición de una *sanraimunda* al presidente del Tribunal Superior, el dos veces presidente de la cosa judicial advertía: «*Las almas humanas son obstinadas*». Buen principio para un sermón, así se capta la atención del auditorio, sobrias autoridades judiciales castellanas. Desde luego no se le podía negar al vate llegado de la Corte la voluntad de conocimiento de la condición humana, aventura que reclama siempre un toque a lo Dostoyeski. Siguió el presidente: «*Hay libertades que exceden, para convertirse en libertinaje...*». Y aquí la parroquia se puso naturalmente en guardia. No era para menos, vaya envite. «*En algunas ocasiones, de tanto criticar a personas, se ataca la esencia de las instituciones...*». Una lección de historia, en Iberia la libertad siempre degeneró en libertinaje. Desde aquella plataforma espiritual a la que había llevado a su público, Dívar atacó una reflexión de hondo calado, quizá en loor de Genarín, una gloria local: «*Estamos en tiempos de contestación, en tiempos de crisis...falta una crisis a la que no se puede llegar, la de las instituciones*». Tiempos de zozobra, que temía aquél. El discurso se adentraba en la más difícil de las suertes, cuando el orador se ve obligado a ascender del alma individual al ser colectivo. Divina providencia, providencia presidencial.

En la página virtual del Consejo descansa una pestaña que permite gozar del misterio en grabación audiovisual: *Youtube-Canal judicial español*, se llama el ingenio, una suerte de ventana abierta al servicio de la transparencia, la comunicación y... el humor. Allí acudió el perplejo gacetillero de estas notas para comprobar la realidad de los extractos periodísticos. He aquí las palabras exactas: «*Coincidirán conmigo —pausa— que hay libertades que exceden —nueva pausa, aquí más dilatada— para convertirse en un libertinaje —otra pausa— y cosas que no son tolerables*». Libertades y cosas, ¿qué sería la libertad sino un objeto de deseo? Espléndida imagen. Libertinaje, ¡ah, ah, ah!, libertinaje... Qué dolor, la memoria: libertinaje, la cita favorita del último presidente investido por el dictador, Arias Navarro, aquel triste funcionario nombrado marqués en la remozada Corte, que había ejercido sin piedad los puestos de fiscal en los Consejos de guerra celebrados en Málaga contra los defensores de la legalidad republicana y el de director de la seguridad franquista. Libertinaje, un baldón frente a las justas reivindicaciones de democracia y derechos, demandas que seguían siendo aplastadas a sangre y fuego. Para la dictadura solo había dos orillas aisladas, orden o libertinaje. El ejercicio de la libertad era una violación del orden.

Hacia tiempo que no se oía hablar de libertinaje. ¡Qué dolor! Un «*jurista de estado capaz de generar confianza*» —como dijera el pleno del Consejo el día de su designación— por providenciales que sean sus aspiraciones, debería expulsar de su código la palabra libertinaje, que tome nota el escribidor. Cualquier autoridad de un Estado constitucional sucesor de un Estado ilegal ha de estar dotada, siquiera, de un poco de memoria, para tomar distancia con respecto al pasado. Y de alguna imaginación, para no repetirse en el erial. Lo intolerable, continuaba el presidente, es «*afirmar que determinados magistrados del Tribunal Supremo son prevaricadores, esto no es en modo alguno tolerable...como dudar de la honestidad y del trabajo del órgano de gobierno*

---

\* Sección a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo, J. Hernández García, A. Jorge Barreiro y R. Sáez Valcárcel.

*del poder judicial, que soy testigo en ambas instituciones de las horas y el sacrificio que consigo llevan». ¿Acaso debieran estar por encima de toda sospecha? Sacrificio, lo que hacen los nuestros; libertinaje, lo que hacen ellos, los que nos critican. Ideas y formas de otro tiempo.*

- **Un vicepresidente por la independencia**

El vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial se pronuncia «por la independencia judicial», que es como titula su colaboración en un periódico de la capital. En él, tras de algunas manidas consideraciones sin mayor interés, se desborda en una suerte de *raptus* místico: «la función judicial en España es totalmente vocacional». Tanto que si una persona opta por la judicatura «es porque en lo más profundo de su corazón siente la justicia como una razón de ser y decide dedicar su vida entera a ella». («Vivo sin vivir en mí»: no hay duda).

