

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACIÓN Y DEBATE

J. R. de Prada, Los 'Cables de Wikileaks'. **J. Masfarré Coll**, De hipotecas y otros descréditos. **M. Carmena**, Biografía incompleta de Manolo López. **G. P. Lopera Mesa**, Penas y principio de proporcionalidad. **F. A. Cadenas Serrano**, La reforma de la Parte General del Derecho Penal en la LO 5/2010. **A. Rodríguez Álvarez**, La reforma de la prescripción penal. **F. de Mateo Menéndez**, Responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida. **J. Hernández García**, ¿Qué precio puede pagarse por alcanzar la verdad? **J. L. Ramírez Ortiz**, Estatuto del juez y asociaciones judiciales. **P. Prof ti**, Confesión. **M. Aguiluz**, El Poder Judicial en Nicaragua, al servicio de la clase política. **M. Arden**, ¿Es nuestro el Convenio de Derechos Humanos? **I. U. González Vega**, La carrera judicial en Portugal.

En este número: Aguiluz, Marcia, jurista, del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional.
Arden, Mary, juez del Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales).
Cadenas Serrano, Fidel Ángel, yscal de la Sala II del Tribunal Supremo.
Carmena Castrillo, Manuela, magistrada jubilada.
De Mateo Menéndez, Fernando, magistrado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Audiencia Nacional..
De Prada Solaesa, José Ricardo, Sala de lo Penal, Audiencia Nacional.
González Vega, Ignacio U., magistrado, Juzgado de lo Penal nº 20, Madrid.
Hernández García, Javier, presidente, Audiencia Provincial de Tarragona.
Lopera Mesa, Gloria Patricia, Universidad EAFIT, Medellín (Colombia).
Masfarré Coll, Jaume, magistrado, Audiencia Provincial, Girona.
Proyti, Pasquale, yscal en Trento (Italia).
Ramírez Ortiz, José Luis, magistrado, Juzgado de lo Penal Nº 27, Barcelona.
Rodríguez Álvarez, Ana, becaria FPU, Área de Derecho Procesal, Universidad de Santiago de Compostela.

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, José Luis RAMÍREZ ORTIZ, Ramón SÁEZ VALCÁRCEL. 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 <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

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

| | Pág. |
|---|-------------|
| Debate | |
| — <i>Los ‘Cables de Wikileaks’ sobre temas judiciales</i> , José Ricardo de Prada Solaesa. | 3 |
| — <i>De hipotecas y otros descritos</i> , Jaume Masfarré Coll. | 9 |
| — <i>‘Mañana a las once en la Plaza de la Cebada’ (Biografía incompleta de Manolo López)</i> , Manuela Carmena Castrillo. | 20 |
| Estudios | |
| — <i>Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en Derecho Penal</i> , Gloria Patricia Lopera Mesa. | 23 |
| — <i>La reforma de la Parte General del Derecho Penal en la LO 5/2010</i> , Fidel Ángel Cadenas Serrano. | 33 |
| — <i>Las reforma de la prescripción penal. Especial referencia a la interrupción del plazo</i> , Ana Rodríguez Álvarez. | 70 |
| Teoría/práctica de la jurisdicción | |
| — <i>Responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida: nueva jurisprudencia</i> , Fernando de Mateo Menéndez. | 80 |
| — <i>¿Qué precio puede pagarse por alcanzar la verdad? Comentario a la STS, Sala Segunda 513/2010, de 2 de junio de 2010</i> , Javier Hernández García. | 92 |
| Cuestiones de ordenamiento judicial | |
| — <i>Estatuto del juez y asociaciones judiciales</i> , José Luis Ramírez Ortiz. | 104 |
| Internacional | |
| — <i>Confesión</i> , Pasquale Proyti. | 117 |
| — <i>El Poder Judicial en Nicaragua: un poder al servicio de la clase política</i> , Marcia Aguiluz. | 119 |
| — <i>¿Es nuestro el Convenio de Derechos Humanos?</i> Mary Arden. | 126 |
| — <i>La carrera judicial en Portugal</i> , Ignacio U. González Vega. | 136 |
| Apuntes | |
| — <i>Menos mal que, por fin, alguien se ocupa ‘en serio’ de la justicia</i> | 154 |
| — <i>De ‘sultano’ a ‘sultano’</i> | 154 |
| — <i>Consejero Granados: ‘rigor conceptual’ pero falta de coherencia</i> | 155 |
| — <i>¿‘Pro’ qué clase de ‘vida’ y de quién?</i> | 156 |
| Zona libre de derecho | |
| — <i>En la Audiencia</i> , de Joan Margarit. | 157 |
| Extractos/abstracts | 158 |



EN BANESTO TÚ ELIGES CÓMO LLEVARTE UN iPad 3G. SÍ, SÍ. UN iPad 3G.




iPad (Wi-fi + 3G 16GB)

PORQUE EN BANESTO CONECTAMOS CONTIGO.

CONSEGUIR ESTE iPad ES MUY FÁCIL

Domicilia tu nómina junto a tres recibos y contrata dos tarjetas, o contrata un préstamo, un depósito, un fondo o un plan de pensiones. Y también, si lo prefieres, canjéalo por puntos Banesto Fidelidad. **Consulta resto de condiciones de la campaña en la oficina.**

 Infórmate de la aplicación de Banesto para iPad en www.banesto.es

Banesto
ESPÍRITU GANADOR

www.banesto.es

902 30 70 30

Oferta válida desde el 25 de octubre 2010 hasta el 31 de marzo 2011 o hasta fin de existencias (10.000 unidades). Apple no participa ni es sponsor de esta promoción.



PATROCINADOR OFICIAL DE LA SELECCIÓN ESPAÑOLA DE FÚTBOL

PATROCINADOR DE RAFA NADAL



Los ‘Cables de Wikileaks’ sobre temas judiciales.

José Ricardo DE PRADA SOLAESA

Las filtraciones sobre temas judiciales. Alguno de los aspectos que ha sacado a la luz la publicación en España de los cables de Wikileaks ha sido la agresividad de la política exterior norteamericana en relación con determinados procesos judiciales en los que, o bien estaban implicados ciudadanos norteamericanos, o se referían a asuntos sobre los que dichas autoridades tendrían, por diversas razones, particular interés. También, ante las presiones ejercidas, la receptividad y, en muchos casos, aparente complacencia de las autoridades españolas de diversas clases y niveles, lo mismo del poder ejecutivo, como también de la Fiscalía, e incluso miembros relevantes del poder judicial, en cuyo conocimiento, por razones estrictamente profesionales, derivadas de su función, se encontraban algunos de los casos.

Sorprende ante estas situaciones la falta de una verdadera respuesta, con contundencia proporcional, lo mismo desde las instituciones, que de la sociedad civil, o la opinión pública¹. Ni tan siquiera se ha producido desde los medios jurídicos o de defensa de los derechos humanos. Da la impresión de aceptación, sino expresa, tácita. De que a nadie, a estas alturas, le importan estas situaciones, o que todo el mundo está curado de espanto. Podría servir de explicación, que es sentir general, que los cables, en el fondo, no desvelan nada nuevo. Se limitan a confirmar lo que todo el mundo sabe o sospecha. Ninguna investigación, parlamentaria, desde el Consejo General del Poder Judicial, o desde otro órgano constitucional se ha anunciado. Únicamente ha parecido preocupar a los sujetos concernidos, quienes pública, o privadamente, o en sus círculos profesionales, han hecho oír sus quejas sobre el tratamiento dado a los cables por los medios de comunicación.

Los «Cables de Wikileaks». La mayoría de los cables han sido publicados en España por el diario El País, a partir del 28 de noviembre de 2010, en apoyo de las noticias periodísticas publicadas y son una pequeña parte (1,5%) de los 251.287 documentos internos del departamento de estado norteamericano, que contienen información sensible, referida a memorias de reuniones mantenidas con autoridades nacionales, análisis de situaciones, propuestas o esbozos de estrategias, anuncio de acciones, valoraciones y opiniones. Inicialmente solo a cinco periódicos en el mundo —«The Guardian», «The New York Times», «Le Monde», «Der Spiegel» y «El País»—, han dispuesto de una copia digital de los cables, siendo ellos los que han elegido los temas, secuencias y fechas de publicación.

En un segundo momento se ha dado entrada a otros diarios. En España, el diario de distribución gratuita «20 minutos»², en cuya página web se han publicado varios interesantes mensajes referidos a procedimientos penales sobre terrorismo de corte

¹ Vicente, Lydia/Moreno, Alicia: «Derechos humanos e independencia judicial». Diario «El País». La cuarta página. 01/02/2011.

² Su acceso al cablegate le ha sido facilitado por el periódico noruego Aftenposten (ambos pertenecientes al grupo multimedia Schibsted).

jiihadistas, como también al tema Ruanda, en los que se pone de manifiesto el interés de las autoridades norteamericanas por la evolución de la causa abierta en el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de la justicia española, su desacuerdo, las gestiones realizadas a distintos niveles y la definitiva renuncia a efectuar ninguna acción respecto del caso, para evitar interferencias negativas en relación con la extradición de Al Kassar.

Los cables judiciales. Existe un estimable número de comunicaciones que tratan sobre las presiones diplomáticas, reuniones y contactos publicados. Se refieren a varios asuntos que se siguen o se ha seguido ante la Audiencia Nacional, lo mismo en causas abiertas en el ejercicio de la jurisdicción universal, como de ciudadanos residentes en España, cuya extradición a Estados Unidos era querida toda costa —M. Al Kassar—, como de terrorismo de corte jiidistas. Son los Casos Couso, Casos Guantánamo, Caso Vuelos de la CIA, Caso Ruanda, extradición de Al Kassar, etcétera. Los cables referidos a los Casos Couso y Guantánamo son, sin duda, los más signiicativos y merecen un tratamiento particularizado.

Los «Cables de Wikileaks» en el Caso Couso. Se refieren a la investigación judicial que se lleva a cabo en el Juzgado Central de Instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional, por parte del juez Santiago Pedraz, por presunto crimen de guerra en la muerte del cámara de TV José Couso, producida en Bagdad el 8 de abril de 2003, al ser alcanzado por disparos de un tanque estadounidense contra el Hotel Palestina, donde se encontraban concentrados los periodistas que pretendían informar libremente sobre la toma de la ciudad por tropas norteamericanas.

En los diversos cables publicados en la página web de «El País»³, se evidencia que conseguir el archivo del caso Couso ha sido uno de los objetivos prioritarios de la Embajada de Estados Unidos en Madrid durante los últimos siete años. Para ello, sus funcionarios no pararon en mientes para presionar directamente sobre altos cargos del gobierno: la anterior vicepresidenta del Gobierno María Teresa Fernández de la Vega⁴; ministros de Justicia y Asuntos Exteriores, Juan Fernando López Aguilar y Miguel Ángel Moratinos⁵, y el secretario de Estado de Justicia, Julio Pérez Hernández⁶. Pero también, manteniendo contactos periódicos sobre el caso con el Fiscal General del Estado, Cándido Conde-Pumpido, el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Javier Zaragoza⁷, lo mismo que con el Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, órgano que conocía jurisdiccionalmente del asunto.

La sintonía y apoyo del Ejecutivo español a las pretensiones norteamericanas, a tenor de los cables, aparentaba ser total: «Los ministros españoles están trabajando para que no prosperen las órdenes de detención internacional»⁸. Y, no se limitaban a mostrar un testimonial punto de vista favorable a las pretensiones norteamericanas, sino que colaboraron con ellas, con actos no especiicados, en el ámbito del procedimiento penal, a través de iyscalía, promoviendo recursos contra las resoluciones judiciales: «El Gobierno de España ha estado ayudando entre bastidores a que la iyscalía apelara las decisiones del juez (relativas al caso Couso). El asunto se encuentra en la Audiencia Nacional para resolver sobre el recurso. Queremos continuar vigilantes y cooperativos con el Gobierno de España hasta que el caso sea cerrado»⁹.

Según los cables, el Fiscal General del Estado (FGE), Cándido Conde-Pumpido mantuvo varias reuniones con el Embajador norteamericano sobre el caso

³ Publicados a partir del 30 de noviembre pasado, como soporte al artículo periodístico de Mónica Cebeiro, sobre el Caso Couso.

⁴ Cable ID:107903 Date:2007-05-11

⁵ Cable ID:43323; Date:2005-10-21

⁶ Cable ID:106159 Date:2007-04-27; ID:107903 Date:2007-05-11

⁷ Cable ID:93036; Date:2007-01-18

⁸ Cable ID:43323; Date:2005-10-21. Se trata de un cable conyidencial yrmado por el entonces embajador Eduardo Aguirre.

⁹ Cable ID 109781, de 25.05.2007, escrito por el Embajador norteamericano dirigido a la secretaria de Estado, Condoleezza Rice, días antes de su visita oycial a Madrid el 1 de junio de 2007.

Cable ID:43323 Date:2005-10-21

(25.01.2007, 18.07.2007)¹⁰. En ellas, el FGE manifestó reiteradamente su compromiso con las autoridades norteamericanas para acabar con el caso¹¹. Entre otros puntos, le indicó que «aunque el Gobierno español no pudiera hacer nada para controlar lo que hicieran los jueces, los j̄scales de la Audiencia Nacional continuarán oponiéndose a las órdenes de detención de los tres militares así como a los intentos de embargar bienes norteamericanos conectados con el proceso». Recomendó al Embajador que contestaran, aunque fuera de forma «superficial», a la petición de información remitida por fax por el juez Pedraz a la asesora jurídica de la Embajada Ángeles Sebastián, para minar el argumento del juez Pedraz de que EE UU no estaba colaborando. También expresó su convencimiento de que España no tenía jurisdicción sobre el asunto y que «no iba a llegar a ninguna parte», aunque estaba convencido de que el magistrado continuaría enviando requerimientos a EE UU y buscando cobertura mediática a sus acciones. Tranquilizó también al Embajador confirmando que cualquier petición de extradición de los tres militares tendría que ser aprobada por el Gobierno español.

Funcionarios diplomáticos de la sección política, legal y consular también se reunieron (18 de enero de 2007), con el j̄scal jefe de la Audiencia Nacional, Javier Zaragoza, para «sensibilizarlo sobre la preocupación de EE UU por este proceso», hacerle ver las implicaciones políticas y obtener sus puntos de vista y asesoramiento sobre el caso¹².

En otras ocasiones, la iniciativa de comunicación partió del propio j̄scal jefe, llamando a la embajada (14 de mayo de 2007) para dar cuenta de la presentación, días antes, por parte de la j̄scalía, de un recurso contra el auto de procesamiento¹³.

También, cuando el 13 de mayo de 2008, la Sección Segunda de la Sala de lo Penal Audiencia Nacional revocó el procesamiento de los militares norteamericanos, el j̄scal Javier Zaragoza, y el magistrado, Presidente de la Sala de lo Penal, Javier Gómez Bermúdez llamaron inmediatamente a la embajada para comunicar la buena noticia¹⁴. Al día siguiente, el segundo de la embajada volvió a hablar con el magistrado Gómez, siendo informado por éste sobre las repercusiones inmediatas de la resolución de cara al levantamiento de las ordenes de detención, y también de la gran ventaja que representaba para los intereses norteamericanos que la resolución fuera de sobreseimiento provisional en vez de libre, ya que de esta manera la resolución no sería susceptible de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Los «Cables de Wikileaks» en el Caso Guantánamo. Se refieren a la investigación, ejerciendo jurisdicción universal, que se inició en la Audiencia Nacional sobre los crímenes de guerra y las torturas infligidas a los detenidos en aquella prisión, varias de cuyas víctimas ostentaban la nacionalidad española, y en la que resultaban querrelados seis de los asesores jurídicos principales del Gobierno de George W. Bush que habían diseñado la arquitectura legal que sustentaba la prisión y los tratos dispensados a Guantánamo. Igualmente, en este caso, la Embajada de Estados Unidos se empleó a fondo en los primeros meses de 2009 para frenar las actuaciones judiciales tras la querrela presentada.

En el cable fechado 1 de abril de 2009¹⁵ se da cuenta de la visita por parte de funcionarios de la embajada estadounidenses (el consejero político y la asesora jurídica de la embajada), al j̄scal jefe de la Audiencia Nacional, para tratar sobre este tema. En la conversación mantenida les explica, que él, personalmente, decidiría si se abría causa criminal, que la querrela estaba bien documentada y que con probabilidad no tendría más remedio que abrir el caso (las pruebas estaban encima de

¹⁰ Cable ID:94177 Date:2007-01-26

¹¹ Cable ID:115995 Date:2007-07-19 Cable en el que la embajada dice que Conde-Pumpido «hace lo que puede» para archivar el caso a pesar de la presión de la familia, los grupos de izquierdas y la prensa.

¹² Cable ID:93036 Date:2007-01-18

¹³ Cable ID:108128 Date:2007-05-14

¹⁴ Cable ID:153919 Date:2008-05-14

¹⁵ Cable ID:200177 Date:2009-04-01

la mesa de su despacho en cuatro carpetas rojas de un pie de altura). También les dijo que no tenía ninguna prisa en ocuparse del asunto y que Garzón tenía el derecho a ser el primero en pronunciarse, pero que informaría que le fuera asignado al juez Ismael Moreno, ya que tenía relación con los «vuelos de la Cia», y si Garzón no aceptaba, recurrirían.

También les informó que España no podría mantener la jurisdicción en el caso de que el Gobierno de EE UU abriera su propia investigación, que era lo que había ocurrido en el caso de una querrela contra oïciales israelíes acusados por crímenes de guerra cometidos en Gaza, y que ésta era la vía que él preferiría.

En cable fechado 17 de abril 2009¹⁶, se dice que, el 14 anterior, fue el propio yscal jefe de la Audiencia Nacional, quien llamó a la asesora jurídica de la embajada para informarle «que ha estudiado mejor el caso, que la querrela va dirigida contra asesores legales pero no contra autoridades ejecutivas y que por ello era difícil establecer qué tipo de delito habrían cometido los oïciales de EE UU. A la querrela le faltan detalles y va más dirigida contra la política del Gobierno de EE UU que contra nadie en concreto». Informa que va a hablar con el Fiscal General del Estado, sobre si España tiene jurisdicción sobre el caso «y que espera que el Fiscal General redacte unas normas claras sobre la forma en que deben ser tramitadas las querellas sobre jurisdicción universal».

En ese mismo cable se hace constar que el 15 de abril, el senador republicano Mel Martínez, y el encargado de negocios de la embajada, se reunieron con el Secretario de Estado de Asuntos Exteriores, al que comunican que el procedimiento penal «no sería entendido o aceptado en EE UU y tendría un enorme impacto en las relaciones bilaterales». El Secretario de Estado le contestó que reconocía los inconvenientes del ejercicio de la jurisdicción universal, pero que la independencia judicial y el proceso debían ser respetados. Que el gobierno utilizaría todas las herramientas legales y que, aunque no tenían mucho margen, comunicarían al FGE que la posición oïcial del Gobierno español era de desacuerdo con la Audiencia Nacional.

Al día siguiente, el 16 de abril, el FGE, en un acto público, manifiesta que la yscalía indudablemente no apoya la querrela y, respondiendo a una pregunta, la caliïca de «fraudulenta», que no respondía mas que un planteamiento político para atacar la política del gobierno norteamericano, y que, aunque de yende la jurisdicción universal en casos relativos a la defensa de derechos humanos, no puede ser utilizada como juguete o instrumento para investigar las decisiones de otros gobiernos. Si existe evidencia de la existencia de actividad criminal en agentes del gobierno de EEUU, entonces el caso debe verse allí.

Según el análisis de la situación que hace la embajada, aun no siendo vinculante para la Audiencia Nacional, la posición pública de Conde de Pumpido ponía más presión sobre Garzón para que no abra la investigación.

En cable fechado 5 de mayo de 2009¹⁷, la embajada norteamericana reÿere que el juez Garzón había sucumbido a los argumentos de la yscalía y que el caso había sido asignado al juez Eloy Velasco. Habían sabido en esa misma fecha que el juez Velasco había declinado continuar el procedimiento, preguntando primero a las autoridades norteamericanas si existía algún proceso sobre los hechos en EEUU. El juez Velasco les había ofrecido enviarles el procedimiento dentro del tratado bilateral de cooperación judicial.

El 29 de abril, el juez Garzón abre otro procedimiento diferente sobre el tema. Funcionarios de la asesoría legal de la embajada se reúnen el 4 de mayo con el yscal Javier Zaragoza para discutir sobre este nuevo procedimiento. El yscal les informa que se había enfrentado con el juez y que le había preguntado: «si está tratando de aumentar el caché de sus conferencias», a lo que Garzón le contestó, que lo estaba

¹⁶ Cable ID:202776 Date:2009-04-17

¹⁷ Cable ID:205579 Date:2009-05-05

haciendo sólo por la imagen¹⁸ y que después lo dejaría morir. En su opinión, una vez que Garzón hubiera conseguido el titular, abandonaría inmediatamente el asunto. En caso de que no lo haga, «Zaragoza tiene una estrategia para retorcerle el brazo». Esta estrategia que se comentaba en el cable se referiría a que, cuando en 2004 Garzón investigó casos de terrorismo vinculados a presos de Guantánamo, ordenó a la policía que visitara la prisión para recoger pruebas, y que avergonzaría a Garzón, sugiriendo que éste no desaprobó entonces la forma de EE UU de tratar a los prisioneros, y que no hizo nada cuando algunos de éstos volvieron a España y le contaron los malos tratos que habían sufrido. Si Garzón no aceptaba dejar el caso, se lo pediría formalmente, y si ignora esta petición, apelaría.

También se explica en el cable, que el fiscal cuenta también con que Garzón está en serios problemas por su excesivo celo en la causa abierta por la memoria histórica, lo que ha provocado un proceso penal contra él en el Tribunal Supremo por abuso de autoridad. Esta causa contra Garzón, según el cable, tenía el apoyo de la Fiscalía. Dudaba que Garzón se arriesgara a una segunda querrela. En el cable igualmente se deja constancia de que Zaragoza insiste en aconsejar a EE UU que abran una investigación allí, para que el caso decaiga en España.

La embajada en el cable valora la situación e informa que en su opinión luchar contra Garzón no es fácil y no son optimistas. En contraposición se refieren al Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, estimando que Zaragoza actúa de buena fe con ellos el caso, y está jugando un papel constructivo...

Valoración del contenido de los cables. Resulta difícil hacer una valoración plenamente objetiva sobre el contenido de los cables filtrados. Dan lugar a posiciones muy encontradas. Desde considerarlos «meros chismorreos», y cuestionar lo que hay de cierto en su contenido, dado que provienen de comunicaciones de autoridades diplomáticas con sus jefes, mas interesados en transmitir a sus superiores las bondades y eficacia de su gestión, que en contar fielmente la realidad; a aquellos otros que pretenden que los cables tengan un valor absoluto, con máximo valor probatorio, plenamente demostrativos del estado de degradación del medio político e institucional, plagado de escandalosos episodios de corrupción y de obscena connivencia entre personajes, poderes e instituciones, sin que la justicia quede al margen.

Estimamos conveniente partir de las limitaciones intrínsecas de los cables, tanto por su naturaleza, significado y contexto en el que se producen, pero también reconocer que objetivan situaciones, de las que es legítimo extraer conclusiones.

Con carácter general, puede decirse que los cables se refieren a muy distintos temas y países y, ante todo, revelan una determinada manera de enfocar la política exterior por parte de EEUU, respecto de la que, las autoridades locales tendrían unas posibilidades de resistencia limitada, a no ser con graves consecuencias en sus relaciones bilaterales, corriendo por cuenta de éstas poner los medios necesarios en su orden interno para satisfacer los intereses de la primera potencia.

Desde un punto de vista mas concreto, los cables refieren un sinnúmero de contactos, presiones y reuniones periódicas presumiblemente mantenidas por altos funcionarios del gobierno, miembros del ministerio fiscal e incluso del poder judicial, con funcionarios de la embajada norteamericana, el embajador, el segundo de la embajada y a otros funcionarios del departamento legal, en las que se trataron asuntos judiciales concretos, se dio puntual información sobre los mismos, en algunos casos información que no era pública y que debería haber quedado reservada a las estrictas partes procesales, se asesoró y dieron consejos, e incluso se elaboraron estrategias para afrontar, desde la perspectiva de los intereses del Estado norteamericano, los procedimientos en los que ni era parte ni ninguna posición que legitimase su intervención, llegando a formar una especie frente común para combatir

¹⁸ «for the record»

a varios jueces de instrucción, e incluso planear la forma de presionar y apartar del procedimiento a uno de ellos.

Sin perjuicio de las precauciones y reservas que se deban adoptar a la hora de abordar este tema, la valoración crítica que merecen las situaciones que acabamos de describir no puede ser mas desalentadora. Cuando menos introducen un fuertísimo grado de desconñanza en el quehacer de nuestras autoridades y de su capacidad de gestionar este tipo de situaciones. Su permeabilidad objetiva y apariencia, mas incluso que de claudicación, de adhesión incondicional o colaboracionismo voluntario, es francamente demoledora. Desde luego, muchísimo peor, en cuanto suponen un importante salto cualitativo, cuando el juicio crítico se extiende a actores institucionales en el ámbito de la justicia, con directa relación con los procesos penales en curso. La crítica traspasa el plano de lo meramente ético o deontológico, y se proyecta en forma de franca crisis de credibilidad sobre el papel constitucional jugado por las instituciones involucradas, lo mismo que la independencia e imparcialidad de los jueces, que según los cables, se prestaron a los contactos o trataron sobre temas concretos.

No es ocioso añadir, que el judicial es un poder particularmente indefenso frente a cierta clase de presiones, en particular las realizadas, entre bastidores, desde otros poderes políticos o fácticos. Corresponde especialmente a los actores institucionales en los procesos judiciales poner todos los medios para que estos intentos de presiones, que aunque puedan formar parte del estado de las cosas o de la «normalidad» en las relaciones diplomáticas desiguales, no puedan lograr su propósito. Les sería por ello exigible un cuidado especial en evitar situaciones como las descritas, en las que puedan, ya en el plano objetivo, quedar comprometida, aunque sea en el plano de las apariencias, la independencia e imparcialidad de los operadores de la justicia. Cuidado, precaución y prudencia que, por lo que aparece en los cables, está muy lejos de haberse tenido, ya que son varias las ocasiones relatadas en las que han sido los funcionarios españoles los que se dirigieron a la embajada aportando información que estimaban útil para ella.

Los cables, con sus limitaciones, tienen la virtud de haber aportado, aunque sea abruptamente, transparencia y han de servir, cuando menos, de advertencia para todos aquellos que pretendiendo ampararse en la opacidad que se considera consustancial con determinados ámbitos de la política o de cierto nivel de las relaciones interinstitucionales, no saben o preñeren no oponer, ante ciertas situaciones comprometidas, los límites, éticos o jurídicos que conlleva su posición institucional, y no tienen inconvenientes en ser permeables, receptivos, condescendiente e incluso colaborativos ante las presiones, por muy razonables que pudieran pensar que son sus posiciones. Hacerlo, signiñca perder definitivamente pie y, además de otras muchas cosas, traicionar gravemente la conñanza que los ciudadanos españoles tenemos depositada en las personas que dirigen nuestras instituciones.

De hipotecas y otros descréditos

Jaime MASFARRÉ COLL

CONTEXTO POLÍTICO

Poco tiempo, apenas unos meses, tuvo que transcurrir para olvidar el origen de la crisis económica que nos golpea, así como para orillar la voluntad expresada por muchos dirigentes de países occidentales de poner coto a la desregulación de los mercados financieros. Se trataba, entonces, de salvar a las entidades financieras de los graves problemas creados por una actuación que no miró más allá de su cuenta de beneficios. La economía era —sigue siendo— un gran juego de *monopoly* donde grandes fondos de inversión controlados por entidades financieras o fuertes inversores privados buscan, en el tablero de un mundo globalizado, la obtención de ganancias. Los países quedan al albur de una especulación que no atiende a la economía productiva y que se mira en el espejo del capital, del beneficio inmediato de quienes han colocado su dinero en esos fondos que otros administran y que ignora las consecuencias que ese actuar conlleva para millones de personas que, en la mayoría de los casos, ni saben ni participan de él.

Hay fondos controlados por una sola entidad que son mayores que el PIB de algunos países. Su movimiento de compras y ventas no sólo incide en las empresas que cotizan en bolsa, sino que puede afectar a la economía de todo un país o región. Pero los países, por lo menos a fecha de hoy, lejos de buscar un consenso internacional para solventar el problema (establecimiento de la denominada Tasa Tobin —que sí opera ya a nivel regional para el Banco del Sur creado por siete países latinoamericanos— que gravaría el importe de estas transacciones, limitación del monto de los movimientos de capital, regulación de las operaciones especulativas a corto plazo, mayor intervención del Banco Central Europeo, etc.) se pliegan a los deseos de los «mercados financieros» y deciden ponerse como principal objetivo limitar el déficit, aun a costa de que el recorte en gasto público conlleve un incremento del nivel de paro y una menor inversión en prestaciones públicas (y España ya está, desde antiguo, a la cola de Europa en lo que se refiere al gasto social por habitante).

Por otro lado, se busca incrementar los ingresos de las arcas públicas con medidas que no atienden a una fiscalidad justa y progresiva. Se suben los impuestos indirectos como el IVA que afecta por igual a ricos y pobres, se elimina el impuesto de patrimonio y, con excepciones, el de sucesiones, se recorta el sueldo de funcionarios y empleados públicos, mientras las SICAV tienen, por el contrario, un tratamiento fiscal inmejorable y quienes disponen de grandes ingresos anuales apenas ven incrementado el tipo impositivo que se les aplica en la declaración de renta. Se endurecen a su vez las reformas laborales y las de las pensiones mientras los paraísos fiscales siguen ahí, favoreciendo el fraude fiscal y la ocultación de dinero que tiene, buena parte de las veces, un origen delictivo.

La política seguida con las entidades financieras de muchos países ha sido la de privatizar sus beneficios y socializar sus deudas, con olvido por parte de los bancos, durante un tiempo, de la maldad intrínseca que predicaban de la injerencia del Estado en el ámbito privado. Un paréntesis en el neoliberalismo imperante por necesidades propias que, eso sí, no ha llevado a ninguna Administración Pública a sentarse en los consejos de administración de aquellas entidades financieras que hayan tenido que ser salvadas con el dinero de todos los contribuyentes.

El dinero, crédito o aval prestado por los gobiernos ha agotado en algunos casos sus arcas (véase el caso de Irlanda) y su encomiable predisposición hacia las entidades

financieras ha olvidado luego a quienes, fruto de la crisis, no pueden hacer frente a sus préstamos hipotecarios. Los países quedan a merced de «los mercados» que, con actuaciones concertadas, pueden agravar su situación económica y establecer, acto seguido, condiciones de crédito con intereses muy gravosos.

Si el Banco Central Europeo decide comprar deuda pública para evitar esa actuación de los especuladores, se da la paradoja que lo hace prestando dinero a los bancos a un interés bajo para que luego estos adquieran esa deuda pública a un interés mayor. De este modo, los bancos, que han propiciado la crisis financiera, vienen luego a lucrarse con su propio rescate.

En definitiva, la desigualdad económica crece en Europa con igual fuerza con la que se recortan derechos sociales.

‘TERCER FÒRUM HIPOTECARI DE CATALUNYA’

Este contexto es el que enmarca la situación de muchas familias que, fruto de la crisis, no pueden seguir haciendo frente a las cuotas de sus préstamos hipotecarios. A ellas no han llegado las ayudas públicas de las que han dispuesto las entidades financieras.

La agravante, en España, uno de los países con mayor paro de Europa, es que, a diferencia de otros países de su entorno, si el bien hipotecado no cubre la deuda el banco puede ir contra cualesquiera otros bienes del deudor para hacerla efectiva. En España, pues, no se hipotecan las casas, sino las personas.

El número de afectados por esta situación se ha ido incrementando de forma alarmante. Entre 2007 y 2010 las ejecuciones hipotecarias, según fuentes del Consejo General del Poder Judicial, se han incrementado en un 311%. Desde el 1 de enero de 2008 hasta el mes de febrero 2010 se iniciaron algo más de 200.000 procedimientos de ejecución hipotecaria. La consecuencia es la pérdida de su hogar para muchísimas familias que, ya ha quedado dicho, pueden pese a ello mantener pendiente parte de la deuda.

Fruto de esta dramática situación ADICAE (asociación de usuarios de bancos, cajas y aseguradoras) hace, en el año 2008, una propuesta apoyada por el Instituto Nacional de Consumo para aglutinar a asociaciones, entidades y colectivos en torno al tema de la vivienda, con el fin de analizar la situación creada y proponer soluciones que miran de mitigar o evitar la dramática situación de muchas familias que, cada vez también en mayor número, caen en una situación de exclusión social y han de vivir de las ayudas de instituciones de auxilio social. En el mes de octubre de 2010, se celebra así el «tercer fórum hipotecari de Catalunya» en el que diferentes asociaciones y sindicatos tratan del tema. Fruto de ello se redacta un documento marco con medidas para luchar contra el sobreendeudamiento familiar y por una solución de la «condena hipotecaria». Este documento (que se puede encontrar en el link <http://www.confavc.org/images/stories/confavc/noticias/hipotecats/doctercerforumhipotecari.pdf>) contiene una exposición clara sobre el estado de la cuestión, la legislación de otros países del entorno (que da salidas al consumidor que no proporciona nuestra legislación) y propuestas de actuación.

En él se recoge cómo en Francia la Ley impone condiciones de negociación entre entidades bancarias y particulares, así como la posible condonación judicial de parte de la deuda de las personas físicas mediante la liquidación del patrimonio hipotecado. En Bélgica, se prevé una mediación y, de no existir acuerdo, la posibilidad de que el juez decida los cambios en las condiciones de pago. En Inglaterra, se regula la dación de la vivienda en pago de la deuda. En Alemania y Portugal se contempla un proceso de negociación que puede conducir a la condonación parcial de la deuda cuando se trate de deudores de buena fe.

En este documento se proponen modificaciones legislativas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Hipotecaria con una doble finalidad. Por un lado, establecer que,

en supuestos de ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar, cuando el impago no pueda atribuirse a un comportamiento de mala fe del deudor la dación en pago del bien al acreedor sirva para cubrir la totalidad de la deuda contraída con la entidad financiera. Por otro lado, que en el supuesto apuntado, el deudor, debidamente asesorado por un representante de una asociación de consumidores, pueda también paralizar el proceso antes de subasta para buscar un acuerdo con el acreedor y, si no se consigue, el juez pueda modificar plazos, intereses, etc. a la vista de las circunstancias concurrentes.

Insta igualmente a una modificación en el tema del reconocimiento del beneficio de justicia gratuita (para tener en cuenta, en orden a su concesión, qué parte de los ingresos del solicitante se destina, precisamente, al pago del crédito hipotecario) y de la ley de represión de la usura. En el ámbito institucional sugiere, entre otras, actuaciones tendentes a lograr que las Administraciones Públicas (así, por ejemplo, mediante el ejercicio de derechos de tanteo y retracto) puedan adquirir la titularidad de inmuebles subastados para constituir un parque público de viviendas de alquiler.

Finalmente, recuerda la necesidad de que, desde tales Administraciones, se promueva la educación financiera y se cree una red de asesoramiento presupuestario.

Todas las medidas que se desgranán en el documento son lógicas y justas y merecen el máximo apoyo para conseguir su plasmación en una regulación legal distinta a la existente.

Podría, tal vez, añadirse una previsión más, que sería la de que el bien subastado se adjudicase siempre por un valor próximo al de tasación. Permitir que el remate se apruebe por el 50% de su valor (o por el importe de la deuda aunque esté lejos de ese valor de tasación) constituye un auténtico expolio legal que se perpetra, normalmente, con familias que están sufriendo la crisis económica. No deja de ser un gran contrasentido que junto a esta normativa de ejecución hipotecaria nuestras leyes recojan, en el RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios, que son cláusulas abusivas, y por tanto, nulas, aquellas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones (artículo 185.6). Esto, cualquiera que sea el *nomen iuris* que quiera darse a esta situación, es lo que acontece en tales supuestos de ejecución hipotecaria.

La propuesta de la dación en pago de la vivienda hipotecada para liquidar la totalidad de la deuda es una medida que podría llegar a adoptarse en España por varias razones. En primer lugar, porque ya se aplica en otros países europeos. En segundo lugar, porque la posible exclusión social que se deriva para muchas familias de la pérdida de su vivienda y de la sujeción del resto de sus bienes al pago de la deuda que reste pendiente comporta un posterior gasto público relacionado con su atención social mínima. En tercer lugar porque, como se dirá a continuación, ya ha sido propuesta por diferentes partidos políticos. En último lugar ya que desgraciadamente es un factor de poco o nulo peso en muchas de las decisiones que se adoptan, por ser una medida justa y justificada.

La propuesta, incluida dentro de los programas de partidos de izquierda (Izquierda Unida, Des de Baix, entre otros), y formulada formalmente por Izquierda Unida en el Congreso en fecha 5 de noviembre 2010 ha encontrado después un apoyo en otros partidos (CiU la formuló en igual sede el día 1 de diciembre de 2010, si bien actualmente ha matizado mucho su postura) a los que no se sumó el PSOE que entendió que el «stock» de viviendas del que ya disponen las entidades financieras desaconseja su adopción. En el momento de cerrar este artículo —febrero de 2011— no se ha conseguido su aprobación.

Ciertamente, abogar por esta y otras medidas como las propuestas por el Foro es mirar de parchear un problema que exigiría, sencillamente, un enfoque muy distinto de las políticas económicas y sociales que PSOE y PP realizan bajo los dictados de las tesis neoliberales imperantes. Pero esto ya sería objeto de otro debate político e ideológico que queda fuera del ámbito de este artículo.

Finalmente, debe recordarse que, en un ámbito distinto (el de venta a plazos de bienes muebles) nos encontramos con una norma que atiende a las circunstancias personales del deudor. Su contenido se nos hace tan extraño, precisamente, por la excepcionalidad de una previsión que debería establecerse con carácter general para otro tipo de deudas. El precepto citado es el del artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, y dice así: «Los Jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo en el precio por los nuevos aplazamientos de pago.

Igualmente, tendrán facultades moderadoras de las cláusulas penales pactadas para el caso de pago anticipado o incumplimiento por parte del comprador.»

Decir, finalmente, que Jueces para la Democracia ha mostrado su preocupación por el tema que ahora es tratado y ha concretado sus peticiones al poder legislativo y al Gobierno en reformas que comprendan:

1. Una regulación del sobreendeudamiento familiar que incluya las deudas por la adquisición de la vivienda.
2. Contemplar la dación en pago o la liquidación de la deuda mediante la entrega del inmueble que se constituyó como garantía, máxime cuando se trata de viviendas familiares que han sido valoradas por las entidades acreedoras.
3. Modificar el proceso de ejecución impidiendo que pueda adjudicarse en subasta el inmueble muy por debajo de su valor tasado. En último término, la adjudicación debería producirse a favor del acreedor por el valor de la deuda.
4. Legitimar al juez de la ejecución para que modere o suspenda el devengo de intereses moratorios durante el plazo de regularización de los pagos periódicos.

AUTOS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA Y OTRAS RESOLUCIONES DE INTERÉS

En este inicio de año, está teniendo una gran repercusión mediática el Auto de fecha 17/12/2010 dictado por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra. En dicha resolución se establece que el banco, que ha hecho suya en subasta la finca hipotecada, tiene por satisfecho su crédito porque el valor de la finca (según valoración contenida en la propia escritura de préstamo con garantía hipotecaria) «no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada». Se arguye, en definitiva, que existe un acto propio de la entidad financiera (precio en que tasan la finca en la escritura de préstamo hipotecario) que conlleva, cuando el inmueble ingresa en su patrimonio, que su valor venga dado por aquél que ella estableció de consuno con la prestataria. Es ese valor el que deberá tomarse como referencia para compensar o extinguir en su caso el importe del crédito que ostente el banco y no el precio por el que se haya adjudicado el remate.

La resolución citada ya ha sido «contestada» por otra resolución de la sección tercera de esa misma Audiencia que resuelve en un sentido totalmente opuesto al apuntado. En concreto, el Auto de fecha 28/1/2011 viene a establecer que en el proceso de ejecución hipotecaria rige, como consecuencia de la responsabilidad personal prevista en el artículo 1911 del Código Civil, lo dispuesto en el artículo 579 LEC, que establece que si subastados los bienes hipotecados o pignorados el producto es insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución habrá de proseguir de acuerdo con las normas ordinarias aplicables a cualquier ejecución. Sostiene esta resolución, con cita y extracto de sentencias del Tribunal Supremo, que no puede considerarse que exista abuso de derecho o enriquecimiento injusto o sin causa cuando el beneficio que obtiene la entidad financiera tiene su fundamento en una previsión legal.

Una lectura de las sentencias del Tribunal Supremo que se citan (STS 8/7/2003, 18/11/2005, 16/2/2006 y 25/9/2008) pone de manifiesto dos cosas de gran interés. La primera, que el Auto primeramente citado de la Audiencia de Navarra no es novedoso y que existen resoluciones de Audiencias que sobre la base del abuso de derecho, del enriquecimiento sin causa y de la doctrina de los actos propios habían llegado a igual conclusión, aunque luego no hayan encontrado el respaldo del Tribunal Supremo.

Y así, la STS 8/7/2003 citada r evoca una sentencia dictada por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Mallorca de fecha 4/9/97. En el caso estudiado por esta resolución el banco se había adjudicado una finca tasada en la escritura de préstamo hipotecario en casi 16 millones de pesetas en la suma de 500.000 pesetas (un 3% de su valor). Dos años más tarde la había vendido por 12 millones de pesetas. Luego, el banco no tuvo reparo en reclamar al «deudor hipotecario» en procedimiento ordinario la diferencia entre el precio del remate y la suma «adeudada». La Audiencia desestimó su petición atendido el enriquecimiento injusto que obtendría el Banco. El Supremo, después de dejar sentado lo siguiente: « (...) *abstracción hecha del calificativo que la actuación del Banco del Comercio pudiera atribuirse aplicando pautas de conducta morales o sociales que en este caso la imperatividad del texto legal impide invocar*», tampoco tuvo reparo en estimar el recurso y legitimar la clara injusticia que el mismo tribunal admitía implícitamente en su resolución. Las razones de su decisión, las apuntadas: el banco había actuado con cobertura legal; el procedimiento del artículo 131 LH permitía la adjudicación por el precio en que se fijó el remate (que ahora sí tendría — artículo 671 LEC, por remisión del artículo 691.4 de dicho texto legal— la limitación del 50% del valor de tasación o de la cantidad debida por todos los conceptos); la deudora no había aportado a un tercero que mejorase la postura ofrecida por el banco, ni había limitado su responsabilidad en la escritura a los bienes hipotecados según la «posibilidad» que le otorgaba el entonces artículo 140 LH; por último, el Tribunal Constitucional ya había declarado la constitucionalidad del precepto en sus resoluciones de fechas 18/12/1981 y 17/5/1985.