Podría sorprender lo rancio del lenguaje, pero no debe, porque en realidad es el continente más propio para ese contenido, la expresión que demanda el viejo topos en el que, por contraste con otras dedicaciones más prosaicas, la judicial sería pura sublimidad, auténtica instalación en el reino de lo inefable. Que es por lo que, en presencia de jueces vocacionales de esta raza —espíritus en permanente estado de incandescencia— serían, incluso, superfluas las garantías jurídicas. Con el consiguiente ahorro, cosa nada desdeñable en tiempos de crisis.

Pero hacer radicar —como en el inflamado discurso de De la Rosa— la justicia judicial en el corazón (*joh cuore suo!*), es hacer de ella pura cuestión de vísceras, de tripas: una verdadera cochinado. Y una mala, muy mala cosa, si se trata, como se trata, de mediar intereses y conflictos ajenos con serenidad y equilibrio. Cuando, precisamente —de Montesquieu a Calamandrei— hay siglos de esfuerzo invertidos en extraer el ejercicio de la jurisdicción del reino de la fisiología y de los humores; de la tiranía de los impulsos, o incluso del de los «movimientos del alma» (por decirlo con un lenguaje más próximo al del vicepresidente), para instalarlo en una «región más transparente»: la de la racionalidad.

- **Un expresidente que sabe de ‘ganao’**

Felipe González, en un desahogo mitinero de fin de semana, de esos de pana y cazadora, ha asociado la situación de la justicia al «ganao que tenemos ahí dentro». Y *mir’uzté* González de ‘ganao’ sí que sabe. Fue amigo de Craxi y tiene algunos amigos americanos de muy buen pedigrí. Pero, sobre todo: la famosa exhibición ante la cárcel de Guadalajara la organizó él con *ejemplares* de su propia *cuadra*.

Caamaño, el ministro de Justicia, ha tenido la genialidad de asociar el exabrupto de González con la libertad de expresión. Pues bien, quizá sepa también de ‘ganao’, pero lo que es de libertad de expresión...

- **El sentido de las reglas**

La magistrada de lo penal la Audiencia Nacional Ángela Murillo tiene encantada a la parroquia. Y dice alguna prensa que «sus fans» (*sic*) reunidos en algún lugar de Internet se cuentan por miles.

Al parecer, lo que suscita ese fervor es la impresión de que la togada, con la manera de llevar la vista pública de una causa seguida contra Otegui, le habría *plantado cara con un par*. Que es como vulgarmente se dice; y más en este caso, vulgar de toda vulgaridad.

El recio «por mí como si bebe vino» espetado a quemarropa a quien simplemente pedía agua. El «ya lo sabía» apostillando la respuesta a una pregunta que no tendría por qué haberse formulado. O, en fin, el infracultural «no se le ha entendido ni papa», hicieron las delicias de un personal que tiene del papel del juez en el enjuiciamiento un concepto tan torpe como el de la misma protagonista de la astracanada.

A la juez Murillo hay que decirle que las *machadas* no están para el estrado, en el que rigen otras reglas que las de la barra del bar. Que *las gracias* no se escriben en papel de oficio ni vistiendo toga. Que no hay chiste, sino prepotencia patosa, cuando falta simetría en las posiciones de los implicados y el supuesto humor discurre en un único sentido: de arriba abajo.

Lo más preocupante es que el asunto dista mucho de ser sólo cosa de (mala) educación. E informa de que tras el patético *sketch* subyace una deficiente comprensión de la ética —y la estética!— de la función jurisdiccional, del propio oficio de juzgar.

En fin, podría decirse que en algo tienen razón *los del par*, pero porque aquí, ciertamente, se echa en falta uno: de dedos de frente.

### • La memoria del testigo y el error judicial

Algunos casos ponen de manifiesto la presencia del error judicial en nuestra práctica cotidiana. Los recursos de revisión, de vez en cuando, dan cuenta de tales errores de los que levantan frías y distantes actas. Así, la STS 51/2005 anulaba una sentencia condenatoria dictada quince años antes por un robo con intimidación en una entidad bancaria —la prueba de cargo era el reconocimiento de un testigo— al comprobarse que el condenado se hallaba recluido en un establecimiento penitenciario en el momento del atraco. El error es una realidad que parece coger desprevenidas a las gentes de la jurisdicción. Posiblemente, porque nuestra cultura profesional niega la hipótesis del error judicial.

Una fuente común de resoluciones equivocadas es la identificación del autor con base en testimonios visuales. En fecha reciente el Tribunal Supremo liberaba a una persona que había sido condenada por la Audiencia de Las Palmas por tres delitos de violación, condena que se basaba exclusivamente en la declaración de las tres víctimas, que habían reconocido al acusado nueve años y siete meses después de los hechos (sentencia datada el 30-6-2009). La localización del sospechoso se debió a una identificación en la calle que hizo, casualmente, una de las mujeres. Después, fue identificado en foto por dos de ellas (a pesar de que estaba detenido y ya había sido señalado por una de ellas, las características de los sucesos sugerían con rigor un mismo agresor) y en diligencia de rueda por las tres (incluso por la testigo que no le había señalado en la imagen fotográfica). Los hechos se habían ejecutado de noche, el autor llevaba un gorro que le cubría la cabeza y las orejas en dos de las agresiones, la capucha de una sudadera en la tercera.

Habría de advertirse que cuando un testigo identifica a una persona (en el caso, mas de nueve años después) y no se cuenta con elementos de corroboración de su intervención en el delito, no hay manera alguna de comprobar si aquel ha acertado en su selección, porque la declaración es el único medio de conocimiento. Ese es el riesgo, que la prueba se convierta en una cuestión de fe.

El desconocimiento sobre los mecanismos de funcionamiento de la memoria es una de las causas comunes de dichos errores de interpretación de la prueba. De ahí la importancia de la psicología forense como saber auxiliar del juez, que debería incorporarse de modo permanente de los planes de formación inicial y continuada. Porque se opera con base en mitos, prejuicios e intuiciones acerca de la memoria y del testigo. Sin percibir que la memoria es reconstructiva, que la percepción humana es fragmentaria, limitada y falible, que el cerebro no es un archivo permanente

de imágenes y que solo podemos reconstruir aproximaciones de las imágenes que hemos experimentado. En definitiva, que el testigo en el proceso de identificación toma decisiones, es decir, juzga y, por lo tanto, yerra.

La psicología del testimonio alerta de la elevada posibilidad de error —los llamados falsos positivos—, de los factores que afectan a la percepción del suceso, de la importancia del transcurso del tiempo en el momento de la recuperación del recuerdo, de los riesgos que representan el interrogatorio y la práctica de las diligencias policiales, por la incorporación o transferencia inconsciente de información, por ejemplo que proceda del investigador, información que el testigo acepta como propia. La coincidencia de tres testigos, como ocurría en el caso citado, una especie de acuerdo intersubjetivo, puede ser indicador, frente a lo que se piensa, de ruedas sesgadas en perjuicio del sospechoso que inducen a los testigos a hacer elecciones erróneas. En definitiva, es hora de constatar el fracaso del aparente «saber intuitivo» sobre la memoria del testigo, que nos lleva a otorgar valor a datos irrelevantes (como el reconocimiento «sin género de duda», que solo expresa la confianza del declarante, nada sobre el éxito de la identificación) y la ausencia de pautas legales o jurisprudenciales para llevar a cabo el análisis crítico y cuidadoso de la prueba testifical de reconocimiento visual del autor del hecho. Los criterios al uso sobre credibilidad, fiabilidad y persistencia en el relato —acuerdo intrasujeto, según el lenguaje de la psicología forense— que empleaba la sentencia comentada, no disciplinan la materia con rigor; solo permiten descartar a los testigos deshonestos y, además, vienen a alentar la condena en supuestos de clandestinidad con el solo testimonio de la víctima, sin datos o elementos de confirmación sobre la exactitud de la identificación.

### • El celibato eclesiástico: ¿factor criminógeno?

Hans Kung, ese gran intelectual dedicado a la teología, que dentro de algún siglo le servirá a la Iglesia para amagar una vez más con el «si nosotros ya lo habíamos dicho», acaba de escribir palabras tremendas sobre el celibato de los clérigos, que tendrían que ser objeto de amplia reflexión. Porque, en contra de lo que algunos pretenden y tratan de hacer creer, el asunto no es una simple cuestión *interna*: tiene unas dimensiones que desbordan con mucho los límites, no ciertamente angostos, del mundo de los que siguen la romana senda. En efecto, pues hoy es difícil cuestionar que la abstención impuesta en la práctica del sexo alienta un macrofenómeno criminal, de hondas raíces y muy difícil erradicación, cuyas manifestaciones —incluida la presumible ingente *cifra oscura*— están presentes en los más diversos lugares del planeta, como los miles de víctimas. Lo terrible es que el estado de cosas se ha beneficiado durante siglos de sórdidas y muy eficaces políticas oficiales de encubrimiento, que, lamentablemente, aún gozan de buena salud. Es por lo que el tema merece también, de modo muy especial, la atención de los juristas, en la doble vertiente de la prevención y de la represión.