La otra resolución de Audiencia, que decide en el mismo sentido que la dictada por la sección segunda de la Audiencia de Navarra y la ahora comentada de Palma de Mallorca, es la sentencia de fecha 12/3/2002 dictada por la sección primera de la Audiencia Provincial de Giróna, revocada después por la STS 25/9/2008. En el supuesto de hecho estudiado acontecía, como en los restantes, que el valor de tasación cubría sobradamente el valor de la deuda (aquí superaba en más de un 50% la totalidad de la deuda), si bien el remate a favor del banco (aquí Banesto) se había hecho por una suma muy inferior que no cubría la deuda. La Audiencia estima el recurso interpuesto por los demandados por aplicación de la doctrina de los actos propios, por entender que el banco actúa con abuso de derecho y por considerar que, con base a lo dispuesto en el artículo 10 bis de la Ley General de Defensa de consumidores y usuarios 26/1984 entonces en vigor, era nula la cláusula del préstamo hipotecario en la que, después de establecer una garantía sobre inmuebles que superaban con mucho la cuantía del préstamo, hace responder al deudor de manera personal con todos sus bienes.

La STS 25/9/2008 r evoca la sentencia de la Audiencia con los argumentos ya expuestos y concluye que «no se enriquece injustamente el que obra de acuerdo con la ley».

La segunda cosa que pone de manifiesto una lectura de las sentencias del Tribunal Supremo es que, aunque alguna de ellas pueda admitir implícitamente que la decisión adoptada puede ser materialmente injusta, consideran que tiene su amparo en una normativa legal que, desde un punto de vista formal, excluye que pueda hablarse de abuso de derecho o de enriquecimiento sin causa (únicamente la STS 18/11/2005 establece ese enriquecimiento sin causa, si bien en un supuesto muy específico en el que la subasta de la finca se hace incluyendo la existencia de una edificación que no estaba construida al concertar el préstamo y que, por tanto, no se encontraba

hipotecada). Es decir, que entre la contraposición entre justicia material y «justicia formal» se inclinan por esta última.

Ocurre que la premisa del Supremo antes reseñada («no se enriquece injustamente el que obra de acuerdo con la ley») es falsa. Una ley injusta da lugar a un enriquecimiento injusto. Legal, tal vez, pero injusto. Y aunque pueda convenirse que lo preferible sería una modificación legislativa que impidiese situaciones que propicien decisiones encontradas en la resolución jurídica del conflicto, debe defenderse, como han hecho las resoluciones de Audiencias antes citadas, que la resolución adopte, entre los argumentos a favor y en contra de una y otra postura, aquellos que permitan, dentro de los límites de una decisión ajustada a derecho, una conclusión que sea acorde con la justicia material del caso. Porque a los tribunales compete «impartir justicia» y suya es la labor para que la aplicación al caso de las normas del ordenamiento jurídico en su conjunto pueda, el mayor número de veces posible, cumplir con ese objetivo.

Y en ese sentido los argumentos que sirven para defender que el banco extingue su crédito cuando ingresa en su patrimonio un bien que él mismo ha tasado por un valor superior no pueden ser descartados sin más. La doctrina de los actos propios sostiene esta tesis. También la del enriquecimiento injusto si este es considerado, como debiera, como el resultado de un beneficio económico al que la norma que sirve de base no busca amparar. Por el mismo motivo, la descripción del abuso de derecho tiene también aquí su lugar. En todo caso, en la contraposición entre la literalidad de lo dispuesto en el artículo 579 LEC y la aplicación de la doctrina de los actos propios debería imperar esta última. No cabe olvidar que nos encontramos, por lo demás, ante contratos de adhesión concertados por entidades que imponen sus condiciones y que ello se hace, buena parte de las veces, en contratos suscritos con prestatarios que tienen la condición de consumidores. Por ello defendía, como quedó dicho con anterioridad, que podría aplicarse también lo dispuesto en el artículo 85.6 del RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios. Aquí, por el juego de lo dispuesto en los artículos 105 y 140 LH, no hablaríamos tanto de la nulidad de una cláusula en concreto sino de la nulidad parcial de aquellas de las que se deriva una asunción personal de la deuda cuando la garantía hipotecaria cubre sobradamente el crédito.

Para concluir diré que, en mi opinión, y más allá de la deseable reforma legislativa apuntada, debiera ser el Supremo quien modificase su doctrina para acomodarla, ya no tanto al parecer fundado de otros órganos jurisdiccionales aun de menor rango, sino, simplemente, a la justicia del caso, de manera que los ciudadanos no percibieran, como ahora ocurre de manera generalizada (y justificada), que resoluciones como las suyas en esta materia (y las de otros Juzgados y Audiencias) son claramente injustas y consolidan, con el apoyo de los tribunales, situaciones de claro abuso por quien ostenta la parte fuerte de la relación jurídica entablada entre entidad financiera y cliente.

A las magistrados que en los juzgados de instancia o en las Audiencias sigan, en un tema con tanta repercusión en la vida de los ciudadanos, generando muchas veces de problemas de verdadera exclusión social, manteniendo la defensa de una solución jurídica que se avenga con la justicia material del caso, sólo cabe animarles para que, con sus decisiones, concierten otras de igual sentido que permitan una modificación en la solución jurisprudencial del conflicto. No se tome esto como una llamada a la «rebelión», sino como el reclamo de un compromiso valiente con la función propia de los tribunales y también, y especialmente, con la parte desfavorecida del conflicto.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Si todo proceso de ejecución tiene causas de oposición tasadas, con la intención de favorecer al máximo el cobro de un crédito recogido en un documento que disponga a

de fuerza ejecutiva, el de ejecución hipotecaria refuerza este carácter privilegiado que se otorga al acreedor hasta el punto que muchas cuestiones esenciales que afectan a la exigibilidad misma del crédito se dijeren para un posterior proceso declarativo. En concreto, el artículo 695 LEC sólo permite la oposición por razón de la extinción de la garantía (justificada con una certificación del registro donde conste la cancelación de la hipoteca) o por error en la determinación de la cuantía exigible (en los términos en que se recoge en dicho precepto). Quedan fuera del proceso, y así se establece de manera expresa en el artículo 698 LEC, todas las demás cuestiones, incluidas las que versen sobre «la nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda».

La posición de debilidad que normalmente ocupa todo deudor hipotecario, que firmará un contrato tipo elaborado por la entidad financiera con cláusulas inacabables y, muchas de ellas, difícilmente inteligibles para el prestatario, se remacha así con las normas procesales que regulan el proceso a seguir para los supuestos de impago.

El juzgador, en este tipo de procedimientos, tiene un margen muy escaso de actuación, pues no es otra la finalidad de la norma, y queda en gran medida limitado a controlar que el despacho de ejecución siga los trámites marcados por la ley ritualaria. Existen, pese a todo, cuestiones a tener en cuenta, partiendo de la base de que nos encontramos, por una parte, ante contratos de adhesión y, por otra parte, con negocios jurídicos que se perfeccionan muchas veces con prestatarios que tienen la condición de consumidores. Antes de referirnos a algunas de estas cuestiones será bueno dejar apuntado que, por una parte, el conocimiento de estos procesos en segunda instancia queda muy limitado por la regulación que del recurso de apelación hace la LEC y, muy en concreto, por lo dispuesto en el apartado cuarto de su artículo 695 y, por otra parte, que muchas de las dudas a que da pie la regulación legal en este tipo de ejecuciones encuentran respuestas dispares, y aun contradictorias, en las resoluciones de los tribunales. Algunas veces ello es debido, precisamente, al hecho de que el juzgador puede verse, en buena parte del proceso de ejecución, en una posición parecida a la que ostenta en determinados procesos de jurisdicción voluntaria. El debate de fondo ha quedado prácticamente excluido por ley y sólo cabe comprobar que los muy reglados pasos del proceso se vayan cumpliendo. Pero hay aspectos que no deben ser desatendidos.

De entrada, cabe recordar que al tribunal compete denegar el despacho de ejecución si entiende que no concurr en los presupuestos y requisitos exigidos legalmente para ello (artículo 552.1 LEC) y que, en tal caso, el acreedor no podrá volver a plantear un nuevo proceso de ejecución, sino que sólo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario que corresponda (apartado tercero del precepto ahora citado).

Entre los casos de denegación del despacho de ejecución estaría el siguiente: el artículo 573 LEC (al que remite el artículo 685 de dicho texto legal) exige, entre los documentos que hay que acompañar a la demanda, aquél que acredite que se ha notificado al deudor y al yador, si lo hay, «la cantidad exigible». Muchas veces las entidades financieras imponen intereses remuneratorios o de demora que son abusivos, atendido el tipo fijado en relación a la fecha en que se escritura el préstamo. Cuando el deudor impaga y establecen el vencimiento anticipado de la deuda requieren de pago al prestatario por el importe de la liquidación que se efectúa partiendo de los intereses fijados contractualmente (inexigibles en parte por ese carácter abusivo). Luego, en ocasiones, cuando presentan su demanda ejecutiva ante el juzgado, limitan su reclamación a un importe menor, y *ajustan* los intereses al máximo previsto en la ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (2,5 veces el interés legal del dinero), para evitar que, de no hacerlo así, su demanda sea inadmitida a trámite, conforme al criterio seguido por algunas Audiencias. Pues bien, en el caso expuesto también debe denegarse el despacho de ejecución pues el prestamista no notificó al deudor «la cantidad exigible» sino otra distinta. De esta manera se evita que las entidades financieras busquen cobrar extrajudicialmente la deuda que incluye intereses abusivos para luego, si no lo

consiguen, acudir al juzgado para reclamar la deuda calculada, en lo que a intereses se refiere, sobre el máximo previsto legalmente. Es, desde luego, y si no se evita, una *jugada* redonda para las financieras que no debe ser consentida.

Ligado con lo que acaba de exponerse está la denegación de la ejecución cuando el importe de la deuda reclamada incluye el cómputo de intereses abusivos (para los que muchas Audiencias toman como referencia, aunque no estemos ante el supuesto que específicamente prevé el artículo 19 del texto normativo citado, el de dos veces y medio el interés vigente al momento de perfeccionarse el contrato) y la demanda se dirige contra un consumidor. Las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho (artículo 3 de la Ley de Crédito al Consumo y artículo 83.1 del texto refundido de Defensa de Consumidores y Usuarios) y hay que entenderlas apreciables de oficio. La deuda que se pretendería ejecutar en el supuesto apuntado no sería exigible, requisito básico para poder despachar ejecución. Cabe plantearse si puede pedirse a la entidad bancaria que modifique su petición y la concrete sin incluir el cómputo de la parte de intereses que resulte abusiva. Entiendo, y es el criterio que sigue la Audiencia de Girón, que no debe darse esta posibilidad, pues la demanda no adolece de un defecto procesal subsanable (artículo 231 LEC), sino de una petición fundada, en parte, en cláusulas abusivas, de lo que la entidad financiera es plenamente consciente. Por otra parte, la prestamista tiene abierta la posibilidad de acudir al juicio declarativo para reclamar su deuda.

Si el demandado no tiene la condición de consumidor y, por ello, no le son directamente aplicables las dos normas ahora citadas, se ha de despachar ejecución, si bien el tribunal también podrá luego moderar, según las circunstancias del caso concreto, los intereses de demora caso de que se considere que se les puede atribuir la condición de cláusula penal, dado que tal moderación también es, según se desprende del redactado del artículo 1154 del Código civil, apreciable de oficio.

La nulidad de la cláusula que fija intereses abusivos lleva muchas veces a resoluciones que integran el contrato y sustituyen los pactados por el de 2,5 veces el interés legal. Sin embargo, nada obliga a fijarlos en el máximo previsto legalmente (cualquier litigante se mostraría encantado con una *sanción* así). La nulidad que prevén los artículos ya citados puede conllevar que, sencillamente, se deje sin efecto la obligación del pago de intereses. En el mejor de los casos debería considerarse que estamos ante el supuesto previsto en el artículo 1108 del Código civil e integrar el contrato fijando el interés legal. Por lo demás no hay que olvidar que la imputación de los pagos (las cuotas se destinan primero a amortizar, en su mayor parte, los intereses y en mucha menor medida el capital adeudado como principal) comporta que al momento de formular sus reclamaciones las entidades financieras reclamen sumas muchas veces cercanas al capital prestado pese a que el prestatario ha podido hacer pago de múltiples cuotas.

Finalmente, dejaré apuntado que cuando la liquidación de la deuda deba realizarse, como es habitual, por el acreedor en la forma prevista en el artículo 572.2 LEC, con la demanda se ha de acompañar entre otros, el documento que reeje el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinen el saldo concreto por el cual se reclama el despacho de ejecución. En el mismo sentido cabe citar el artículo 574.1 LEC que exige que en la demanda se hagan constar las operaciones de cálculo que determinen el saldo exigible para los supuestos en que se pactaron intereses variables. De aquí que no se deba despachar ejecución cuando la demanda se limita a realizar dicho extracto o tales operaciones hasta el momento del vencimiento anticipado del crédito y reclame aparte una cantidad alzada por el «resto» pendiente si éste no se desglosa debidamente para saber si lo que se pide y el concepto por el que se pide es también correcto (así, por ejemplo, para comprobar que no se reclaman los intereses remuneratorios previstos para las cantidades aplazadas que con el vencimiento anticipado de la deuda ya no tienen razón de ser).

Existen, claro está, otras muchas cuestiones que se plantean en torno al proceso de ejecución hipotecaria, algunas de las cuales se han formulado por compañeros de la asociación en el correo de JPD. No es posible entrar a conocer aquí de todas ellas, aunque sí estará bien dejar apuntado la crítica que en dos correos se hace a la regulación legal en dos supuestos concretos.

El primero, el redactado del artículo 579 LEC ya citado del que se desprendería que si lo obtenido en la subasta del bien hipotecado no cubre la deuda, el ejecutante puede pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución seguirá adelante. La pregunta que se formula quien lo suscribe es la de si el precepto no debería establecer de un modo expreso el conceder un nuevo plazo al deudor para que pueda oponerse a la ejecución en base a las causas más amplias que se prevén legalmente para los supuestos de ejecución ordinaria (pues aquí la ejecución deja ya de concretarse sobre los bienes hipotecados).

El segundo supuesto está relacionado con la redacción del artículo 670.4 LEC y la posibilidad de que un tercero mejore la postura ofreciendo una cantidad superior al 70 por 100 del «valor de tasación». La pregunta es la de si no se ha de entender que ese importe se ha de calcular sobre la cuantía rebajada por el valor de las cargas que puedan pesar sobre el inmueble (artículo 666 LEC), y ello siempre y cuando este último precepto se entienda aplicable a la ejecución hipotecaria (en otro correo se deñende que no es aplicable pues ha de estarse al valor de tasación de la finca yñjado en la escritura, que es el que ha de servir de tipo en la subasta – vid. artículo 682.2.1º LEC).

OTROS DESCRÉDITOS

1. Ley electoral

La legislación hipotecaria es injusta, porque favorece a quien ostenta una posición de fuerza en la relación contractual y no atiende a la concreta situación del prestatario que no puede hacer frente a la deuda. La crítica a su redactado (como a la de cualquier otra ley) olvida normalmente que su génesis está en un parlamento que no representa la voluntad popular con la ydelidad necesaria. La existencia de leyes injustas que atienden a los intereses de una minoría poderosa económicamente no es fruto del azar. Si la legislación electoral no es *la* causa de esa injusticia (cómo olvidar a los poderes fácticos y su control de buena parte de los medios de información con los que *conformar* la opinión pública) sí es una de las causas que coadyuvan a que la legislación aplicable sea una, y no otra.

De entrada, la conformación del legislativo no responde al primer principio democrático por el cual cada ciudadano tiene derecho a un voto y cada voto es de igual valor.

Se ha calculado que en España algo más de dos millones de votos carecen de representación parlamentaria. No es una cifra baladí que quepa desprestigiar sin más. Las políticas que se adopten no tendrán en cuenta, por tanto, la opinión de estos votantes. Sólo les queda, pues, defender sus planteamientos *fuera* del sistema.

Otros partidos sí acceden al parlamento, pero lo hacen con unos resultados distorsionados por la ley d'Hondt, que favorece a los grandes partidos. El ejemplo paradigmático es el de Izquierda Unida: cerca de un millón de votos obtenidos en las últimas elecciones generales le han supuesto dos diputados. Medio millón de votos para un escaño, frente a los poco más de 60.000 votos que precisan para ello otros partidos. Las promesas del PSOE para cambiar la ley o el dictamen emitido por el Consejo de Estado con propuestas que mejorarían la proporcionalidad en los resultados obtenidos han quedado en nada.

Las asociaciones judiciales deberían hacer de esta cuestión una prioridad, aunque sólo sea por aquello de que a los jueces nos corresponde aplicar la ley y bien estaría que ésta tuviera la máxima legitimidad democrática. El principio constitucional de igualdad se olvida en lo que es la razón de ser de las democracias parlamentarias, como se olvida el derecho constitucional que establece que todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada y que los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho (artículo 47).

En segundo lugar, aunque sea éste nuevamente un tema político que dejaré simplemente apuntado, los poderes económicos controlan los medios de comunicación y encumbran a unos partidos en detrimento de otros. Las oportunidades de los partidos que dependen, con escasas diferencias, las ideas del liberalismo económico son mucho mayores. Con honrosas excepciones (diario Público y diarios «alternativos» en el ámbito de la prensa escrita) el discurso es, en este tema, de una gran uniformidad. Sólo hay una vía a seguir y unos partidos que pueden transitar por esa senda única. Cala el mensaje y así el espejismo de una sociedad democrática vuelve a quebrarse aún antes de depositar un voto ya muy dirigido. Habrá que recordar las palabras de Machado cuando afirmaba que no es libre quien puede decir lo que piensa, sino quien puede pensar lo que dice.

2. 'Okupas' (y antisistema)

Las políticas que han llevado a la actual crisis son las que, se afirma ahora, han de sacarnos del pozo en el que nos encontramos. Y así se toman medidas que se califican de duras y necesarias. Dureza, eso sí, que se ejerce con el sector más desfavorecido de la población, que se ensaña con el trabajador y olvida a quienes gozan de una situación de fuerza y privilegio. Oír, hoy en día, la cuenta de resultados que proclaman los bancos en sus juntas anuales lleva, más que a la vergüenza, a la indignación. Una indignación que lleva a muchos a declararse antisistema, es decir, persona contraria al actual sistema neoliberal imperante y sus injustas consecuencias.

Si uno piensa en el gran contrasentido que supone que existan un gran número de viviendas vacías en stock, muchas de las cuales están en manos de entidades financieras que se las han apropiado por la mitad de su valor, mientras que la gente se ve desalojada de su casa o, simplemente, no puede adquirir o arrendar una por que su salario no se lo permite, no ha de extrañarse de la existencia del movimiento *okupa*. Claro que todo depende del punto de vista desde el que se analice cualquier situación. Ahí está el *punto de vista* que proporciona la lectura del artículo 252.2 del Código Penal que tipifica la *okupación* como delito.

Y ahí andamos, constatando con preocupación el grave problema de *okupas* y antisistema. Preocupación que se mitiga cuando toca analizar la desigualdad social que provocan las medidas de *ajuste económico*. A quienes sufren la crisis que otros provocan por obtener grandes beneficios especulativos (así, por ejemplo, un reciente estudio pone de manifiesto que el incremento del interés exigido por los mercados para colocar deuda pública española en las últimas subastas de deuda ha supuesto un coste que absorbe los ingresos que se obtienen de recortar pensiones y gastos sociales) se les pide paciencia. Ya se sabe, se hace lo que se puede dentro de la única política económica posible. A los sindicatos poco más que se les criminaliza cuando promueven paros y movilizaciones. A quienes pierden sus empleos y no pueden pagar sus hipotecas se les ejecuta la deuda, se les deja sin casa, y a otra cosa. Y quienes levantan la voz y hablan de políticas que potencien el sector público para recuperar el control democrático de la economía y promueven una economía social, sencillamente, se les toma por personas alejadas de *la realidad*.

CONCLUSIONES

La situación de crisis actual hace que el tema tratado tenga una repercusión cada vez mayor en la sociedad. La extensión y gravedad del problema lleva a que la ciudadanía y parte de los partidos políticos dejen oír su voz en este tema y, en ese sentido, se han planteado propuestas (la de dación en pago del bien hipotecado como medida emblemática) que, de una u otra manera, buscan modificar la actual situación para paliar sus consecuencias (el gobierno vasco, por ejemplo, tiene en proyecto una normativa que penaliza a los propietarios de viviendas desocupadas y que reconoce el derecho efectivo a una vivienda en determinados plazos y cumpliendo determinadas condiciones). Los tribunales, ya ha quedado dicho, deberían ser valientes para que sus resoluciones, dentro de los límites de una decisión ajustada a derecho, fueran acordes con la justicia material de los casos que deben enjuiciar.

De todos modos, en estos días de revueltas populares en otros países, se echa de menos la presión social que, en las calles, pudiera hacer que los gobernantes dieran su brazo a torcer y, por una vez, no se preocupasen de los «mercados», sino de la gente que les ha elegido para defender sus intereses. De no ser así los pasos que se den irán, porque así está siendo, y no va a cambiar a mejor si llega al poder un partido aún más a la derecha que el PSOE, en una dirección opuesta al derecho de los trabajadores. La actual voluntad de privatizar las Cajas de Ahorro (previo un corto periodo transitorio para sanearlas con dinero público), en lugar de convertirlas en banca pública, es otro ejemplo, uno más, de ello. Cabe destacar, no obstante, las actuaciones que está llevando a cabo la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, entre las cuales están las concentraciones que en diversas ocasiones han impedido que familias en una difícil situación económica hayan sido desahuciadas de sus casas.

Si el desaliento que conllevan las políticas económicas de derechas seguidas por quienes nos han gobernado desde la tan loada transición no da pie a una reacción de la ciudadanía que se ve por ellas perjudicada, habrá que ponerle mucho ánimo para atisbar, en un horizonte cercano, una modificación importante en las cuestiones aquí tratadas y en otras que afectan a la consecución del llamado Estado del bienestar. Pero, aunque sea por consideración y admiración a aquellas personas que, pertenecientes a pequeños partidos y asociaciones, no cejan en el empeño de perseguir una sociedad más justa, habrá que luchar también por ello.

‘Mañana a las once en la Plaza de la Cebada’ (Biografía incompleta de Manolo López)

Manuela CARMENA CASTRILLO

Desde que conocí a Manolo López, sobre el 1970, lo admiré.

Manolo apareció, de pronto, en nuestra organización de abogados. Venía después de haber vivido algunas experiencias, que nosotros entonces no podíamos sospechar, pero sí sabíamos que había cumplido una condena de seis años, dictada por un Consejo de Guerra (aún no se había creado el Tribunal de Orden Público), por propaganda ilegal por la distribución de la revista universitaria del Partido Comunista llamada *Realidad*.

La organización de abogados, del entonces ilegal Partido Comunista, la formamos sobre todo abogados muy jóvenes. Cuando montamos el despacho de Atocha, en el año 1971, yo que era la mayor de todos, tenía 27 años. Los jóvenes rebeldes e iconoclastas que éramos aquellos laboristas nos dejamos subyugar por ese nuevo abogado —que despachaba pan antes de ir a los juicios y se nos antojaba mucho mayor que nosotros—, por su enorme inteligencia, profesionalidad y espíritu abierto al conocimiento.

Ya estaba jubilado, comenzó a escribir sobre la vida intensa que él había decidido vivir.

Cuando ejercía como Jueza de Vigilancia Penitenciaria pensé que necesitaba de su experiencia. Le llamé por teléfono y le dije: «Manolo, para el trabajo que hago ahora necesito que me cuentes tus experiencias del tiempo en que estuviste preso». Aquello le gustó, y desde entonces quedábamos a comer, periódicamente tres o cuatro veces al año. Un día me dijo: «Estoy escribiendo para Manolín (su único hijo) mi explicación de por qué soy comunista». El, que ya no se identificaba con ningún partido comunista como tal, seguía sintiéndose comunista. Pero lo que escribió fue mucho más que eso. Escribió la historia de la vida que el optó por vivir. Hay personas que la viven dejándose llevar por lo que les ha tocado. Otros, no. Manolo fue de estos, de los que dan conscientemente un sentido a su existencia. No le dio tiempo a contarla, pero afortunadamente dejó más de 600 páginas que se publicaron en 2009 con el título *Mañana a las once en la Plaza de la Cebada*.

Leer el libro de Manolo, es, en primer lugar, un gran placer. Con un ritmo literario ágil, brillante, está lleno de pequeños detalles, al mejor estilo postuiano. Cuenta como era el Madrid de la posguerra (en 1939, Manolo tenía 9 años), lo que es más importante, como ese niño, hijo de un panadero, de la que hoy es la calle Felipe II, se convierte en la persona comprometida que sería toda la vida, con la lucha de los débiles, de los vulnerables, de los perdedores de la terrible guerra civil.

Pero, además, leer *Mañana a las once en la Plaza de la Cebada*, no es sólo un placer; es el medio ideal para conocer, como fue posible que esa España, miserable, mezquina y cer cenada pudiera eclosionar cuarenta años después en la democracia que disfrutamos. Algo que nuestra historia más reciente (todavía esencialmente periódica) olvida con frecuencia relatar: cómo es que fue posible que desapareciera, en los escasos meses de la transición, esa dictadura arraigada en lo político y lo social que se jactaba de haber quedado atada y bien atada.

Leer el libro de Manolo nos permite ver ese complejo tejido en el que poquito a poco se fue fraguando el final de la dictadura. Vemos la sucesión de in yñidad de

pequeñas actividades que, día a día, con total dedicación y grave riesgo ideaban y trabajaban de realizar aquellos mínimos grupos antifranquistas bajo el indudable liderazgo del Partido Comunista: actividades claramente ilegales, junto con otras que no lo eran, a veces denominadas «paralegales»; jugando siempre con los escasísimos límites de porosidad que ofrecía la dictadura franquista. Conferencias, exposiciones, escritos de peticiones, recogidas de firmas, huelgas, manifestaciones, publicaciones, y un número inñnito de reuniones.

No me resisto a reseñar, ahora aquí, la conversación de Manolo con Eduardo Punset, quien entonces también era miembro del Partido Comunista. Y que reñeja mejor que nada la opción de vida del primero:

«Mientras preparábamos el número de Realidad, Eduardo Punset me planteó una preocupación que sería tema de muchas conversaciones. Sostenía que con la vida que llevábamos no podríamos completar nuestra formación porque las actividades del Partido nos ocupaban demasiado tiempo, y eso nos impedía estudiar y formarnos, y, en definitiva, que nos frustraríamos desde el punto de vista intelectual, repetía una y otra vez. Yo le oponía un solo argumento. “nos ha tocado la china y tenemos que joderlos, no hay más remedio que seguir en la brecha, es un momento crucial, y hemos de continuar y preparar un mundo mejor para los que vendrán detrás”. La china era sinónimo de mala suerte, como en ciertos juegos infantiles y yo ampliaba mi argumentación diciendo que teníamos la obligación de mantenernos en la vanguardia de los que se enfrentaban al Régimen, y que, por eso, no había aceptado yo la propuesta de don Enrique Gómez Arboleya de gestionarme una beca para estudiar sociología en los Estados Unidos.»

Manolo había estudiado sociología en París. Cuando acabó la carrera de derecho en la antigua facultad de la calle San Bernardo de Madrid, decidió marcharse a París a trabajar y a estudiar. Los que durante los años 50 éramos niños no teníamos conciencia de la asfixia intelectual que imponía aquella España; así huir a Londres, a París o a algún otro lugar de Europa era un impulso incontenible para cualquier joven con inteligencia y sensibilidad.

Me sorprendió el París que describe Manolo. El grandioso de los años 50, que acoge cálidamente a las élites universitarias internacionales que quieren cambiar el mundo. Durante su estancia allí, Manolo contrajo una grave tuberculosis (cuando todavía la tuberculosis podía ser una enfermedad mortal), que le obligó a permanecer durante casi dos años en un hospital universitario. La descripción del hospital es apasionante. No sólo nos muestra, de pasada, y sin pretenderlo, la cara de la enfermedad, en la primera mitad del siglo xx; sino que a través de su descripción de aquellos grupos de universitarios podemos conocer lo que era objeto de su debate en esos años, y las sólidas conexiones que se establecieron entre quienes iban a tener papeles trascendentes en sus países de origen.

Dice Manolo: *«en el sanatorio había una intensa actividad cultural y política. Verteraban algunas de las actuaciones culturales los llamados “Cercles” círculos en los que se organizan debates sobre temas y cuestiones que ya anunciaban sus denominaciones: existían, entre otros “el Círculo Céltico”, alentado por los betones, “el Círculo Mediterráneo”, “el Marxista” y “el Católico”..... Pronto me hice amigo de los comunistas del sanatorio. La rapidez en el nacimiento de amistades con ellos tal vez se debieran al llamado internacionalismo proletario que nos inspiraba entonces como uno de los principios rectores de las actividades comunistas, y comprobé inmediatamente la razón que tenía Pablo Neruda cuando en su poema dedicado al Partido incluido en Canto General dice: “me has dado la amistad hacia el que no conozco”».*

Pero además del valor literario y sociológico que tiene el libro de Manolo, su relato del interrogatorio de la policía y las torturas a la que le sometieron para conseguir obtener información, hace de él, a mi juicio, una lectura obligada para los jueces. No sé si estoy en lo cierto, pero siempre he tenido la sensación de que, en general, los jueces leen poco. La literatura educa la sensibilidad. La profesora californiana de

derechos humanos Lynn Hunt, en su delicioso libro *La invención de los derechos humanos* afirma que no habría existido Beccaria ni su teoría de los delitos y las penas, ni la declaración de derechos humanos de Estados Unidos, ni la de la Revolución Francesa, si durante todo el siglo XVIII no se hubiera producido el curioso fenómeno de la literatura epistolar, que permitió la identificación sentimental de grandes grupos de ciudadanos con el sufrimiento de los otros. Probablemente tampoco se habría acelerado la abolición de la esclavitud durante el siglo XIX si Harriet Beecher Stowe, no hubiera escrito *La cabaña del tío Tom*. (La novela, fue el libro más leído, después de la Biblia durante el siglo XIX)

Se me hace difícil elegir un pasaje, de las casi cincuenta páginas en las que Manolo relata las torturas sufridas: «... cuando recupere la consciencia y retornó un grupo de policías que entraron tumultuosamente en el despacho. Varios se dirigieron al "bueno" gritando algo así como "venga déjanos a nosotros que tú le tratas demasiado bien y éste tío tiene que hablar". Esta vez me esposaron inmediatamente y me colocaron las manos en la espalda para impedirme cualquier gesto defensivo. Me empujaron contra un rincón y volvieron a golpear brutalmente. Otra vez con mi cabeza como pelota rebotando en la pared jugaron un partido de frontón aquellos pelotaris bestiales.... En ese momento se abrió la puerta y entró una mujer de edad madura vestida con una bata azul, con un cubo en una mano, y útiles de limpieza en la otra... La entrada de la mujer de la limpieza me produjo una singular ilusión. No era un monstruo como los policías, sino una persona, y desde su aparición espere una comunicación humana con ella. Yo la miraba con el deseo de que me mirase también para establecer en ese cruce de miradas una complicidad consoladora frente a la bestialidad policiaca. Sin embargo, mis esperanzas se desvanecieron pronto. Yo mantuve fija mi mirada en la limpiadora, por ella desvió continuamente la suya. Debía estar habituada a limpiar despachos donde poco antes de que entrara los policías habían torturado detenidos, y ella no quería o no debía enterarse. Me apenó profundamente que aquella mujer de la limpieza me negara una mirada que yo esperaba solidaria y con la pena encima pasé al despacho continuo como me indicó con el látigo en la mano el llamado Campanero».

He visto tantas veces a compañeros minimizar las alegaciones de tortura o las de simple maltrato por parte de la policía, que no puedo por menos de recomendar a todos los que tienen por razón de su trabajo se ven obligados a interrogar a personas que han sido detenidas, que lean con detalle la descripción que hace Manolo de lo que para él significó haber sido torturado en las dependencias de la entonces Brigada Política Social, de la Puerta del Sol de Madrid

Hablé con Manolo cuando escribía sobre sus vivencias de la tortura. Su merecimiento le estremecía. Cuenta cómo unas palabras de Jean Paul Sartre y el libro de Henri Alleg sobre la tortura *La cuestión*, le ayudaron a resistir. No he conocido a nadie que haya reflexionado tanto sobre la degradación humana que significa el hecho de la tortura, para el que la causa y para el que la sufre. En sus últimos años, Manolo consiguió contactar con el propio Henri Alleg. Fue una pena que muriese sin conocer la publicación de *La cuestión* en español, en octubre del 2010.

Cuando por fin el 22 de junio del 2006 el gobierno español ratificó el Protocolo de la Convención contra la Tortura, algunos amigos hablamos de la posibilidad de sugerir que fuera Manolo López el presidente del organismo de prevención contra la tortura que esperábamos se creara en virtud precisamente del artículo 3 de la convención.

No fue posible. La mayoría gobernante, por la ley Orgánica 1/2009, acordó a su vez modificar la Ley Orgánica 3/1991 y establecer que fuera el propio Defensor del Pueblo el mecanismo nacional de prevención de la tortura que exige la convicción que habíamos ratificado.

Manolo, que vivía solo en su piso de Madrid, se desplomó a consecuencia de un infarto en la madrugada del 21 de agosto del 2008.

Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en Derecho Penal

Gloria Patricia LOPERA MESA

En el ámbito penal tradicionalmente se ha identificado el principio de proporcionalidad con la exigencia de adecuación entre la gravedad de la pena y la del delito. Pero en las últimas décadas, bajo el influjo del significado dado a este concepto en la jurisprudencia constitucional, un amplio sector de la doctrina penal entiende el principio de proporcionalidad como una estructura argumentativa que comprende un examen más global de los costes y los beneficios de toda intervención punitiva, orientado a verificar su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad. Mientras en su primer significado, al que en adelante llamaré *proporcionalidad de las penas*, aparece estrechamente vinculado a una justificación retributiva del derecho penal, el segundo, que denominaré *proporcionalidad en sentido amplio*, resume las exigencias de los modelos relativos y utilitaristas de fundamentación del derecho penal.

Esta duplicidad de significados, y la diferente fundamentación que parece estar en la base de cada uno de ellos, ha dado lugar a preguntarse si la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito resulta compatible o, por el contrario, puede llegar a ser sacrificada con el entendimiento más amplio del principio de proporcionalidad, en clave utilitarista, que más recientemente se ha abierto camino en el derecho penal.

La tesis que pretendo defender es que, pese a las importantes diferencias que median entre la lógica retributiva de la exigencia de proporcionalidad de las penas y el consecuencialismo propio del principio de proporcionalidad en sentido amplio, es posible integrar dentro de este último el contenido garantista asociado al principio de proporcionalidad de las penas. Para ello, en primer lugar, abordaré cada uno de estos modos de entender el principio de proporcionalidad en materia penal, con el fin de establecer tanto las diferencias como las relaciones entre ambos. A continuación, examinaré las diversas respuestas que ha dado la doctrina a la pregunta de si es posible integrar la proporcionalidad de las penas dentro de la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad en sentido amplio, para concluir con una propuesta de interpretación que pretende mostrar cómo ambos sentidos de la proporcionalidad, pese a sus diferencias, pueden integrarse de manera compatible dentro de la ponderación que tiene lugar en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

1. DOS SENTIDOS DE LA PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL

1.1. Proporcionalidad de las penas

En sus orígenes, la reflexión sobre la proporcionalidad en el pensamiento penal aparece vinculada ante todo a la idea de correspondencia entre la gravedad de la sanción penal y la de los hechos castigados. Así entendido, este principio presenta un contenido

reducido, si se compara con la formulación más amplia que alcanzará posteriormente en la doctrina penal pues, por un lado, tan sólo orienta la selección y aplicación de las consecuencias jurídicas ligadas a la comisión de un delito, más no interviene en la previa elección de los objetos de tutela penal ni de las conductas objeto de incriminación. Para decirlo en los términos de la conocida distinción de Ferrajoli, tal principio no nos dice nada acerca de *cuándo y cómo prohibir*; sino que más bien se refiere al *cómo* (y más propiamente al *cuánto*) *castigar* (Ferrajoli, 1989: 353). Por otra parte, no exige que la sanción penal sea idónea o necesaria para alcanzar finalidad alguna, sino tan sólo que su actividad no supere la gravedad del delito al que se vincula como consecuencia jurídica.

La *gravedad de la pena* dependerá no sólo de la importancia del bien o derecho que resulta afectado con su imposición, sino también de la cantidad de dicha afectación. Por su parte, los criterios que han de ser tenidos en cuenta para determinar la *gravedad del delito* serán distintos, según las exigencias del principio de proporcionalidad de las penas se proyecten al momento de la creación de tipos penales, la llamada *proporcionalidad en abstracto*, o al momento de su aplicación judicial, donde se habla de la *proporcionalidad en concreto* (Aguado Correa, 1999: 282; Urquiza Olaechea, 2002: 204).

En la fase de creación de tipos penales, el principio de proporcionalidad de las penas requiere que la clase y cuantía de la sanción prevista por el legislador, esto es, el marco penal abstracto, guarde relación con la gravedad de la conducta tipificada como delito. Este último elemento se calcula en función de la importancia del bien jurídico protegido por la norma, así como del grado en que éste resulta lesionado o puesto en peligro por la conducta descrita en el tipo penal. Ambos criterios se conjugan para determinar la entidad del daño causado por la acción que se incrimina. Pero aun cuando su consideración es necesaria para satisfacer las exigencias del principio de lesividad, no es, con todo, su eficiente para determinar la gravedad del delito, ya que si sólo se tomaran en cuenta estos elementos no resultaría contrario al principio de proporcionalidad de las penas, por ejemplo, establecer la misma sanción para el homicidio doloso y para el homicidio imprudente, dado que en ambos casos el resultado lesivo es el mismo. Asimismo, es preciso que el legislador distinga entre conductas dolosas e imprudentes para efectos de determinar la mayor o menor gravedad del delito y, por ende, establecer un marco penal distinto en uno y otro caso, reflejando así el diferente desvalor de acción que merece aquello que el sujeto ha querido y aquello que, sin quererlo, ha podido evitar.

Por otra parte, como ha sostenido Díez Ripollés, el citado principio no sólo prescribe al legislador fijar las sanciones atendiendo a la importancia de lo tutelado, la gravedad del ataque y el ámbito de responsabilidad subjetiva establecido. También es preciso que el legislador configure las penas de modo tal que permita al juez modular la sanción a imponer, de acuerdo con las variaciones que en el caso concreto pueden presentarse tanto en lo que se refiere a la afectación del objeto de protección como a la estructuración de la responsabilidad (Díez Ripollés, 2003: 162). Esta segunda exigencia se cumple no sólo mediante la previsión legislativa de marcos penales en lugar de penas fijas, sino también estableciendo reglas que permitan graduar la pena según el grado de ejecución, las formas de participación en el delito y las circunstancias agravantes o atenuantes de la culpabilidad. La previsión de este tipo de reglas en sede legislativa representa así una condición necesaria para hacer efectiva la proporcionalidad al momento de la aplicación de la ley penal.

En efecto, al descender del plano de la tipificación de supuestos delictivos genéricos a la determinación de la pena aplicable a un concreto hecho punible —la llamada proporcionalidad *en concreto*— el juez tendrá que considerar criterios adicionales para calcular la gravedad del delito y establecer la pena concreta aplicable, los cuales, debido a su carácter contingente y a su estrecha vinculación al caso, no pueden ser considerados en sede legislativa. Tales son, entre otros, el grado de lesión o puesta en peligro para el bien jurídico que en concreto genera la conducta punible, la intervención real que tuvo la persona a quien se juzga en la creación de dicha lesión o riesgo,

así como los factores de tipo individual y social que permiten fundamentar la menor exigibilidad de otra conducta¹.

1.2. Proporcionalidad en sentido amplio

Además del principio de *proporcionalidad de las penas*, que proyecta sus consecuencias exclusivamente en el plano de determinación legal y judicial de la clase y cantidad de la sanción a imponer, en los últimos años se asiste a una reformulación y ampliación de los contenidos del principio de proporcionalidad en materia penal, a fin de aproximarlo al significado dado a esta expresión por los tribunales constitucionales al momento de enjuiciar la constitucionalidad de las intervenciones en derechos fundamentales, entre ellas las del legislador penal. De este modo, un amplio sector de la doctrina sostiene que existe un *principio de proporcionalidad en sentido amplio*, que se descompone en los subprincipios de *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto* (Arroyo Zapatero, 1998; Aguado Correa, 1999; Berdugo *et. al.*, 1999: 55 y s; Carbonell Mateu, 1995: 204 y ss.; Cobo del Rosal y Vives Antón, 1996: 75 y s; Lascuraín Sánchez, 1998; Mir Puig: 2002).