Corría aún el siglo XIX, cuando el intelectual peruano Manuel González Prada (*Páginas libres*, París, 1894), refiriéndose a su país, denunció este hecho tremendo: «La crónica judicial de las congregaciones docentes prueba con hechos nauseabundos el riesgo de poner al niño en comercio íntimo con el sacerdote». Pues bien, esto es algo que hoy, a más de cien años de distancia, puede, debe escribirse en países como Estados Unidos, Irlanda, Alemania, Holanda, Austria, Suiza... —y, sinceramente, ¿en cuántos más?— sin modificar una letra. Y es que, como recuerda el teólogo alemán: «el abuso sexual por parte de clérigos» incide «de manera masiva en la Iglesia católica, dirigida por célibes».

Pero no es esto lo único que dice: explica también cómo el espeso manto de silencio —últimamente *sub specie* de *secretum Pontificium* (!)— tendido sobre esta lacra,

con desprecio de tantas conciencias y libertades infantiles canallescamente vulneradas, ha contribuido activamente a su reforzamiento. Y seguirá contribuyendo, en tanto la poderosa institución persista en el contumaz incumplimiento del deber cívico y también moral de denunciar los delitos ante la autoridad estatal que tiene el constitucional encargo de perseguirlos.

Ni Martínez Camino ni Rouco Varela han dicho hasta ahora «esta boca es mía». Y mira que hay materia para salir a la calle en manifestación. Incluso *te/a* para pancartas.



# EXTRACTOS/ABSTRACTS

---

## **Corrupción: su persecución y prevención en España**

Carlos Jiménez Villarejo

La corrupción, como forma de abuso de poder —con la complicidad o no de terceros— para garantizar el uso ilícito de fondos públicos, constituye ya una realidad inherente a los sistemas democráticos. Realidad que parte de tres presupuestos básicos: el sistema de partidos, su insaciable necesidad de recursos económicos y un régimen de financiación deficiente, unos cargos públicos electivos en los que confluyen intereses públicos que, en buena parte, procuran hacer compatibles con intereses particulares con el consiguiente perjuicio al interés general y, finalmente, una gestión del urbanismo, de las ciudades, favorecedora de los intereses empresariales más que de los ciudadanos.

The corruption, as a way of abuse of power —with or without the complicity of third people— to guarantee the illicit use of public funds, constitutes already an inherent reality in the democratic systems. Reality that begins with three basic suppositions: the system of parties, its insatiable need of economic resources and a deficient regime of funding, a few public elective charges in which there come together public interests that, mostly, they try to make compatible with particular interests with the consequent damage to the general interest and, finally, a management of the urbanism of the cities that favours more the managerial interests than the citizens' ones.

## **El homicidio del militante comunista Pedro Patiño y la actuación del abogado defensor Jaime Miralles**

Ramón Sáez Valcárcel

Los procesos relacionados con el homicidio de Patiño configuran un caso ejemplar que permite tomar el pulso a una época, conocer el funcionamiento de la maquinaria represiva del aparato judicial franquista y su eficaz complicidad en la persecución sistemática del enemigo político; de esa manera, intentar reconstruir el pasado inmediato atendiendo al destino de todos aquellos que lucharon y se quedaron en las cunetas de la historia.

The processes related to Patiño's homicide form an exemplary case that allows to sound out an epoch, knowing the functioning of the repressive machinery of the judicial pro-Franco apparatus and its effective complicity in the systematic pursuit of the political enemy; in that way, trying to reconstruct the immediate past attending to the destiny of all those that fought and remained in the gutters of the history.

## **Algunas propuestas jurídico-morales**

Ernesto Garzón Valdés

En el presente texto, sobre la base de la ley de seguridad aérea alemana del 11 de enero de 2005 que autorizaba el derribo de aviones secuestrados por terroristas que se dirigiesen a centros urbanos con el propósito de causar la muerte de un número considerable de personas inocentes, se analiza la cuestión de saber hasta qué punto,

en situaciones límite, los números cuentan desde el punto de vista moral. No es fácil dar una respuesta unívoca a esta cuestión ya que, por una parte, ésta siempre latente el peligro de lesionar la dignidad de cada cual y de instrumentalizar a los menos para beneficio de los más. Pero, por otra, no es posible ignorar la relevancia de intuiciones que nos impulsan a elegir el «mal menor» y a intentar estar lo mas cerca posible del límite óptimo de la salvación de todos privilegiando al mayor número.

In the present text, on the base of the German law of air security of January 11, 2005 that authorized to shoot down the planes kidnapped by terrorists who were going to urban centers with the intention of causing the death of an important number of innocent people, there is analyzed the question of knowing until what point, in limit situations, the numbers count from a moral point of view. It is not easy to give a univocal answer to this question since, on one hand, thereís always latent the danger of injuring the dignity of anyone and using the minus for benefit the more. But, on other hand, it isnít possible to ignore the relevancy of intuitions that stimulate us to choose the «minor evil» and trying to be as nearer as possible to the ideal limit of salvation of all, favoring the biggest number.

### **Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda**

Mercedes Pérez Manzano

En este trabajo se reflexiona sobre la conexión del derecho a la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, así como sobre el fundamento y sentido de ambos, rechazándose que la necesidad de evitar la situación de non liquet producida cuando no se llega a un convencimiento pleno en la determinación de los hechos probados constituya fundamento suficiente del deber de absolver en caso de duda.

In this work a reflection is made on the connection of the right to the presumption of innocence and the principle «in dubio pro reo», as well as on the basis and sense of both of them, rejecting that the need of avoiding the situation of «non liquet», produced when it does not get a full conviction in the determination of the proven facts, constitutes enough basis of the duty of absolving in case of doubt.

### **El artículo 11.1 LOPJ y la denominada ètesis de la desvinculación de la antijuridicidad: una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías**

Elena Martínez García

El presente trabajo desentraña, en primer lugar, el sentido y alcance de la doctrina de los frutos del árbol envenenado (art. 11.1 LOPJ), como parte del núcleo esencial del derecho fundamental del proceso justo y garantista (art. 24.2 CE); sobre esta base se analiza el fundamento y grado de compatibilidad constitucional de la denominada «teoría de la desconexión de antijuridicidad» (STC 81/1998, de 2 de abril). El presente juicio de desconexión, en conclusión, sólo nos parece razonable y constitucionalmente justificado en dos supuestos que, por su lado, poseen escasa aplicabilidad práctica en los términos planteados.

The present work uncovers, first, the sense and scope of the doctrine of the fruits of the poisoned tree (art. 11.1 LOPJ), as a part of the essential hard core of the fundamental right to the fair and respectful with the human rights trial (art. 24.2 CE); on this base

there is analyzed the basis and degree of constitutional compatibility of the so called «theory of the disconnection of unlawfulness» (STC 81/1998, of April 2). The present judgment of disconnection only seems in conclusion to be reasonable to us and constitutionally justified in two cases that, on their own, have little practical applicability in those terms.

## **La dificultad de la renovación del CGPJ: posibles alternativas**

M. L. Martínez Alarcón

La credibilidad del Consejo General del Poder Judicial se vio de nuevo mermada como consecuencia de su utilización partidista y la consecuente dilación (absolutamente escandalosa) de su última renovación. El ordenamiento jurídico español permite que las negociaciones para renovar el órgano se puedan dilatar *sine die* y las propuestas efectuadas para solucionar este problema no resultan acertadas. En mi opinión, la reflexión debe incidir en las causas que suscitan el interés de los partidos políticos por ocupar una posición estratégica en el seno del Consejo, especialmente, en la política de nombramientos de los altos cargos judiciales. Si objetivamos y garantizamos la transparencia y motivación del proceso de provisión de estos puestos, reduciremos el interés partidista por patrimonializar el órgano y sus renovaciones resultarán más sencillas. Hasta el momento, las iniciativas adoptadas por el Consejo en este sentido resultan insuficientes.