La reformulación del significado clásico atribuido al principio de proporcionalidad en el ámbito penal (proporcionalidad de las penas) ha supuesto una doble ampliación del mismo, tanto en lo que se refiere a sus *contenidos* como a su *proyección* en un espectro más amplio de las decisiones relativas al ejercicio del poder punitivo. En efecto, el principio de proporcionalidad en sentido amplio integra de manera sistemática un conjunto de límites sustanciales al poder punitivo, desde hace tiempo forjados por la cultura jurídico penal, pero que habían caminado paralelos sin integrarse en una formulación conjunta. La exigencia de que las prohibiciones y las penas persigan un *fin legítimo* y que a su vez sean *idóneas* para contribuir a su consecución, representa una opción expresa por una fundamentación relativa e instrumental del derecho penal, en abierta ruptura con justificaciones absolutas como las ofrecidas por las doctrinas retribucionistas: sólo se justifica la pena en tanto un medio útil para alcanzar fines ajenos al derecho mismo, inicialmente identificados con la protección de los «*derechos naturales*» del individuo y posteriormente con los llamados «*bienes jurídico penales*». Por su parte, el requisito de *necesidad* supone una valoración de la pena como un mal, como una «*inmoralidad prima facie*» que sólo deviene legítima en cuanto no exista otro medio igual de eficaz para alcanzar aquellos fines de protección (Prieto Sanchís, 2003b: 262). Esta idea ha sido expresada en el pensamiento penal a través del principio de *intervención mínima*, con sus componentes de *subsidiariedad* (sólo ha de acudir al derecho penal como *ultima ratio*, una vez ensayados y agotados todos los demás medios de protección) y *fragmentariedad* (el derecho penal sólo ha de intervenir para sancionar los ataques más graves contra los bienes jurídicos dignos de protección). Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto, viene a exigir que los beneficios que se derivan de la protección penal desde la perspectiva del bien jurídico, superen los costes que representa dicha protección desde la perspectiva de los derechos afectados, tanto por las prohibiciones como con las penas, cálculo que conlleva una fundamentación relativa y utilitaria del instrumento penal.

¹ Además de estos criterios que permiten establecer el grado de injusto y de culpabilidad y, con ello, la «*gravedad del delito*», entendida en un sentido lato, algunos autores se refieren a consideraciones de tipo preventivo general o especial a tener en cuenta al momento de calcular la proporcionalidad en concreto. Si bien estas últimas pueden tener cabida en la individualización judicial de la pena, no se trata propiamente de criterios para modular la «*gravedad del delito*», sino para fundamentar la disminución de la pena por debajo del umbral que correspondería a la gravedad del delito cometido, cuando la misma se revelase innecesaria por razones de prevención general o especial, pero en ningún caso para agravar la situación del condenado, al menos en aquellos sistemas penales respetuosos del principio de responsabilidad por el hecho. Sobre los criterios que han de intervenir o ser excluidos en la individualización judicial de la pena vid., entre otros, Roxin, 1997: 792 y ss; Dolcini, 1979: 354; Demetrio, 1999: 289 y ss.; García Arán, 1982: 123 y ss.

Por otra parte, esta redefinición del principio de proporcionalidad ha ampliado también la proyección del citado principio en el ámbito penal, que ya no sólo establece un límite a los *castigos* sino también a las *prohibiciones* penales. En efecto, bajo este principio se agrupan un conjunto de exigencias materiales que debe satisfacer todo ejercicio del poder punitivo estatal, no sólo al momento de determinar la clase y cantidad de pena a imponer para un cierto delito, sino también para establecer cuáles conductas pueden ser tipificadas como delitos.

La mayor amplitud, tanto en los contenidos como en la proyección, que alcanza el principio de proporcionalidad, sumado a su empleo creciente en la jurisprudencia constitucional, en un primer momento alentó el optimismo en un importante sector de la doctrina penal. Desde esta perspectiva, el principio de proporcionalidad prometía incorporar de manera satisfactoria, ya no sólo como criterios de legitimidad extensa sino ahora como criterios de validez constitucional, un conjunto de límites al poder punitivo que hasta entonces no habían encontrado un fundamento jurídico-positivo capaz de rendir frutos en sede de control constitucional.

Sin embargo, trabajos más recientes han llamado la atención sobre las insuficiencias del principio de proporcionalidad en sentido amplio para acoger en su interior todas las garantías cuyo respeto condiciona la legitimidad del ejercicio del poder punitivo. En particular, Mir Puig ha advertido que principios como los de legalidad y culpabilidad no encuentran acomodo de manera satisfactoria dentro de los juicios de legitimidad del fin, idoneidad, necesidad o estricta proporcionalidad, que conforman la estructura del principio de proporcionalidad en sentido amplio (Mir Puig, 2009: 1362, 1370). Asimismo, se ha puesto de manifiesto la tensión que existe entre este último y el principio de proporcionalidad de las penas (Mir Puig, 2009: 1365; Navarro, 2010).

Me concentraré en el examen de esta última cuestión para lo cual, en el siguiente epígrafe, examinaré las diversas maneras en que se ha planteado la relación entre ambos sentidos de la proporcionalidad en materia penal, para concluir con una propuesta que intenta acoger el límite garantista que impone la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito dentro de la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad.

2. PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS Y JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Los juicios de idoneidad y necesidad responden ambos a un razonamiento medios-fines. Mientras el primero se ocupa de examinar la aptitud de la medida enjuiciada para contribuir al logro del fin legítimo que se aduce como fundamento de la intervención en derechos fundamentales, el juicio de necesidad compara la medida enjuiciada con otros medios alternativos, a fin de establecer si no existe otra alternativa que preste la misma contribución al logro del fin deseado con un menor sacrificio para los derechos fundamentales que se ven afectados con la medida enjuiciada. No hay en ellos, por tanto, espacio alguno para acomodar la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito. De ahí que los intentos por introducir esta garantía se circunscriban a tratar de hallarle algún lugar en la etapa final que integra esta estructura argumentativa, esto es, dentro del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Aunque existe acuerdo en que este último adopta la forma de una ponderación, lo cierto es que no es pacífica la respuesta a la pregunta por lo que allí se pondera. Esto ha llevado a que, como bien advierte Irene Navarro, la determinación del contenido que asume el subprincipio de proporcionalidad en materia penal, constituya una de las cuestiones más debatidas entre los estudiosos del tema (Navarro, 2010: 5).

Al respecto, es posible distinguir tres posiciones sobre las relaciones entre el principio de proporcionalidad de las penas y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. La primera, que propongo denominar *tesis de la identificación* sostiene que, en materia penal, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto equivale a la

exigencia de proporcionalidad entre pena y delito, es decir, requiere que la gravedad de la sanción penal no exceda a la de la conducta punible. Esta postura es frecuente en los trabajos pioneros sobre el principio de proporcionalidad en derecho penal, los cuales, en su mayoría, no advertieron la tensión que está presente entre la proporcionalidad, entendida como equilibrio entre la aflicción de la pena y la del delito, y la proporcionalidad entendida como ponderación entre los costos y los beneficios de la intervención penal (Cobo del Rosal y Vives Antón, 1996: 80; Cuerda Arnau, 1997: 475; Berdugo *et al.*, 1999: 59; Aguado Correa, 1999: 148).

Quienes suscriben esta tesis no reparan en las importantes diferencias que median entre ambos sentidos juicios: la proporcionalidad de las penas atiende a una lógica retributiva y no a un cálculo de utilidad; en ella se comparan dos males, a fin de garantizar que la gravedad de la pena no exceda la del delito en abstracto conminado o en concreto sancionado. En cambio, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto atiende a una lógica consecuencialista, pues representa un balance entre los costos previsibles en términos de afectación de derechos fundamentales y los beneficios para la protección de bienes jurídicos que pueden derivarse de la imposición de una pena. No se trata, en este último caso, de comparar dos males, sino de ponderar entre los males y los bienes que previsiblemente puedan derivarse de la imposición de pena en un caso concreto.

Lo anterior no significa, sin embargo, que la proporcionalidad entre pena y delito no ocupe lugar alguno en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, entendido este último como un balance global entre los costos y los beneficios de la intervención penal, como sostiene otro sector de la doctrina, partidario de la que podría denominarse *tesis de la incompatibilidad*. En tal sentido, Irene Navarro se opone a entender el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto como una ponderación entre los costos y los beneficios de la intervención penal, argumentando que ello supone trasladar al derecho penal una construcción propia del derecho administrativo, sin reparar en las importantes diferencias que existen entre ambos sectores del ordenamiento, dado el carácter eminentemente retrospectivo o *ex post* de las valoraciones penales, en oposición al carácter prospectivo o *ante* propio de la evaluación de las medidas administrativas (Navarro, 2010: 7, 10 y ss.). Propone, en cambio, entender el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en lo que respecta a la conminación penal en abstracto, como un juicio que «se pregunta por la estructura interna de los preceptos jurídico-penales, por la relación entre los elementos de la norma», con el fin de verificar el «equilibrio entre los presupuestos de la reacción penal y la pena misma» (Navarro, 2010: 12, 18).

En definitiva, la interpretación que propone esta autora coincide en sus resultados con la de los partidarios de la tesis de la identificación, pues en ambos casos el juicio de proporcionalidad en sentido estricto es entendido como exigencia de proporcionalidad entre pena y delito, pero ambas tesis difieren de manera importante en su fundamentación. Mientras la tesis de la identificación asimila sin problema ambos juicios porque no advierte tensión alguna entre ellos, la profesora Navarro interpreta el juicio de proporcionalidad en sentido estricto como exigencia de proporcionalidad entre pena y delito, tras sostener la inconveniencia e incompatibilidad de introducir el balance entre los costos y beneficios de la intervención penal dentro de la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad.

Pero esta línea de fundamentación es susceptible de críticas. En primer lugar, el entendimiento de la proporcionalidad como balance entre costos y beneficios no encuentra su origen, de manera exclusiva, en el derecho administrativo. La autora parece entenderlo así porque su reconstrucción de los orígenes del principio de proporcionalidad acusa una fuerte influencia de la literatura alemana que, en efecto, remonta los orígenes de esta estructura argumentativa al derecho de policía prusiano. Pero una mirada a la filosofía penal de la Ilustración permite dar cuenta de que, mucho antes que los administrativistas germanos del siglo XIX, los autores que sentaron las bases del utilitarismo penal argumentaron que, una de las condiciones de legitimidad de toda

intervención penal es que los beneficios que ella reporte en términos de protección de libertad han de ser mayores que el inevitable sacrificio de libertad que ella acarrea².

En segundo lugar, también es discutible que la exigencia de proporcionalidad de las penas esté ligada irremisiblemente a una perspectiva *ex post*, que mira a la gravedad del delito ya cometido como parámetro de la pena a imponer, ya que también es posible asegurarla desde una perspectiva *ex ante*. Tiene razón Santiago Mir Puig cuando señala que es posible incorporar la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito dentro del juicio de proporcionalidad en sentido estricto siempre y cuando se abandone la perspectiva *ex post*, propia de la retribución, para, en su lugar, adoptar la perspectiva *ex ante*, propia de la prevención. Desde esta óptica, señala Mir «la proporcionalidad estricta entre la pena y el delito no ha de basarse en la comparación con la gravedad del delito cometido como algo pasado a compensar mediante una pena 'equivalente',... por que dicha gravedad es también la gravedad de todos los delitos iguales que se quieren prevenir en el futuro con la pena a imponer» (Mir Puig, 2009: 1369).

Finalmente, como argumentaré a continuación, el «equilibrio entre los presupuestos de la reacción penal y la pena misma», al que se refiere la profesora Navarro, y que equivale a la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito, bien puede ser garantizado, sin sacrificar su contenido garantista, si se interpreta el juicio de proporcionalidad en sentido estricto como un examen de los costos y beneficios de la intervención penal.

3. EN DEFENSA DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Además de las dos tesis ya examinadas, un sector doctrinal sostiene la *tesis de la compatibilidad*, al considerar que, si bien no cabe asimilar la proporcionalidad de las penas con el subprincipio de estricta proporcionalidad, es posible acomodar la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito dentro de la ponderación que se lleva a cabo en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (Lascurain Sánchez, 1998: 174, 188; Mir Puig, 2009: 1370³). En un trabajo anterior propuse una interpretación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, aplicable al control de constitucionalidad de las leyes que definen delitos y penas, que se enmarca en esta perspectiva (Lopera Mesa, 2006: 500 y ss.). En esta ocasión volveré sobre esta propuesta, con el fin de argumentar que, pese a responder a una lógica consecuencialista de coste-beneficio, el uso del principio de proporcionalidad no necesariamente comporta el sacrificio de la garantía en virtud de la cual la gravedad de la pena no puede exceder la del delito, como lo sugiere la profesora Irene Navarro.

Una vez acreditada la idoneidad y necesidad de la imposición de pena, la aplicación del principio de proporcionalidad culmina con el examen de proporcionalidad en sentido estricto. En el control de constitucionalidad de las leyes penales, este juicio se concreta en una ponderación entre los *beneficios* que cabe esperar de la criminalización de una conducta, desde la perspectiva de la protección del bien jurídico cuya tutela se pretende, y los *costes* para los derechos fundamentales que se verían afectados con la amenaza (y eventual) imposición de pena. Se trata de establecer si, en el caso concreto, el grado de satisfacción de los principios constitucionales que justifican la

² Al respecto, y tras examinar el pensamiento penal de la Ilustración, concluye Ferrajoli que «los sufrimientos penales – coinciden en afirmar Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Blackstone, Filangieri, Pagano, Hume, Bentham y von Humboldt – son precios necesarios para impedir males mayores, y no homenajes gratuitos a la ética, la religión o el sentimiento de venganza» (Ferrajoli, 1989: 259 y s., cursivas añadidas). Para un examen detenido de este aspecto de la filosofía penal de la Ilustración vid. Prieto Sanchis, 2003)

³ Si bien este autor advierte que «la exigencia de proporcionalidad estricta del principio de proporcionalidad en sentido amplio incluye la necesidad de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del ataque al bien jurídico penal (la gravedad del injusto penal), pero no el postulado de que la culpabilidad es el límite a la pena, que ha de operar de forma absoluta en base a otro principio distinto al de proporcionalidad, que es el de culpabilidad» (Mir Puig, 2009: 1370)

intervención penal del legislador logra compensar el grado de afectación de los derechos fundamentales que se ven comprometidos por la definición legislativa del delito y su correspondiente pena.

Acogiendo la formulación del juicio de ponderación propuesta por Robert Alexy, para determinar el peso que ha de asignarse a cada uno de los principios en juego, es preciso atender a tres variables: en primer término, *el grado de afectación/ satisfacción* que para cada uno de los principios constitucionales en juego (bien jurídico protegido, derechos fundamentales afectados por la definición del delito y de la pena) se deriva de la medida enjuiciada; en segundo lugar, su *peso abstracto*, esto es, la importancia material de los derechos fundamentales afectados y de los bienes jurídicos protegidos; y finalmente, la *seguridad de las premisas empíricas* que sustentan los argumentos a favor y en contra de la imposición de pena (Alexy, 2002: 37 y ss.; Bernal Pulido, 2003: 760 y s.; 2003a: 227 y s.).

Ahora bien, la exigencia de proporcionalidad de las penas no sólo no resulta negada sino que, por el contrario, queda comprendida dentro de la más amplia ponderación entre los costos y los beneficios de la intervención penal que se lleva a cabo en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Ello es así por que mientras en la columna de los «costes» se integra el examen de la gravedad de la pena como una de las variables a considerar al momento de determinar el grado de afectación de los derechos fundamentales limitados por la definición legislativa de la norma de sanción, del otro lado se tiene en cuenta la gravedad del delito (valor del bien jurídico y lesividad de la conducta), como un criterio para determinar el grado de satisfacción del bien jurídico, que será mayor cuanto más grave sea la conducta que se trata de prevenir mediante la intervención penal del legislador. Esto implica que, para mantener la proporcionalidad entre costos y beneficios de la intervención penal, aumentos en la clase y cuantía de la sanción (gravedad de la pena) deben ser compensados por aumentos en la importancia del bien jurídico y en la lesividad de la conducta inculpada (gravedad del delito).

Pero tal diseño requiere que en la ponderación que tiene lugar en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se tengan en cuenta dos criterios para determinar el grado de satisfacción del bien jurídico que se aduce como fundamento de la intervención penal:

- a) *Cuanto más lesiva para el bien jurídico sea la conducta descrita en el tipo penal, tanto más contribuirá su prohibición a la protección del bien jurídico.* Dicho en sentido contrario, cuanto más remota sea la relación entre la conducta prohibida y la lesión del bien jurídico, menor será la intensidad con que su penalización satisfaga el principio que ordena proteger dicho bien jurídico⁴.
- b) *La intervención penal dirigida a prevenir ataques dolosos al bien jurídico representará un nivel de satisfacción mayor del bien jurídico del que supone la prevención de ataques imprudentes.* Esto debido al especial desvalor de acción asociado a los primeros y la mayor trascendencia que tendría la omisión de la intervención legislativa en el caso de los delitos dolosos respecto de las formas de comisión imprudentes, las cuales sólo de modo excepcional se consideran relevantes para el derecho penal.

Lo que ocurre es que se trata de un diseño posible, pero no inexorable. No constituye una implicación necesaria, que venga asegurada por la estructura misma del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, sino que es el resultado de una elección entre distintos criterios de ponderación posibles. De hecho, si se asume una doctrina

⁴ Desde esta perspectiva, la penalización de un delito de lesión representa una contribución más intensa a la protección del bien jurídico en relación con la prohibición de conductas que representan un peligro concreto para el mismo y, a su vez, éstas últimas se sitúan en un umbral de satisfacción mayor del que ocupa la conminación penal de conductas que sólo entrañan un peligro abstracto para el bien jurídico, las cuales supondrían apenas una contribución leve para su protección.

de justificación externa (y de legitimidad constitucional del derecho penal) basado en el exclusivo fin de prevenir delitos, nada se opondría a formular estos criterios de un modo diametralmente opuesto al anterior. En efecto, en la conocida sentencia de la penalización de la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia el Tribunal Constitucional español admite un criterio de ponderación justamente contrario al primero de los aquí propuestos, al afirmar que «el peligro abstracto o remoto puede merecer un castigo mayor que el próximo», pues «de no atajarse el peligro abstracto se incrementaría de modo incalculable el número de casos en que se produciría un peligro próximo»⁵. Dicho de otro modo, *cuanto más se anticipen las barreras de punición, mayor será la contribución a la protección del bien jurídico*.

También, en ese orden de ideas, cabría formular de modo inverso el criterio atinente a la modalidad de imputación subjetiva, considerando que la sola existencia de un tipo imprudente permite subsumir modalidades de comisión dolosa, mientras que no sería cierto lo contrario, pues de existir sólo el tipo doloso no cabría su aplicación a modalidades de comisión imprudente. Al hilo de este razonamiento sería forzoso concluir que *la modalidad de tipificación imprudente ofrecería «mayor» protección al bien jurídico, por cuanto permitiría sancionar un género más amplio de conductas en relación con las que quedan comprendidas en un tipo doloso*.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto deja abierta a la discrecionalidad del intérprete la elección entre unos u otros criterios y, en esa medida, se pone en evidencia uno de los límites de racionalidad de la ponderación a los que se refiere Carlos Bernal (Bernal Pulido, 2003a: 232 y ss.). Pero el que se trate de una elección discrecional no equivale a afirmar que sea arbitraria, que todo valga. Precisamente allí, para fundamentar la elección entre una u otra alternativa, entran en juego tanto criterios de racionalidad, ajenos a la proporcionalidad en sentido estricto, pero compatibles con ésta, que condicionan tanto la legitimidad externa como la validez constitucional de la intervención penal.

Criterios que en este caso tienen que ver con la exigencia de proporcionalidad de las penas, la cual reclama menor sanción para los delitos de peligro respecto de los delitos de lesión y menor pena para los delitos imprudentes en relación con la establecida para los delitos dolosos. En consecuencia, solo resultaría admisible emplear el primer par de criterios de ponderación antes señalados —*a mayor lesividad, a mayor desvalor de acción*— para valorar el grado en que la norma penal enjuiciada contribuye a la satisfacción del bien jurídico objeto de protección.

Fundamentación que, dicho sea de paso, resulta compatible con una pauta sugerida por Alexy para determinar la importancia de la satisfacción del principio que justifica la intervención (en este caso el que ordena la protección del bien jurídico). Dicha pauta consiste en indagar por la trascendencia que para la satisfacción de tal principio tendría la omisión de la medida enjuiciada (Alexy, 2003: 780). No cabe duda que, desde esta perspectiva, la omisión de sancionar penalmente lesiones dolosas a un bien jurídico tendrá mayor relevancia que la de sancionar meras puestas en peligro o modalidades imprudentes de ataque. Aplicando este criterio, cabría considerar que la despenalización del homicidio doloso constituye una omisión sin duda más grave que la despenalización del porte de armas o de la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia. Siendo así, se comprende entonces por qué la sanción del homicidio doloso contribuye en mayor medida a la satisfacción del principio que ordena proteger la vida, el cual constituye el fin mediato que suele invocarse como justificación de todos estos tipos penales cuando se enjuicia su constitucionalidad.

¿Y por qué razón hemos de cerrar esta brecha de discrecionalidad apelando a la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito? ¿Acaso no queda ésta huérfana de justificación una vez se renuncia a fundamentaciones retributivas, para optar en cambio por doctrinas de justificación relativas y utilitaristas?

⁵ STC 161/1997, F. J. 13.a) (Delito de negativa a someterse a pruebas de alcoholemia).

Existe un amplio acuerdo en señalar que las garantías comúnmente asociadas a la idea de retribución (culpabilidad y proporcionalidad de las penas) representan principios restrictivos que operan como límites *externos* a la lógica de la prevención. Sin embargo, para quienes han renunciado a una fundamentación retributiva del castigo ¿cuál es la razón que justifica la exigencia del límite de la proporcionalidad entre pena y delito?

Aunque se han propuesto diversas estrategias para fundamentar la proporcionalidad de las penas en el marco del utilitarismo clásico, que concibe la prevención de los delitos como un justificador del derecho penal, creo que sólo se logra una justificación satisfactoria de dicha exigencia a partir de un utilitarismo penal reformado, en la línea propuesta por autores como Michael Baurmann y, en su día, por Jesús Silva Sánchez en España (Baurmann, 1990: 109-159; Silva Sánchez, 1992: 211 y ss., 241 y ss.). Esta perspectiva invita a concebir el derecho penal como una institución antinómica por definición, al pretender asegurar la libertad mediante la agresión de la libertad; de ahí que su justificación pase necesariamente por hacer frente a la contradicción que está en su origen.

En este orden de ideas, el derecho penal en un estado constitucional debe responder a la doble pretensión de contener la violencia representada por los delitos y las reacciones informales a los mismos pero, a la vez, reducir la propia violencia punitiva estatal a través del empleo de la forma jurídica. Ambas finalidades se contraponen, toda vez que, en línea de principio, una mayor eficacia en la prevención de delitos y reacciones informales parecería reclamar cotas más altas de violencia punitiva estatal, a fin de disuadir a los posibles infractores y dar satisfacción a las demandas sociales de castigo; por su parte, el fin de reducción de la violencia punitiva estatal requiere rodear toda intervención penal de un conjunto de límites y garantías que eventualmente pueden disminuir la eficacia preventiva del derecho penal, una de las cuales es precisamente la que prescribe que la violencia de la pena no ha de sobrepasar en ningún caso la gravedad del delito. Aunque tendencialmente incompatibles, ambas finalidades convergen, no obstante, en un objetivo común, cual es el asegurar los derechos y libertades de los individuos, en el primer caso frente a la amenaza proveniente de otros particulares, expresada en delitos y punitivos informales, y en el segundo frente a la violencia proveniente de la propia intervención penal del estado.

La realización de este segundo fin requiere establecer un *límite máximo* a la coacción que el estado está autorizado a emplear para conseguir el fin de prevenir delitos. El principio de proporcionalidad de las penas, al prescribir que la gravedad de la pena no debe superar en ningún caso la del delito conminado en abstracto o sancionado en concreto, suministra ese umbral máximo, y en esa medida se ofrece como un medio para contener la violencia punitiva estatal dentro de límites acordes con el principio de dignidad humana.

Sin desconocer la indeterminación que aqueja al principio constitucional de dignidad humana, que ha llevado a algunos a devaluar su fuerza normativa y a presentarla como una cláusula que se presta a ser llenada con cualquier contenido, lo cierto es que, de la mano de la herencia ética kantiana, uno de sus significados menos disputados es la prohibición de instrumentalizar al individuo al servicio de fines que le son ajenos. Desde esta perspectiva, la dignidad humana ofrece fundamento a las garantías tradicionalmente asociadas a la idea de retribución, como son la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito como medida del castigo y de culpabilidad como presupuesto de la pena. Y en tanto el respeto a la dignidad humana constituye no sólo una condición de legitimidad externa sino de validez constitucional de toda actuación estatal, igual ocurre con las garantías de proporcionalidad de las penas y culpabilidad, que vienen a concretar su significado como límite al legislador penal.

En definitiva, la exigencia de proporcionalidad de las penas, aunque no viene necesariamente implicada por el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, puede y debe ser integrada dentro de este último. Lo primero porque, pese a sus diferencias,

los criterios de ponderación que concuerdan con la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito pueden ser acogidos sin problema dentro del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Lo segundo porque la integración de estos criterios viene exigida por garantías penales que operan como criterios de distribución del castigo y que están asociadas al mandato constitucional que ordena respetar la dignidad humana.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguado Correa, Teresa. 1999. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa.
- Alexy, Robert. 2002. «Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», trad. C. Bernal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66. págs. 13-64.
- Alexy, Robert. 2003. «Die Gewichtsformel», en *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenchein*, J. Jickeli, M. Kreuzt y D. Reuter (eds.), Berlín, W. De Gruyter, págs. 771-792.
- Arroyo Zapatero, Luis. 1998. «Derecho penal económico y constitución». *Revista Penal*, 1. págs. 1-15.
- Baurmann, Michael. 1990. «Strafe im Rechtsstaat». En: M. Baurmann y H. Kliemt (eds.). *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*. Freiburg: Karl Alber, págs. 109-159.
- Berdugo, Ignacio / Luis Arroyo / Nicolás García Rivas / Juan Carlos Ferré / José Ramón Serrano. 1999. *Leciones de derecho penal. Parte General*. 2.ª ed. Barcelona: Praxis.
- Bernal Pulido, Carlos. 2003. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, Carlos. 2003a. «Estructura y límites de la ponderación». *Doxa*, 26. págs. 225-238.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos. 1995. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cobo del Rosal, Manuel y Tomás Vives Antón. 1996. *Derecho Penal. Parte General*. 4.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cuerda Arnau, María Luisa. 1997. «Aproximación al principio de proporcionalidad en derecho penal». En *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia: Universitat – Instituto de Criminología. págs. 447-491.
- Demetrio, Eduardo. 1999. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: U. de Salamanca.
- Díez Ripollés, José Luis. 2003. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta.
- Dolcini, Emilio. 1979. *La commisurazione della pena*. Padua: Cedam.
- Ferrajoli, Luigi. 1989. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 1.ª ed. en castellano (1995). Trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero. Madrid: Trotta.
- García Arán, Mercedes. 1982. *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*. Barcelona: Ediciones U. de Barcelona.
- García Rivas, Nicolás. 2002. «Los principios del derecho penal constitucional (II): El principio de proporcionalidad de las consecuencias jurídicas». En www.iustel.com/biblio.asp
- Lascaraín Sánchez, Juan Antonio. 1998. «La proporcionalidad de la norma penal». *Cuadernos de Derecho Público*, 5. págs. 159-189.
- Lopera Mesa, Gloria Patricia. 2006. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Mir Puig, Santiago. 2002. «Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal». En: J. I. Echano Basaldúa (edit.), *Estudios en memoria de José María Lidón*. Bilbao: Universidad de Deusto. págs. 349-366.
- Mir Puig, Santiago. 2009. «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal». En: J. C. Carbonell Mateu, J.L. González Cussac, E. Orts Berenguer (Dir.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo II, Valencia, Tirant Lo Blanc, págs. 1357-1382).
- Navarro Frías, Irene. 2010. «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?», *Indret*, 2/2010, págs. 1-33. (<http://www.indret.com/pdf/724.pdf>)
- Prieto Sanchis, Luis. 2003. *La filosofía penal de la Ilustración* México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Prieto Sanchis, Luis. 2003b. «La limitación constitucional del legislador penal». En: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta. págs. 261-298.
- Roxin, Claus. 1997. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. trad. de la 2.ª ed. Alemana por D. M. Luzón Peña, Madrid, Civitas.
- Sánchez García, Isabel. 1994. «El principio constitucional de proporcionalidad en el derecho penal», *La Ley*, 4, págs. 1114-1124.
- Silva Sánchez, Jesús María. 1992. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.
- Urquiza Olaechea, José. 2002. «Principio de proporcionalidad penal». En: J. L. Díez Ripollés, et al (eds.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr D. José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos. p.p. 193-210.

La Reforma de la Parte General del Derecho Penal en la LO 5/2010

Fidel Ángel CADENA SERRANO

I. EL PREÁMBULO DE LA LO 5/2010

Como expone el Preámbulo de la Ley que se estudia, la evolución social de un sistema democrático como el que con figura la Constitución española impone la necesidad de someter al ordenamiento jurídico a un proceso constante de revisión. La razón es clara. El ejercicio del *ius puniendi* y su necesaria actualización normativa, colocan en estado de permanente tensión a un Código Penal que debe debatirse entre el respeto a los derechos fundamentales y la preservación de los conceptos de libertad y de seguridad, valores superiores del Estado de Derecho, consagrados como tales en el artículo 1 CE.

En este contexto, el legislador enmarca la reforma en la confluencia de varias ordenadas distintas. Éstas serían «las obligaciones internacionales contraídas por España, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea¹, la experiencia de aplicación del Código, que ha ido poniendo en evidencia algunas carencias o desviaciones que es preciso corregir y la cambiante realidad social, que determina el surgimiento de nuevas cuestiones que demandan ser abordadas». Como vemos, en la reflexión del legislador también existe espacio para la autocrítica, pues recordando el concepto de la «legislación motorizada» de Karl Smith y la tentación de recurrir a la reforma a golpe de acontecimientos sociales y de impulsos mediáticos, acaba por reconocer que «los numerosos y en ocasiones acelerados cambios introducidos en la arquitectura original del texto de 1995 han producido algunos efectos de distorsión o incongruencia necesitados de corrección».

A todo ello trata de dar respuesta la Ley que se comenta. En el ámbito de la Parte General del Derecho Penal, la enumeración de algunas de las reformas más relevantes, que luego trataremos de explicar en extensión, sería la siguiente:

- a) En materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. También se ha alterado el contenido de la circunstancia agravante n.º 4 del artículo 22 CP, incorporando el elemento sub-

¹ En esta Ley se incorporan al Derecho español las siguientes normas de la Unión Europea:

Decisión Marco 003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.

Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información.

Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo.

Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal.

Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado).

- jetivo de la discriminación basada en el móvil referido a la «identidad sexual de la víctima).
- b) En sede de cumplimiento de pena, se ha modificado el régimen de clasificación del condenado en tercer grado penitenciario en determinados supuestos cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de trece años, delitos cometidos en el seno de una organización criminal y delitos de terrorismo.
 - c) Se ha introducido la medida de seguridad de libertad vigilada, cuya novedad sustancial reside en que resultará aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relacione con estados patológicos que han de terminado su inimputabilidad o semi-inimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad derive del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa, como ocurre con determinados supuestos de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y terrorismo.
 - d) En el capítulo de penas, por la falta de mecanismos de respuesta alternativos a las llamadas «penas cortas» en el CP, se le confiere una mayor extensión y contenido a la pena de localización permanente, tanto en el ámbito de la sustitución de penas de prisión que no excedan de seis meses, como en la sanción de conductas constitutivas de faltas reiteradas de hurto que generan inseguridad. Igualmente se introduce la pena menos grave de pérdida de la posibilidad de obtener ayudas y subvenciones públicas y el derecho a obtener beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social cualquiera que sea su duración. Se crea de nuevo cuño la pena de privación de la patria potestad.
 - e) En sede de ejecución de penas, se aborda el problema de la prisión preventiva y se modifica el artículo 58 CP para dejar claro que en los supuestos de prisión preventiva sufrida por quien como penado está cumpliendo, al mismo tiempo, otra pena, solamente será de abono el tiempo de prisión «realmente sufrido» en la liquidación de condena referente a la pena que en que se haya decretado.
 - f) Se ha regulado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciéndose un catálogo de penas y atenuantes para las mismas.
 - g) En el ámbito de las consecuencias accesorias del delito, se ha traspuesto la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Como se recoge en el instrumento internacional, el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito se convierte en objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquélla. El decomiso se refiere especialmente a los delitos de terrorismo y a los cometidos por grupos organizados. Asimismo, se faculta a los jueces y tribunales para acordar el comiso cuando se trate de un delito imprudente que lleve aparejada en la ley la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año.
 - h) En el ámbito de la prescripción del delito, con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica, se ha optado por una regulación detallada del instituto. Se ha abordado el problema de los efectos que para la interrupción de la prescripción puede tener la presentación de denuncias o querrelas y para ello se opta por suspender el cómputo de la prescripción por un máximo de seis meses o dos meses, según se trate de delito o falta, desde dicha presentación, siempre que sea ante un órgano judicial y contra una persona determinada. También se ha optado por elevar el plazo mínimo de prescripción de los delitos a cinco años, suprimiendo por tanto el plazo de tres años que hasta ahora regía para los que tienen señalada pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años. Asimismo se ha definido, en términos demasiado estrictos, impropios de esa

fase procesal, qué deberá entenderse por dirección del procedimiento contra el culpable.

- i) Se ha precisado en algunos extremos la forma de aplicación de la medida de seguridad de expulsión de extranjeros, extendiéndose su regulación dentro del CP a supuestos de tercer grado y cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena de cualquier pena privativa de libertad. También se regula el ingreso en centros de internamientos, con los límites y garantías legales, de los extranjeros condenados respecto de los que se acuerda la expulsión, pero que se hallen en situación de libertad.

Nuestro trabajo se limitará al análisis de las citadas modificaciones.

II. LA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS Y LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN POR MOTIVO DE LA IDENTIDAD SEXUAL

I. La atenuante de dilaciones indebidas

En el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, se ha modificado el artículo 21.6 CP para considerar circunstancia atenuante «la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa».

La introducción de la atenuante en el catálogo general del artículo 21 CP ha sido obra de la reforma comentada. Como explica el Preámbulo de la LO 5/2010, «de esta manera se recogen los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía».

La posibilidad de aplicar una atenuante analógica basada en la respuesta judicial insatisfactoria al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, contemplado y proclamado en el artículo 24.2 CE, había sido objeto de controversia en doctrina y jurisprudencia. La tesis sobre su aplicación como atenuante proviene de Jescheck, que en su Tratado de Derecho Penal reserva un capítulo especial a las vulneraciones de derechos fundamentales en el proceso que tienen o alcanzan efecto compensador de la culpabilidad. El Tribunal Supremo Alemán (BGH) mantiene este mismo criterio y atenúa la pena aplicable en los casos en los que la duración del proceso ha superado el tiempo razonable para su desarrollo.

La atenuante pretende compensar los perjuicios causados por el retraso indebido en la tramitación del procedimiento² y es, como hemos visto, de origen jurisprudencial, pues los Tribunales aplicaban la atenuante como analógica antes de la reforma, pese a resultar más que discutible que guardase relación de semejanza o identidad con alguna de las atenuantes típicas.

La doctrina más crítica con la decisión legislativa de incorporación de la atenuante, destaca que la introducción de la misma en el CP —que no figuraba en el Proyecto de Ley y que se añadió a éste por la Comisión de Justicia del Congreso— no sirve sino para poner de manifiesto la incapacidad del Ejecutivo para reformar la Justicia, resaltando que la única virtud derivada de su inclusión en el Código radica en el hecho de que la atenuante dejará de ser una construcción jurisprudencial, evitando así que el TS se «investe el derecho» invadiendo espacios reservados al legislador. La misma doctrina destaca que el reconocimiento de eficacia de atenuación de la pena a las dilaciones indebidas sirve al propósito de evitar que los justiciables se olviden de la responsabilidad orgánica de jueces y magistrados contemplada en los artículos 417.9 y 418.11 LOPJ³.

² Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal. Parte General*. 8ª Edición. Tirant lo Blanc, pág. 487, Valencia 2010.

³ Álvarez García, F.J., *La Reforma Penal de 2010. Análisis y Comentarios*, Coordinador Quintero Olivares. Aranzadi. Thompson Reuters, 2010.

El Tribunal Supremo español, en relación con la atenuante estudiada, y sus consecuencias jurídicas ha sufrido un proceso de adaptación. En un primer momento, con apeyo en la doctrina mantenida en la doctrina del TC, había venido declarando que la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, no podía corregirse reduciendo la pena a través de la atenuante analógica del artículo 9.10 CP —hoy, artículo 21.6 CP—, ofreciendo, en cambio, como fórmula de adecuación para reparar la lesión producida la solicitud de indulto por la vía del artículo 2 CP —hoy, 4.3 CP— y la petición de indemnización por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. Ciertamente, como el artículo 9.10 CP —hoy, 21.6 CP— partía de la análoga signi ficación con las circunstancias anteriores, y ésta era interpretada en clave de « semejanza en la estructura y características con las restantes» no era fácil encajar en el ámbito del artículo 9.10 CP la atenuante por dilaciones indebidas, pues no presentaba similitud normativa con ninguna de las precedentes catalogadas como típicas. Por otro lado, la circunstancia no representaba una disminución del reproche que tuviese razón de ser en un comportamiento personal del autor que contribuyese a rebajar la intensidad de la culpabilidad, pues la atenuante no se basaba en un «acto valioso» del imputado, realizado en el momento de cometer el hecho o incluso después del mismo y valorable como «acto contrario» o de «protección de la víctima», sino que su repercusión jurídica provenía del transcurso del tiempo y la inacción de los órganos jurisdiccionales encargados de tramitar el procedimiento. De ahí la primera solución que se ofrecía. En esta línea de evitar compensaciones en el momento de individualizar la pena y deferir la solución a la vía del indulto y de las indemnizaciones sigue manteniéndose el TEDH, según, entre otras, su sentencia de 4.9.2006.

La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, y seguida por el Tribunal Supremo en la fase inicial⁴, había venido conyugando el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas que contempla el artículo 24.2 de la Constitución en términos similares a como lo hace el artículo 14.3.c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, o el artículo 6.1 del Convenio de Roma, esto es, como un concepto jurídico indeterminado, que no se identi ficaba con el mero incumplimiento de los plazos procesales, ni resultaba violado en todos los casos en que el proceso tuviera una duración anormal, y que, por su imprecisión, exigía examinar cada supuesto en concreto a la luz de los factores objetivos y subjetivos que fueran congruentes con su enunciado genérico.

Sin embargo, tras el Pleno no Jurisdiccional de 21.5.1999, el Tribunal Supremo cambió de criterio, adoptando el Acuerdo siguiente:

«La solución jurisdiccional a la lesión producida por la existencia de un proceso con dilaciones indebidas ha de ser su compensación en la penalidad procedente al delito a través de la circunstancia de análoga significación del artículo 21.6 del Código Penal, exigiendo e para la apreciación de la lesión, la invocación previa por parte de quien la sufre».

Este nuevo criterio, que ponía su acento en que las dilaciones indebidas no son un presupuesto de la validez de la sentencia, pero que otorgan la posibilidad de compensar la culpabilidad del autor por la vía de la atenuación analógica, fue seguido en numerosas sentencias posteriores del TS, tales como las de 28.6.2000; 1.12.2001; 25.10.2007; 19.9.2008 o 14.5.2009. En este sentido, el ATS de 12.9.2008, declaró que «en cuanto a sus efectos, esta Sala ha descartado, sobre la base del artículo 4.4 ° del

⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional 36/84 de 14 de marzo, 5/85 de 23 de enero, 155/85 de 12 de octubre, 133/88 de 4 de julio, 223/88 de 25 de noviembre, 255/88 de 21 de diciembre, 28/89 de 6 de febrero, 50/89 de 21 de febrero, 81/89 de 8 de mayo, 85/90 de 5 de mayo, 139/90 de 17 de septiembre, 151/90 de 4 de octubre, 10/91 de 17 de enero, 37/91 de 14 de febrero, 49/91 de 11 de marzo, 61/91 de 20 de marzo, 224/91 de 25 de noviembre, 73/92 de 13 de mayo, 215/92 de 1 de diciembre, 69/93 de 1 de marzo, 150/93 de 3 de mayo, 197/93 de 14 de junio, 313/93 de 25 de octubre; 324/94 de 1 de diciembre, 20/95 de 24 de enero, 144/95 de 3 de octubre, 109/97 de 2 de junio, 78/98 de 31 de marzo, 99/98 de 4 de mayo, 43/99 de 22 de marzo, 7/02 de 14 de enero, 160 y 166/04 de 4 de octubre y 177/04 de 18 de octubre; Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1990, 12 de febrero, 22 de marzo, 18 de diciembre de 1992, 26 y 29 de enero y 5 de marzo de 1993.

Código Penal, que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación. El fundamento de esta decisión radica en que la lesión causada injustiçcadamente en el derecho fundamental como consecuencia de la dilación irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho, de forma análoga a los efectos atenuatorios que producen los hechos posteriores al delito recogidos en las atenuantes 4.ª y 5.ª del artículo 21 del Código Penal. Precisamente, en relación con estas causas de atenuación, las dilaciones indebidas deben reconducirse a la atenuante analógica del artículo 21.6ª del Código Penal».

Este cambio normativo fue posible a través de la revisión del concepto de la atenuante por analogía. El TS quiso darle más amplitud para que pudiese cobijar en su seno la atenuante referida como analógica. Así, el ATS de 7.6.2007, invocaba la amplitud del concepto de la atenuación por analogía, sobre los siguientes presupuestos dogmáticos:

«Por ello, esta Sala considera que pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía: a) En primer lugar, aquéllas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del artículo 21 del CP. b) En segundo lugar, aquéllas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas. c) En un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales. d) En cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial deñidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido. e) Por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del artículo 21 del CP, lo que en ocasiones se ha traducido en la consideración de una atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas».

De esta manera, antes incluso de la LO 5/2010, la doctrina de la Sala II había encontrado la forma de dotar de efecto compensador de la culpabilidad por el hecho a las dilaciones indebidas, fundamentando su aplicación analógica, tanto en la conexión directa con la idea genérica que informa las restantes atenuantes, como en su virtud reparadora de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente aquél que proscribía las dilaciones indebidas.

Con la reforma comentada, el CP ha dado carta de naturaleza a la doctrina del TS, incorporando la atenuante a su regulación normativa. La atenuante estudiada parte de un presupuesto, la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, al que añade dos condiciones negativas: que dicha dilación no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. Veámoslos.

I.1. Dilación extraordinaria e indebida

La oración expresada exige el análisis de sus elementos. En cuanto al sustantivo «dilación» debe entenderse, no tanto como una lenta tramitación del procedimiento, cuanto como una completa inactividad procesal, sin necesidad de que haya intervenido malicia en los órganos jurisdiccionales⁵. El adjetivo «indebida» referido a la dilación nos obliga a considerar que no todo periodo de paralización constituye *per se* el presupuesto de esta atenuación, pues existen situaciones de completa inacción procesal justiçcadas por la sucesión del procedimiento y la necesidad de respetar sus pausas naturales, como los tiempos invertidos en la realización de diligencias de investigación

⁵ STS de 20.2.2006 y 1.7.2004.

ordenadas, tales como interpretación o traducción de textos, transcripción de conversaciones telefónicas o ejecución de comisiones rogatorias⁶. Además la dilación habrá de ser «extraordinaria», sin que basten los retrasos ordinarios debidos a las meras deñiciencias estructurales, «no atribuibles al imputado» y «no proporcionada con la complejidad de la causa»⁷.

Pese al esfuerzo clarificador, el plazo razonable, la ausencia de retrasos, el tiempo prudente, ordinario y normal, «la dilación indebida y extraordinaria» siguen siendo conceptos tan imprecisos que se hace imprescindible integrarlos con sujeción a los Convenios Internacionales y a la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional español.

Decíamos que el art 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable».

El TEDH, aplicando dicho precepto, ya en los casos Ringeisen (Sentencia de 16 de julio de 1971), Buchholz (Sentencia de 6 de mayo de 1981), Zimmermann y Steiner (Sentencia de 13 de julio de 1983), Poiss (Sentencia de 23 de abril de 1987), Moreira De Azevedo (Sentencia de 23 de octubre de 1990), Wiesinger (Sentencia de 30 de octubre de 1991), Silva Pontes (Sentencia de 23 de marzo de 1994), Acquaviva (Sentencia de 21 de noviembre de 1995), Selmouini (Sentencia de 28 de julio de 1999), González Doria Durán De Quiroga contra España (STEDH de 28 de octubre de 2003), y López Sole y Martín De Vargas contra España (STEDH de 28 de octubre de 2003) había establecido que «el carácter razonable de la duración de un procedimiento se evalúa considerando las circunstancias de la causa y los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal en particular, el grado de complejidad del caso, la conducta de los demandantes y la de las autoridades competentes, el número de acusados del proceso o de los hechos que son su objeto, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual período temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal, y la conducta de los órganos judiciales en relación con los medios disponibles, sin que pueda entenderse que las deñiciencias estructurales de la Administración de Justicia excluyan la violación del derecho fundamental, aunque sí puedan eventualmente exonerar de responsabilidad al titular del órgano judicial». (Véase fundamentalmente la sentencia del caso Zimmermann y Steiner de 13 de julio de 1983).

Es también el TEDH quien ha señalado que el período a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación personal, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. Así se expresa la Sentencia del TEDH de 28 de octubre de 2003, en el caso López Sole y Martín De Vargas. Para ella, el «dies a quo» para el cómputo de las dilaciones indebidas no será el de la fecha en que se cometió el delito, sino el de «incoación del procedimiento penal, o, en su caso, el de adopción de medidas cautelares contra el imputado»⁸.

El Tribunal Supremo ha reiterado ese carácter indeterminado del concepto y la necesidad de su concreción en cada caso con arreglo a las pautas mencionadas. Aunque sólo sea como ejemplo de su posición pueden citarse supuestos en los que se declara inexistente la vulneración del derecho fundamental, pese al incumplimiento de los plazos o el transcurso del tiempo. Así la STS 175/2001 de 12 de febrero, en causa que fue inicialmente señalada en Juzgado de lo Penal y en la que posteriormente se determinó con el consiguiente retraso, la competencia de la Audiencia Provincial, descartó la apreciación del concepto, pues aunque el tiempo de espera para el señalamiento

⁶ Goyena Huerta, J., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010. También ATS de 18.9.2008.

⁷ SSTs de 28.6.2006; 28.7.2001 y 28.10.2003.

⁸ Expresión utilizada en la referida STEDH de 28.10.2003.

lamiento no fue « desde luego el que sería deseable en una situación ideal en que los Órganos Jurisdiccionales soportasen una carga competencial adecuada, tampoco resulta notoriamente excesivo o desproporcionado atendiendo a la necesidad de ordenar los señalamientos en función de la antigüedad de las causas pendientes de celebración del juicio oral, y lo cierto es que no consta que la parte recurrente hubiese denunciado en momento alguno la supuesta dilación para que pudiese subsanarse debidamente en el propio órgano jurisdiccional si ello fuese posible».

La STS 705/2001, de 30 de abril, negó también el carácter indebido de la dilación por tratarse de una causa integrada por 2823 folios y en la que hubieron de traducirse multitud de conversaciones telefónicas intervenidas. La STS 415/2002, de 8 de marzo, denegó la atenuación por dilaciones indebidas por el carácter complejo y vasto de la causa. La STS 1151/2002, de 19 de junio, igualmente denegó la atenuación por dilaciones indebidas por la complejidad de la causa y los muchos implicados, lo que justificaba la tardanza en su tramitación. La STS 1478/2002, de 19 de septiembre, denegó igualmente la vulneración constitucional por el mero transcurso de 2 años desde la denuncia hasta la Sentencia en un proceso por malversación de caudales y falsedad documental. La STS 905/2003, de 18 de junio, en causa en que los hechos se juzgaron el 12 de marzo de 2002 y la fecha de la sentencia fue de 4 de abril de 2002, notificada el 17 de junio de 2002, reiteró su negativa a estimar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas porque « se trata de un retraso que a lo sumo puede integrar una mera irregularidad procesal singularmente en relación a la fecha de la sentencia y la notificación, irregularidad que obviamente carece de la entidad para integrar una quiebra del derecho a un juicio sin dilaciones; debe recordarse que las dilaciones suponen cualitativamente un plus diferente al mero cumplimiento de los plazos procesales, y aquí sólo ha habido una quiebra del plazo procesal».

En el mismo sentido contrario a la apreciación de la atenuante analógica, la STS 892/2004, de 5 de julio, analizando un supuesto en el que la sentencia se dictó 13 meses después de celebrado el juicio consideró que se trataba de un retraso inamisible y difícilmente explicable, dados los inconvenientes de todo tipo que produce, así como las competencias que la Ley atribuye a Presidentes de Sección, de Audiencia y demás órganos de inspección judicial; pero añadiendo que « se desconocen también datos fundamentales como la carga de trabajo que pesó sobre el Tribunal sentenciador, y, especialmente sobre el ponente, así como el estado de salud de que pudiera haber gozado el mismo (la prensa de estos días ha recogido su fallecimiento). Y tampoco consta que ninguna de las partes hubiera puesto en conocimiento del Tribunal su extrañeza por la dilación que ahora constituye objeto de su reclamación, instando del Tribunal alguna solución como las previstas en los artículos 257.4, 258 ó 261 de la LOPJ», por lo que declaró la inexistencia de la lesión constitucional.

Frente a estas sentencias del TS otras del mismo órgano han apreciado la atenuación por considerar que se había producido un retraso indebido en la tramitación procesal no basado en la complejidad de la causa o en la conducta renuente del acusado. Así, la STS de 23.1.2004 aprecia la atenuante en un delito de abusos sexuales cuya tramitación procesal duró cuatro años. La STS de 15.11.2006 aplicó la atenuante en un caso en el que se tardó un año en dictar sentencia de definitiva tras la celebración del juicio oral. La STS de 15.12.2007 igualmente estimó la atenuante, pues aunque la dilación no fue extraordinaria «los hechos del presente proceso fueron descubiertos el 19.9.2003 y el juicio oral se celebró el 16 de mayo de 2006 es decir, dos años y 8 meses después. Sin embargo, las pruebas en las que se basaron la acusación y la sentencia fueron reunidas prácticamente en las diligencias de entrada y registro que tuvieron lugar el 19.9.2003». La STS de 12.5.2009 apreció las dilaciones indebidas y estimó la atenuante como ordinaria en una causa en la que «el procedimiento había durado, desde que se inició, más de siete años. Fue incoado el 15 de mayo de 2001 y no se citó a las sesiones del juicio oral hasta el 12 de febrero de 2008».

El ATS de 18.9.2008, recapitula esta línea de pensamiento, que exige acudir al examen de cada caso concreto y a la complejidad de la causa, sin que resulte su ÿciente por sí mismo el mero transcurso del tiempo desproporcionado, sino su valoración ponderada, expresando la siguiente doctrina:

(Como dice la STS de 10-12-2004: «Esta Sala acordó, en el Pleno celebrado en fecha de 21 de Mayo de 1999, seguido en numerosas Sentencias posteriores como las de 8 de Junio de 1999, 28 de Junio de 2000, 1 de Diciembre de 2001, 21 de Marzo de 2002, etc., la procedencia de compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado, mediante la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6.º del Código Penal de 1995 (antiguo 9.10ª del Código de 1973), en los casos en que se hubieren producido en el enjuiciamiento - to dilaciones excesivas e indebidas, no reprochables al propio acusado ni a su actuación procesal. Dando con ello cumplida eñcacia al mandato constitucional que alude al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). E se derecho al proceso sin dilaciones, viene conñgurado como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo prudencial, siempre que no existan razones que lo justifiquen. O que esas propias dilaciones no se produzcan a causa de verdaderas (paralizaciones) del procedimiento o se debieran al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebeldía, por ejemplo, o a su conducta procesal, motivando suspensiones, etc. Semejante derecho no debe, así mismo, equipararse a la exigencia de cumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos. La (dilación indebida) es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una especíyca valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, es el mismo injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable (Ss. del TC 133/1988, de 4 de Junio, y del TS de 14 de Noviembre de 1994, entre otras).»

En el mismo sentido, el ATS de 15.3.2007 proclamó la siguiente doctrina:

«También hemos dicho que el concepto de «dilaciones indebidas» es un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una especíyca valoración acerca de si ha existido efectivo retraso; si el mismo es verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, y no es reprochable al propio acusado ni a su actuación procesal; y si el retraso es injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. En consecuencia —como hemos dicho en STS nº 273/2.005, que cita otras, como las SSTS nº 32/2.004 y nº 322/2.004—, los factores que han de tenerse en cuenta son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los autos de la misma naturaleza en igual período temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles (SSTEDH nº 59 y nº 60/2.003, de 28 de Octubre). En el examen de las circunstancias de la causa, el TEDH también ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos.

Por último, debemos recordar que para la apreciación de esta atenuante analógica no es suñciente una mera alegación, sino que es necesario que quien la reclama explicita y concrete las demoras, interrupciones o paralizaciones que haya sufrido el proceso, a ÿn de que esta Sala pueda veríyicar la realidad de las mismas, evaluar su gravedad y ponderar si están o no justificadas (STS nº 1.458/2.004, de 10 de Diciembre)».

Como resumen, en el estudio del concepto indeterminado y presupuesto de la atenuación, «dilación extraordinaria e indebida» demos obtener las siguientes conclusiones:

- El carácter razonable de la duración de un procedimiento se evalúa considerando las circunstancias de la causa y los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal, en particular, el grado de complejidad del caso, la conducta de los demandantes y la de las autoridades competentes, el número de acusados del proceso o de los hechos que son su objeto, los márgenes ordinarios de

- duración de los procesos de la misma naturaleza ante el mismo órgano jurisdiccional en igual período temporal. También se integra en el concepto el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida y su conducta procesal.
- Igualmente debe valorarse la conducta de los órganos judiciales en relación con los medios disponibles, sin que pueda entenderse que las deficiencias estructurales de la Administración de Justicia excluyan la violación del derecho fundamental, aunque sí puedan eventualmente exonerar de responsabilidad al titular del órgano judicial.
 - El periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza, como dies a quo, desde el momento en que se incoa el procedimiento penal contra una persona determinada, o desde que esa persona se encuentre formalmente acusada o cuando las sospechas de las que sea objeto tengan repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas cautelares adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos.
 - En cambio, el dies ad quem, no viene determinado por la conclusión del procedimiento, sino por el dictado de la sentencia definitiva, incluyéndose en la dilación indebida el tiempo transcurrido desde que finaliza el juicio oral hasta que se dicta sentencia⁹.
 - En un primer estadio jurisprudencial para la apreciación de esta atenuante, como regla general, no era suficiente una mera alegación, sino que era necesario que quien la reclamase explicitase y concretase las demoras, interrupciones o paralizaciones que hubiera sufrido el proceso, a fin de que el Juez o Tribunal que hubiera de juzgar pudiese verificar la realidad de las mismas, evaluar su gravedad y ponderar si estaban o no justificadas¹⁰. También se considera, como regla general, que la parte impugnante tiene la obligación de especificar dónde se encuentran los periodos de inactividad judicial, señalando los datos oportunos en las actuaciones a fin de que por los Tribunales competentes se puede verificar si las concretas demoras denunciadas existen realmente, si son relevantes hasta el punto de quebrantar el derecho constitucional invocado y si tales dilaciones son injustificadas e imputables a los órganos judiciales o, por el contrario, tienen su razón de ser en causas ajenas a la actividad jurisdiccional o, incluso, imputables al mismo acusado.
 - Es pacífica también la doctrina que considera que una de las garantías fundamentales que rigen en el orden penal, como es el derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable, se encuentra exclusivamente dirigida a amparar a «toda persona acusada de un hecho delictivo¹¹». Por lo tanto, en el ámbito penal, el indebido retraso en la tramitación del procedimiento únicamente conlleva efectos para el reo que haya sido finalmente condenado, debiendo paliarse dicho funcionamiento anormal de la administración de justicia mediante una compensación de la pena impuesta. Ello significa que, sin perjuicio de lo que, en su caso, pudiera reclamarse por los recurrentes no acusados por un incorrecto funcionamiento de la administración de justicia, las partes acusadoras carecen de la necesaria legitimación para esgrimir como argumento casacional penal una indebida ralentización en la tramitación de las actuaciones¹². Esa misma ausencia de legitimación existirá en las partes acusadoras para invocar, en cualquier otra instancia o recurso penal, las dilaciones indebidas del proceso como causa de la lesión de su inexistente derecho a un proceso público sin dilaciones.
 - También de manera sistemática y tradicional, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, han venido declarando que para la apreciación de la pretensión de quien invoca tal derecho fundamental es preciso que previa

⁹ STS de 5.7.2004.

¹⁰ STS nº 1.458/2.004, de 10 de Diciembre.

¹¹ STS de 27 de Marzo de 1.991.

¹² Véase, entre otras STS de 27.3.2000, que cita otras.

mente lo haya intentado hacer valer ante el órgano jurisdiccional, solicitando la supresión de las dilaciones y la finalización del proceso, con agotamiento de los recursos disponibles, y ello como manifestación del deber de colaboración que compete a la parte, y que se configura como una verdadera carga procesal¹³. La STS de 28.6.2006, aclara en este punto que, «aunque no es necesario que el propio interesado haya denunciado esas dilaciones en el momento en que se produjeron, resulta necesaria su alegación en el momento del juicio oral o en la sustanciación de los recursos».

- No obstante la referida necesidad de invocación de la dilación indebida por el acusado, ora en la instancia, ora en el juicio oral, ora en los recursos, y no obstante la exigencia de que aquél designe los periodos concretos de inactividad, la doctrina del TS ha ido evolucionando paulatinamente para aceptar la apreciación de la atenuante pese a la ausencia de aquellos requisitos originariamente exigidos. Así, el TS, desde la fuerza del principio de voluntad impugnativa que «permite a esta Sala de Casación corregir en beneficio del reo cualquier error de derecho suócientemente constatado», ha permitido apreciar la atenuante en sede casacional y aunque no hubiese sido alegada en la instancia. En este sentido, la STS de 15.11.2006 sostiene que «la doctrina de esta Sala ha venido evolucionando en este aspecto superando el criterio inicial que exigía como presupuesto para la aplicación de la atenuante analógica la previa denuncia de las dilaciones por el interesado. Últimamente viene sosteniendo que no puede extremarse el rigorismo formalista, por varias razones; por un lado, porque el impulso procesal en la fase de investigación preparatoria constituye un deber del instructor, que de sobra conoce, sin necesidad de que nadie se lo recuerde; pero además y por otra parte, porque no se puede obligar sin más a renunciar a ganar la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad procedimental». También se ha precisado en la STS de 10.5.2006 que «el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza, por lo que la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (artículo 11.1 LOPJ), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables». La voluntad impugnativa permite también apreciar la atenuante del artículo 21.6 CP, incluso cuando denunciándose las dilaciones indebidas no se solicita la aplicación de la referida atenuante¹⁴.

I.II. Que la dilación extraordinaria e indebida no sea debida al inculpado

Precisamente, la actitud procesal entorpecedora u obstativa del acusado (su permanencia en situación de rebeldía o en ignorado paradero, el planteamiento de constantes e infundados recursos serían los ejemplos más comunes), de quien invoca las

¹³ En tal sentido pueden citarse a modo de ejemplo las Sentencias del Tribunal Constitucional 51/85 de 10 de abril, 152/87 de 10 de octubre, 223/88 de 24 de noviembre, 128/89 de 17 de julio, 206/91 de 30 de octubre, 224/91 de 25 de noviembre, 73/92 de 13 de mayo, 150/93 de 3 de mayo, 179/93 de 31 de mayo, 8 y 13/94 de 17 de enero, 132 y 143/94 de 9 de mayo, 241/94 de 20 de julio, 270/94 de 17 de octubre, 149/95 de 16 de octubre, 22/97 de 11 de febrero, 136/97 de 21 de julio, 140/98 de 29 de junio, 32/99 de 8 de marzo, 18/2000 de 31 de enero, 38/2000 de 14 de febrero, 87/2000 de 27 de marzo, 118/2000 de 5 de mayo, 303/00 de 11 de diciembre, 310/00 de 18 de diciembre, 28/01 de 29 de enero y 51/02 de 25 de febrero, exigiendo que se razone y acredite también el perjuicio irrogado por la dilación denunciada la Sentencia 152/87 de 7 de octubre.

¹⁴ ATS de 15.11.2006.

dilaciones indebidas se ha barajado reiteradamente como un óbice para la apreciación de su existencia en Sentencias del Tribunal Supremo, tales como las 789/2001 de 10 de mayo, 630/2002 de 16 de abril, 553/2002, de 22 de marzo, 633/2002 de 21 de mayo, 1301/2003 de 14 de octubre, 459/2004 de 13 de abril, 489/2004 de 19 de abril, 50/2004 de 30 de junio.

El ATS de 15.11.2006 añade en este punto, desde la óptica de la lealtad procesal, que «a pesar de ello todavía en determinadas circunstancias sí que sería precisa la simple manifestación de voluntad, instando la aceleración del proceso por imperativos de la buena fe (artículo 11 LOPJ), si por alguna razón el retraso del trámite perjudica de forma especial al afectado, más allá de las presentaciones quincenales, perjuicio que puede desconocer o no conocer con suiciente detalle el juez instructor o la Audiencia sentenciadora. De no conocer esa voluntad de celeridad del inculpado, no sería ilógico entender, que el supuesto perjudicado se muestra conforme con tales dilaciones, pues con bastante frecuencia se observan prácticas dilatorias de las partes, consciente - mente buscadas, y que pueden obedecer a un sinnúmero de razones entre las que no cabe excluir el efecto favorable de un juicio tardío, en que los testigos de cargo tienen diicultades para poder recordar lo ocurrido, incurriendo en contradicciones; la remota pero no descartable posibilidad de una reforma legal beneïciosa y la conveniencia de prepararse para una posible condena y sus consecuencias». En el mismo sentido, el ATS de 18.9.2008 reitera que es preciso para apreciar la atenuante que «esas propias dilaciones no se produzcan a causa de verdaderas «paralizaciones» necesarias del procedimiento o no sean debidas al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebel día, por ejemplo, o a su conducta procesal, motivando suspensiones».

Este requisito se ha recogido expresamente en la atenuante estudiada que incor - pora el CP en su artículo 21.6, pues la aplicación de la misma está supeditada a que la dilación indebida «no sea atribuible al propio inculpado».

I.III. Que la dilación no guarde relación con la complejidad de la causa

Este requisito se encuentra exigido igualmente en las Sentencias del Tribunal Su - premo de 24 de diciembre de 1991, 12 de febrero y 6 de julio de 1992, 11, 18 y 27 de octubre de 1993, 25 y 26 de enero, 1 de febrero, 15 y 30 de septiembre, 13 de octubre, 7 de diciembre de 1994, 9 y 17 de febrero, 29 de abril de 1995, 20 de abril y 12 de diciembre de 1996, 27 de enero, 30 de junio de 1997, 25 de enero de 1999, entre las antiguas, y en las SSTS de 10.5.2006 y de 2.1.2007 entre las recientes. Se han referido a la complejidad de la causa la STS 1041/2002, de 5 de junio, que negó la vulneración del derecho por la prolongación de la tramitación por más de siete años en un sumario por tráyco de drogas en el que existían varios acusados y en el que se practicó además una información suplementaria, pues no resultaron injustiïcadas las paralizaciones; o la 1200/2002, de 26 de junio, que adoptó la misma solución considerando justiïcadas las dilaciones en la necesidad de una compleja y laboriosa prueba pericial y de un completo acopio de elementos acreditativos. En la Sentencia 50/2004, de 30 de junio, la vulneración se descarta porque al margen del tiempo transcurrido y del incumpli - miento de los plazos, las dilaciones quedaron justiïcadas por la complejidad del asunto y la actitud procesal de algunos de los acusados.

I.IV.

En resumen, el legislador ha acogido la doctrina jurisprudencial precedente, lo que permitirá apreciar la atenuante, basada en la compensación de la culpabilidad por la le sión que produce en el ámbito de los derechos fundamentales un proceso con dilacio - nes indebidas, cuando, como presupuesto, la dilación sea extraordinaria e indebida, y como condiciones, tal dilación no guarde relación con la complejidad de la causa y no sea atribuible al propio inculpado por su comportamiento procesal.

Como colofón diremos que, en cuanto a la e ÿcacia de la atenuante, generalmen - te operará como atenuante simple, pero sin olvidar que cabe la apreciación de la

misma como muy cualificada en supuestos excepcionales en que el periodo de tiempo transcurrido se encuentre muy próximo a los plazos de prescripción del CP —STS de 16.6.2007—.

II. La agravante de discriminación por motivo de la identidad sexual

Para Arroyo De Las Heras el fundamento de la agravación del número 4 del artículo 22 CP, en su conjunto, no reside en el móvil abyecto que lleva a actuar al sujeto, sino en el hecho de que la conducta del delincuente lesiona, además del bien jurídico protegido por el tipo específico de que se trate, otros valores reconocidos socialmente. Por ese motivo, para el citado autor, la agravación encuentra su acomodo en el superior desvalor del resultado, determinante de una mayor antijuridicidad, y no en el desvalor de la acción, con lo que ello pueda comportar en el ámbito de la culpabilidad y en el dolo del autor. Frente a dicha posición, otros autores destacan que el delito se agrava por algo que pertenece al fuero interno del sujeto, como son los móviles de su actuación, lo que impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito se vea incrementada¹⁵.

En nuestra opinión, la circunstancia agravante está basada en la «disposición moral del delincuente», cláusula que permite cobijar en su seno a aquellas circunstancias que agravan o atenúan en consideración a la postura o actitud del sujeto ante determinados valores éticos. Parece claro que la agravante es predominantemente subjetiva y se concreta fundamentalmente en un aumento de la culpabilidad del autor, en la medida en que realiza el delito por móviles espurios de discriminación concretados en la identidad sexual de la víctima, lo que se traduce en una mayor reprochabilidad personal por la comisión del hecho antijurídico basado en motivos que el propio ordenamiento jurídico denosta. Por otra parte, que la agravante mire hacia el interior del sujeto valorando el carácter o disposición moral del delincuente ante valores reconocidos socialmente no puede entenderse como un posicionamiento dogmático que identifique Derecho y Moral. No, son cosas bien distintas. Pero en el fondo o en último término el Derecho Penal constituye un instrumento de protección de la ética social dominante elevada a la categoría de norma jurídica, la «realización del imperativo categórico postulado por la ética social» como dijera Maurach. Por otra parte, la posibilidad de desvalorar la disposición ética del sujeto en cuanto enfrentada con los valores constitucionalmente proclamados o legalmente establecidos está en concordancia con la formación ética del Derecho Penal y con la consideración de que el mismo no solamente tiene que ver con la conducta externa, sino que también debe ponderar el análisis de la conducta interna.

Como circunstancia de agravación del delito —«circum stare»— no «fundamenta» la culpabilidad, sino que simplemente la «modifica» agravándola, siendo cierto que puede encontrarse su fundamento en que, junto con la lesión del bien jurídico propio del delito cometido, la agravante introduce, primero y con carácter preferente, un superior reproche de culpabilidad por la presencia del móvil discriminatorio como precursor de la acción y segundo, con carácter subordinado, una razón objetiva y normativa, que constituye un plus de antijuridicidad, basada en la adicional lesión de la integridad moral del sujeto pasivo. No obstante y siendo cierto que toda circunstancia agravante integra tanto elementos objetivos como subjetivos, e incrementos tanto de la gravedad de la culpabilidad como de lo injusto, en la estudiada predomina sin duda la vertiente subjetiva y el plus de culpabilidad.

La denominada agravante de discriminación fue introducida con carácter urgente en el número 17 del artículo 10 CP de 1973, a través de la LO 4/1995, que pretendía dar

¹⁵ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal. Parte General*. 8.ª Edición. Tirant lo Blanc, pág. 495, Valencia, 2010.

cumplimiento al Convenio de Nueva York de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y sanción del delito de genocidio y al Convenio Internacional sobre la erradicación de todas las formas de discriminación racial de 21.12.1965.

La innovación pasó al CP de 1995, que suprimió la limitación sobre su aplicación exclusiva a los delitos contra las personas y el patrimonio¹⁶.

La novedad de la reforma estudiada en relación con este artículo radica, fundamentalmente, en la introducción de una nueva forma de discriminación, cual es, la motivada por la «identidad sexual» de la víctima. Como explica Portilla Contreras, la «identidad sexual» hay que interpretarla como sinónimo de identidad de género —transgénero—, o lo que es lo mismo, como el sentimiento de pertenencia a uno u otro sexo, o como el estado en el que cada persona se identifica como masculina o femenina, al margen de su sexo biológico¹⁷. La identidad de género debe entenderse, en resumen, como el sentimiento psicológico de pertenencia a un sexo determinado, que puede ser distinto del sexo biológico. En el Documento 12197, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 7.4.2010, en el Aparato II. A, se afirma que la «identidad sexual designa la experiencia íntima y personal de que el género de una persona no se corresponde con el de su nacimiento».

En virtud de la nueva ampliación de la agravante, junto con las situaciones ya previstas de comisión del delito por razón de la «orientación sexual» del sujeto —heterosexualidad, homosexualidad o bisexualidad— tendrán cabida también los incrementos de pena basados en la transfobia o sentimiento de intolerancia y discriminación fundamentado en la «identidad sexual» de un sujeto, que reconoce su pertenencia a un género distinto al de su nacimiento o al que le fue inscrito en el Registro Civil¹⁸.

En este contexto, Portilla Contreras destaca que entre las diversas modalidades de transgénero, que tendrían cabida y espacio en la nueva regulación, pero que no admitían su inclusión en la regulación precedente, por no corresponderse con el concepto «orientación sexual», salvo proscrito uso de la analogía «in malam partem» y consiguiente vulneración del principio de legalidad, podríamos incluir la transexualidad, el travestismo, la androginia¹⁹ y las personas que trascienden el concepto de género. Observemos que las incorporadas por la reforma son situaciones distintas a las de la homosexualidad o bisexualidad, pues un homosexual o bisexual aceptan la conformidad de su sexo psicológico con el biológico, al margen de que opten por una determinada orientación sexual que les hace desear sexualmente a personas de su mismo sexo.

La apreciación de la agravante basada en este novedoso motivo exigirá que el autor haya cometido el delito con el móvil de discriminara la víctima por esa identidad sexual transgénica que le hace asumir, como propio, un sexo psicológico distinto del sexo biológico, del sexo de nacimiento o del oficialmente inscrito en el Registro. En efecto, en idéntico sentido y reclamando la misma exigencia de móvil discriminatorio, aunque en relación con la «orientación sexual», la STS de 17.7.2002 apreció la circunstancia de agravación porque «se transparentaba inequívocamente que la agresión se llevó a cabo, frente a persona que se suponía homosexual —«me da asco», y en razón de la supuesta tendencia sexual del mismo». Por otro lado, se trata de una circunstancia eminentemente personal no comunicable a los partícipes.

En los supuestos de modificación registral del sexo conseguidos al amparo de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, si el autor actuase por discriminación basada en la transgénera, seguiría siendo posible apreciar la agravante, pues pese a que coincidiese el sexo psicológico con el inscrito en el Registro, el móvil de discriminación por la identidad sexual subsistiría, al no aceptarse por el autor la identidad sexual de la víctima, en

¹⁶ Goyena Huerta, J. *Comentarios al Código Penal. LEX NOVA*, 2010. págs. 207 y siguientes.

¹⁷ Portilla Contreras, G., *La Reforma Penal de 2010. Análisis y Comentarios, op., cit, págs.37 y ss.*

¹⁸ Ver en este sentido, la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, en la Res 1728, de 29 de abril de 2010.

¹⁹ Entendida, en su acepción biológica, como condición de la persona hermafrodita «que reuniera en su cuerpo los dos sexos».

la que seguiría sin coincidir el sexo psicológico y oficial con el del nacimiento. Incluso en estos supuestos, esa identidad rechazada por la intolerancia del sujeto activo, hasta el punto de convertirse en la ñnalidad primordial que presidiera su ataque, permitiría la apreciación de la agravante.

De todas las Recomendaciones y Resoluciones de la Unión Europea y de la ONU se entiende como básica, en este ámbito precursor de la incorporación de la agravante, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 31 de marzo de 2010, sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación e identidad sexual, que en su Anexo dedicado a los «Delitos de odio» recomienda a los Estados miembros garantizar en sus legislaciones la presencia de una circunstancia agravante basada en la orientación e identidad sexuales. En dicho Anexo se especiñca en el apartado 1 que los Estados miembros deberían garantizar instrumentos eficaces, rápidos e imparciales en relación con los presuntos casos de crímenes y otros incidentes, en los que la orientación sexual o identidad de género de la víctima se sospeche que ha constituido un motivo para el autor y en su Apartado 2 que los Estados miembros deberían garantizar que, cuando en la determinación de las sanciones, se aprecie un motivo basado en la orientación sexual o identidad de género pueda ser tenido en cuenta como circunstancia agravante.

Recordaremos, ñnalmente, que junto con la discriminación por la «orientación sexual» y la discriminación por la «identidad sexual», también abarca la agravante la discriminación basada simplemente en el «sexo», lo que permite cobijar los supuestos, más simples, pero no menos preocupantes, distintos de aquéllos, de odio al hombre por ser hombre —androfobia— y a la mujer por ser mujer —misoginia—, expresiones genuinas de la llamada violencia de género.

III. LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE Y OTRAS PENAS

III.I. Pena de localización permanente

El CP dispone, en su artículo 37.1, modiñcado por la reforma estudiada, que (la localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en un lugar determinado ñjado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado). Antes de dicho precepto, el artículo 33 CP, por obra de la misma reforma, incluye en su catálogo de penas menos graves a la localización permanente de tres meses y un día a seis meses, que antes de la estudiada reforma sólo aparecía como pena leve²⁰. Hoy, es pena tanto menos grave como pena leve. Cuando es pena leve, aplicable a las faltas, su extensión pasa a ser de un día a tres meses. Si es menos grave, de tres meses y un día a seis meses.

En relación con la nueva pena menos grave el Preámbulo de la nueva Ley, en su Apartado V, expone la siguiente reñexión:

«En esta línea de evolución de la respuesta jurídico-penal hacia fórmulas más operativas y mejor adaptadas a las actuales necesidades y demandas sociales, la secular carencia de penas alternativas a las penas cortas de prisión del sistema español ha motivado que en esta reforma se haya optado por otorgar un mayor protagonismo a la pena de localización permanente. Con este objetivo, se le conñere una mayor extensión y contenido, si bien se ha pensado que inicialmente, aunque con vocación de futuras ampliaciones, su ámbito de aplicación se reduzca al marco de la sustitución de las penas privativas de libertad. A tal efecto se articula el correspondiente módulo de conversión en el artículo 88.

A la inversa, la localización permanente, en los supuestos en los que está prevista como pena principal, puede ser el instrumento adecuado para combatir con mayor rigor y eñcacia los supuestos de reiteración de faltas que han generado una especial inseguridad

²⁰ Como pena leve fue introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

ciudadana en los últimos tiempos. A estos efectos, constituyendo un límite axiológico infranqueable la asociación a las faltas de penas de carácter leve, y descartado por tanto el recurso a la genuina pena de prisión, una respuesta proporcionada y disuasoria puede ser el cumplimiento excepcional de la localización permanente en centro penitenciario en régimen de día y noche de semana y días festivos. Se trata de ofrecer una mayor dureza en la respuesta frente a la reiteración de la infracción que sea al tiempo compatible con la naturaleza leve de la sanción, evitando el efecto desocializador del régimen de cumplimiento continuado que caracteriza a la pena de prisión propiamente dicha.

Como aclara la nueva redacción dada al artículo 37, serán los concretos preceptos del Libro III los que den al Juez la posibilidad de acudir a este régimen excepcional de cumplimiento. La presente reforma opta por restringir su aplicación a las faltas reiteradas de hurto por un doble motivo. Por una parte, se trata del supuesto que, sobre todo en los núcleos urbanos más importantes, ha generado la mayor preocupación ciudadana y es el que a día de hoy realmente requiere la adopción de esta medida. Por otro, la restricción de esta modalidad de localización permanente a un supuesto puntual permitirá aprovechar adecuadamente los recursos disponibles en el sistema penitenciario.

La reiteración se hace depender del número de faltas cometidas, ya haya recaído condena por todas ellas en un solo proceso o en procesos distintos. En los casos de faltas de hurto no juzgadas que superen los 400 euros de importe, será de aplicación el párrafo final del artículo 234 y la conducta habrá de ser considerada como delito».

La primera novedad de la reforma estudiada en relación con esta pena es que ha abierto la posibilidad de aplicarla como pena sustitutiva a algunos delitos menos graves. Decíamos que como pena leve fue introducida por la LO 15/2003, que eliminó la pena de arresto de día y noche de semana porque, según su Exposición de Motivos, su aplicación práctica no había sido satisfactoria. Como asegura, algún autor, en realidad y en cuanto a la pena de arresto de día y noche de semana, nunca se hizo un esfuerzo serio por aplicar una pena, que por su carácter intermitente, presentaba una ejecución más compleja que la privación de libertad continuada y lineal²¹. La pena de localización permanente se configura hoy como un híbrido entre el viejo arresto domiciliario, suprimido por el CP de 1995 y la pena de arresto de día y noche de semana, que desapareció en virtud de la LO 15/2003, pues como indican Muñoz Conde y García Arán, cuando esté prevista como pena principal, puede cumplirse los días de semana y en lugar distinto al propio domicilio, incluido un centro penitenciario²².

Para garantizar el cumplimiento de esta pena, el artículo 37.4 CP dispone que el Juez o Tribunal puede acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo. Sin embargo, y como dice Boldova Pasamar, puesto que el artículo 37.1 CP exige el cumplimiento de la pena en el propio domicilio o en lugar determinado fijado por el juez, necesariamente debe cumplirse en lugar cerrado, sin que resulte posible su cumplimiento en libertad. Por otro lado, si el penado incumpliére la pena, el Juez o Tribunal sentenciador deducirán testimonio por delito de quebrantamiento de condena (artículo 37.3 CP).

Como pena menos grave se ha hecho de ella una primera aplicación experimental, pues su ámbito de aplicación se reduce al marco de la sustitución de las penas privativas de libertad. A tal efecto se articula el correspondiente módulo de conversión en el artículo 88 CP. Como pena principal o conjunta menos grave no se aplica, por tanto, a ninguno de los delitos de la Parte Especial del CP. En cuanto pena sustitutiva se regula en el artículo 88 CP, en el que se dice que «las penas de prisión que no excedan de seis meses, podrán también sustituirse por la de localización permanente». Como el módulo de conversión es el que establece que un día de prisión es equivalente a un día de localización permanente, sólo resultará posible sustituir la pena de prisión impuesta cuando no sea superior a seis meses. La sustitución debe sujetarse a todos los requisitos del artículo 88 CP, valorando la naturaleza del hecho, las cir -

²¹ Muñoz Conde y García Arán, op.cit., página 513 y siguientes.

²² Muñoz Conde y García Arán, op.cit., página 514 y siguientes.

cunstancias personales del reo y su esfuerzo por reparar el daño causado, siempre que no se trate de reos habituales —artículo 94 CP—. No es la única pena sustitutiva de la pena de prisión que no exceda de seis meses, pues puede serlo igualmente la de multa con el criterio de equivalencia de dos cuotas multa por cada día de prisión. Las penas sustitutivas pueden aplicarse aunque la ley no las prevea para el delito de que se trate. La sustitución, en estos casos, puede ir acompañada de la imposición de las obligaciones previstas en el artículo 83 CP, cuya duración no podrá exceder de la de la pena.

En el caso de que el reo hubiese sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o la de localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la propia víctima. En estos casos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y rehabilitación psicológica, la observancia de las obligaciones y deberes previstos en las reglas 1.^a y 2.^a del apartado primero del artículo 83 CP.

Dado que como pena sustitutiva sólo puede sustituir a la de prisión impuesta que no exceda de seis meses, sólo podrá aplicarse como pena sustitutiva en relación con los delitos menos graves cuando la pena principal de prisión efectivamente impuesta no haya superado ese umbral dosimétrico. La sustitución puede verificarse en sentencia o en auto posterior motivado. En atención a estas limitaciones, la pena menos grave de localización permanente podría encontrar un campo genuino de aplicación, como sustitutiva, a título de ejemplo, en los delitos de hurto del artículo 234 CP, especialmente en el supuesto del párrafo segundo, en los delitos del artículo 153.1 CP, o en los delitos contra la propiedad intelectual del artículo 270 CP, siempre que, en todos ellos, la pena de prisión impuesta no hubiera superado la de seis meses. Pero no solamente en estos delitos, sino en todos aquellos en que la pena de prisión impuesta no hubiese superado la de seis meses de prisión y concurrieren los requisitos del artículo 88.1 CP.

En el ámbito de las faltas, la presente reforma mantiene la posibilidad de aplicar la pena de localización permanente en los artículos en que figuraba como pena alternativa —artículos 617, 618, 620 y 623, 625, 626, 629, 630, 633, 635, y 637 del CP—. En los supuestos de faltas reiteradas de hurto —artículo 623.1 CP— se impondrá en todo caso la pena de localización permanente, como prescribe el legislador, y ello, según el Preámbulo de la Ley, por un doble motivo. Por una parte, porque se trata del supuesto que, sobre todo en los núcleos urbanos más importantes, ha generado la mayor preocupación ciudadana y es el que a día de hoy realmente requiere la adopción de esta medida. Por otro lado, porque la restricción de esta modalidad de localización permanente a un supuesto puntual permitirá aprovechar adecuadamente los recursos disponibles en el sistema penitenciario. En este último supuesto, el juez podrá disponer en la sentencia que la localización permanente se cumpla en sábados, domingos o festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.1, párrafo segundo del CP. Esta opción de cumplimiento interrumpido o discontinuo de la pena en el centro penitenciario, del artículo 37.1, párrafo segundo del CP, como recuerda Torres Rosell²³, queda supeditada a tres requisitos: que la pena se haya impuesto como principal y no como sustitutiva, que el precepto penal que la haya impuesto prevea su cumplimiento discontinuo, y que la decisión del Juez —siempre facultativa y acordada en sentencia— atienda a la reiteración en la comisión de la infracción²⁴.

Debe tenerse en cuenta que subsiste, tras la reforma comentada, el apartado segundo del artículo 37 CP que prevé, si el reo lo solicita y las circunstancias lo

²³ Torres Rosell, N. *Comentarios al Código Penal, op., cit., pág. 293 y s.s.*

²⁴ Para apreciar la reiteración se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no o enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas —artículo 623.1 in fine CP—.

aconsejaren, que el juez o Tribunal, oído el MF, acuerde que la condena se cumpla durante los sábados o domingos o de forma no continuada, lo que no significa que ese cumplimiento discontinuo pueda cumplirse en centro penitenciario, pues el cumplimiento en centro penitenciario sólo será posible si, además de pedirlo el reo y decretarlo el juez, oído el Jefe de Centro, al mismo tiempo concurren los requisitos del apartado primero, párrafo segundo del artículo 37 CP. Es decir, el apartado segundo del artículo 37 CP debe ser interpretado como facilidad otorgada al reo para que la ejecución no afecte a su vida familiar y laboral, permitiéndole cumplir la pena en sábados o domingos, no como modalidad de cumplimiento que desnaturalice el sentido de la pena aceptando su ingreso estigmatizante en un centro penitenciario si no se cumplen las condiciones del indicado apartado primero, párrafo segundo del artículo 37 CP.

Se critica por la doctrina que el legislador de 2010 haya optado por una reintroducción encubierta de la pena de arresto de fin de semana, que contará con grandes dificultades de aplicación. También resulta paradójico que la pena se presente como una opción orientada a salvar las limitaciones de las penas cortas de prisión, cuando su aplicación práctica puede derivar en un verdadero ingreso en prisión por cortos periodos de tiempo, lo que contradiría frontalmente a la orientación pretendida para esta pena en la LO 15/2003 y en la Circular 2/2004 de la FGE. En la Circular antedicha se especificaba, en cuanto al «lugar determinado» de cumplimiento de la pena, que debía interpretarse esa «difusa cláusula» por el juez en sentencia. Igualmente expresaba que en cuanto a la posibilidad de que el Juez acordase que la pena se cumpliera en un Centro Penitenciario o en un depósito municipal, los Fiscales debían rechazar tal opción, pues la misma «desnaturalizaría la pena de localización permanente cuya esencia radica en que la privación de libertad corta se ejecuta en el propio domicilio o lugar análogo, evitando los inconvenientes del ingreso penitenciario y dando todo tipo de facilidades al reo para que la ejecución no afecte a su vida familiar y laboral (en este sentido se admite incluso la ejecución fraccionada o discontinua)».