The credibility of the General Council of the Judicial Power got again reduced as a consequence of its partisan utilization and the consequent delay (absolutely scandalous) of its last renovation. The Spanish legal system allows that the negotiations to renew the organ could expand *sine die* and the proposals made to solve this problem are not profitable. In my opinion, the reflection must affect the reasons that provoke the interest of the political parties to occupy a strategic position inside the Council, specially, in the politics of appointments of the high judicial positions. If we make objective and guarantee the transparency and motivation of the process of appointing of these positions, we will reduce the partisan interest in appropriating the organ and its renovations will turn out to be simpler. Up to the moment, the initiatives adopted as the Council in this respect turn out to be insufficient.

## **La emigración, el derecho y el enemigo**

Livio Pepino

Constituye el artículo un recorrido por la política de inmigración italiana de los últimos años y por el régimen jurídico creado para los extranjeros, que han culminado en la ley 94/2009. Se analiza la trascendencia social de esta norma y también la jurídica, centrándola en el estudio del uso del Derecho penal como derecho penal del enemigo «en este caso, el inmigrante pobre» como instrumento que tiende a sancionar tipos de personas en lugar de conductas lesivas de bienes jurídicos.

The article constitutes a tour across the Italianís immigration policy of last years and over the legal regime created for the foreigners which have culminated in the law 94/2009. There is analyzed the social transcendence of this rule and also the juridical one, centring it on the study of the use of the Criminal law as criminal law of the enemy — in this case, the poor immigrant — as instrument that tends to sanction kinds of people instead of harmful conducts of protected rights.

## **Breve diagnóstico de la jurisdicción penal internacional en su respuesta a la impunidad de los crímenes internacionales**

Ignacio U. González Vega

El presente artículo hace un breve análisis de las posibilidades de enjuiciamiento del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por las diferentes instancias judiciales, tanto nacionales como internacionales. Se presta una particular atención a la jurisdicción de los Estados a través del principio de justicia universal, con un protagonismo cedido por las limitaciones de los tribunales internacionales, poniendo el acento en las últimas reformas legales que tratan de relegarlo a un papel secundario. Se concluye con las perspectivas de futuro que se presentan en el panorama Europeo.

This paper briefly analyses the alternatives for prosecuting genocide, war crimes and crimes against mankind before the different national and international jurisdictions. It pays particular attention to the possibilities of prosecution before the courts of the national jurisdictions on the basis of the principle of universal justice, given the limits imposed on international courts in this issue, and focuses on the recent legal reforms which tend to confer a secondary role to that principle. The paper finally provides an overview of the trends regarding prosecution of international crimes in Europe.

### **La magistratura en Italia (I)**

José Miguel García Moreno

La carrera judicial en Italia se encuadra en el denominado «modelo burocrático», común a otros países de la Europa continental, pero, a diferencia de lo que sucede en algunos de estos países, se caracteriza por englobar bajo el concepto de magistrados a jueces y fiscales, integrantes de un mismo cuerpo funcional, lo que dota a estos últimos de las garantías de independencia e inamovilidad propias de la judicatura. En este trabajo se exponen los aspectos más relevantes de la vigente regulación de la magistratura en Italia, con referencia a algunas cuestiones vinculadas al estatuto profesional de los magistrados italianos (entre ellas, categorías profesionales, relaciones entre judicatura y fiscalía, evaluación del desempeño profesional, criterios para los nombramientos de altos cargos judiciales y responsabilidad de los magistrados), a la vista del contenido de las leyes de reforma del ordenamiento judicial aprobadas en ese país entre 2005 y 2007, que han supuesto una importante —e inacabada por el momento— modificación de la disciplina relativa a esta materia.

The magistracy in Italy adheres to the so-called «bureaucratic model», common to many other countries of continental Europe. However, under the Italian legal system, and unlike other European continental countries, judges and prosecutors are considered to be members of the same professional body in the capacity of magistrates, which means that all legal guarantees regarding independence and tenure of office of the judiciary also apply to prosecutors. This paper presents the most relevant features of the current regulation of the magistracy in Italy, focusing on some aspects of the status of Italian magistrates (including judicial and prosecutorial offices, relationship between judges and prosecutors, evaluation of professional performance, appointment of holders of high judicial and prosecutorial offices and judicial accountability), and taking into account the contents of the legal reform embodied in the acts passed by the Italian Parliament between 2005 and 2007, which have profoundly modified the previous regulations on this matter.