En todo caso, cuando el artículo 37.1 CP deja abierta al Juez la posibilidad de cumplimiento de esta pena en «lugar determinado distinto del domicilio» habrá de entenderse que tal posibilidad es excepcional, pues lo normal será el cumplimiento en el propio domicilio, aunque podría accederse a ella por causa justificada, justificándolo en la resolución condenatoria o posteriormente en auto motivado. Este lugar deberá ser en todo caso cerrado y de características análogas al domicilio, y debe disponer de unos mínimos de habitabilidad e higiene. Debe en este punto recordarse que el artículo 620 in fine prevé un supuesto de cumplimiento en domicilio distinto para las faltas de amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2. En este caso la pena será de trabajos en beneficio de la comunidad o de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima. Será el penado quien habrá de comunicar al Juez la dirección de un domicilio de cumplimiento que satisfaga las dos exigencias legales: diferente al de la víctima y alejado de éste.

Debemos insistir en la excepcionalidad del párrafo segundo del artículo 37.1 CP, pues como indicara la Circular 2/2004 FGE el cumplimiento en centro penitenciario desnaturalizaría la pena de localización permanente cuya esencia radica en que la privación de libertad corta se ejecuta en el propio domicilio o lugar análogo, evitando los inconvenientes del ingreso penitenciario. La propia Exposición de Motivos de la LO 15/2003 avalaba esta interpretación al referir que con esta nueva pena «se evitaban los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios». Por la misma razón debiera excluirse el cumplimiento en depósito municipal de detenidos.

En este mismo sentido se pronunció el Informe del CGPJ de 26 de Marzo de 2003, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica que expresamente señalaba que «la diferencia sustancial con el arresto de fin de semana que se suprime es que no se produce el ingreso del penado en el establecimiento penitenciario o depósito municipal de deteni-

dos para el cumplimiento del arresto, sino en su propio domicilio o en lugar adecuado para ello determinado por el Juez. Con ello se evitan los efectos nocivos de una pena corta de prisión que determine la reclusión del interno en un centro penitenciario».

También es criticable la imprevisión del legislador, que no resuelve el problema de la concurrencia de la pena de localización permanente con la de prisión, por lo que es más que probable que en tales situaciones, desaparecida la finalidad no estigmatizante de la pena de localización permanente, y de acuerdo con la Circular 2/2004 de la FGE, pueda optarse por la posibilidad de su cumplimiento lineal y continuado en el centro penitenciario²⁵. La indica Circular, no obstante, advertía que «cuando se impusiera la localización permanente a penados que ya cumplen o van a cumplir penas privativas de libertad» en Centros Penitenciarios podían generarse disfunciones derivadas de la necesidad de iniciar el cumplimiento de la localización permanente después de extinguidas las penas de prisión, por lo que sugería que «la opción de la refundición de condenas incluyendo la pena de localización permanente puede ser más benéfica para el reo en determinadas circunstancias, pese a carecer de cobertura legal expresa». A pesar de admitir esa posibilidad, la Circular, reacia a la desnaturalización de la pena, precisaba que «la valoración de los efectos de una eventual refundición no podía hacerse en abstracto, pues dependía de las circunstancias de cada caso e incluso de la propia valoración del interno».

En cuanto al delito de quebrantamiento de condena, como recuerda la Circular 2/2004 FGE, a diferencia del antecedente de los arrestos de fines de semana cuya regulación en el artículo 37.3 CP establecía que si el condenado incurría en dos ausencias no justificadas, el Juez de Vigilancia deducía testimonio por el quebrantamiento de condena, parece que el testimonio por quebrantamiento podrá expresarse ante cualquier incumplimiento del deber de permanencia, no siendo necesario que las ausencias se detecten en más de un día. Ello no obstante, sugiere la Circular que para evaluar globalmente la entidad de los incumplimientos y si concurren o no indicios de quebrantamiento será conveniente analizar conjuntamente el informe de la Policía en el que se especifica que el total de los incumplimientos detectados.

El artículo 37.4 CP también prevé que para garantizar el cumplimiento efectivo de la pena el Juez o Tribunal puedan acordar la utilización de medios mecánicos y electrónicos que permitan la localización del reo, algo que ya se establecía en el RD 515/2005.

La ejecución de la pena de localización permanente fue objeto de desarrollo reglamentario mediante Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecieron las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de ejecución de las penas privativas de libertad. Tal Decreto, en tanto no exista un nuevo desarrollo reglamentario, sigue en vigor.

La forma de cumplimiento de la pena de localización permanente, según el RD citado, será la siguiente:

Artículo 12. Comunicación de la resolución judicial.

Recibido el testimonio de la resolución judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la pena de localización permanente, así como los particulares necesarios, el establecimiento penitenciario del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizará las actuaciones necesarias para hacer efectivo su cumplimiento.

²⁵ Torres Rosell, N. *La Reforma Penal de 2010, op., cit, págs. 93 y ss.* También el ATS de 8.7.2002, admitió la posibilidad de cumplimiento continuado de los arrestos de fin de semana que concurrieran con penas de prisión. Véase igualmente Sánchez García de la Paz, en *Comentarios al Código Penal, 2010, Director Gómez Torillo, op., cit, págs. 293 y ss.*

Artículo 13. Definición del plan de ejecución.

El plan de ejecución, realizado por el establecimiento penitenciario, deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

Datos de identificación del penado, domicilio o residencia y, en su caso, trabajo y ocupación.

Datos penales: falta por la que se le condena y número de días de duración de la localización permanente.

Lugar de cumplimiento: domicilio u otro lugar con indicación de población o término municipal.

Indicación expresa de si lo va a cumplir de forma continuada o no continuada y si lo realizará los sábados y domingos.

Indicación de los medios de control de penas telemáticos o de otra naturaleza.

2. Al planificar la ejecución se buscará que el cumplimiento de la pena no perjudique la situación personal, familiar y laboral del penado. Por esta razón, será oído con carácter previo a la elaboración del plan por los servicios sociales penitenciarios.

3. El plan de ejecución será elevado al juez o tribunal sentenciador para su aprobación o rectificación.

Artículo 14. Seguimiento y control.

En el caso de que se establezca el control por medios telemáticos que requieran de instalación en el domicilio del penado o en el lugar que se designe, se solicitará la conformidad de sus titulares.

En el caso de que la conformidad a que se refiere el apartado anterior no fuera prestada, los servicios sociales penitenciarios lo comunicarán de inmediato al juez o tribunal sentenciador, elevarán la propuesta de modificación del plan de ejecución y señalarán otro medio de control, para su aprobación.

Una vez instalado el sistema de control, se procederá al seguimiento del cumplimiento de la pena y se comunicará al juez o tribunal sentenciador cualquier circunstancia que implique el incumplimiento de la pena.

Artículo 15. Informe final.

Una vez cumplida la pena de localización permanente, el establecimiento penitenciario informará al juez o tribunal sentenciador de tal extremo, así como de las incidencias ocurridas durante la ejecución, a los efectos oportunos.

III.II. Otras penas

Dentro del apartado tercero del artículo 33 CP, en el catálogo de penas menos graves, que pueden imponerse a las personas físicas, se ha añadido la pena de «pérdida de posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y el derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, cualquiera que sea su duración», que coincide casi literalmente con el artículo 305 CP apartado 1, *in fin*, modificado por la LO 15/2003²⁶. En el ámbito de las personas jurídicas la modificación ha introducido una pena similar en el artículo 33, 7, letra f) CP, susceptible de imposición a las mismas en todos aquellos delitos de la parte especial en que el legislador haya previsto su imposición, tales como los delitos relativos a la Hacienda Pública, medioambientales, de ordenación del territorio, de blanqueo de capitales, o de los artículos 277 a 282 bis y 286 bis CP. En relación con las reglas de su aplicación habrá de estarse a lo dispuesto en el nuevo artículo 66 bis CP, que determina que la duración de esta pena no podrá exceder de la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista en el delito para la persona física y, que al propio tiempo, establece las condiciones para su imposición por plazos superiores a dos y cinco años.

²⁶ Bach Fabregó y Gimeno Cubero, *La Reforma Penal de 2010*, cit, Páginas 83 y siguientes.

En el artículo 33.2 CP se ha incorporado la pena grave de «privación de la patria potestad». Se ha modificado igualmente el artículo 39 del CP relativo a las penas privativas de derecho para comprender o integrar en ella la pena de privación de la patria potestad. En el artículo 46 CP se define la pena de privación de la patria potestad señalando que implica la pérdida de titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. A estos efectos, la patria potestad comprende tanto la regulada en el CC, como las instituciones análogas de los derechos forales o especiales de las CCAA. Antes, como sabemos, el artículo 46 CP ya incluía la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. Además, el artículo 55 del CP permite al juez imponerla como pena accesoria a la pena de prisión igual o superior a diez años, siempre que tuviere relación con el delito cometido, debiendo establecerse en la sentencia esa vinculación. También el artículo 56 del CP la incorpora como pena accesoria.

Las penas de «privación» e «inhabilitación especial» de la patria potestad se diferencian en cuanto al contenido, pero sí en cuanto a su duración, pues la inhabilitación especial priva de su ejercicio durante el periodo establecido en sentencia, mientras que la privación de la patria potestad supone la extinción de la misma. El legislador, por tanto ha optado en cuanto a la pena de privación de la patria potestad por su carácter perpetuo —hasta la mayoría de edad o incluso sin límite en los supuestos de patria potestad prorrogada del artículo 171 CC—. Para ciertos autores puede resultar criticable que la pena por su carácter perpetuo no admita la posibilidad de revisión por cambio de circunstancias que prevé el CC en su artículo 170.2.²⁷

En el artículo 192.2 CP ya se establecía, antes de la reforma, la posibilidad de imponer, en los delitos contra la libertad sexual, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad y demás funciones tutelares por el tiempo de seis meses a seis años, aunque tras la Ley comentada se admite la posibilidad de que la pena que pueda imponerse sea la de «privación» de la patria potestad.

IV. LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE LIBERTAD VIGILADA

La reforma de la LO 5/2010 ha modificado el CP incluyendo entre las medidas de seguridad no privativas de libertad, en el artículo 96.3, la de libertad vigilada.

En el Preámbulo de la LO citada se expresa, respecto de ella, lo que sigue:

(Es notorio, sin embargo, que en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia.

La opción incoicuzadora, que se traduciría en la prolongación ilimitada y/o indiscriminada de la privación de libertad, choca obviamente con principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara. Se hace necesario, por tanto, para tales casos de especial gravedad expresamente previstos, contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad. Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad.

Por ello la presente Ley introduce, mediante la modificación parcial y una leve reordenación del Título IV del Libro Primero del Código Penal, una nueva medida denominada libertad vigilada, que se inserta naturalmente en el régimen general de dichas medidas de seguridad, algunas de las cuales se integran y refunden en ese concepto común (artículo 106).

Así, la libertad vigilada es una medida de seguridad que el Tribunal impone, de manera

²⁷ En el Informe del CGPJ al Anteproyecto de la Reforma se interpreta que la pena de privación de la patria potestad no comporta la prohibición de recuperarla conforme al artículo 170.2 CC.

facultativa o preceptiva, según la propia norma señala en cada caso, y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, dentro de los márgenes de duración específicos que en su caso resulten de la parte especial del Código, tendentes no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente, objetivo que preside toda la reforma. Y que puede modificarse, ya en fase de ejecución, atendiendo a la evolución del sujeto y mediante un sencillo trámite que se caracteriza por un reforzamiento de la garantía de contradicción, que alcanza incluso a las víctimas que no sean parte en el proceso.

La novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa. En estos casos, tal y como resulta del nuevo artículo 106.2, la medida no se establece, por obvias razones, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual (artículo 98.1).

Es importante destacar que en la concreción del contenido de la libertad vigilada y en su eventual sustitución, modificación, suspensión o cesación, intervienen tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria, debidamente informado por los servicios penitenciarios, como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde hacer ejecutar lo juzgado. Precisamente este último, por haber juzgado, conoce con mayor detalle determinadas circunstancias del caso concurrentes con el pronóstico penitenciario del sujeto, que pueden resultar determinantes para la elección de la medida o medidas en que ha de concretarse la libertad vigilada. Su duración, en fin, se mantiene en general en un máximo de cinco años, que es el que establecía hasta ahora el Código para las medidas de seguridad no privativas de libertad que se refunden bajo el concepto de libertad vigilada, pero a ello se añade, ciertamente pensando en esta nueva modalidad post-penitenciaria, la posibilidad de que el propio Código Penal la extienda hasta los diez años (artículo 105.2), como, de hecho, esta misma Ley dispone para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo).

Muñoz Conde y García Arán ²⁸ destacan que la medida de libertad vigilada, de carácter post-penitenciario, se introdujo como consecuencia de la alarma mediática generada por la excarcelación de algunos delincuentes sexuales y terroristas, tras el cumplimiento de sus penas de prisión. En realidad, el pensamiento podría complementarse añadiendo que la alarma también era social y se incrementaba ante el espectáculo de la reiteración en el delito de esos mismos delincuentes después de haber cumplido las penas de prisión. La doctrina critica la reforma, en este punto, poniendo de relieve que la prolongación general de privación de derechos que la medida supone equivale realmente a una pena de cadena perpetua que podría afectar al principio de proporcionalidad. Por eso, se considera, en contraposición, que deberían mejorarse los instrumentos de reinserción en el ámbito penitenciario, para tratar de evitar la reincidencia en el delito y cultivarse los métodos de asistencia post-penitenciaria.

También critica la doctrina que la reforma, aunque en su discurso legitimador se basaba en los casos extremos de gran peligrosidad y delincuencia grave, ha terminado por extender, de acuerdo con el artículo 192.1 CP y 579.3 CP, la aplicación de la medida a todos los delitos contra la libertad sexual y terrorismo. Frente a esa crítica puede decirse que el legislador en los delitos indicados extiende el juicio de peligrosidad y la aplicación de la medida a los supuestos de condenados por un delito o varios delitos graves, de condenados por varios delitos menos graves, o de condenado por un solo delito menos grave que no fuese delincuente primario, pero cuando el condenado lo fuese por un solo delito menos grave, y fuese delincuente

²⁸ Muñoz Conde y García Arán, op. cit., págs. 598 y siguientes.

primario, permite que el Tribunal pueda imponer o no la medida de libertad vigilada en función de la menor peligrosidad del autor. En definitiva, el legislador ha partido de la presunción «iuris et de iure» de peligrosidad criminal típica en todos los delincuentes no primarios, permitiendo al juez de vigilancia la posibilidad de descartar esa peligrosidad típica sólo en los casos de condenados por un delito menos grave, que sean delincuentes primarios²⁹.

El término delincuente «primario» ofrece dudas, pero puesto que la peligrosidad deriva en estos casos del específico pronóstico de reincidencia en relación con delitos de la misma naturaleza, lo lógico debe ser interpretarlo como delincuente que hubiese sido condenado ejecutoriamente con anterioridad por delito del mismo Título — Título de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual, VIII del Libro II, en el supuesto de delincuentes sexuales y Título contra el Orden Público, XXII del Libro II, en el caso de delincuentes terroristas, — y de la misma naturaleza, siempre que dicho antecedente permanezca vigente y no hubiere sido cancelado o pudiera haberlo sido.

Así entendido el término delincuente primario, surge el problema de cómo valorar los supuestos en que haya cometido un delito continuado o haya sido condenado por un concurso ideal de delitos menos graves. En el caso del delito continuado, si el delito es menos grave, no existiría obstáculo para no imponer la medida en función de los requisitos «delincuente primario» y «delito menos grave», pero el Tribunal o Juez podrían valorar esa «continuidad» como peligrosidad típica para justificar la imposición de la medida. En los supuestos de concurso ideal de varios delitos menos graves, no existiría obstáculo para no imponer la medida sobre el presupuesto de la condición de «delincuente primario» del condenado, pero al haber sido condenado por varios delitos, aunque se abrazasen en forma de concurso ideal, la imposición de la medida resultaría obligada³⁰. Lo mismo acontecería en los supuestos de concurso real.

Muñoz Conde y García Arán³¹ ponen de relieve, con aguda perspicacia, que el CP nada dice respecto de los reclusos que habiendo disfrutado de la libertad condicional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.2 CP, incluso con la aplicación de las reglas de conducta y medidas del artículo 96.3 impuestas por el juez de vigilancia durante ese periodo, hayan terminado el mismo sin volver a delinquir, con buena conducta generalizada y habiéndose comprobado su capacidad para vivir en libertad. Dado que antes esos reclusos ya habían accedido al tercer grado por idéntico motivo, imponerles tras el cumplimiento efectivo de la pena la medida de seguridad de libertad vigilada durante un periodo que va de 1 a 10 años podría resultar contradictorio por haber desaparecido el juicio de prognosis desfavorable de comisión de delitos análogos en el futuro o peligrosidad.

Frente a tal pensamiento podría objetarse que de conformidad con los artículos 98 y 106.2 y 3 CP, a través del procedimiento contradictorio del artículo 98 CP, recibida la propuesta del juez de vigilancia penitenciaria, el Juez o Tribunal sentenciador podría dejar sin efecto o poner fin a la medida en virtud del pronóstico favorable de reinserción o cuando se considerase innecesaria o contraproducente su continuidad, con posibilidad de dejar sin efecto la medida incluso antes de su ejecución. Es decir, cual aclara el legislador en el Preámbulo, la medida se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia, como mínimo, anual (artículo 98.1 CP).

En relación con su contenido el artículo 106.1 CP especifica que la medida de libertad vigilada consistirá en el cumplimiento de alguna o algunas de las once medidas que se relacionan. Tales medidas son las siguientes:

²⁹ Véase en este sentido, Tamarit Sumalla, *La Reforma Penal de 2010. Análisis y Comentarios*, cit., págs. 178 y siguientes.

³⁰ Véase en este sentido, Tamarit Sumalla, *La Reforma Penal de 2010. Análisis y Comentarios*, cit., págs. 179 y siguientes.

³¹ Muñoz Conde y García Arán, op. cit., págs. 597 y siguientes.

- a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.
- b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.
- c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.
- e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
- h) La prohibición de residir en determinados lugares.
- i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.
- j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

En todo caso, como ya adelantábamos, existirá un control judicial de la medida por el Juez o Tribunal sentenciador, basado en los informes periódicos que remitirá el juez de vigilancia, existiendo, en todo caso, la posibilidad de modificar, sustituir, reducir o dejar sin efecto la medida en atención al pronóstico positivo de reinserción que elimine el juicio de peligrosidad y a través del procedimiento contradictorio del artículo 98 CP.

Resumiendo la dimensión de la medida de libertad vigilada observamos que está prevista para dos tipos de supuestos distintos.

Uno de ellos, sería el constituido por los casos en que se aplica a los sujetos inimputables o semiimputables. En este tipo de supuestos, el artículo 105.1 CP permite imponerla de forma acumulada a una medida de internamiento por un tiempo no superior a cinco años. También, conforme al artículo 95.2 CP, cuando la pena correspondiente al delito cometido no fuese privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador podrá acordarla conforme al artículo 96.3 CP, en cuyo caso no acompañará a la medida de internamiento.

El segundo y novedoso supuesto es el que se refiere a la aplicación de la medida de seguridad a sujetos que no son imputables o semiimputables. La novedad sustancial que incorpora la medida de libertad vigilada, precisamente radica en que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa. En estos casos, tal y como resulta del nuevo artículo 106.2, la medida no se establece, por obvias razones, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado, como hemos adelantado, cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual (artículo 98.1).

En relación con este segundo supuesto no puede decirse que la medida no respete los principios generales de las medidas de seguridad, cuales son, la post-delictualidad, el pronóstico de peligrosidad criminal y la proporcionalidad. Y ello porque, en primer lugar, se acata la exigencia de la comisión previa de un hecho delictivo — artículo 6.1 y 95.1.1.^a CP—. En segundo lugar, el pronóstico de peligrosidad lo formula el legislador,

cuando se trata de condenas por varios delitos o por un delito grave, o bien el Tribunal o Juez, cuando es sólo un delito menos grave el cometido y el delincuente es primario. En tercer y último lugar, igualmente se respeta la proporcionalidad, puesto que la medida se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual.

V. EL TERCER GRADO PENITENCIARIO

El Preámbulo de la LO 5/2010, en relación con el tercer grado penitenciario, establece lo siguiente:

«De conformidad con los principios que orientan la reforma, se procede a la modificación del artículo 36 CP».

De esta forma, para los casos de penas privativas de libertad superiores a cinco años, la exigencia de cumplimiento de al menos la mitad de la condena antes de poder obtener la clasificación en tercer grado se establece en el caso de delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de trece años, delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, así como los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

Esta modificación, que se estima conveniente para estos grupos de delitos de extrema gravedad, se considera por el contrario innecesaria como régimen general respecto de todos los delitos sancionados con penas de prisión superiores a cinco años. Por esta razón se elimina el automatismo hasta ahora vigente, introduciendo un mecanismo más flexible que permita a los jueces y tribunales adecuar la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente. Así, la remodelación del llamado «periodo de seguridad» garantiza la primordial finalidad constitucional de la pena, la resocialización, sin que por otra parte ello comporte detrimento alguno en la persecución por el Estado de otros fines legítimos de la misma».

El nuevo artículo 36.2 CP, en relación con la clasificación del penado en tercer grado penitenciario, distingue dos supuestos. El primero, representado por los casos en que la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, permite al Juez o Tribunal ordenar que la clasificación en tercer grado no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. En este primer supuesto, sólo en este primer supuesto, el juez de vigilancia penitenciaria, valorando las circunstancias personales del reo y la evolución de su tratamiento reeducador, oídos el MF e IP, así como las demás partes, podrá acordar la aplicación del régimen general de tratamiento.

El segundo supuesto, previene que, en todo caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y además se trate de delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de trece años, delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, así como los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal y delitos de prostitución y corrupción de menores cuando la víctima sea menor de trece años, la clasificación en tercer grado no podrá efectuarse nunca hasta el cumplimiento efectivo de la mitad de la pena. En este segundo supuesto, cobra vida el llamado «periodo de seguridad», que se concreta en la imposibilidad de acceder a ese tercer grado penitenciario hasta el cumplimiento efectivo de la mitad de la pena. Dicho periodo de seguridad fue introducido por la LO 7/2003, de 30 de junio, para impedir el acceso al cumplimiento en régimen abierto a determinados penados³².

³² Bach Fabregó y Gimeno Cubero, op., cit, págs. 84 y siguientes.

VI. LA PRISIÓN PREVENTIVA

Según el Preámbulo de la LO 5/2010, «para solucionar los problemas interpretativos surgidos acerca de cuál es el procedimiento penal donde debe abonarse el tiempo de prisión provisional sufrido por un imputado que al mismo tiempo está cumpliendo una pena de privación de libertad impuesta en otra causa, se procede a la modificación del artículo 58 para dejar claro que en esos supuestos solamente será de abono el tiempo de prisión realmente sufrido en la liquidación de condena referente a la pena que esté cumpliendo».

El artículo trata de solucionar un problema que surge con la doctrina del TC emanada de su STC 57/2008.

La jurisprudencia del TC venía entendiendo, a tenor de la doctrina emanada de su propia STC 57/08, que «el Tribunal encargado de la ejecución debe abonar el tiempo de prisión provisional para el cumplimiento de la pena correspondiente en la misma causa aunque aquél haya coincidido con el cumplimiento de otras penas en causas distintas, sin que sea necesario justificar la existencia de un perjuicio que haya afectado materialmente el derecho a la libertad del sujeto, porque no es aceptable que la carga de la prueba de la vulneración del derecho fundamental a la libertad pese sobre el condenado, teniendo que justificarse su discriminación penitenciaria sobre la base de la normativa que rige este ámbito de sujeción de la persona al Estado, además de no ser posible su previsión anticipada». Véase en este mismo sentido, la doctrina del TS, acogiendo tal posición del TC, en las sentencias siguientes: S.S.T.S. 1391/09, 311 y 414/10 y las citadas en las mismas.

Por otra parte, el T.C. cerraba su posición doctrinal con un argumento extraído de la propia literalidad del artículo 58.1 CP, expresando en el fundamento jurídico sexto de la STC 57/2008, que «si el Legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el artículo 58.1 CP y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional de una causa y de penado en otra, sencillamente porque no quiso hacerlo».³³ Luego, en conclusión, el tiempo en el que simultáneamente coincidiesen las situaciones de prisión provisional de una causa y de penado en otra, debía abonarse en la primera.

Ante dicha doctrina, la STS de 11.6.2010, entre otras muchas, vinculada por aquella interpretación que afectaba a un derecho fundamental, declaró que «el alcance que hemos dado a la sentencia invocada por el recurrente —STC 57/2008— es que no es conforme a una lectura constitucional del artículo 58.1 CP la decisión de no abonar en su totalidad al penado el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la misma causa, porque ello supone un alargamiento ilegítimo de su situación de privación de libertad, lesivo por lo tanto del artículo 17.1 CE».

Ello venía a suponer en la práctica que el Tribunal encargado de la ejecución debía abonar el tiempo de prisión provisional para el cumplimiento de la pena correspondiente en la misma causa, aunque aquél hubiera coincidido con el cumplimiento de otras penas en causas distintas.

La irregularidad de la situación es la que se pretende corregir con el precepto comentado, el cual señala lo siguiente:

«El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa».

³³ *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.*

Pues bien, partir de este precepto, ya no será posible asistir al espectáculo de que el Tribunal encargado de la ejecución deba abonar el tiempo de prisión provisional para el cumplimiento de la pena correspondiente en la misma causa, si aquél hubiera coincidido con el cumplimiento de otras penas en causas distintas.

Por otro lado, cuestión distinta, incluso antes de la reforma que se estudia, era la de la computación repetida de varias prisiones provisionales acordadas paralelamente. En ese caso, había señalado el TS (SSTS 311 y 414/10) que la solución no era la misma en los supuestos de coincidencia en el tiempo de dos o más prisiones provisionales acordadas en causas distintas. En primer lugar, porque ese caso no había sido contemplado ni resuelto en la STC 57/2008, que analiza la pluralidad primordial y distinta funcionalidad que tienen la medida cautelar y el cumplimiento de la pena. El propio TC (SSTC 41/1982 y 47/2000) había considerado que la medida cautelar de prisión provisional tiene carácter excepcional, subsidiario, necesario y proporcionado a la consecución de los fines constitucionalmente legítimos de asegurar el normal desarrollo de proceso y la ejecución del fallo, así como la de evitar el riesgo de reiteración delictiva. Los fines de la medida cautelar, por tanto, consisten en evitar la fuga del reo durante el proceso y tras el dictado de una sentencia no sólo, asegurar la instrucción de los hechos y evitar la ocultación de pruebas, impedir la reiteración delictiva por parte del sujeto considerado peligroso o satisfacer la demanda social de seguridad. Todo ello frente a la pena de prisión, que obedece a otras finalidades, conforme a lo dispuesto con carácter general en el artículo 25.2 CE.

Sobre la base de esa naturaleza completamente distinta y heterogénea con la de la pena, la STS de 11.6.2010, entre otras, consideraba que «el fundamento de la prisión provisional nada tiene que ver con el de las condenas que pueden estar cumpliéndose, porque los fines que se persiguen son distintos. Por ello, puede sostenerse que las prisiones provisionales simultáneas realmente sólo conllevan una privación de libertad única, y la pluralidad de las mismas no deja de ser, a estos efectos, meramente formal o, incluso, precautoria ante posibles decisiones de libertad provisional dictadas por un Juzgado y no por otro u otros». En consecuencia, repetía aquella resolución, «no es posible computar doblemente la prisión provisional cuando ya ha sido aplicada en la causa en la que se acordó o, en su caso, en otra causa distinta, de conformidad con las previsiones contenidas en la redacción anterior y actual del artículo 58 CP, según la LO 15/2003. Por ello lo que no puede pretender el recurrente, en este caso, es el doble abono de prisiones provisionales coincidentes en el tiempo». Obviamente este pensamiento jurisprudencial se refuerza tras la reforma de la LO5/2010.

Lo que sí parece posible con la nueva regulación es sostener el mismo criterio amplio en cuanto a la extensión del abono de la prisión preventiva sufrida en causas en las que el acusado resulta absuelto o condenado a pena menor a otras en las que resultara condenado, tanto por hechos delictivos cometidos antes del ingreso en prisión provisional, como por hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión preventiva, siempre que estos últimos hechos delictivos, por los que en definitiva ha de cumplirse la pena, fuesen anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le absolvió. Es decir, se puede abonar el periodo de prisión preventiva sufrida en causas en las que el acusado resultare absuelto o condenado a pena menor, a otras causas en las que los hechos delictivos realizados por el mismo autor sean anteriores a la fecha de la prisión preventiva sufrida e incluso a aquellas causas en las que los hechos delictivos simplemente sean anteriores al conocimiento de la sentencia absolutoria.

En este sentido, las STS de 5.7.2004 y de 20.9.2005, en discurso compatible con la regulación actual, proclamaban la siguiente doctrina:

«La sentencia de esta Sala ya citada, n.º 808/00, de 11/5, acogiendo esta línea, señala que *«en beneficio del reo ha de tenerse en cuenta este criterio en pro de una interpretación*

legal con la que puede autorizarse ese abono incluso más allá de los términos literales expresados en el citado artículo 58.1. Ha de permitirse el abono referido en casos de hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión, siempre que esos hechos delictivos, por los que en definitiva ha de cumplirse la pena, sean anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le absolvió (o impuso pena menor a la prisión ya sufrida) en la causa en la que la prisión provisional fue acordada. Sólo a partir del momento en que tal sentencia fue conocida por el interesado cabe decir que éste puede actuar con el mencionado sentimiento de impunidad que constituye el fundamento de la limitación o excepción expresada en la frase final del artículo 58. ». Existe, pues, la regla general en virtud de la cual los hechos delictivos que han sido objeto de condena deben haberse cometido con anterioridad al ingreso en prisión preventiva del condenado por otra u otras causas en las que haya resultado absuelto o se le haya impuesto una pena de prisión inferior, en cuyo caso dicha prisión preventiva le podrá ser abonada para cumplir la sentencia condenatoria, pero excepcionalmente si esos hechos delictivos han sido cometidos en el espacio temporal intermedio entre la prisión preventiva sufrida y la sentencia dictada en la causa correspondiente a dicha prisión (absolutoria) nada hay que oponer al abono de aquélla para el cumplimiento de la pena impuesta por causa de hechos delictivos cometidos en el período intermedio pues no puede reconocerse en estas condiciones la patente de impunidad a la que nos hemos referido con anterioridad (STS 18-12-2001). El artículo 58 del Código Penal reclama que la causa en que pudiera producirse el abono responda a (hechos anteriores al ingreso en prisión), por aquélla en que se produjo el exceso. Y, al respecto, esta Sala, en sentencia n.º 808/2000, de 11 de mayo, ha explicado que ese límite cronológico tiene por finalidad excluir la posibilidad de que el reo hubiera cometido nuevos hechos a sabiendas de que podría descontar de la pena correspondiente a éstos la que ya tuviera cumplida en el momento de ejecutarlos. Por eso, resuelve que sí cabría el abono (en casos de hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión, siempre que esos hechos delictivos, por los que en definitiva ha de cumplirse la pena, sean anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le absolvió). En estas palabras se expresa con claridad la *ratio* del precepto a examen, que no es otra que evitar una eventual instrumentalización perversa del expediente de justicia contenido en el mismo. (STS 21-7-2003).

El Tribunal Constitucional, ha declarado que del artículo invocado, el 25.2 CE, no nace ningún derecho fundamental. Se trata de «un principio constitucional orientador que debe guiar la política penitenciaria del Estado... la reeducación y la resocialización no descartan en absoluto otros fines válidos de la pena privativa de libertad».

VII. PENAS, ATENUANTES Y EXIMENTES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Ya no resulta conforme con nuestra legislación penal el aforismo «societas delinquere non potest». La impunidad que representaba actuar al frente de y con la pantalla de las personas jurídicas para ocultar la responsabilidad individual exigía un esfuerzo normativo para reaccionar ante tal hecho. En este sentido, primero, surgió la responsabilidad individual de quien actuaba como administrador de una persona jurídica o en nombre o por representación de una persona física —actual artículo 31 CP— Más tarde y siguiendo las orientaciones de los textos emanados de la Unión Europea surgió la responsabilidad de las personas jurídicas. La doctrina de la responsabilidad de las personas morales estaba presente en las orientaciones de las Decisiones Marco 2005/667, 2005/222 y 2004/757³⁴. Por otro lado, y como explica el Preámbulo de la nueva Ley eran numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandaban una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hacía más evidente (corrupción en el sector privado, corrupción en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, delitos fiscales, inmigración ilegal y ataques a sistemas informáticos, entre otros).

³⁴ Muñoz Conde y García Arán, op.cit., págs. 627 y siguientes.

La responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea.

La responsabilidad penal comentada se regula en el artículo 31 bis CP y sus sujetos son sólo las entidades dotadas de personalidad jurídica reconocida por las vías legales (artículo 35 CC, asociaciones, fundaciones, sociedades mercantiles, a título de ejemplo). Las organizaciones, grupos o entidades que carezcan de dicha personalidad podrán ser objeto de la imposición de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP.

El artículo 31 bis, número 5 CP, establece que las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, sin embargo, dice el CP, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. Esta excepción se interpreta como la posibilidad de aplicar esta responsabilidad sobre las personas jurídicas sometidas a régimen de derecho público, como los sindicatos o partidos públicos, cuando se hayan utilizado en fraude de ley para eludir la responsabilidad que se estudia³⁵. Desde luego, la excepción no parece extensible al propio Estado ni a las entidades que forman parte de la Administración pública estatal, central, periférica o institucional.

Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, esto es, por los representantes legales o administradores de hecho o de derecho se añade la responsabilidad por aquellas infracciones ejecutadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus representantes legales o administradores, considerando siempre las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación —artículo 31 bis, 1 CP—.

Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que la persona física responsable no hubiera sido individualizada o de que no hubiera sido posible dirigir el procedimiento contra la misma —artículo 31 bis, 2 CP—.

Por otro lado, cuando la falta de control que haya permitido materializar el hecho delictivo puede atribuirse también a las personas físicas, por que éstas no hayan activado los mecanismos de salvaguarda, si constase la posición de garantía y se diesen los demás requisitos del artículo 11 CP, podría también condenarse a éstas como autoras de los delitos cometidos a título de comisión por omisión.

Desde luego, la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas puede concurrir, mas cuando tal ocurre, si se impusiere a ambas la pena de multa las respectivas cuantías deben modularse —artículo 31 bis, 2 CP—.

Las circunstancias que afectan a la culpabilidad o agravan la responsabilidad de las personas físicas, o el hecho de que dichas personas hubieran fallecido o se hubieran sustraído a la acción de la justicia no excluyen ni modifican la responsabilidad de las personas jurídicas —artículo 31 bis, 3 CP—. Pero sí que excluye la responsabilidad de las personas jurídicas la concurrencia de «causas de justificación» en la persona física autora material del hecho.

³⁵ Muñoz Conde y García Arán, op.cit., págs. 629 y siguientes.

También se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose —respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos, prohibición de actividades e intervención judicial)—, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis. Igualmente, se tiene en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquellas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general.

Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas ellas la consideración de graves, según el artículo 33.7 CP, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

Para la determinación concreta de las penas, el artículo 66 bis CP remite a las reglas del artículo 66.1 CP, excepto a la regla 5.ª dedicada a la reincidencia, y además enuncia reglas específicas —66 bis 1.ª y 2.ª— para la adecuada imposición e individualización de las penas a las personas jurídicas.

Igualmente, se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. En este sentido, se entienden circunstancias atenuantes de la responsabilidad de las personas jurídicas, según el artículo 31 bis, 4.º CP, las siguientes:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

De la misma manera, al objeto de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquélla continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión —artículo 31 bis CP—.

La responsabilidad civil ex delicto debe satisfacerse solidariamente por la persona física y la jurídica condenadas —artículo 116.3 CP—.

VIII. LA REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

Según el Preámbulo de la Ley, en el ámbito de la prescripción del delito, con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica, se ha optado por una regulación detallada del instituto que ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos. Para llevar a cabo esta tarea, se ha prestado especial atención a la necesidad de precisar el momento de inicio de la interrupción de la prescripción, estableciéndose que ésta se produce, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable —artículo 132.2 CP—. Para entender que ello ocurre se requiere, cuando menos, una actuación material del Juez Instructor, que dicte resolución motivada, al incoarse la causa o con posterioridad, en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho constitutivo de delito o falta —artículo 132.2.1.ª CP—.

Las consecuencias de la fórmula legislativa deben ser interpretadas. De entenderse que sólo se interrumpirá la prescripción por una decisión judicial de imputación que exija la concurrencia de «indicios racionales de criminalidad» en la persona contra la que se dirija el procedimiento, al modo de los autos de procesamiento o de imputación o de las (buenas razones) o (fuertes presunciones) del TEDH, el perjuicio para el ejercicio efectivo del «ius puniendi» del Estado y la realización material de la justicia podría resultar desproporcionado e irreparable. A falta de esa necesaria clarificación, debería interpretarse la fórmula del artículo 132.2.1.ª del CP, entendiéndose interrumpida la prescripción y dirigido el procedimiento contra el culpable, cuando al incoarse una causa o en un momento posterior, el juez en resolución motivada atribuya la «presunta participación en un hecho delictivo o contravencional a una persona determinada», en función de los escasos y provisionales elementos de prueba que en esa fase inicial del proceso suelen poseerse³⁶.

En este sentido, la STS de 13.12.2004, interpretando el instituto, no duda en afirmar que «la doctrina jurisprudencial, como recuerda la Sentencia de 8 febrero 1995, viene sosteniendo que sólo tienen virtud interruptora las resoluciones que ofrecen un contenido sustancial propio de una puesta en marcha y prosecución del procedimiento, en definitiva reveladora de que la investigación se inicia, avanza o se amplía, es decir, que el procedimiento persevera consumando sus sucesivas etapas». Desde este punto de vista, la resolución judicial motivada, dictada al incoarse el procedimiento o con

³⁶ En sentido contrario, Hernández García, en *La Reforma Penal de 2010*, cit, páginas 121 y siguientes.

posterioridad, en la que se atribuye la presunta participación en el delito a una persona determinada, aunque no se sustente en indicios racionales o fuertes presunciones, debe interrumpir la prescripción, siempre que le atribuya esa participación a la luz de los provisionales datos de investigación o instrucción que se hayan aportado u obtenido. La prescripción signiñca la expresa renuncia, por parte del Estado, del derecho a juzgar, en razón a que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, representando el dictado de la resolución judicial motivada justamente lo contrario, esto es, que precisamente no existe renuncia u olvido algunos y sin que pueda exigirse en estos procesos iniciales una prueba rayana en la certidumbre o simplemente fundada en indicios de criminalidad propios de una fase procesal posterior y más avanzada. Una cosa es que se exija la existencia de un procedimiento judicial y de una resolución motivada del juez, y que, al mismo tiempo, no posean virtualidad interruptora de la prescripción las diligencias que no supongan una material dirección del procedimiento contra el culpable, y otra, muy distinta, que la resolución judicial motivada deba identificarse con los «indicios racionales de criminalidad» del auto de procesamiento. En este sentido, el artículo 132.2 apela a que el procedimiento se dirija contra persona indiciariamente responsable y el artículo 132.2.1.^a a que se dicte resolución que atribuya la participación a una persona determinada, pero en ninguno de los dos apartados se impone la necesidad de que esos indicios sean racionales o graves, pues tal racionalidad sólo se exige en relación con una fase de instrucción o investigación mucho más avanzada. Por lo razonado, debería otorgarse carácter interruptivo de la prescripción a los autos de incoación del procedimiento oportuno contra persona determinada e indiciariamente responsable ora dictados de oficio ora en virtud de denuncia, a los autos de admisión a trámite de denuncias o querellas, a las resoluciones en las que se acordasen medidas cautelares relativas a la situación personal o a la responsabilidad civil de los presuntos responsables y a cualesquiera otras resoluciones motivadas del juez de contenido material que pudieran identificarse con la incoación o con la dirección del procedimiento contra el responsable indiciariamente de haber cometido el delito. Desde luego no será suficiente la mera apertura del procedimiento y el inicio de actuaciones para averiguar la forma en que ocurrieron los hechos y las personas que fueran eventualmente responsables de los mismos.

El replanteamiento del régimen procesal de la prescripción en los términos expuestos aconsejaba también revisar algunos aspectos de su regulación sustantiva. Así, según el Preámbulo de la LO comentada, la impunidad debida a la prescripción de ciertos delitos castigados con penas de no excesiva gravedad (estafas, delitos urbanísticos, por ejemplo, o algunos delitos contra la Administración Pública), cuyo descubrimiento e investigación podían sin embargo resultar extremadamente complejos y dilatados, había redundado en descrédito del sistema judicial y en directo perjuicio de las víctimas. En este sentido, se opta por elevar el plazo mínimo de prescripción de los delitos a cinco años, suprimiendo por tanto el plazo de tres años que hasta ahora regía para los que tienen señalada pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años —artículo 131.5.1 CP—.

Las modificaciones en materia de prescripción del delito se completan con la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona. El fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el transcurso de cierto tiempo. La reforma se fundamenta, en este punto, en que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características del tipo mencionado.

También se establece que los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave. Se recoge en este punto

la doctrina clásica del TS, representada en la STS de 12.2.2008, que reclamaba en los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituyese una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un medio para la consumación o la ocultación de otro, una prescripción unitaria. En tales casos de unidad delictiva material, no podía admitirse el absurdo de valorar la prescripción separadamente, pues podía conducir al resultado grotesco del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de aquella que se estimase previamente prescrita y que resultaba imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario. La doctrina de la Sala II, en estos casos, ahora recogida por el legislador, representada en las SSTS de 14 de junio de 1965, 6 de noviembre de 1991, 28 de septiembre de 1992, 12 de marzo de 1993, 12 de abril de 1994, 18 de mayo y 22 de junio de 1995, 10 de noviembre de 1997, 29 de julio de 1998 y 12.2.2008, entre otras, estimaba siempre que la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, de forma que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal.

Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso. Tampoco prescribirán las penas impuestas por delitos de terrorismo, si estos hubieren causado la muerte de una persona.

En relación con el tema de la interrupción o no de la prescripción como consecuencia de la interposición de una denuncia o querrela ante el juez encargado de la persecución del delito, el legislador ha optado por sostener una posición equidistante entre las respectivas doctrinas del TS y del TC tradicionalmente enfrentadas en este punto. Para el TS aquella interposición interrumpía la prescripción. Para el TC no la interrumpía. Veamos sus posturas.

Como aclara la STS de 21.6.2006, la doctrina mayoritaria de esta Sala, en relación al hecho de la iniciación del proceso y a que el mismo se dirija contra el culpable, ha entendido siempre que si bien no es suficiente la mera apertura del procedimiento y el inicio de actuaciones para averiguar la forma en que ocurrieron los hechos y las personas que fueran eventualmente responsables, bastaba con la presentación de una denuncia o querrela ante el Juzgado con una suficiente identificación de la persona contra la que se dirigía el procedimiento para que se interrumpiese el plazo de prescripción, sin necesidad de ninguna actuación judicial relativa a la admisión a trámite. (STS. 312/05 de 9.3). La fecha que había de tenerse en cuenta para computar el momento en que el procedimiento se dirigía contra el culpable era la de la presentación de la denuncia o querrela, más exactamente, la de su asiento en el Registro General (S. 5/11/98), puesto que era esa fecha la que dotaba de certeza y seguridad jurídica a la hora de computar los plazos (art. 9.3 CE.), al margen de la mayor o menor diligencia del Juzgado (SSTS. 492/2001 con cita entre otras 4.6 y 30.12.97, 9, 16 y 26.7.99 ó 6.11.2000, y 162/2003 de 4.2 y 298/2003 de 14.3).

Este criterio del TS se mantuvo, incluso tras dictarse la STC 63/2005, en el caso de «Los Albertos». Así, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Pleno de 12.5.2005, tomó el siguiente Acuerdo: «La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha examinado la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el artículo 123 de la Constitución Española que establece que el Tribunal Supremo «es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales», por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales». También por Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de esta Sala celebrado el 25 de Abril de 2006, se entendió que «el artículo 5.1 de la LOPJ, inter -

pretado conforme a los artículos 117.1, 161.1.b) y 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza con plena jurisdicción las facultades que directamente le confiere el artículo 123.1 CE», manteniéndose respecto de la disposición «que el procedimiento se dirija contra el culpable» la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción, pese a la STC nº 63/2.005.

Por ello, en SSTS como la de 643/2005 de 19.5, se insistió en que «condicionar la interrupción de la prescripción a la admisión de la querrela sería aleatorio, inseguro jurídicamente y con una gran dosis de injusticia al remitir la decisión de extinguir la responsabilidad criminal de un delincuente a la mayor o menor carga de trabajo que tenga un Juzgado. Criterio que ha sido reiterado en el reciente Pleno de 25.4.2006, que aprobó el acuerdo de «mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005».

Por su parte, la STC 63/2005, como otras posteriores, cual la de 20.2.2008, en sentido contrario, entendían que la prescripción sólo podía ser interrumpida por el auto judicial que admitiese a trámite la querrela o acordase incoar procedimiento. Defendía el TC su postura y la no invasión del espacio jurisdiccional del TS con los siguientes argumentos:

«La decisión judicial por la que se desestima una pretensión de prescripción del delito no puede, pues, limitarse a una simple verificación o cómputo del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo en cuestión, ni a un mero cotejo de ese lapso temporal con el plazo de prescripción legalmente establecido, sino que, al afectar a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal de quien invoca esta causa extintiva de la responsabilidad penal, debe contener un razonamiento expreso de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a esta institución —que, por otra parte, distan mucho de ser diáfanos—, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la ratio legis o fin de protección de dichas normas».

Persistía la STC nº 63/2005 rechazando la postura de que sea suficiente la presentación de la denuncia o querrela para interrumpir la prescripción, por entender (que la interpretación que lleva a esta conclusión no se compadece con la esencia y fundamento de la institución, y por considerar insuficiente la interpretación que lleva a dicha conclusión, con invocación del canon reforzado de motivación, se adentra en la interpretación que, conforme a los parámetros constitucionales, ha de darse a la cuestión). Recuerda el Tribunal Constitucional en dicha sentencia que «quien ejercita la acción penal en forma de querrela, no tiene un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino únicamente al dictado de una decisión motivada en que se expresen las razones por las que el órgano judicial ha resuelto su admisión o inadmisión a trámite», así como recordando que el «ius puniendi» no se encuentra en manos de quien acusa, para acabar concluyendo que es preciso un acto de intermediación judicial para ponerlo en marcha, estableciendo en tal sentido que «para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona, no basta con la simple interposición de una denuncia o querrela sino que se hace necesario que concurra un acto de intermediación judicial».

Pues bien, solucionando este conflicto, y acercando las posturas, el legislador ha considerado necesario abordar el problema de los efectos que para la interrupción de la prescripción pueda tener la presentación de denuncias o querellas y en este sentido se ha optado por «suspender» el cómputo de la prescripción por un máximo de seis meses o dos meses, según se trate de delito o falta, desde dicha presentación siempre que sea ante un órgano judicial y contra una persona determinada. Si el órgano judicial no la admite a trámite o no dirige el procedimiento contra la persona denunciada o querrelada, continúa el cómputo de prescripción desde la fecha de presentación. También continuará el cómputo si dentro de dichos plazos el Juez no adopta ninguna de las resoluciones citadas —artículo 132.2.2 CP y 132.2.3 CP—.

En otro orden de cosas, como sabemos, en materia de prescripción del delito ha de estarse a la pena en abstracto, pues estudiando la expresión «cuando la Ley señale al delito la pena de...», la Sala II del TS determinó que «la pena señalada por la Ley era precisamente la pena en abstracto que la Ley señalaba al delito, sin tener en cuenta la pena en concreto que pudiera corresponderle a la persona concernida». Como referencias jurisprudenciales de la doctrina expuesta, se pueden citar las SSTS 356/99 de 4 de Marzo, 867/2002 de 29 de Julio, 1937/2001 de 26 de Octubre ó 10 de Junio de 2002, y, más recientemente, SSTS 1590/2003 de 22 de Abril, 1173/2005 de 27 de Septiembre y de 31.1.2008. Esta doctrina admite dos matizaciones.

La primera matización de esta doctrina estaría en el supuesto de que la pena en abstracto debe tener en cuenta las degradaciones de penas imperativas, ya por el grado de ejecución, ya por el grado de participación, como recoge la STS 1823/2001 de 14 de Mayo.

La segunda matización se refiere a que la pena en abstracto, así delimitada debe estimarse en toda su extensión y por tanto en su concepción de pena máxima que pueda serle impuesta, siendo desde esta perspectiva que debe interpretarse el término «pena máxima» señalada al delito, que se contiene en el artículo 131 del actual Código Penal, es decir, pena en abstracto máxima posible legalmente, teniendo en cuenta las exasperaciones punitivas que pudieran operar por la aplicación de algún subtipo agravado, o por la continuidad delictiva (STS. 222/2002 de 15.5).

En efecto es cierto que el criterio jurisprudencial y doctrinal de que las penas a que refiere el artículo 131 CP son las penas previstas a los tipos penales, esto es, la pena abstracta correspondiente al delito, sin tener en cuenta la resultante de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (STS. 17.3.98). Ahora bien los denominados tipos agravados por la concurrencia de elementos típicos que se incorporan a un hecho básico, forman una tipicidad distinta con una distinta consecuencia jurídica ineludible (STS. 289/2000 de 22.2). Es decir, que si bien debe partirse de la pena abstracta señalada para el tipo de que se trata, no debe olvidarse que junto al tipo básico o genérico, existen otros que la doctrina y sentencias de esta Sala llaman tipos específicos, complementarios o accidentales (SSTS. 30.12.97 y 2.3.90), y que no por ello dejan de ser delictivos a los efectos de realizar el cómputo prescriptivo, sin que deban confundirse con la determinación penológica que resulta del juego de las reglas de aplicación de la pena por la naturaleza y número de las circunstancias concurrentes (STS. 198/2001 de 7.2).

IX. EL DECOMISO DE BIENES

Como expone el Preámbulo de la LO 5/2010, de singular importancia resulta la transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Como se recoge en el instrumento internacional, el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella.

Por ello, se ha completado la regulación existente del comiso encomendando a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal, o bien cuando se trate de delitos de terrorismo, con independencia de si estos últimos se cometen en el seno de una organización o grupo terrorista, tal y como se prevé en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el terrorismo. Para facilitar la medida, se establece una presunción de procedencia de actividades delictivas cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de todas y cada una de las personas

condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal. Asimismo, se faculta a los jueces y tribunales para acordar el comiso cuando se trate de un delito imprudente que lleve aparejado en la ley la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año.

En este sentido, el nuevo artículo 127 CP, reza del siguiente tenor:

1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

4. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.)

Explica Quintero Olivares que con la nueva regulación el comiso se ha ampliado, pero sólo a los bienes que injustificadamente tengan los sujetos vinculados a organizaciones criminales, y no otros, lo cual carecería de sentido, salvo que se considerarse excesivo extender también el comiso a los responsables de cualquier delito que no pudiesen justificar su origen, presuponiendo que ese origen fuese también delictivo³⁷. En cuanto al blanqueo de capitales —artículo 301.1 CP—, se ha ampliado en dos sentidos, incluyendo a los propios partícipes en los delitos previos y tipificando la mera «posesión o uso» de los bienes de origen delictivo. Sugiere Quintero, en este punto, que la doble ampliación supone que los partícipes en un delito responderán por ese delito y también por «poseer» los bienes con él obtenidos, lo que resulta difícilmente asumible. Como forma de evitar en este punto la lesión del bis in idem, se sugiere por el autor citado que la «posesión» por autores y partícipes sólo sea punible cuando no quepa castigarlos por el delito previo³⁸.

En relación con el delito de blanqueo de capitales del artículo 301 CP, entiende la STS de 28.6.2010 que «la vigente regulación exige que el sujeto activo del delito no hubiera intervenido en el delito del que procedan las ganancias como autor ni como cómplice. Ahora bien, después de la reforma que se estudia será posible, superando las limitaciones del artículo vigente como consecuencia de su ampliación por la tras-

³⁷ Quintero Olivares, *La Reforma Penal de 2010. Análisis y Comentarios*, cit., página 109.

³⁸ Quintero Olivares, *La Reforma Penal de 2010. Análisis y Comentarios*, cit., página 110.

posición de la tercera Directiva Europea sobre el blanqueo de capitales de 29.4.2010, extender las conductas de blanqueo a los propios autores de los hechos delictivos, considerando típicas operaciones como las compras de vehículos de motor o el ingreso de metálico en cuentas corrientes, pues son actos de aprovechamiento de los beneficios del tráfico de drogas cometidos por los propios acusados».

La reforma relativa a la introducción de la «posesión y utilización» proviene del artículo 3.c) de la Convención de Viena que «firma que deberán castigarse como blanqueo de capitales los actos de (adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados en el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o tales delitos). Por otro lado, la reforma relativa al «autoblanqueo» proviene del artículo 1.2 de la vigente LEY de 28.4.2010 que expresa con nitidez que «existirá blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas en las letras precedentes sean realizadas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes».³⁹

Recogiendo tales textos el actual artículo 301 castiga el autoblanqueo de capitales cuando dispone que «cometerá este delito quien adquiera, posea, utilice o convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad cometida por él o por cualquier otra persona». La posibilidad de castigar como autor del delito de blanqueo de capitales a persona previamente condenada como autora del delito previo de tráfico de drogas, pese a lo que expresa la STS de 28.6.2010 antes comentada, ya había sido aceptada por el TS en sentencia de 124.2.2005 e incluso por el Pleno de 18.7.2006 que reñejó que «el artículo 301 CP no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito precedente».

El artículo 127.2 CP faculta al Juez para ordenar el decomiso de bienes en los casos que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por un delito imprudente.

X. EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

En materia de expulsión de extranjeros, no residentes legalmente en España, el artículo 89.1, cuando las penas privativas de libertad impuesta sean inferiores a seis años, determina, con carácter general, que serán sustituidas, en la sentencia, por su expulsión del territorio nacional, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del penado, del MF y de las partes personadas, de forma motivada aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en los centros penitenciarios españoles.

También podrá acordarse la sustitución en auto posterior motivado y con idéntica contradicción —artículo 89.2 CP—.

El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años —antes de diez años y en todo caso mientras no hubiere prescrito la pena—. Si el extranjero regresare a España antes del periodo judicialmente establecido, cumplirá las penas que hubieren sido sustituidas. No obstante si hubiere sido sorprendido en la frontera⁴⁰, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a cumplirse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad —artículo 89.4 CP—.

También podrán los jueces y tribunales, a instancia del MF y previa audiencia del penado y las demás partes, acordar en sentencia o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviere cumpliendo cualquier pena privativa de libertad —que podría ser por tanto superior a seis años de prisión— para el caso de que hubiera accedido

³⁹ Véase De Alfonso Laso, Daniel, en «La Modificación del Delito de Blanqueo de Capitales», trabajo incluido en *La Reforma Penal de 2010*, Director Quintero Olivares, op., cit., páginas 253 y siguientes.

⁴⁰ Véase en este punto la Consulta 1/2001 de la FGE.

al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del MF, y de forma motivada, aprecien razones que justifiquen el cumplimiento de la pena artículo 89.5 CP—.

Cuando se acordare la expulsión de un extranjero, en los supuestos previstos en el artículo, y no se hallare privado de libertad, el juez o tribunal que la hubiere acordado, podrá acordar su ingreso en centro de internamiento, a fin de asegurar la expulsión, aunque con los límites y garantías previstos en la legislación administrativa —artículo 89.6 CP—.

Si acordada la expulsión ésta no pudiese llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o a sus sustitución en los términos del artículo 88 CP.

La reforma ha ampliado el momento procesal oportuno para resolver sobre la medida, pues cabe hacerlo en sentencia o en auto motivado en momento posterior respecto de las penas inferiores a seis años. Por otro lado, en cuanto a las penas superiores a seis años, la medida puede acordarse en sentencia o durante la ejecución de la pena⁴¹.

También ha atendido a la jurisprudencia del TS en cuanto a las circunstancias que deben valorarse para la expulsión, pues apela a «las razones que justifiquen el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario español». La STS de 7.6.2005, entre otras, consideraba que debía atenderse a las circunstancias del hecho y del culpable, cual ocurre en la individualización de la pena.

La lista de delitos excluidos de la expulsión se modificó, ampliándose a los delitos 312, 313 y 318 bis CP⁴². Resulta discutible la exclusión de esa lista del delito de trata de personas del artículo 177 bis CP⁴³.

⁴¹ Cugat Mauri, M., *La Reforma Penal de 2010. Análisis y Comentarios*, op.,cit., páginas 99 a 106.

⁴² Véase la Circular 1/2002 de la FGE.

⁴³ Cugat Mauri, M., *La Reforma Penal de 2010. Análisis y Comentarios*, op.,cit., página 106.

novedad estrotta

**JÜRGEN HABERMAS,
CHARLES TAYLOR, JUDITH
BUTLER y CORNEL WEST**

El poder de la religión en la esfera pública

LUIGI FERRAJOLI
Poderes salvajes. La crisis de la
democracia constitucional

DAVID HUME
Ensayos morales, políticos y literarios

ÓSCAR ALZAGA
Del consenso constituyente al conflicto
permanente

JOSÉ M^a RUIZ SOROA
El esencialismo democrático

**MIGUEL CARBONELL y
LEONARDO GARCÍA JARAMILLO (eds)**

El canon neoconstitucional

ANTONIO MADRID
La política y la justicia del sufrimiento

GUSTAVO ZAGREBELSKY
Contra la ética de la verdad

VICTORIA CAMPS (ed.)
Democracia sin ciudadanos. La
construcción de la ciudadanía en las
democracias liberales

**ALBERTO SUCASAS y
JOSÉ A. ZAMORA (eds.)**
Memoria - política - justicia. En diálogo
con Reyes Mate

CLAUDE LEFORT
Maquiavelo. Lecturas de lo político

ALEXIS DE TOCQUEVILLE

La democracia en América

IGNACIO SOTELO

El Estado social. Antecedentes, origen,
desarrollo y declive

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

EDITORIAL TROTТА
Tel. 34 91 543 03 61
Ferraz 55 - 28008 Madrid
editorial@trotta.es
www.trotta.es

La reforma de la prescripción penal. Especial referencia a la interrupción del plazo

Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ

1. INTRODUCCIÓN. LA PRESCRIPCIÓN PENAL

La institución de la prescripción penal, ya se refiera a los delitos y faltas o a las penas y medidas de seguridad, constituye una de las figuras clave en nuestro Derecho, al contemplarse como una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.6.º y 7.º CP).

La regulación jurídica de esta figura, contenida en cinco artículos del Código Penal (131 a 135)¹, se ha revelado demasiado escueta para un instituto tan complejo. Es por ello que se han generado múltiples interrogantes, no sólo desde el punto de vista teórico sino también práctico, que van desde la propia naturaleza procesal o sustantiva de la figura², el fundamento de la misma³ o la determinación del momento en que el plazo de prescripción ha de empezar a contar. Ésta última tiene una trascendencia tal en la práctica forense que puede suponer, *de facto*, la condena o absolución de un acusado.

Estas y otras dificultades han dado lugar, no sólo a múltiples opiniones doctrinales y jurisprudenciales, sino también, como tendremos ocasión de ver más adelante, a un enfrentamiento directo entre los dos órganos jurisdiccionales más importantes en nuestro Estado: el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

Excede de las pretensiones de este artículo hacer referencia a todos y cada una de las cuestiones que la prescripción suscita. Por ello, nos limitaremos a explicar brevemente las modificaciones que el legislador ha introducido a través de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal, con el fin de solventar algunos de los problemas que con el transcurso de los años se habían ido poniendo de manifiesto y, muy especialmente, nos centraremos en la interrupción de la prescripción.

¹ En el ámbito de la responsabilidad penal de los menores, esta cuestión se regula en el artículo 15 de la LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores.

² A este respecto, ha existido una gran polémica, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, pues se ha sostenido tanto su adscripción al plano procesal, como, en otras ocasiones, al penal e incluso se han defendido teorías eclécticas que le atribuyen naturaleza mixta. Lo cierto es que se trata de una cuestión dogmática compleja en la que todas las tesis disponen de argumentos a favor y en contra. La STS 1079/2000, de 19 de julio, entre otras, recoge las dos principales líneas argumentales del Tribunal Supremo, como son la atribución de una naturaleza sustantiva o de naturaleza mixta: «Desde la naturaleza sustantiva o material de la prescripción –STS de 10 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1539) ••13 de junio y 12 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 5293 y 9470) ••18 de junio de 1992 (RJ 1992, 5504) ••7 de julio y 10 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 5883 y 8385) ••22 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6755) •, entre otras–, sin perjuicio de reconocer otra línea jurisprudencial que le asigna una doble naturaleza procesal y sustantiva –STS de 25 de enero de 1994 (RJ 1994, 106) [...]».

³ Son múltiples las razones que se han buscado para justificar la existencia de la figura, desde considerarla una renuncia del ejercicio del *ius puniendi* del Estado hasta fundamentarla en el principio de seguridad jurídica y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pasando por el impacto del transcurso del tiempo, que ocasiona, entre otros, surgimiento de dificultades probatorias, reducción de la alarma social generada por el delito y la reinserción del delincuente. Especial mención merece la alusión al principio de necesidad de pena, pues el transcurso del tiempo impide el cumplimiento de sus funciones de prevención general y especial.

2. LA REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESCRIPCIÓN. PRINCIPALES CAMBIOS TRAS LA LO 5/2010

La modificación del régimen de la prescripción supuso una de las mayores preocupaciones de la LO 5/2010. En él se introducen importantes novedades con el objetivo, en palabras del legislador en la Exposición de Motivos, de aumentar la seguridad jurídica, poniendo fin a las diferencias interpretativas que en los últimos tiempos habían surgido.

Al margen del relativo a la interrupción del plazo, al que dedicaremos en exclusiva el siguiente epígrafe, son tres los grandes cambios introducidos por la Ley: la ampliación del plazo de prescripción para los delitos menos graves, la declaración de imprescriptibilidad de ciertos delitos y la introducción de una regla específica para los supuestos de concurso y conexidad.

2.1. Ampliación del plazo de prescripción para los delitos menos graves

En la redacción anterior a la reforma, el artículo 131.1 CP, en su párrafo cuarto, establecía que aquellos delitos cuya pena máxima señalada por la ley fuese la prisión o inhabilitación por más de tres años, pero menos de cinco, el plazo de prescripción sería de cinco años. En el caso de los restantes delitos graves, sería de tres⁴. Este plazo de tres años desapareció tras la entrada en vigor de la LO 5/2010, con lo que los restantes delitos graves a que hacía referencia el precepto pasaron a quedar integrados en el plazo de cinco años⁵.

El legislador justificó su decisión en la Exposición de Motivos alegando la impunidad que este breve plazo, a su juicio, había ocasionado con respecto a determinados delitos, como las estafas o los delitos urbanísticos, con el consecuente perjuicio para las víctimas y el descrédito hacia el sistema judicial, era causa suficiente para aumentar el plazo de tres a cinco años. Las críticas frente a esta opción legislativa no se han dejado esperar y algunos autores ya han mostrado su desconcierto por el constante incremento en la duración de los plazos al que asistimos desde 1995⁶, injustificado tanto desde el punto de vista de la prevención general como del relativo al desarrollo de los principios del Estado social y democrático de Derecho⁷.

Más bien parece que esta modificación, lejos de atender a criterios de índole penal, responde a los intereses de una Administración de Justicia saturada de trabajo. Señala con acierto Pedreira González que «*la tendencia a ajustar el Código Penal a la lentitud de la justicia, no solo no resuelve nada sino que incluso puede incrementar los problemas*», como en su momento había apuntado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 157/1990, de 18 de octubre: «*una ampliación de los plazos de prescripción o una modificación de las causas de interrupción de la prescrip-*

⁴ A su vez, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, había modificado la redacción original del CP 1995 en este punto.

⁵ Por su parte, la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en su disposición final segunda, rubricada «*Modificación del Código Penal*» suprime el párrafo que dispone que «*Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año*». Pese a que se evita con ello la reiteración, pues dos párrafos hacían referencia al plazo de prescripción de un año, es bastante dudosa la ubicación sistemática de esta disposición derogatoria.

⁶ Quintero Olivares, G., *La nueva regulación de la prescripción del delito*, en Álvarez García, F.J./González Cussac, J.L. (dir.) «Comentarios a la reforma penal de 2010», 2010, Tirant Online, TOL1.951.675. En el mismo sentido, y con referencia al plazo de las faltas, se había pronunciado Castillejo Manzanares, R., *La prescripción en el juicio de faltas*, Revista Tribunales de Justicia, nº 7, La Ley, Madrid, 2000, pág. 857.

⁷ Pedreira González, F., *Prescripción de los delitos: artículos. 130, 131 y 132 CP*, en Álvarez García, F.J./González Cussac, J.L. (dir.) y Manjón-Cabeza Olmeda, A./Ventura Püschel, A. (coord.), «*Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del código penal (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*», 2010, Tirant Online, TOL1.852.162

ción, podría cristalizar en la desidia o el retraso en el funcionamiento de los órganos judiciales»⁸. Más que en incrementar los plazos, nuestro legislador debiera preocuparse por dotar de mayores medios materiales y personales a los órganos jurisdiccionales.

Al margen de esta crítica, la nueva regulación del plazo conllevará, además, no pocos problemas de derecho transitorio en un futuro próximo pues, siendo una ley que en nada favorece al reo, tendrá que continuar siendo aplicado el derogado plazo de tres años para aquellas infracciones penales cometidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010⁹.

2.2. Declaración de la imprescriptibilidad de ciertos delitos

Siendo uno de los fundamentos de la prescripción la ausencia de necesidad de la pena con el transcurso del tiempo, por no cumplirse ya los fines a los que está destinada, es evidente que, en determinados delitos, dada su extrema gravedad, ni siquiera el paso de los años disminuye la alarma social por ellos generada. Es esta razón la que justifica que determinadas infracciones, particularmente deleznable, se consideren imprescriptibles en nuestro ordenamiento.

El artículo 131.4 CP ya preveía que los delitos de lesa humanidad y de genocidio eran imprescriptibles, así como los delitos cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado¹⁰. A ellos se han añadido tras la reforma los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona y, como lógico corolario de ello, el 132.2 CP declara la imprescriptibilidad de las penas impuestas por este tipo penal. En este caso, el legislador continúa con el criterio que informaba la anterior exclusión de los plazos y actúa en buena lógica con la preocupación que esta forma de delincuencia genera en nuestro país.

2.3. Introducción de una regla específica para los supuestos de concurso y conexidad

Otras de las modificaciones que la reforma trajo consigo fue la introducción de un apartado quinto en el artículo 131 CP, en el que se establece una regla específica relativa al plazo en los supuestos de concurso de infracciones y conexidad delictiva: «En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave».

Pese a que ha suscitado algunas críticas¹¹, lo cierto es que esta nueva disposición se ha limitado a reproducir en el texto legal lo que hasta ahora había sido

⁸ Pedreira González, F., *Prescripción de los delitos*, op.cit.

⁹ Como indica Quintero Olivares, G., *La nueva regulación...*, op.cit., «el plazo prescriptivo forma parte también de la ley penal a efectos de irretroactividad de ley penal desfavorable». El artículo 2 CP es el encargado de regular la irretroactividad de las normas penales y, por su parte, la Disposición Transitoria primera de la LO 5/2010, de Reforma del Código Penal, titulada «Legislación aplicable» dispone que «1. Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor».

¹⁰ En la redacción original del CP sólo se preveía el delito de genocidio. Los dos restantes fueron añadidos tras la reforma operada por la LO 15/2003. No obstante, la LO 5/2010, para el caso de los delitos cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, excluye de este excepcional tratamiento a los del artículo 614, rubricado «Actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales».

¹¹ Entre otros, Pedreira González, F., *Prescripción de los delitos...*, op.cit.: «La propuesta contenida en el Proyecto relativa a que en los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave, no está justificada, pues cada infracción ha de prescribir con arreglo a su propio plazo, sin que pueda subordinarse una infracción a otra sobre la base de argumentos de conexidad procesal o sustantiva». En el mismo sentido, en lo que respecta a la conexidad de delitos y faltas, sostiene Castillejo Manzanares, R., *La prescripción...*, op.cit.,

aplicado en la práctica por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sirva de ejemplo la STS 392/2010, de 5 de mayo, dictada un mes antes de la aprobación de la LO 5/2010, la cual declara en su fundamentación jurídica que «Según la doctrina de esta Sala del complejo delictivo conexo o vinculado entre sí, ha de tomarse como referencia el término de prescripción más largo del conjunto. En el complejo instrumental (nexo teleológico), no puede prescribir la falta, por sujetarse a la prescripción del delito de falsedad que exige mayor lapso temporal». Con mayor profusión argumental se pronuncia la STS 912/2010, de 11 de octubre, dictada apenas dos meses antes de la entrada en vigor de la Ley (pues, pese a que fue aprobada en junio de 2010, se estableció un período de *vacatio legis* de seis meses), en la que se hace ya expresa referencia a la reforma que estaba por venir: «la doctrina de esta Sala Casacional, deducida entre otras, de la STS 54/2002, de 21 enero (RJ 2002, 3064), que citando a las de Sentencias de 18 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4498) y la 758/1999, de 12 de mayo (RJ 1999, 4979), afirma que no debe operar la prescripción, en supuestos en los que se condena por varios delitos conexos, ya que hay que considerarlo todo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones y, por consiguiente, no puede aplicarse la prescripción por separado, cuando hay conexión natural entre ellos y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectado, no cupiendo apreciar la prescripción autónoma de alguna de las infracciones enjuiciadas aplicando plazos de prescripción diferenciados por paralización del procedimiento (STS de 29 de julio de 1998 (RJ 1998, 5855), 12 de mayo y 21 de diciembre de 1999, 14 de febrero 2000 (RJ 2000, 429) o 3 de julio de 2002 (RJ 2002, 8064), 31 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9859)). Este criterio jurisprudencial es confirmado en la reciente LO 5/2010 (RCL 2010, 1658), que entrará en vigor próximamente, cuyo apartado 5 del artículo 131 del Código penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), dispondrá: «En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave». Como se ve es traslación legislativa de nuestra doctrina jurisprudencial sobre la prescripción de los delitos conexos».

3. LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

3.1. El origen de la polémica: el artículo 132.2 cp

Para poder comprender la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 en materia de interrupción de la prescripción, es preciso, con carácter previo, conocer el estado de las cosas y la problemática que generó dicho cambio.

El origen de la disputa se encontraba en la redacción del párrafo segundo del artículo 132 CP, el cual disponía que «La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena». Más concretamente, la controversia se suscitó por la expresión «cuando el procedimiento se dirija contra el culpable», pues la redacción no clarificaba en absoluto en qué momento habría que entender que un determinado un proceso se dirige hacia alguien ni tampoco frente a qué sujetos habría de dirigirse.

Además de la ambigüedad, el tenor literal del precepto adolecía de una falta de precisión en el empleo del lenguaje técnico procesal, pues un proceso, en todo caso,

que el plazo de ambos debe correr separadamente, siendo posible condenar por el delito y apreciar la prescripción de la falta, y ello porque «lo que se produce en los supuestos de delitos y faltas conexas es una acumulación de distintos procesos en un solo procedimiento, de modo que el delito y la falta serán resueltos en una sola sentencia, pero sus pronunciamientos se extenderán a todos los hechos enjuiciados de forma separada».

no se dirige contra un culpable, sino contra un presunto culpable, correspondiendo única y exclusivamente al juez en la sentencia determinar si el acusado merece tal calificativo. En todo caso, esta formulación ya se encontraba en el Código Penal de 1870 y de él, atravesando los ulteriores Códigos, llegó hasta el vigente de 1995. La única excepción a ello fue el Código Penal de 1928, que en su artículo 199.1 disponía que «La prescripción de la acción penal se interrumpe por cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o castigo del delito».

Ante la evidente falta de precisión del legislador, y dada la trascendencia práctica del problema, fue necesario colmar esta deficiencia legal por vía interpretativa, a la que contribuyeron tanto la doctrina pero, muy especialmente en este supuesto, la jurisprudencia. Si bien es cierto que fueron varias las cuestiones planteadas, podría decirse que fue una la principal pregunta a la que trataron de dar respuesta: para que se interrumpa el plazo de prescripción, ¿basta la mera interposición de denuncia o querrela o es preciso que se proceda a la comprobación de los hechos o a la admisión a trámite de ésta última? Esto es, ¿es necesario que se inicie el proceso penal mediante la apertura de un sumario o de unas diligencias previas para que el plazo se interrumpa?¹²

3.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta el 2005

En la interpretación de este precepto, el Tribunal Supremo centró su análisis en torno a dos cuestiones: en qué momento exacto se debía entender interrumpida la prescripción y contra quién o quienes habría de dirigirse el proceso.

Con respecto a la primera, el Alto Tribunal mantuvo dos tesis contrapuestas, como sintetiza perfectamente la STS 298/2003, de 14 de marzo¹³. En ocasiones, entendía que no era suficiente la mera interposición de la denuncia o querrela, sino que era preciso, a efectos de interrupción del plazo, una resolución judicial respecto de éstas (así lo hace, por ejemplo, en la STS de 6 de julio de 1990, STS 384/1993 de 26 de febrero y STS 801/1998 de 25 enero)¹⁴ llegando incluso a exigirse un acto formal

¹² El inicio del cómputo de prescripción de la pena está más claro, ya que comienza a contarse desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse (art.134 CP).

¹³ Sentencia núm. 298/2003 de 14 marzo, «sobre la concreta interpretación de cuando se considera que «el procedimiento se dirige contra el culpable» existen dos corrientes doctrinales, que han tenido su reflejo en la jurisprudencia de esta Sala. La primera de ellas entiende que no cabe pensar que la denuncia o querrela o denuncia sean actos procesales mediante los cuales se pueda dirigir el procedimiento contra el culpable y por tanto aptos para interrumpir la prescripción. Dentro de esta tendencia, basta para operar la interrupción una resolución judicial que recaiga sobre tal denuncia o querrela. Otra línea interpretativa más rígida exige un acto formal de imputación, procesamiento o en el peor de los casos una simple citación del sospechoso para ser oído. Bastaría, en una concepción más flexible, con la decisión judicial que abre el procedimiento, en tanto en cuanto es presupuesto imprescindible la existencia de procedimiento para poderlo dirigir contra el culpable. [...] b) segunda corriente interpretativa entiende que la denuncia y querrela con que pueden iniciarse los procesos penales forman parte del procedimiento. Si en dichos escritos aparecen ya datos suficientes para identificar a los presuntos culpables de la infracción correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a efectos de la interrupción de la prescripción, sin que sea necesario, para tal interrupción resolución alguna de admisión a trámite. Esta segunda tendencia es la sostenida en los últimos años y a parece bastante consolidada en esta Sala. [...] 9. La Sala, a la vista de la inequívoca tendencia prevalente, últimamente mantenida, debe acogerla en su integridad».

¹⁴ STS de 6 de julio de 1990: «La prescripción — examinando la cuestión de fondo que suscita el recurso — comienza a contarse desde el mismo momento de la comisión del delito, y su curso se detiene tan pronto como el procedimiento judicial sobreviene, es decir cuando se inicia una actividad instructora contra determinada persona» o STS 384/1993, de 26 de febrero: «La prescripción se interrumpe desde que el procedimiento se dirige contra el culpable lo que nos lleva a indagar sobre el momento en que se produce esta incidencia procesal. El proceso penal se entiende dirigido contra una persona desde el momento en que se la impute un acto punible y a partir de ese momento puede ejercitar el derecho de defensa actuando en el procedimiento y designando Procurador y Letrado o nombrándoseles de oficio. Desde el momento de la admisión de la denuncia o la querrela o, a partir de cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, se considera que el procedimiento está dirigido contra una persona determinada».

de imputación, procesamiento o en el peor de los casos una simple citación del sospechoso para ser oído.

Sin embargo, lo cierto es que, especialmente a partir de 1994, esta interpretación se fue dejando de lado, apareciendo sólo en ocasiones aisladas, en pos de que aquella que consideraba suiciente la presentación de la demanda o querella. Fue esta la tesis que devino ñnalmente mayoritaria y la que recoge sentencias como la STS 71/2004, de 2 de febrero: «*la querella o la denuncia forma ya parte del procedimiento y por ello su presentación es suficiente para producir la interrupción de la prescripción*». En el mismo sentido se pronunciaron la STS 1859/2001, de 15 de octubre o la propia STS 298/2003, de 14 de marzo, a la que antes hacíamos referencia.

La segunda de las cuestiones atiende al problema de cuándo ha de entenderse que un procedimiento se dirige frente a un culpable. Al margen de la incorrección de este último término, a la que ya hemos hecho referencia con anterioridad, y que también ha sido criticada por el Tribunal Supremo en sentencias como la STS 45/94, de 25 de enero¹⁵, el interrogante se centra en el grado de determinación exigible de la persona contra la que se dirige el procedimiento. En este punto, la sentencia antes citada, nos indica las tres teorías existentes al respecto: «*nos podemos preguntar, desde otra perspectiva, qué quiso decir o pretendió el legislador cuando emplea esa frase en la redacción del precepto. Esta interrogante puede tener tres respuestas distintas, cuales son: en primer lugar, la necesidad de que el procedimiento se dirija de manera muy exacta contra una o varias personas, supuesto este del Auto de procesamiento o de inculpación formal; en segundo término, que baste con que desde el inicio del sumario, o en fases posteriores de su tramitación, se concrete o nomine a unas determinadas personas como posibles autoras del hecho, o, en último término, si es suficiente con la incoación del procedimiento en averiguación del hecho y de sus posibles responsables*». Descartada la primera en la propia resolución, no se decanta de un modo claro entre las dos restantes, si bien la solución por la que se ha decidido la jurisprudencia pasa por considerar que se entenderá dirigido contra el culpable aquel procedimiento contra una persona que, o bien está perfectamente identificada, o bien cuando, sin llegar a estarlo, se han aportado datos que la hacen identificable¹⁶. Buena muestra de ello es la STS 794/1997, de 30 de septiembre: «*siendo suficiente para entender interrumpida la prescripción por «dirigirse el procedimiento contra el culpable» (en la incorrecta expresión legal pues no puede existir culpable, mientras no haya sentencia firme condenatoria) que en la querella, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas, como supuestos responsables del delito o delitos que son objeto del procedimiento, siendo equiparable a esta hipótesis los supuestos en que la denuncia, querella o investigación se dirija contra personas que aun cuando no estén identificadas nominalmente, aparezcan perfectamente definidas doctrina también acogida sustancialmente en los Autos dictados en la causa especial núm. 880/1991 (caso Filesa), de 20 diciembre 1996 y 19 julio 1997», cuyo argumento reproduce posteriormente la Sentencia núm. 1559/2003 de 19 noviembre¹⁷.*

¹⁵ STS 45/94, de 25 de enero: «ese último precepto, además, habla de «culpable» siendo así que, por propia definición, culpable sólo puede entenderse cómo la persona que haya sido condenada por sentencia firme, pues entender lo contrario, sería tanto como prejuzgar de antemano la autoría, destruyendo así, sin más, el principio fundamental de la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución. Por ello, insistimos, que ese vocablo de «culpable» no nos puede servir de modo alguno para asentar en él la idea de la prescripción del delito, sino, en todo caso, de la prescripción de la pena que se establece en el artículo 116 del Código».

¹⁶ En esta misma línea, Gili Pascual, A., La prescripción en Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 186, quien sostiene que el procedimiento ha de dirigirse contra una persona concreta, identificada o identificable.

¹⁷ Una solución distinta acoge la STS del Caso GAL, STS núm. 2/1998 de 29 julio, en la que se considera suiciente, a efectos de interrupción del plazo, que el procedimiento se dirija contra una colectividad, aunque los sujetos no puedan ser siquiera identificables. No obstante, el Alto Tribunal matiza su propio opinión excluyéndola de lo que considera supuestos delictivos o ordinarios: «A partir de los

Así las cosas, podríamos resumir las premisas del Tribunal Supremo en el siguiente enunciado: la interrupción del plazo de prescripción se produce con la interposición de la denuncia o querrela siempre que en ella se identifique al presunto culpable o, conforme a los datos aportados, éste fuera identificable.

3.3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La STC 63/2005

El Tribunal Constitucional, en su STC 63/2005, de 14 marzo, dictó una resolución que contradujo la hasta por aquel entonces hegemónica tesis del Tribunal Supremo en relación al momento interruptivo. La idea central de la misma estimaba que no era razonable considerar que la prescripción se interrumpía por la mera presentación de la demanda o de la querrela, pues entonces se dejaría una cuestión de tanta relevancia exclusivamente en las manos de los demandantes o querellantes, esto es, de los particulares. Por ello, sostiene el TC que *«será únicamente el Juez quien puede llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el artículo 132.2 del Código Penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión»*.

Esta sentencia originó un gran revuelo y un conflicto directo entre ambos órganos jurisdiccionales, enfrentamiento que iba más allá de la simple discrepancia en torno a la regulación de interrupción del plazo prescriptivo y se centraba más bien en la delimitación del ámbito de competencias de cada uno de ellos y, a la sazón, del poder que les corresponde ejercer en nuestro Estado de Derecho¹⁸. Al margen de esta cuestión, ajena al objeto de nuestro estudio, lo cierto es que buena parte de la doctrina defendió el criterio del Tribunal Constitucional, aduciendo para ello distintos argumentos. Entre ellos, merece la pena destacar tres:

La querrela y la denuncia son actos de parte y por la mera voluntad no se dirige el procedimiento contra alguien, sino hasta el momento en que el juez decide hacerlo¹⁹.

referidos años de 1991 y 1992 abunda otra jurisprudencia de signo contrario, que exige, para que el procedimiento se entienda dirigido contra el culpable, que éste de algún modo aparezca determinado en su tramitación, bien por medio de su nombre y apellidos, bien de otro modo a través del cual pudiera llegar a conocerse su identidad. Así las cosas, esta Sala entiende que la última dirección jurisprudencial antes expuesta sólo puede tener su aplicación en los supuestos delictivos ordinarios, cuando el delito ha sido cometido por una sola persona o por unas pocas, no cuando se trate de delitos atribuidos a una colectividad de sujetos en la que hay una organización más o menos estructurada o jerarquizada, con unos miembros, los más bajos de la escala, que son los que realizan los actos materiales de ejecución del delito y que, por ello, más fácilmente pueden ser conocidos y condenados, y otros, los jefes o mandos intermedios de la colectividad, que actúan en la sombra dirigiendo, planificando y ordenando a los inferiores lo que ha de hacerse. Estimamos que, en estos últimos supuestos, ya se dirige el procedimiento contra el culpable cuando la querrela o la denuncia admitida a trámite o el procedimiento iniciado de oficio se dirige contra esa colectividad, aunque no exista designación nominal de los responsables criminales ni otra a través de la cual pudiera llegar a identificarse individualmente». Castillejo Manzanares, R., *La prescripción...*, op.cit., pág. 854. criticó, consideramos que acertadamente, esta interpretación pues con ella *«no sólo pierde sentido la individualización de la imputación, sino que padece seriamente el principio de seguridad jurídica ya que posibilita la sucesión indeterminada de incriminaciones futuras a partir de la interrupción del plazo computada desde la primera imputación del copartícipe»*.

¹⁸ Ante la discrepancia de criterios, la Fiscalía General del Estado dictó una Instrucción, la 5/2005, sobre interrupción de la prescripción.

¹⁹ Para Serrano Gómez, A., *La prescripción del delito (Tres cuestiones)*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 93, la interrupción se produce tras la admisión a trámite: *«quien interpone una denuncia o querrela no dirige ningún procedimiento contra nadie, pues desde el punto de vista procesal no tiene competencia para ello; se limita a pedir al Juez que inicie el procedimiento, incluso éste puede no hacerlo, por no aparecer en la denuncia o querrela indicios suficientes para admitirlas a trámite»*. Gili Pascual, A., *La prescripción...*, op.cit., pág. 186 sostiene que la demanda y la querrela no tienen eficacia interruptiva, pues el procedimiento no se inicia hasta la admisión a trámite del juez de instrucción, *«y aún éste no será el momento de la interrupción, sino aquel en que, iniciado el procedimiento, se dirija contra el culpable»*, pues *«La existencia de una denuncia o querrela sólo puede vincularse a la actuación judicial»*.

Castillejo Manzanares, R., *La prescripción...*, op.cit., pág.852, deñe una línea similar a la de los autores anteriores al considerar que *«las únicas actuaciones idóneas para interrumpir la prescripción son las que tienen lugar en el seno de un proceso abierto [...] no será suficiente que se incoe el proceso a través de la denuncia y la querrela, sino que éstas den lugar a una actuación judicial, pues será este momento a partir del cual entenderemos abierto el procedimiento»*.

En el caso de dudas en la interpretación, y teniendo en cuenta que nos encontramos en el ámbito del derecho penal, habría que hacer la interpretación más favorable al reo, como es la propugnada por el TC²⁰.

Desde la óptica procesal, se sostiene que uno de los efectos de la admisión a trámite de la querrela es precisamente interrupción de la prescripción del delito²¹.

De todos modos, esta interpretación tampoco está exenta de problemas, pues cabe plantearse qué sucede cuando la demanda o querrela se presenta dentro del plazo de prescripción y, sin embargo, la actuación judicial no se produce hasta que éste ha transcurrido. Podría considerarse que en este supuesto se vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) y eventualmente daría lugar, en atención a las circunstancias del supuesto concreto, a un derecho a indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Sea como fuere, es indiscutible que éste es un importante inconveniente, pero no lo es menos que la postura defendida por el Tribunal Supremo puede originar desidia en el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales.

3.4. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la STC 63/2005

La reacción del Tribunal Supremo no se hizo esperar y ya poco después de la STC 63/2005, el día 12 de mayo, la Sala de lo Penal dictó un acuerdo en el que criticaba lo que a su parecer constituía una extensión injustificada de la jurisdicción constitucional que prácticamente, vaciaba de contenido el artículo 123 CE, según el cual el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes. A este acuerdo este habría de seguirle uno más, el de de 25 de abril de 2006, en el que el Alto Tribunal se ratificaba en la tesis que hasta el momento había defendido «pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005». También en las resoluciones dictadas poco después de la del Constitucional hizo referencia a ella, como en la STS 774/2005, 2 de junio, en la que decía que la STC 63/2005 «abordó, de modo ciertamente sorprendente, una materia sobre interpretación de normas de legalidad ordinaria».

La polémica²², lejos de cesar, se reavivó con STC 29/2008, de 20 de febrero, en la que el Tribunal se ratificaba en la interpretación sostenida en la 63/2005²³. Apenas

Por su parte, Hernández García, J., Comentario a la reforma de la prescripción contenida en los artículos 131 a 133 CP, Westlaw, 2010, BIB 2010/7393, menciona a este respecto la STC 29/2008, según la cual «la simple interposición de una denuncia o querrela es una «solicitud de iniciación» del procedimiento (SSTC 11, 1995, de 4 de julio, FJ 4; 63, 2005, FJ 8) —no un procedimiento ya iniciado— y que el derecho fundamental a la tutela judicial que asiste a los ofendidos por un delito como querellantes o denunciados es un ius ut procedatur que no contiene un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal (por todas, SSTC 175, 1989; 111, 1995; 129, 2001; 21, 2005) ni a la incoación o apertura de una instrucción penal (SSTC 148, 1987; 37, 1993; 138, 1997; 94, 2001). Si el fundamento de la prescripción es la imposibilidad de ejercicio del ius puniendi del Estado como consecuencia de la renuncia al mismo, es evidente que sólo puede interrumpirse en el ámbito penal cuando se realicen actuaciones de las que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del ilícito».

²⁰ Vives Antón, T., El ius puniendi y sus límites constitucionales (Al ýlo de la distribución de funciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional), Tirant Online, 2006, TOL 817.272, sostiene que basta atender al tenor literal del precepto y a la prohibición de hacer interpretaciones extensivas en perjuicio del reo para considerar más adecuada la tesis del TC.

²¹ Montero Aroca, J., *Derecho jurisdiccional, volumen III, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 156.

²² Ruiz Erenchun Arteché, E., *Algunos apuntes sobre la reforma de la parte general del Código penal*, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 6/2010, Aranzadi, Pamplona, 2010.

²³ STC 29/2008, de 20 de febrero: «es por ello también que la expresión «[la] prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable» no pueda entenderse en su sentido distinto al de su claro tenor literal, es decir, en el de que es indispensable para dicha interrupción que haya comenzado un procedimiento que, al tener que estar dirigido contra el culpable —cualquiera que sea la impropiedad con que este término haya sido empleado—, no puede ser otro que el procedimiento penal o, lo que es lo mismo, el abierto o iniciado por quien tiene atribuido el ejercicio del ius puniendi del Estado en el actual estado de la legislación; esto es, el Juez. [...] No sobra señalar, en fi , que la doctrina constitucional ha entendido que la simple interposición de una denuncia o querrela es una «solicitud de

unos días después, en respuesta a ella, el Supremo dictó un nuevo acuerdo en el que se reiteraba en lo dicho en los que le precedieron. De hecho, en la jurisprudencia más reciente, el Alto Tribunal continúa aplicando la teoría tradicional. Sirvan de ejemplo la STS 7/2010, de 22 de enero o la STS 271/2010, de 30 de marzo. Sin embargo, siendo el criterio preponderante, no es unánime y ya podemos encontrar sentencias que siguen la tesis enunciada por el Tribunal Constitucional, como la STS 940/2010, de 29 de octubre, en la que se argumenta que «*el término de prescripción no se interrumpió, por lo menos, hasta la providencia de 8.2.2002, dado que hasta esa fecha el Juez de Instrucción no admitió a trámite la querrela y por tanto hasta ese momento no pudo haber dirigido el procedimiento contra los (presuntos) culpables. La sola presentación de un escrito de querrela que, por defectos de forma, imputables al querellante, no cabía todavía admitir a trámite, no pudo ser dirigido contra los (presuntos) culpables y por tanto tampoco pudo interrumpir la prescripción*».

3.5. La nueva regulación de la interrupción. La LO 5/2010

Fue la reforma de la interrupción del plazo de prescripción quizás el aspecto fundamental en lo que a la modificación de esta figura se refiere. Con la intención de acabar con la disparidad de criterios entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, y con la consecuente inseguridad que ello generó²⁴, el legislador estableció un nuevo régimen jurídico en el que la clave de arco venía dada por la clarificación de la polémica expresión «*cuando el procedimiento se dirija contra el culpable*».

Conforme a la nueva redacción del 132.2 CP, la prescripción se interrumpirá, no ya cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, sino contra lo que el legislador denomina como «*persona indiciariamente responsable del delito o falta*». Quizás no haya sido del todo oportuna la expresión «*indiciariamente*», pues pudiera dar lugar a pensar en que se exige la presentación de una serie de indicios contra una determinada persona cuando, en realidad, no es un requisito para la iniciación del proceso la existencia de los mismos. Más bien parece que el legislador exige que la atribución de responsabilidad penal a un sujeto sea verosímil pues no será hasta la sentencia cuando se decrete su culpabilidad, ya sea mediante prueba de indicios, ya mediante los restantes medios de prueba²⁵.

Tratando de clarificar qué ha de entenderse por dirigirse el procedimiento contra una persona determinada, considera el legislador que ello se produce cuando se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya una presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, ya sea al incoar la causa (en aquellos supuestos en los que se admita la denuncia o la querrela en la que constan datos que permiten identificar al presunto delincuente), y a sea con posterioridad (pues es posible que se desconozca en un primer momento quién es el presunto autor de los hechos y no será tras la realización de algunas diligencias de investigación cuando exista un sospechoso).

iniciación» del procedimiento (SSTC 11/1995, de 4 de julio [RTC 1995, 11], F. 4; 63/2005 [RTC 2005, 63], F. 8) –no un procedimiento ya iniciado– y que el derecho fundamental a la tutela judicial que asiste a los ofendidos por un delito como querellantes o denunciantes es un ius ut procedatur que no contiene un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal».

²⁴ Es ésta una preocupación que el legislador refleja en la propia Exposición de Motivos de la Ley

²⁵ Hernández García, J., *Comentario a la reforma...*, op.cit., al hilo de la expresión «*persona indiciariamente responsable*», entiende que, de atenderse a su tenor literal «*las consecuencias de la fórmula legislativa son manifiestamente desproporcionadas. Una cosa es que solo pueda interrumpirse el plazo por una decisión judicial de imputación, mediante la incoación de un procedimiento ad hoc de persecución contra persona determinada, y otra muy diferente que el grado y las razones de la imputación para provocar dicho efecto deban equivaler a las exigibles para asentar o formalizar la inculpación mediante un auto de procesamiento o de prosecución por los trámites preparatorios del juicio oral, en el llamado procedimiento abreviado, o para privar o limitar de forma sensible derechos fundamentales*».

Si atendiéramos sólo a lo descrito en este cardinal 1 del 132.2 CP, parecería que el legislador se ha alineado totalmente con la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional. Pues bien, ello es cierto, pero sólo en parte porque, en el siguiente párrafo matiza esta teoría, tratando de aunar las posturas de ambos órganos jurisdiccionales. De este modo, se otorga cierto valor, a efectos de interrupción del plazo, a la presentación de la querrela o denuncia pues, si en ella se atribuye a una persona determinada la comisión de un delito o falta, se produce una suspensión del cómputo de la prescripción, que será de seis meses como máximo en el caso de los delitos y de dos en las faltas. Si dentro de dichos plazos se dicta una resolución judicial contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, continúa el precepto, se entenderá producida la interrupción de la prescripción retroactivamente en la fecha de presentación de la querrela o denuncia²⁶.

Si, por el contrario, en este período de tiempo, o bien no se dictase ninguna de las resoluciones judiciales requeridas, o bien se inadmitiera la denuncia o querrela o se decidiera no dirigir el procedimiento contra la persona denunciada o querrelada, el cómputo del plazo continuaría desde la fecha de la presentación de la denuncia o querrela.

Termina el precepto exigiendo que la persona contra la que se dirige el procedimiento esté perfectamente determinada o resulte determinable de los datos obrantes, que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho. Si bien esta disposición recoge la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo en cuanto a identificación, a la que hacíamos referencia en apartados precedentes, parece alejarse de ella en lo relativo a la criminalidad organizada, pues aquí también exige que el presunto delincuente pueda ser, cuando menos, identificable.

En conclusión, el legislador ha tratado de establecer un régimen que permitiese conjugar las posturas divergentes pero que, en todo caso, no ha resuelto en su totalidad la problemática de la prescripción, con lo que habrá que atender a la jurisprudencia de los próximos años para ver cómo se aplican las nuevas disposiciones en la práctica.

²⁶ Hernández García, J., *Comentario a la reforma...*, op.cit., sostiene una tesis según la cual la figura de la suspensión sólo puede operar en aquellos casos en los que, al tiempo de la admisión, el tribunal competente no dispusiere de indicios de responsabilidad del denunciado o querrellado. Esta sería, en su opinión, la única interpretación que permitiría conjugar las previsiones de los apartados primero y segundo del 132 CP, ya que «admitir que la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia, como se precisa en la parte in fine del párrafo segundo del artículo 132.2.2º CP, desde el momento que éstas se admitan en los plazos previstos de suspensión, sin tomar en cuenta que la misma regla exige una resolución con base indiciaria, supondría tanto como admitir dos regímenes diferentes, y contradictorios, de interrupción».

Responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida: nueva jurisprudencia

Fernando DE MATEO MENÉNDEZ

Este comentario surge a raíz de las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2010, que suponen una revisión de la jurisprudencia en relación con la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia derivada de la prisión preventiva indebida, que se recoge en nuestra legislación en el artículo 294 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo LOPJ). Un cambio, que implica pasar de una interpretación extensiva del anteriormente reseñado precepto, que se mantenía por el Tribunal Supremo desde el año 1989, a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, y que es como consecuencia, aunque resulte paradójico, porque dicha interpretación amplía vulneraba el artículo 6.2 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), en los términos que resultan de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo TEDH) de 25 de abril de 2006, asunto Puig Panella c. España, nº 1483/2002, y, especialmente, la de 13 de julio de 2010, asunto Tendam c. España, n.º 25720/2005.

I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR PRISIÓN PREVENTIVA INDEBIDA

El principio de la responsabilidad de los poderes públicos recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, así como el principio general de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos establecido en el artículo 106.2 de la Constitución, se especifica para el Poder Judicial en el artículo 121 que establece el derecho a la indemnización en los supuestos de error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

El Título V del Libro III de la LOPJ, desarrolla en los artículos 292 y siguientes el precepto 121 de la Constitución, aludiendo a los dos supuestos genéricos de error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, e incluyendo un supuesto específico de error judicial en el artículo 294¹, relativo a la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento libre por inexistencia del hecho.

¹ El citado precepto establece:

«1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.

2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.

3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior» Por su parte, el apartado 2.º del artículo 293 de la LOPJ dispone: «2. Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Contra la resolución cabrá recurso contencioso-administrativo. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse.»

Por tanto, el artículo 294 de la LOPJ contempla un supuesto específico de error judicial que merece un tratamiento independiente: los supuestos de prisión preventiva en los que haya recaído sentencia absolutoria por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre². Aunque el reseñado precepto hace referencia al auto de sobreseimiento libre, la jurisprudencia ha incluido el supuesto del sobreseimiento provisional del artículo 641.1 de la L.E.Criminal, siempre que de la resolución pronunciada en el ámbito de la jurisdicción penal se derive que el sobreseimiento debió ser libre, ya que hay que estar al auténtico significado de la resolución penal³.

Así las cosas, en las primeras Sentencias del Tribunal Supremo⁴ que abordaron la cuestión de la interpretación del reseñado artículo, se ponía de relieve una importante consecuencia: tal precepto no cubría todos los supuestos de prisión preventiva que no fuese seguida de una sentencia condenatoria a una pena privativa de libertad de una duración que abarcara todo el tiempo pasado en situación de prisión. Sólo cubría algunos casos, y para los demás no amparados por el artículo de la 294 de la LOPJ había de entenderse plenamente viable el cauce general del artículo de la 293 de la LOPJ, supuesta la concurrencia de los requisitos propios de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

En dichas Sentencias, el Tribunal Supremo partía de que debía entenderse por inexistencia del hecho imputado, reconociendo que era cuestión que había «suscitado serias dificultades y también críticas por la estrechez de la dicción legal que deja fuera de su ámbito numerosos supuestos de prisión preventiva no seguida de sentencia condenatoria. Incluso en el propio seno del poder legislativo se ha producido ya alguna proposición de ley tendente a la ampliación del supuesto de hecho del art. 294». Para a continuación, analizar los diferentes criterios contenidos en el artículo 3 del Código Civil inclinándose por el criterio interpretativo finalista por tener mayor importancia al declarar al respecto⁵. «El art. 294 cumple la función de hacer innecesaria la previa declaración jurisdiccional del error en los casos en los que el propio curso del proceso penal ha puesto de relieve más descaradamente el error, es decir, la improcedencia —objetivamente apreciada a posteriori— la de la prisión provisional. Esto es llamativamente maniifiesto en los casos de inexistencia del hecho, objetivamente entendida.

Pero tal inexistencia, desde un punto de vista subjetivo, signifiica una imposibilidad de participación en un hecho que ha resultado ser inexistente.

Así las cosas, esa imposibilidad de participación no puede quedar circunscrita a los casos de hecho inexistente, puede derivar de otros supuestos: piénsese en el hecho existente con una acreditada no participación en él —es, por indicar un ejemplo, el caso clásico de la coartada—. Cabe perfectamente concluir que la antes señalada finalidad del artículo 294 exige su aplicación no sólo en los casos de inexistencia del hecho, sino también en los de probada falta de participación.

En consecuencia, la inexistencia subjetiva, aunque está al margen de la literalidad del artículo 294, queda plenamente amparada por su espíritu, lo que debe dar lugar a

² En la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de enero de 1989, se dice que la remisión al sobreseimiento libre que hace el artículo 294 de la LOPJ, «es precisamente la inexistencia objetiva del artículo 637.1.º, con exclusión, por tanto, de los apartados 2.º y 3.º que no implican tal inexistencia. No puede evitarse la sensación de que al redactar el artículo 294 se estaba leyendo o recordando el artículo 637.1.º, de la Ley de Enjuiciamiento».

³ SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de abril de 1999, 26 de enero de 2005 y 22 de mayo de 2007. Como se declara en la STS, Sala de lo Penal, de 3 de mayo de 1999: «Se está ante una práctica judicial, ya denunciada, consistente en hacer pasar por sobreseimiento provisional lo que realmente es un sobreseimiento libre, a través de la iteración relevante por las consecuencias distintas de una u otra resolución, como ya fue puesto de relieve en doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las Sentencias 40/1988 de 10 de marzo y 171/1988 de 30 de septiembre que declaró la improcedencia del recurso al sobreseimiento en su modalidad del artículo 641.1.º en casos no previstos en dicho apartado».

⁴ SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de enero, 22 de marzo, 27 de abril y 2 y 30 de junio de 1989, y 24 de enero de 1990, entre otras muchas.

⁵ En la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de enero de 1989, ponente, Francisco Javier Delgado Barrio, se trata por primera vez el alcance del artículo 294 de la LOPJ.

una interpretación extensiva que reconozca la virtualidad del precepto en todos aquellos casos que, pese a la dicción expresa, están comprendidos en el designio normativo del precepto a interpretar.

Prueba de la inexistencia del hecho y prueba de la falta de participación del sujeto son, pues, dos supuestos equiparables y subsumibles, ambos en la regulación del art. 294. No resulta en cambio viable extender su virtualidad a los casos de falta de prueba de la participación en el hecho en los que la reclamación de una posible indemnización derivada de la prisión preventiva habrá de discurrir por el cauce general del art. 293.1».

Por consiguiente, a partir del año 1989 el Tribunal Supremo realiza una interpretación extensiva del artículo 294 de la LOPJ al incluir no solamente la inexistencia del hecho imputado, la denominada «inexistencia objetiva», a fin de apreciar la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia derivada de la prisión preventiva indebida, sino también, aquéllos en que resultara probada la falta de participación del inculpado, procesado o acusado en el hecho que se le hubiese atribuido, la llamada «inexistencia subjetiva», es decir, hecho delictivo existente con prueba de no haber participado en él. Posteriormente, la jurisprudencia ha ido ampliando otros supuestos equiparables a la denominada «inexistencia subjetiva», como la retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral, en estos términos⁶: «La retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal, según ya declaramos en nuestra sentencia de veintiséis de enero o de dos mil cinco — recurso de casación 4928/01 —, con seguridad o implica, cuando menos, una presunción de la denominada inexistencia subjetiva del hecho, porque si hubiese indicios racionales de la participación en este imputado, no se habría desistido de aquella», pues cuando el Ministerio Público retira en el acto del juicio oral la acusación contra una persona como en el caso que enjuiciamos, aquella queda exenta de cualquier tipo de responsabilidad penal, al no quedar desvirtuado el principio de la presunción de inocencia; ya que no cabe olvidar que el procedimiento penal se rige por el principio acusatorio, de tal forma que si no existe parte, ya pública, ya privada en su caso, que ejerza la acción penal, no es que podamos hablar de una sentencia absolutoria o de un sobreseimiento libre respecto a quien no se formula acusación sino que el posible procedimiento penal que hubiera podido incoarse respecto al mismo, pierda cualquier virtualidad y queda sin objeto. Esto es lo que ocurre cuando el Ministerio Fiscal, a quien constitucionalmente incumbe la defensa de la legalidad, retira en el acto del juicio oral, la acusación penal que hubiese podido formular con un mero carácter provisional, retirada ésta de acusación que como consecuencia del principio acusatorio que rige el procedimiento penal tiene una consecuencia lógica e ineludible, cual es que aquella persona a la que afecte la retirada de acusación queda exenta de cualquier responsabilidad penal cuando menos y como decía la sentencia citada de esta Sección por inexistencia subjetiva del hecho. Ello nos obliga a estimar el citado motivo de casación al equipararse a efectos del art. 294,1 LOPJ la retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal a un supuesto de inexistencia subjetiva del hecho».

En consecuencia, la jurisprudencia en la interpretación que realizaba del artículo 294 de la LOPJ, incluía en el mismo generando derecho a indemnización, los supuestos en que se probara la inexistencia del hecho imputado, «inexistencia objetiva», abarcando la misma tanto los supuestos en los que no han existido materialmente los hechos delictivos como los supuestos en los que existiendo los hechos estos son atípicos⁷, y aquéllos otros en que resultara probada la falta de participación del inculpado, procesado o acusado en el hecho que se le hubiese atribuido, «inexistencia subjetiva», es decir, hecho delictivo existente con prueba de no haber participado en él. Por el contrario, no encontraban amparo en dicho precepto los casos de prisión preventiva

⁶ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de octubre de 2006, y, en igual sentido, las SSTS de la misma Sala de 6 de octubre de 2006 y 23 de junio, 28 de septiembre y 10 de noviembre de 2010.

⁷ SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de octubre de 1995 y 29 de marzo de 1999.

seguidos de sentencia absolutoria o sobreseimiento por falta de prueba de la participación del afectado o de las circunstancias determinantes de la tipificación del hecho como delito, en aplicación del derecho a la presunción de inocencia o del principio «in dubio pro reo»⁸.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 98/1992, de 22 de junio, declaró que la interpretación extensiva del citado artículo 294 de la LOPJ, al incluir tanto la absolución por inexistencia del hecho (inexistencia objetiva) como la absolución por prueba de la no participación en el mismo (inexistencia subjetiva), quedando solamente fuera de su singularidad, en consecuencia, los casos de falta de prueba, tanto del hecho como de la participación en él, no iba en contra del derecho de igualdad en la aplicación de la Ley reconocida en el artículo 14 de la Constitución, «puesto que, siendo indudable que, desde la vigencia de la norma, la inexistencia objetiva y la subjetiva del hecho imputado son esencialmente iguales y deben, por ello, recibir el tratamiento unitario que les reconoce la sentencia recurrida; mientras que el supuesto de absolución por falta de pruebas es esencialmente diferente de los anteriores en cuanto que, en los primeros está probada la inocencia del acusado y, por consiguiente, que la prisión preventiva fue acordada con error judicial y esto no ocurre cuando la participación del acusado en el hecho perseguido no pudo probarse de manera convincente.

Y es que una cosa es que exista prueba positiva de un hecho negativo —no existencia del hecho o no participación del acusado— y cosa bien distinta la ausencia de prueba de un hecho positivo —existencia del hecho o participación del acusado—, pues esta última no es correctiva del error judicial que contempla el artículo 294.1 LOPJ y, por lo tanto, es una situación sustancialmente diferente de aquella, lo cual justifica la diferencia de trato normativo que le confiere dicho precepto legal, según la interpretación de la sentencia recurrida que resulta, por ello, plenamente conforme con el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 CE».

Pues bien, precisamente, esta distinción para justificar el diferente tratamiento dado a los efectos del artículo 294 de la LOPJ entre la absolución por falta de pruebas en aplicación de los principios rectores del proceso penal y la absolución derivada de una constatación o prueba de la no participación en los hechos, que se identificaba por la jurisprudencia con la inexistencia subjetiva, fue puesta en cuestión por el TEDH, en las Sentencias de 25 de abril de 2006, asunto Puig Panella c. España, y de 13 de julio de 2010, asunto Tendam c. España, que supusieron sendas condenas a España por conculcar el artículo 6.2 del CEDH, y que han provocado el cambio de jurisprudencia que estamos comentando.

II. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 25 DE ABRIL DE 2006, ASUNTO PUIG PANELLA C. ESPAÑA, Y DE 13 DE JULIO DE 2010, ASUNTO TENDAM C. ESPAÑA

Un primer toque de atención a la interpretación extensiva del artículo 294 de la LOPJ que llevaba a cabo el Tribunal Supremo se produjo con la Sentencia del TEDH de

⁸ SSTs, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de mayo y 30 de junio de 1989, 11 de febrero de 1998, 4 de octubre de 2001 y 30 de enero de 2008. En la STS de la misma Sala de 27 de octubre de 2010, se dice al respecto: «El principio de presunción de inocencia en su prístina acepción resulta operativo particularmente en el ámbito penal, si bien no se limita a este último. Ahora bien, el meritado principio no se ve perjudicado en el caso por la denegación de la indemnización impetrada al no cumplirse el requisito de la inexistencia del hecho imputado (inexistencia objetiva o subjetiva), sin que ello suponga una duda sobre la inocencia de la parte aquí demandante, sino sencillamente el incumplimiento de uno de los requisitos esenciales a que la legislación en la materia subordina la responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia en el específico caso de la prisión preventiva».

25 de abril de 2006, asunto Puig Panella c. España, n.º 1483/2002⁹, aunque no implicó ninguna variación en la jurisprudencia en ese momento.

El TEDH, después de señalar que el artículo 6.2¹⁰ del CEDH, ni cualquier otro, concede al acusado el derecho a un reembolso de sus gastos, o, un derecho a reparación por una detención provisional regular, siendo las autoridades nacionales, y, sobre todo los Tribunales, los que tienen que interpretar la legislación interna, considera en dicha Sentencia que España conculcó el citado artículo 6.2, ya que el Ministerio de Justicia desestimó la solicitud de indemnización por prisión provisional indebida en base a la ausencia de certeza total en cuanto a la inocencia del demandante para rechazar su demanda de indemnización después de que el Tribunal Constitucional hubiera reconocido el derecho a la presunción de inocencia, siendo incompatible dicha declaración con el respeto de la presunción de inocencia.

Así las cosas, el 13 de julio de 2010 se dicta otra Sentencia por el TEDH, que condena nuevamente a España por la vulneración del artículo 6.2 del CEDH, asunto Tendam c. España, n.º 25720/2005¹¹. El TEDH parte que se ignoraría la presunción de inocencia si una resolución judicial relativa a un acusado rechazara cierto convencimiento sobre su culpabilidad, aun cuando no se hubiera probado previamente su culpabilidad. Es suficiente, aún en ausencia de constatación formal, que exista una expresión que dé pie a pensar que el juez considera al interesado culpable. Más adelante, recuerda el TEDH que el ámbito de aplicación del artículo 6.2 del CEDH no se limita a los procedimientos penales pendientes, sino que se extiende a los procesos judiciales consecutivos a la absolución definitiva del acusado (vid, entre muchas otras, las Sentencias Sekanina c. Austria, n.º 266-A, de 25 de agosto de 1993, Rushiti c. Austria, n.º 28389/95, de 21 de marzo de 2000, y Lamanna c. Austria, n.º 28923/95, de 10 de julio de 2001) en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituían un corolario y un complemento de los procesos penales en cuestión en los que el demandante ostentaba la calidad de acusado.

Para seguidamente, el TEDH aborda la cuestión principal en relación con la pretendida vulneración del artículo 6.2 del CEDH estableciendo las siguientes consideraciones:

1.ª- Aún cuando ni el artículo 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio otorgan derecho a una indemnización por una prisión provisional adoptada legalmente en caso de absolución (vid, mutatis mutandis, Dinares Peñalver c. España (dic.), n.º 44301/98, de 23 de marzo de 2000), no puede admitirse la expresión de sospechas sobre la inocencia de un acusado tras una absolución firme pues una vez que la absolución es firme, incluso cuando se trate de una absolución basada en el principio de presunción de inocencia conforme al artículo 6.2, la expresión de dudas sobre la culpabilidad, incluidas las derivadas de los motivos de la absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia (Rushiti, antes citado). En efecto, las resoluciones judiciales

⁹ El demandante, tras obtener una sentencia favorable del Tribunal Constitucional en la que se consideraba que se había violado la presunción de inocencia al haber sido condenado en virtud de pruebas obtenidas en la fase de instrucción sin haber disfrutado de un periodo de audiencia, acudió ante el Ministerio de Justicia reclamando una indemnización de daños y perjuicios por los 1.663 días pasados en prisión. La Administración del Estado rechazó tal petición en base al artículo 294 de la LOPJ, argumentando al respecto, que el demandante había obtenido una sentencia anuladora por insuiciencia de pruebas, lo cual no demostraba su inocencia. Interpuesto recurso contencioso-administrativo fue desestimado por Sentencia de 14 de febrero de 1995 de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, siendo conyrmada en casación por la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 28 de septiembre de 1999. En la Sentencia del TEDH se reconoce una indemnización al demandante de 12.000 euros por daño moral y 4.299 euros por gastos y costas.

¹⁰ El artículo 6.2 del CEDH dispone: «Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada».

¹¹ El demandante, súbdito alemán, se quejó de que el gobierno español había rechazado sus reclamaciones de indemnización por los perjuicios sufridos por el hecho de su prisión provisional y de la desaparición y deterioro de los bienes embargados con ocasión de las causas penales seguidas contra él por los delitos de robo y receptación, siendo conyrmada dicha denegación por Sentencias de 4 de febrero de 1998 de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y de 27 de enero de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, del Tribunal Supremo. Se invocaba la vulneración de los artículos 6.2 del Convenio y 1 del Protocolo n.º 1. Se viene a reconocer al demandante en la Sentencia del TEDH, una indemnización de 15.600 euros por daño moral.

posteriores o las declaraciones emanadas de las autoridades públicas pueden plantear un problema bajo el ángulo del artículo 6.2, si equivalen a una constatación de culpabilidad que desconoce, deliberadamente, la previa absolución del acusado (vid Del Latte c. Países-Bajos, n.º 44760/98, de 9 de noviembre de 2004).

2.^a- El TEDH señala que en virtud del principio «in dubio pro reo», el cual constituye una expresión concreta del principio de presunción de inocencia, no debe existir ninguna diferencia entre una absolución basada en la falta de pruebas y una absolución que derive de la constatación sin ningún género de dudas de la inocencia de una persona, ya que en el marco del artículo 6.2 del CEDH, toda autoridad que se pronuncie directa o indirectamente o de forma incidental sobre la responsabilidad penal del interesado debe respetar la parte resolutive de una sentencia absolutoria, (Vassilios Stavropoulos c. Grecia, n.º 35522/04, de 27 de septiembre de 2007). Por otro lado, el hecho de exigir a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento tendente a obtener una indemnización por prisión provisional no es razonable y denota una violación de la presunción de inocencia (Capeau c. Bélgica, n.º 42914/98).

Por lo que en virtud de lo expuesto, se llega a la conclusión que España violó el artículo 6.2 del CEDH, además del artículo 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio, que no hace al caso.

Como consecuencia de estas Sentencias, y esencialmente la última, el Tribunal Supremo se planteó revisar la jurisprudencia en relación con la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia derivada de la prisión provisional indebida, limitándola, como veremos a continuación, a los estrictos términos del artículo 294 de la LOPJ.

III. SENTENCIAS DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2010 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO

Las Sentencias de 23 de noviembre de 2010 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a, del Tribunal Supremo¹² suponen un cambio de jurisprudencia en relación con la interpretación del artículo 294 de la LOPJ, restringiéndolo a una interpretación literal del mismo, es decir, a que solamente por dicha vía habrá lugar a indemnización por prisión provisional indebida en el caso de inexistencia objetiva del hecho imputado.

Dichas Sentencias desestiman los recursos de casación números 1908 y 4.288, ambos de 2006, formulados contra las Sentencias de 31 de octubre de 2005 y 24 de mayo de 2006 de la Sección 3.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. En el primer supuesto, se ventilaba además de una reclamación de indemnización por dilaciones indebidas, una indemnización por la prisión sufrida por una condena por un delito contra la salud pública impuesta por Sentencia de 23 de diciembre de 1992 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, conyrmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de febrero de 1996, pero posteriormente anulada por Sentencia de 26 de junio de 2000 del Tribunal Constitucional. El recurrente aducía que existía una ausencia acreditada de participación en los hechos delictivos, mientras que la Sentencia de instancia denegaba la indemnización por falta de prueba sobre la participación en la comisión del delito.

Por su parte, la otra Sentencia recaída en el recurso número 4.288/2006, tenía por objeto una reclamación de indemnización por haber estado en prisión acusado el recurrente por un delito de homicidio, del que fue absuelto por Sentencia de 3 de junio de 2002 de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, conyrmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. El actor alegaba, igual que en el supuesto anterior, que había un claro supuesto de ausencia acreditada de participación, y no un caso de absolución por falta de pruebas como había declarado la Sentencia de la Audiencia Nacional recurrida.

¹² Ponentes, Juan Carlos Trillo Alonso y Octavio Juan Herrero Pina.

El Tribunal Supremo en las reseñadas Sentencias, después de señalar que el artículo 294 de la LOPJ ampara el supuesto de inexistencia objetiva del hecho imputado, pone de manifiesto que la jurisprudencia venía realizando una interpretación extensiva de dicho precepto, incluyendo el supuesto de la llamada inexistencia subjetiva, entendida como la probada falta de participación en los hechos de quien ha sufrido la prisión preventiva, para seguidamente aludir que dicho planteamiento «en la medida que trata de justificar la inexistencia subjetiva en la distinción entre la absolución por falta de pruebas en aplicación de los principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia) y la absolución derivada de una constatación o prueba de la no participación en los hechos, identificándose esta última con tal inexistencia subjetiva, se ha puesto en cuestión por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya en su sentencia de 25 de abril de 2006, asunto Puig Panella c. España, n.º 1483/02, y más claramente en la reciente de 13 de julio de 2010, asunto Tendam c. España».

A continuación, se plantea el Tribunal Supremo si el cambio de criterio implicaría limitar a la posible indemnización por prisión indebida a la dicción literal del artículo 294 de la LOPJ, es decir, a la inexistencia objetiva del hecho imputado, o, bien, abarcaría todos los casos de prisión preventiva seguida de una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre. En primer término, se descarta la posible interpretación que el artículo 294 de la LOPJ contemple la indemnización en todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria, ni siquiera de todos los supuestos en los que el proceso termina por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, pues según las citadas anteriormente Sentencias del TEDH «no supone infracción del artículo 6.2 del Convenio, pues, como se indica en las mismas, ni el artículo 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio dan lugar a reparación por una detención provisional en caso de absolución y no exigen a los estados signatarios contemplar en sus legislaciones el derecho a indemnización por prisión preventiva no seguida de condena». Además, dicha interpretación no es la voluntad del legislador plasmada en el artículo 294 de la LOPJ, como se puso de manifiesto reiteradamente por el Tribunal Supremo¹³, ni viene impuesta por otro precepto de derecho interno.

Por tanto, siendo improcedente una interpretación del artículo 294 de la LOPJ como título de imputación de responsabilidad patrimonial en todo supuesto de prisión preventiva seguida de una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre y «descartada la posibilidad de argumentar sobre la inexistencia subjetiva», se dice en las comentadas sentencias que «no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del artículo 294 de la LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre «por inexistencia del hecho imputado», es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente, entendida tal inexistencia objetiva en los términos que se han indicado por la jurisprudencia de esta Sala, a la que sustancialmente se ha hecho referencia al principio de este fundamento de derecho, que supone la ausencia del presupuesto de toda imputación, cualesquiera que sean las razones a las que atiende el Juez penal».

Se añade, que si bien el cambio de jurisprudencia hace quedar fuera del ámbito de responsabilidad patrimonial amparado por el artículo 294 de la LOPJ aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que se venía reconociendo por la jurisprudencia, ello es debido, además de las Sentencias del TEDH ya analizadas, a que el supuesto contemplado en el anteriormente reseñado precepto contiene un caso específico de error

¹³ Ya en la primera STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de enero de 1989, en que se lleva a cabo la interpretación extensiva del artículo 294 de la LOPJ, se decía, en relación con el debate parlamentario sobre dicho precepto, lo siguiente: «Las enmiendas presentadas, de matiz claramente ampliatorio —alguna proponía precisamente la supresión de la mención «por inexistencia del hecho imputado» con lo que el precepto ampliaría su campo a todo supuesto de sentencia absolutoria o de sobreseimiento libre— fueron rechazadas manifestándose así una vez más el sentido restrictivo de la norma».

judicial, que queda excepcionado del régimen general de previa declaración judicial del error establecida en el artículo 293 de la LOPJ, «por lo que una interpretación estricta de sus previsiones se justifica por ese carácter singular del precepto».

Por otro lado, dicha interpretación no significa que los supuestos de inexistencia subjetiva que venían siendo indemnizados según la jurisprudencia queden desamparados, ya que se puede acudir a la vía general del artículo 293 de la LOPJ.

Finalmente, el Tribunal Supremo justifica la nueva interpretación que se da al artículo 294 de la LOPJ en estos términos: «... no podemos dejar de significar, que tal interpretación no es sino una consecuencia de los términos en los que el legislador ha establecido el título de imputación de responsabilidad patrimonial en dicho precepto, que viniendo referido a la existencia de error judicial en la adopción de la medida cautelar de prisión provisional, no se condiciona a la apreciación directa de dicho error atendiendo a las circunstancias en las que se adoptó la prisión preventiva ni se extiende a todos los supuestos de posterior absolución o sobreseimiento libre sino que se presume o se entiende puesta de manifiesto cuando la resolución que pone fin al proceso supone una declaración de inexistencia del hecho, pero sin que ello implique identificar el error con esta declaración, de manera que sería a través de una modificación legislativa como podría clarificarse y dar otro contenido y alcance a este título de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia previsto en el artículo 294 de la LOPJ ».

IV. CONCLUSIONES

Primera.- Después del cambio de jurisprudencia ocasionado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2010, la vía prevista para solicitar una indemnización por funcionamiento normal de la Administración de Justicia por prisión preventiva indebida ha quedado restringida a los estrictos términos del artículo 294 de la LOPJ, es decir, al supuesto de inexistencia objetiva del hecho imputado, equiparándose la inexistencia material de los hechos con la ausencia de infracción punible por no hallarse tipificada como tal los hechos probados. Por lo que, ha quedado suprimida la interpretación extensiva del reseñado precepto que hacía la jurisprudencia en la que se venía a incluir, la denominada inexistencia subjetiva, entendida como la probada falta de participación en los hechos de quien ha sufrido la prisión preventiva.

Por tanto, cuando haya absolución por inexistencia del hecho imputado o por la misma causa se haya dictado sobreseimiento libre será de aplicación el artículo 294 de la LOPJ, equiparando la jurisprudencia al sobreseimiento libre, el sobreseimiento provisional del artículo 641.1 de la L.E.Criminal, siempre que se derive del significado de la resolución dictada en la jurisdicción penal que nos encontramos ante un supuesto de sobreseimiento libre.

La duda puede surgir en los casos en que la jurisprudencia los equiparaba como un supuesto de inexistencia subjetiva del hecho ilícito a efectos del derecho a indemnización por prisión preventiva indebida. Un ejemplo de ello, es el referente a la retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal que, según el Tribunal Supremo, conyuga o implica, cuando menos, una presunción de la denominada inexistencia subjetiva del hecho, porque si hubiese indicios racionales de la participación en este imputado, no se habría desistido de aquella, pues, cuando el Ministerio Público retira en el acto aquella persona a la que afecte la retirada de acusación queda exenta de cualquier responsabilidad penal cuando menos y ello por inexistencia subjetiva del hecho.

Es cierto, que siempre el Tribunal Supremo ha incluido la retirada de la acusación en el acto del juicio oral por parte del Ministerio Fiscal, siendo la única parte acusadora, como una vertiente de la inexistencia subjetiva de probada de participación del acusado en los hechos que se le imputaban, pero ello no es óbice, para entrar a determinar los motivos de la retirada de la acusación. Por lo que si la causa de la retirada de

la acusación es por inexistencia del hecho imputado, encontraría amparo en el artículo 294 de la LOPJ, pero, por el contrario, quedaría excluida la vía de la indemnización prevista en el mencionado precepto la retirada de la acusación por concurrir un caso de inexistencia subjetiva. Ello implica entrar a analizar los motivos por los cuales el Ministerio Fiscal retira la acusación, cuestión hasta ahora no era necesaria, ya que de manera prácticamente automática la jurisprudencia equiparaba la citada retirada de la acusación con el supuesto de inexistencia subjetiva encarado en el artículo 294 de la LOPJ. Pero esto, puede conllevar dificultades, ya que a menudo no se recogen en las resoluciones judiciales los motivos de la retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal, y, en los expedientes administrativos de reclamación indemnizatoria por prisión preventiva indebida, suelen constar informes solicitados por la propia Administración sobre la retirada de la acusación elaborados bien por la Inspección Fiscal de la Fiscalía General del Estado, o, bien por el Fiscal Jefe respectivo, y la jurisprudencia a dichos informes emitidos con posterioridad no suele darlos mucho valor¹⁴.

Pero a pesar de dichos inconvenientes, y en los términos expuestos, la retirada de la acusación en el acto del juicio oral por inexistencia objetiva del hecho imputado entraría dentro del marco del artículo 294 de la LOPJ.

Otro supuesto controvertido es el de legítima defensa. Para el Consejo de Estado, el artículo 294 de la LOPJ no abarca la cuestión de la legítima defensa, ya que la absolución basada en la misma se funda en que el Tribunal penal habría establecido la irrelevancia penal de la conducta, que despliega sus efectos en su sede propia, pero no los extiende hasta el ámbito específico del anteriormente reseñado precepto¹⁵. Por su parte, la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en un principio, en la Sentencia de 8 de junio de 2004, llegó a la conclusión de que la legítima defensa constituía un supuesto de inexistencia del hecho imputado ya que nos encontramos ante una causa de justificación de la conducta que excluye la antijuridicidad de la acción, y así, el autor de los hechos queda exento de responsabilidad criminal porque su conducta no sólo constituye infracción alguna, sino que es conforme a derecho. Pero recientemente, ha habido otra Sentencia de la misma Sección que se aparta de dicho criterio, la de 20 de mayo de 2010, actualmente recurrida en casación, en la que se viene a decir, que la legítima defensa no resulta equiparable a los supuestos de «inexistencia objetiva o subjetiva» a los que ha de supeditarse la aplicación del artículo 294 de la LOPJ, básicamente, porque en la aplicación del citado precepto deben merecer idéntico tratamiento todas las causas de exención de la responsabilidad criminal, excluyan la antijuridicidad, la culpabilidad o la punibilidad, basándose en varias Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que excluyen, como causa de responsabilidad patrimonial del Estado, los supuestos de prisión preventiva seguidos de sentencia absolutoria por falta de prueba de la participación del afectado o la absolución por concurrir causas de exención de la responsabilidad criminal, ya sea por exclusión de la antijuridicidad, de la imputabilidad, de la culpabilidad o de la punibilidad, o, en términos más generales, cuando existan causas de justificación o de inimputabilidad¹⁶.

Segunda.- Los supuestos de inexistencia subjetiva, entendida como la falta probada de participación en los hechos de quien sufrió la prisión preventiva, que hasta

¹⁴ La STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de septiembre de 2010, señala al respecto: «... la verdad es que las explicaciones que el Ministerio Fiscal pueda dar a posteriori del modo en que ejerció su función en un proceso penal no pueden considerarse realmente significativas -por la inevitable tendencia humana a la autojustificación- ni menos aún concluyentes a la hora de valorar las consecuencias jurídicas de una retirada de la acusación. Lo decisivo, como se indicó más arriba, es que la retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal supone que éste admite la irrelevancia penal del comportamiento del imputado y, por consiguiente, la inexistencia subjetiva del hecho ilícito a efectos del artículo 294 LOPJ».

¹⁵ Dictámenes del Consejo de Estado números 377/2006, 329/2008 y 1.261/2008.

¹⁶ SSTs, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de marzo de 1999, 15 de marzo y 13 de noviembre de 2000.

ahora eran incluidos por la jurisprudencia en el artículo 294 de la LOPJ, después de las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2010, quedan encuadrados en el artículo 293 de la LOPJ.

Esta conclusión conlleva una serie de inconvenientes que se habían obviado en los supuestos amparados por la jurisprudencia como inexistencia subjetiva. En primer lugar el procedimiento a seguir. El artículo 293 de la LOPJ¹⁷ requiere que para reclamar la indemnización causada por un error judicial se precisa una decisión jurisdiccional previa que expresamente lo declare. El precepto permite dos vías para que se declare la existencia del error judicial: sentencia dictada en un recurso de revisión, y una acción autónoma ante los tribunales que se tramitará por el procedimiento propio del recurso de revisión en materia civil, siendo partes el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado.

Pues bien, dejando a un lado la vía del recurso de revisión y la problemática que conlleva de si es suficiente con la existencia de una sentencia estimatoria del recurso de revisión para entender que existe el error judicial a los efectos de poder reclamar la indemnización de daños y perjuicios, o, resulta necesario que se derive de la sentencia de revisión directamente la existencia de un error judicial, con las características señaladas en la jurisprudencia¹⁸, el procedimiento previsto en el artículo 293.1 de la LOPJ es complejo y de larga duración, ya que hay que agotarse previamente todos los recursos previstos en el ordenamiento jurídico, pudiendo ocurrir que se tenga que haber acudido ante el Tribunal Supremo en virtud de un recurso de casación para agotar la vía judicial previa, y luego interponer demanda por error judicial ante el Tribunal Supremo, y, si ésta es estimatoria, interponer la correspondiente reclamación en vía administrativa, y si fuese desestimada en todo o en parte, acudir nuevamente ante los tribunales, en concreto, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que es la competente para ello, llegando, si cabe casación, nuevamente al Tribunal Supremo. Si este procedimiento es gravoso para cualquier reclamación por causa de error judicial, más lo es para los supuestos de inexistencia subjetiva encuadrados en el artículo 294 de la LOPJ en los que gracias a una interpretación extensiva del citado precepto se prescindía de la previa declaración de error judicial para poder reclamar la pertinente indemnización por prisión preventiva indebida.

A lo expuesto hay que añadir, el criterio estricto que ha de seguirse para valorar la calidad o intensidad de la equivocación que pudiera determinar la calificación de error

¹⁷ El apartado 1 del artículo 293 de la LOPJ establece: «La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión. En cualquier otro caso distinto de éste se aplicarán las reglas siguientes:

- a) La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse.
- b) La pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error y si éste se atribuyese a una Sala o Sección del Tribunal Supremo la competencia corresponderá a la Sala que se establece en el artículo 61. Cuando se trate de órganos de la jurisdicción militar, la competencia corresponderá a la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. c) El procedimiento para sustanciar la pretensión será el propio del recurso de revisión en materia civil, siendo partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado.
- d) El Tribunal, dictará sentencia definitiva, sin ulterior recurso, en el plazo de quince días con informe previo del órgano jurisdiccional a quien se atribuye el error.
- e) Si el error no fuera apreciado se impondrán las costas al peticionario.
- f) No procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento.
- g) La mera solicitud de declaración del error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a la que aquél se impute».

¹⁸ La Sentencia de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 2007 aborda esta cuestión y llega a la conclusión siguiente: «En definitiva, no basta una sentencia estimatoria de un recurso de revisión para entender que se ha producido un «error judicial», ni por consiguiente debe entenderse que toda sentencia rescisoria implica un título suficiente en el que poder basar una acción resarcitoria por error al amparo del artículo 293 de la LOPJ. Tan solo cuando del contenido de dicha sentencia se desprenda directamente la existencia de un error judicial, con las características señaladas en la jurisprudencia, podrá entenderse que la sentencia recaída en el recurso de revisión es título en que fundar la reclamación de daños y perjuicios por error judicial».

judicial que viene aplicando el Tribunal Supremo, en cualquiera de sus Salas, y en este sentido, para la Sala de lo Penal, el error judicial únicamente puede declararse, cuando se detecta como indudable, patente, incontrovertible y objetivo tanto en relación con la realidad fáctica como con la normativa legal en resoluciones carentes de fundamentación jurídica de modo ostensible y claro, de suerte que el daño o perjuicio causado al reclamante aparezca como una consecuencia causalmente derivada de la actividad jurisdiccional cuestionada¹⁹.

El mismo criterio restrictivo es el que se aplica por la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ para la que «el proceso por error judicial, regulado en el artículo 293 como consecuencia del mandato contenido en el artículo 121 CE, no es una tercera instancia o casación encubierta «en la que el recurrente pueda insistir, ante otro Tribunal, una vez más, en el criterio y posición que ya le fue desestimado y rechazado anteriormente», sino que este sólo puede ser instado con éxito cuando el órgano judicial haya incurrido en una equivocación «manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley».

En particular, esta Sala viene señalando con carácter general (por todas, Sentencia de 3 de octubre de 2008 —recurso núm. 7/2007—), que «no toda posible equivocación es susceptible de conceptuarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especiales cualificados en los que se advierta en la resolución judicial un error «craso», «patente», «indubitado», «incontestable», «agrante», que haya provocado «conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas». Y, en relación con el error judicial en la interpretación o aplicación de la Ley, hemos señalado que sólo cabe su apreciación cuando el órgano judicial ha «actuado abiertamente fuera de los cauces legales», realizando una «aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido»»²⁰.

Por otro lado, la acción para la declaración de la existencia de error judicial ha de ejercitarse en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse, por lo que, como toda revisión de jurisprudencia, plantea un serio problema a los recurrentes que siguiendo la jurisprudencia entonces vigente, optaron por la vía de la reclamación de indemnización prevista en el artículo 294 de la LOPJ, cuando ahora ya no pueden acudir a la declaración de la existencia de error judicial, por haber transcurrido el plazo para ello. Para evitar dichas consecuencias no queridas, partiendo de que el plazo de tres meses es de caducidad²¹, podrían arbitrarse determinadas formulas para evitar la extemporaneidad de las reclamaciones formuladas por la vía del artículo 294 de la LOPJ por prisión preventiva indebida presentadas antes del cambio de jurisprudencia producida por las Sentencias de 23 de noviembre de 2010 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Pero dicha cuestión compete a la interpretación que realice la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ, y sobre todo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que bastante va a tener con la multitud de recursos que

¹⁹ STS, Sala de lo Penal, de 20 de octubre de 2006, en la que se añade: «Además esa misma reiterada doctrina jurisprudencial —de la que también son exponentes las sentencias de esta Sala de 3 de noviembre de 1987, 6 de junio de 1989, 9 de julio de 1990, 14 de junio de 1991, 28 de octubre de 1992, 1 de abril de 1993 y 17 de octubre de 1997, entre otras muchas— viene precisando el ámbito de aplicación de este proceso especial en el sentido de que no se trata de una nueva instancia o casación encubierta, que faculte someter a la revisión del Tribunal Supremo el acierto o desacierto en lo fáctico y en lo jurídico de todo tipo de resoluciones irrecurribles, sino de un procedimiento extraordinario cuya viabilidad exige necesariamente que nos encontremos ante supuestos en los que la resolución jurisdiccional que se tache de errónea lo sea palmaria y manifiestamente, de modo que, en lo fáctico o en lo jurídico, acoja una tesis manifiestamente indefendible, totalmente inconciliable con los datos obrantes en la causa o con la inequívoca dicción legal». En la misma línea, las SSTS de la misma Sala de 2 de noviembre de 2005 y 10 de octubre de 2006.

²⁰ STS, Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ, de 18 de octubre de 2010, y en el mismo sentido, la STS de dicha Sala de 1 de febrero de 2010, y las SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 y 15 de octubre de 2009 y 17 de marzo de 2010, entre otras.

²¹ STS, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 2010. Dicho plazo, que se computa por días naturales y no se descuentan los días inhábiles ni el mes de agosto (STS, Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ, de 1 de febrero de 2010), no queda interrumpido por la interposición de un recurso de amparo (STS, Sala de lo Social, 12 de abril de 2010).

se van a formular para la declaración de la existencia de error judicial fundados en la inexistencia subjetiva.

Tercera.- Finalmente, se podría pensar si la solución recogida en las Sentencias del Tribunal Supremo que estamos comentando era la única, o, se podría haber optado por una diferente interpretación, habida cuenta de los inconvenientes expuestos en la conclusión anterior.

La otra interpretación posible, después de las Sentencias del TEDH de 25 de abril de 2006, asunto Puig Panella c. España, n.º 1483/2002, y de 13 de julio de 2010, asunto Tendam c. España, n.º 25720/2005, es haber optado por una indemnización automática en todos los casos de prisión preventiva indebida. Pero, como acertadamente señalan las Sentencias de 23 de noviembre de 2010, «... la interpretación y aplicación del indicado precepto ha de mantenerse, en todo caso, dentro de los límites y con el alcance previstos por el legislador, que en modo alguno contempla la indemnización de todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria, como se ha indicado antes, ni siquiera de todos los casos en los que el proceso termina por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre». Habida cuenta que el supuesto contemplado en el artículo 294 de la LOPJ es un caso específico de error judicial, por lo que una interpretación estricta de sus previsiones se justifica por ese carácter singular del precepto en relación con el régimen general previsto en el artículo 293 de la LOPJ, y, que, según se desprenden de las anteriormente reseñadas Sentencias del TEDH la no previsión de indemnización de todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria, no supone infracción del artículo 6.2 del CEDH.

Por consiguiente, la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo del artículo 294 de la LOPJ es la única posible después de las Sentencias del TEDH, habiéndose puesto de relieve en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de enero de 1989, que si bien se reconocía, que la dicción del citado precepto era estrecha, se desestimaba el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que «la exclusión de su aplicabilidad permite obtener la indemnización, si es procedente, por otra vía, lo que descarta la desigualdad respecto del recurso de revisión». Y, posteriormente, el Tribunal Constitucional declaró que «el amplio margen del que el legislador ordinario dispone para el desarrollo del citado artículo permite distinguir entre diversos supuestos para derivar de ellos consecuencias de diverso alcance. Pues bien, tal margen ha sido ejercido a través de la LOPJ, en la cual se distinguen los supuestos de error judicial (bien derivado de un recurso de revisión o del llamado recurso de error judicial), los de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y los de indemnización por prisión provisional (único a cuyo amparo se fundó la reclamación del demandante), sin que se aprecie vulneración alguna del derecho a la igualdad»²².

En consecuencia, el abandono por el Tribunal Supremo de los supuestos de inexistencia subjetiva que incluía en el artículo 294 de la LOPJ era la única posible, pero resulta chocante que haya sido como consecuencia de Sentencias del TEDH que condenaron a España por conculcación del artículo 6.2 del CEDH, pues por dichas Sentencias se ha tenido que volver a una interpretación estricta del anteriormente reseñado precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial con la problemática ya señalada que ello conlleva. Solamente nos queda, tal y como se apunta en las Sentencias de 23 de noviembre de 2010, que el legislador modifíquese el citado precepto dando otro contenido y alcance al título de imputación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia derivada de la prisión preventiva indebida, pero, tengo la impresión que esto no acontecerá.

²² Auto 220/2001, de 18 de julio, de la Sección 4.ª del Tribunal Constitucional.

¿Qué precio puede pagarse por alcanzar la verdad?

(Comentario a la STS, Sala Segunda, 513/2010, de 2 de junio de 2010)

Javier HERNÁNDEZ GARCÍA

Para José Alfonso, cinco años después.

Antecedentes del caso y doctrina jurisprudencial

En fecha 10 de julio de 2009 se dictó sentencia por la Audiencia Provincial de Zaragoza por la que se condenaba a los Sres. JLR, ELL y FDR como autores de un delito de asesinato agravado y de detención ilegal a diversas penas de prisión.

Los tres condenados en la instancia interpusieron recurso de casación fundado en varios motivos. En particular, bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva denunciaron violación de los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la no autoincriminación en la obtención de fuentes de prueba. En concreto, las conversaciones mantenidas entre dos de los acusados en los calabozos de las dependencias del Cuerpo Nacional de Policía. Si bien dicha captación, que incluía también la videograbación, fue autorizada por el Juez de Instrucción mediante un auto motivado, los recurrentes calificaron dicha injerencia como inconstitucional en cuanto no prevista en la ley.

La fuente de prueba, que después accedió al plenario como medio probatorio, adquirió una decisiva importancia en la medida que mediante la información obtenida se extendió el círculo de sospecha hacia otros intervinientes en el asesinato del Sr. JGG, sirviendo, por tanto, como base, primero, de inculpación y, posteriormente, de condena.

La sala casacional, bajo ponencia del magistrado Berdugo de la Torre, rechazó el recurso y, en concreto, el motivo por el que se cuestionaba la actividad jurisdiccional injerente. No obstante, la sentencia contó con dos votos particulares disidentes, los formulados por los magistrados Andrés y Maza.

Mediante una profusa, y laberíntica, argumentación, la sala casacional abordó el gravamen a partir de la *autoformulación* de la cuestión básica que le prestaba todo el sentido, y relevancia, constitucional: ¿cabe identificar una previsión legal suñciente que ofreciera cobertura a dicha medida?

Contestada positivamente la cuestión, la sala se enfrentó, y a e n t o n o descendente, a analizar si además concurrían las notas del juicio de proporcionalidad en sentido amplio, llegando a la conclusión de que la actividad de obtención de fuentes probatorias había respetado sustancialmente el artículo 18 CE.

El discurso argumental de la sala se conforma, en una primera secuencia, a partir del análisis de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos alrededor de la cláusula contenida en el artículo 8 del Convenio por la que se exige como precondition de compatibilidad de toda medida injerente en el ámbito de la privacidad que la misma se encuentre *prevista en la ley*.

La sala realiza una *lectura a daptativa* de los pronunciamientos de Estrasburgo. Con expresa invocación de las sentencias más signiycativas del Tribunal de Estrasburgo sobre la materia, y cuyos pronunciamientos no permiten, precisamente, supe-

rar con facilidad el test de compatibilidad, llega a la conclusión que la medida ordenada debía considerarse prevista en la ley. La técnica argumentativa utilizada es desconcertante: una desordenada superposición de razones que no permite identificar con claridad ni qué razón decisoria prevalece ni si las razones acumuladas son coherentes o internamente coherentes.

Me explico. La sala utiliza dos subdiscursos en paralelo. Uno, alrededor de la suñciencia normativa que ofrece el artículo 579 LECrim para dar cobertura *operativa* a la medida ordenada por el juez de instrucción. Otro, que gira, sustancialmente, sobre la posibilidad de extraer dicha cobertura reclamada por el canon convencional de la propia Constitución, sin necesidad de instrumento legal de interposición.

Es fácil ya imaginarse los *desconcertantes descubrimientos* a los que llega el tribunal en su singular odisea por territorios constitucionales todavía no explorados o, al menos, sistemática y precisamente explorados, más allá de muy periféricas aproximaciones.

En cuanto a la cuestión relativa a si el artículo 579 LECrim satisface las exigencias de previsión, formales y sustanciales que reclama el CEDH, la sala, en su laberíntica argumentación, parte de una posición metodológicamente valiosa. Con un estimable grado de candidez reconoce expresamente la concurrencia de sólidas razones para dudar, y negar, que el mencionado precepto satisfaga el canon convencional. De forma muy sintética, pero expresa, reñere argumentos de tipo gramatical que impedirían considerar que la previsión de injerencia en las comunicaciones que contempla el referido precepto permita incluir aquéllas conversaciones entre personas sin la utilización de mecanismos comunicativos. Invoca, incluso, el artículo 3 CC y, desde luego, el principio de prohibición de la analogía *in malam parte* que se previene en el artículo 1 LECrim.

Pero, sin solución de continuidad, descarta la relevancia obstativa de las razones que identifca. Con expresa invocación a una ignota *opinión doctrinal* considera que el artículo 579.3º LECrim, permite una lectura *deconstruida* en el sentido que si bien en el inciso primero hace expresa referencia a injerencias en procesos comunicativos mediante la utilización de mecanismos instrumentales —postales, telegráficos o telefónicos— en el inciso segundo, *in fine*, se reñere a comunicaciones en sentido genérico, lo que conduce a concluir que el objeto de injerencia pueden ser cualesquiera de ellas con independencia del medio utilizado. El argumento de cierre lo extrae de la propia Constitución en cuanto lo que se protege por el artículo 18.3º es el proceso comunicativo, *el hecho de conversar*, se precisa, y no el medio utilizado para ello. En lógica relación de consecuencias, la sala considera que *existe regulación legal, de carácter procesal, en la que basarse para poder determinar los requisitos necesarios y en qué forma debe adoptarse la intervención de las comunicaciones de dos o más personas a través de la instalación de aparatos de escucha, transmisión y/o grabación en lugar cerrado, pues cuando el legislador regula la interceptación de las comunicaciones está dando por supuesto que se incluye la conversación oral* (sic).

La otra línea cumulativamente argumental que se desarrolla parte, sin dejar claro, insisto, si la anterior es prevalente o no, de que aun aceptando la insuñciencia de la regulación legal para satisfacer las exigencias de previsión, la misma, en todo caso, resultaría innecesaria. Dicha afirmación tan, al menos, paradójica, se apoya, también, en otros autores (sic). La sala, que hace suyas dichas opiniones, considera que el propio artículo 18.3º CE sirve de título legal legitimante de la injerencia siempre que, en los propios términos constitucionales exigidos, se dé autorización judicial.

En términos discursivos muy desordenados, la sala recuerda que las exigencias de previsión normativa reclamadas por el Convenio pueden alcanzarse cuando existen pronunciamientos jurisdiccionales de los altos tribunales que precisen la esfera de la actividad injerente, estableciendo límites y controles que excluyan la arbitrariedad y hagan, en todo caso, predecible y accesible el mecanismo utilizado por las autoridades encargadas de la investigación. Con cita expresa de la STC 26/2006,

y de la decisión de inadmisión del TEDH en el caso Abdulkadir contra España, de 25 de septiembre de 2006, la sentencia casacional considera que se ha producido una suÿciente heterointegración de la ley formal mediante decisiones constitucionales consolidadas que permiten descubrir un cuadro suÿcientemente preciso de condiciones legitimantes para toda injerencia en el ámbito del secreto de las comunicaciones. A modo de ejemplo *canónico*, la sala invoca el precedente del propio Tribunal contenido en la STS 173/98, de 10 de febrero que, en un supuesto de similares características, validó mecanismos de captación de conversaciones verbales en un contexto de investigación procesal jurisdiccionalizado para el descubrimiento de delitos graves.

Como corolario inconexo de argumentos secundarios en apoyo de la compatibilidad de la injerencia con el canon convencional, la sala se adentra en desnudas valoraciones de tipo pragmático, maquilladas, no obstante, de una cierta pátina de constitucionalidad. De forma textual, la sala afirma *que no le resulta concebible que se proteja menos una conversación por ser telefónica — en cuanto pueda ser legítimamente intervenida por el juez— y no lo pueda ser una conversación no telefónica de dos personas en un recinto cerrado (sic)*.

Para después añadir que aun cuando se aceptara la argumentación de los recurrentes de que la intervención *se produce en calabozos de la policía y a unos detenidos (sic)*, habría de recordarse que la L.O 1/79 General Penitenciaria, en su artículo 51 permite que las comunicaciones orales y escritas sean intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial. De ahí, extrae, que mucho más justificado será el supuesto relativo *a cuándo sea el propio juez instructor de la causa el que lo acuerde, cuando su fi alidad y su labor sea garantizar una pluralidad de valores en una sociedad democrática que no pueden desconocerse (sic)*.

En cuanto a la alegada vulneración del derecho a la no autoincriminación, la sala da cuenta de los fundamentos generales sobre los que se asienta la garantía del derecho. Si bien reconoce que la utilización por el estado de mecanismos oblicuos o subterfugios excitadores —por ejemplo, la simulación policial en la interlocución— puede afectar al derecho, descarta que en el caso se haya producido. En esencia, la sala considera que no cabe identiÿcar ninguna actividad coactiva de los agentes estatales ni directa ni indirectamente. Por tanto, la obtención de información se basó en la libre decisión del sujeto investigado de comunicar información a terceros. De forma muy expresiva, la sala concluye *que si el detenido habla es su propia opción y se debe suponer que ha aceptado el riesgo de que quien reciba dicha información pueda informar a la policía o de que su conversación está siendo grabada (sic)*.

Comentario

En mi opinión, nos enfrentamos a uno de los pronunciamientos más relevantes de la Sala Segunda de los últimos años. Reconozco el riesgo de que se me tache de exagerado pero el propósito, precisamente, de las próximas líneas es intentar justificar la anterior afirmación o, al menos, ofrecer razones que permitan al lector plantearse la trascendencia o no de lo decidido. La sentencia introduce tres *órðagos* argumentales, y conceptuales, no por orden de importancia, de cuya aceptación, o no, puede depender, en buena medida, la tasa de garantía exigible al modelo de adquisición probatoria en nuestro proceso penal.

El primero, relativo al papel que desempeña la Constitución como marco de lo decidible, y de lo indecidible, en un sistema político avanzado. El segundo, referente al grado de vinculación de los órganos jurisdiccionales del estado a la interpretación que del CEDH realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El tercero, sustan-

cialmente vinculado con los anteriores, atiende al espacio de libertad del que debe gozar cualquier ciudadano y a las relaciones entre éste y el Estado.

La sentencia intenta dar respuesta a las tres cuestiones pero ya sea por el desorden expositivo del que hace gala, ya sea por la falta de rigor en la utilización de determinadas categorías o por la decidida impronta funcionalista que sugiere la lectura de su discurso argumental los resultados que ofrece son bastante desoladores, sobre todo si se observan desde una perspectiva consecencialista.

Intento adentrarme en su análisis. Y la primera cuestión que suscita es si despeja de forma convincente la duda sobre el grado de previsión legal de la grave injerencia ordenada en el curso de la investigación judicial¹. Duda no solo de tipo metodológica sino prescriptiva. Pues de la misma depende su adecuación constitucional no solo con el núcleo iusfundamental interno sino, por la vía de la cláusula de interpretación conforme del artículo 10.2 CE en materia de interpretación de derechos y libertades, con las exigencias legitimantes que impone el artículo 8 CEDH.

Sobre esta cuestión cabe recordar que el Tribunal Europeo no puede analizar el alcance de los conflictos desde el significado preciso que se atribuye a los conceptos normativos en la legislación del estado demandado. De ahí, la necesidad de construir *nociones autónomas*² que aseguren la uniformidad indispensable de la interpretación del Convenio y, sobre todo, que el contenido protector de los derechos que éste garantiza no pueda variar en función de las calificaciones jurídicas propias de los derechos nacionales. *Nociones autónomas* que se nutren de significados materiales y no formales que le permitan operar con criterios extensivos.

La técnica de las *nociones autónomas* ha tenido una destacada proyección en la interpretación del alcance protector tanto de las garantías endógenas del proceso como de los derechos sustantivos que pueden verse afectados por la actividad investigadora del estado o de sus agentes en el curso del primero. Así, el Tribunal ha construido nociones autónomas respecto al concepto de proceso penal, de tribunal, de ley penal...siempre con la finalidad de incluir en su ámbito de garantía situaciones que desde la perspectiva del derecho interno carecían de condiciones de protección a la luz de las formulas convencionales leídas desde los significados atribuidos por la legislación interna del Estado.

Como ejemplo destacado de noción autónoma, el Tribunal Europeo ha dotado de un sentido propio a la cláusula convencional relativa a la *injerencia prevista en la ley*, reclamada en varios de sus preceptos. Respecto a esta cuestión, el Tribunal se ha enfrentado a la realidad pluralista de los sistemas jurídicos nacionales sometidos a la eficacia garantizadora del Convenio. Y, por tanto, a la necesidad de identificar una noción de previsión legal compatible tanto para los modelos del *civil law* como del *common law*. De ahí, que se haya admitido que la palabra *ley* utilizada en el texto del Convenio engloba tanto el derecho escrito como el no escrito, en particular la jurisprudencia consolidada de los altos tribunales nacionales sobre la materia concreta que suscita el recurso individual. Lo que el Tribunal viene a exigir es que el ciudadano, con la necesaria asistencia técnica, en su caso, pueda conocer con suiciente previsión qué normas reglan su conducta para que pueda ajustar su comportamiento a las mismas y, en consecuencia, conocer o, al menos, prevenir con qué límites cuenta el Estado para injerir en el ámbito de sus derechos y libertades públicas. De ahí que el grado de precisión exigible se mida en relación con el grado de afectación de los derechos individuales. Estándar que ha tenido una particular relevancia, como anticipaba, a la hora de identificar violaciones de los estados en materia investigativa en el curso del proceso penal, con relevancia tanto desde la

¹ Sobre las graves implicaciones que se derivan de la relativización o arrinconamiento del principio de legalidad procesal, vid. Taruffo, M. «Racionalidad y crisis de la Ley procesal», en DOXA, nº 22 (1999), pág. 311 a 320.

² Sobre el concepto de noción autónoma, destaca como una de las primeras formulaciones, caso Engel et al. c/ Holanda, de 8 de junio de 1976.

perspectiva del artículo 6 como de los derechos sustantivos protegidos también en el Convenio, en particular los derechos a la intimidad y a la libertad.

Pero junto a ello, el Tribunal también ha utilizado como instrumento metodológico-decisional un estándar de deferencia hacia lo que podríamos denominar *un margen nacional de apreciación*³. Y ello en atención a dos razones. Una de tipo funcional: el juez europeo es consciente que las autoridades nacionales tienen el mejor y más completo conocimiento de las circunstancias y las condiciones locales de aplicación del Convenio y, por tanto, para decidir sobre las exigencias del orden público y la necesidad de restringir una libertad⁴. Otra de tipo axiológico: la necesidad de proteger la pluralidad como componente específico de la sociedad democrática⁵, neutralizando interpretaciones uniformadoras absolutas. Lo anterior ha permitido la entrada en juego en la actividad ponderativa de conceptos tales como el clima moral en un determinado estado, la tradición educativa, las tradiciones culturales, las concepciones de familia, factores políticos o históricos de cada estado⁶. Pero también ha destacado la imposibilidad de extraer concepciones uniformes en cada uno de los estados sobre la moral o el significado del hecho religioso y el uso de símbolos o las condiciones para el reconocimiento de nuevas formas de familia o relaciones de parentalidad⁷.

En todo caso, resulta preciso destacar que su mayor o menor alcance viene de la mano del concreto derecho o libertad pública cuya violación ha sido denunciada. Sin perjuicio de puntuales aplicaciones desconcertantes, el Tribunal ha venido a construir una suerte de regla de control del margen nacional de apreciación que respondería a la siguiente fórmula: el control del Tribunal será más estricto y en lógica correspondencia el margen de apreciación del estado más reducido cuando la injerencia se proyecte sobre la esfera personal del ciudadano —con especial incidencia en su derecho a la vida privada y al secreto de las comunicaciones⁸, la libertad de prensa⁹ y la libertad de asociación¹⁰. Por contra, cuando los intereses en juego afecten a políticas públicas de distribución, marcadas por una particular complejidad y tecnicidad, el margen de apreciación reconocido a los estados será mayor¹¹.

En consecuencia, el margen de apreciación nacional en materia de injerencias en el núcleo de los derechos de libertad individual reconocidos en el sistema convencional, en derechos a protección, en terminología de ALEXY, no permite a los estados escaparse del concepto autónomo de previsión legal ni reconyugar éste mediante una técnica de interpretación conforme inversa: esto es, adaptándolo a la realidad nacional, minimizando su carga garantizadora y, por tanto, reactiva o desplazando su valor como mera exigencia formal aun cuando se vea compensada extremando las otras exigencias legitimantes que atienden, por ejemplo, a la proporcionalidad en

³ Caso *Handyside c/ Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976.

⁴ Caso *Pla y Puncernau c/Andorra*, de 13 de julio de 2004.

⁵ Caso *Murphy c/Irlanda*, de 10 de julio de 2003.

⁶ Caso *Casado Coca c/España*, de 24 de febrero de 1994; caso *Gitonas c/Grecia*, de 1 de julio de 1997.

⁷ Caso *Otto-Preminger Institut c/Austria*, de 20 de septiembre de 1994 (sobre las condiciones de enseñanza de la religión en las escuelas públicas); caso *Leyla Sahim c/Turquía*, de 29 de junio de 2004 (sobre prohibición de portar símbolos religiosos en centros educativos); caso *Fretté c/Francia*, de 26 de febrero de 2002 (sobre las condiciones de acceso de personas homosexuales a la adopción); caso *Obst c/Alemania* y caso *Schüth c/Alemania*, , ambos, de 23 de septiembre de 2010 (sobre compatibilidad con el Convenio de decisiones de despido de dos empleados eclesiásticos por adulterio).

⁸ Ejemplos de lo dicho son los referentes al control de las intervenciones escritas, caso *Calogero contra Italia*, de 15 de noviembre de 1996; control de las intervenciones telefónicas, caso *Doerga contra Holanda*, de 27 de abril de 2004 y caso *Matheron contra Francia*, de 29 de marzo de 2005. En estos casos, el Tribunal se ha mostrado particularmente exigente en las necesidades de previsión y precisión legal.

⁹ Caso *Castells c/ España*, de 23 de abril de 1992. Por su trascendencia, la reciente STEDH, caso *A,B,E, T contra Irlanda*, de 16 de diciembre de 2010, por la que se considera que la prohibición del aborto en Irlanda, aun en el caso de peligro para la madre, vulnera el artículo 8 CEDH.

¹⁰ Caso *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c/ Turquía*, de 30 de enero de 1998.

¹¹ **Competencia desleal, caso GmbH c/ Alemania, de 20 de noviembre de 1989; políticas urbanísticas, caso Sporrang y Lönroth c/ Suecia, de 9 de febrero de 1999.**

sentido amplio y estricto. Como afirma García Roca¹², *el principio de legalidad para la restricción de los derechos fundamentales es un presupuesto del juicio y principio de proporcionalidad*. Y como tal precondition, si no se da priva de toda justificación a las medidas altamente injerentes que puedan ordenarse por mucho que puedan concurrir valiosas razones de fines y medios para adoptarlas.

Por tanto, el caso reclamaba que la sala casacional se pronunciara de forma contundente sobre si la colocación de un sistema de video y de audio grabación —en los términos solicitados por la policía en su oficio dirigido al juez de instrucción— en la celda donde fueron ingresados dos inculpados por un presunto delito de homicidio, sin perjuicio de su proporcionalidad a los fines del descubrimiento de fuentes de prueba, respondía a una previsión legal existente, accesible y predecible que satisficiera en términos materiales el valor de *la preeminencia del derecho*, entendido éste como exclusión de todo riesgo de arbitrariedad.

Al respecto, debe recordarse que la Corte de Estrasburgo¹³ ha reiterado, en relación con el concepto de previsión que en el contexto de medidas de vigilancia secreta ordenadas en el curso de una investigación penal la ley debe utilizar términos *bastante claros* para trasladar a los ciudadanos de manera suiciente en qué circunstancias y bajo qué condiciones habilita a los poderes públicos a recurrir a tales medidas. Y ello con la finalidad de salvaguardar el riesgo de abuso inherente a todo sistema teniendo en cuenta, sobre todo, que la tecnología disponible deviene *cada día más y más sofisticada*¹⁴.

Concepto de previsión que se nutre, también, como indicábamos, de las características de accesibilidad y predecibilidad. En este punto, es cierto, el TEDH ha aceptado la intervención de los altos tribunales nacionales, cuyas decisiones actuarían como reglas de fijación y de atribución de condiciones que permiten que lo previsto sea, además, socialmente predecible y accesible. Y ello por dos razones: una, de tipo funcional. No cabe cuestionar que toda norma comporta un margen ontológico de interpretación, incluso con dimensión o trascendencia adaptativa o evolutiva. Y ello se ha reconocido también en el ámbito del principio de legalidad penal sustantiva que consagra el artículo 7 CEDH. Como se afirma en la mencionada sentencia del caso Uzun¹⁵, siempre será necesario dilucidar las zonas de sombra que proyecta toda norma y su adaptación a los cambios sociales y tecnológicos que dan sentido final a los signiicantes utilizados por el legislador. Pero dicha labor no puede realizarse sin someterse a reglas que garanticen la coherencia con la sustancia de la infracción y que, además, el resultado sea razonablemente previsible¹⁶.

La otra razón que justifica la relevancia de las decisiones de los altos tribunales es tipo político-institucional: el sistema convencional agrupa, como apuntaba, diversas tradiciones jurídicas y, por tanto, no puede desconocer el sistema de fuentes de los países de tradición anglosajona. Pero ello no se traduce en que dichas decisiones no deban responder a cualificadas tasas de concreción y taxatividad. Por tanto, el problema se traslada no al grado de previsión, accesibilidad y predecibilidad exigibles si no al objeto o mecanismo normativo, en sentido amplio, que debe garantizarlas.

En todo caso, también merece destacarse que el Tribunal de Estrasburgo a la hora de identificar el grado de compatibilidad con el canon convencional de previsión legal de las medidas injerentes no renuncia a aplicar estándares progresivos y dinámicos. Me explico, o lo intento, de nuevo. Es obvio que dentro de la categoría de injerencia

¹² García Roca, J, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Editorial Civitas, Madrid, 2010, pág. 181 y ss.

¹³ Vid. el más reciente, e importante, pronunciamiento, STEDH, caso Uzun contra Alemania, de 2 de septiembre de 2010.

¹⁴ Vid. SSTEDH, caso Liberty y otros contra Reino Unido de 1 de julio de 2008; caso Iordachi contra Moldavia, de 10 de febrero de 2009.

¹⁵ Vid. cit.13.

¹⁶ Vid. SSTEDH, caso S. W contra Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995; caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania, de 23 de marzo de 2001.

cabe distinguir, por sus consecuencias lesivas sobre el núcleo sustantivo de protección, diferentes grados de afectación. En lógica correspondencia, el estándar será más exigente cuando la medida resulta más injerente, en términos cualitativos y cualitativos. De nuevo, el caso Uzun contra Alemania constituye un buen ejemplo.

El caso planteaba la compatibilidad con la exigencia de previsión legal contenida en el artículo 8 CEDH de una medida de investigación ordenada por la Fiscalía de Düsseldorf, consistente en la colocación en el vehículo de dos sospechosos de pertenecer a una organización terrorista de un sistema de GPS para su seguimiento y localización. Los resultados obtenidos permitieron trazar *un mapa de movimientos* de los sospechosos que junto a otros datos sentaron la acusación y la ulterior condena como partícipes en diversos atentados terroristas. La Corte identificó, en efecto, que dicho mecanismo, en la medida que suponía una vigilancia sobre los movimientos de las personas investigadas, suponía una injerencia en su derecho a la vida privada. Pero, al tiempo, consideró que estaba suicientemente prevista en la norma habilitante, precisando que por el grado de afectación del derecho no debía aplicarse un escrutinio estricto de compatibilidad como el que se exige en las medidas que tienen como objeto esencial la interferencia en los procesos comunicativos, con captación del contenido de los mismos.

En concreto, la Corte consideró que la referencia del párrafo 100 c. 1.1 b) de la Ordenanza Procesal Alemana, vigente al tiempo de los hechos, era suicientemente precisa al e nunciar como medios i nvestigativos utilizables para la geolocalización «*cualesquiera otros artificios técnicos especiales destinados a la vigilancia*». El Tribunal en una lectura sistemática de la regulación contenida en el párrafo 100 llegó a la conclusión que los medios técnicos en cuestión se referían a métodos de vigilancia que no eran ni visuales ni acústicos y que, por tanto, respondían a fines de localización espacial del presunto autor de una infracción. Añadiendo que las decisiones de los tribunales nacionales, incluida la del Tribunal Constitucional, por las que se consideraba que el GPS formaba parte de la categoría genérica normativa *medios técnicos especiales de localización* constituía una i jación razonablemente previsible y clariicadora, adaptada al estado de la tecnología, que satisfacía el mandato de previsión.

En todo caso, el Tribunal insiste, de forma reiterada, que el grado incuestionable de indeterminación terminológica y su superación por la intervención de los tribunales es compatible con el canon de precisión en tanto que la medida injerente no supone una afectación grave del derecho a la vida privada.

A mi parecer, el caso que aborda la sentencia casacional poco, o nada, tiene que ver con el caso Uzun. En primer lugar, no parece discutible que nos encontramos en la franja más intensa de afectación del derecho protegido por el artículo 8 CEDH. Y, desde luego, por el artículo 18 CE, que no es solo el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones sino también el derecho a la intimidad, muy vinculado por relación axiológica con el valor más troncal de la dignidad personal, en su proyección como el derecho a la autorrealización y a gozar de espacios acotados a la intervención injerente del estado. En esa medida, el estándar aplicable de compatibilidad con el canon de *previsión-accesibilidad-predecibilidad* debe ser particularmente estricto.

En mi opinión, la sala casacional huye del mandato hermenéutico. Y lo que más sorprende es que lo hace de forma consciente. No de otra forma puede explicarse cómo reconociendo en el *introito* de su discurso la existencia de buenas razones gramaticales y teleológicas que apuntan hacia la insuiciencia de la redacción normativa del artículo 579.3º LECrim para dar cobertura a la injerencia se desmarque de las mismas, apoyándose en opiniones doctrinales, que no precisa y que reconoce que no he logrado identiicar, para airmar lo contrario.

Y es que, en efecto, las buenas razones que sustentan la grave objeción de previsión legal son difícilmente soslayables. Como bien se airma en el voto particular del magistrado Andrés Ibáñez, al que se suma el del magistrado Maza Martín, solo una interpretación deconstruida, manipulativa, en un sentido descriptivo, del texto regu-

lado permite llegar a la conclusión que el ámbito de la intervención normativamente posible se extiende a las conversaciones verbales mantenidas por los sospechosos sin intermediación de artíficios comunicativos.

Y ello por varias razones.

La primera, por la necesidad de acudir a cánones interpretativos desde la totalidad que son los que, a la postre, permiten extraer conclusiones coherentes, sistemáticas y compatibles. En efecto, como se precisa en el texto legal, el objeto de intervención primario son las comunicaciones mantenidas por los sospechosos por medios postales, telegráficos o telefónicos, extendiendo su ámbito a las comunicaciones *de las que aquéllos se sirvan para sus fines delictivos*. Referencia que en términos sistemáticos sugiere con claridad la posibilidad de intervenir comunicaciones de otros, y analíticamente vinculadas a los objetivos delictivos, pero realizadas por los medios técnicos que se precisan. Esta es la única interpretación que dota de unidad de sentido al texto regulado y lo coherente con el artículo 18.3º CE del que trae causa, como instrumento de desarrollo del potencial limitativo del derecho que el propio texto constitucional reconoce.

La segunda, por razones de tipo histórico-contextual. No puede olvidarse que la redacción dada al artículo 579 LECrim, por la Ley Orgánica 4/1988, introduce la referencia a las comunicaciones telefónicas ausente, por razones obvias, del texto original y que se justifica, precisamente, en el mandato de desarrollo constitucional del artículo 18.3º CE.

Texto original del artículo 579 LECrim cuyo grado de compatibilidad con el canon convencional había sido expresamente descartado por la STEDH, caso Valenzuela Contreras c. España, de 30 de julio de 1998, cuyo estándar de control se cernía sobre el modelo de intervención de comunicaciones interpersonales mediante instrumentos técnicos¹⁷.

La tercera, por razones de tipo institucional-supraconstitucional. A mi parecer, la sala aplica *un margen de interpretación nacional* que pone profundamente en entredicho el mandato de interpretación conforme al que venía obligado por la cláusula del artículo 10.2 CE. Ésta comporta un mandato de deferencia hacia el canon convencional en una materia en la que el Tribunal de Estrasburgo ha construido un concepto autónomo vinculante, con evidentes rasgos de primacía¹⁸.

La cuarta, de tipo teleológico-constitucional. Es obvio que el intérprete está obligado a dotar a los derechos fundamentales del mayor grado de eficacia y garantía y lo cierto es que la interpretación escogida supone la más indiferente y reductora de las posibles con el contenido del derecho fundamental en juego.

Pero, en todo caso, el problema, el grave problema que plantea la sentencia no es que no atienda o dialogue en profundidad con las razones que justifiquen la solución contraria sino que las razones sobre las que se funda el juicio de compatibilidad son manifiestamente inconsistentes en la medida en que no logra explicar, tan siquiera, cuál de las esgrimidas, en realidad, funda la decisión y finalmente adoptada.

¹⁷ Sobre este punto, llámese la atención que el Estado español fue nuevamente condenado por insuficiencia del texto reformado de 1988 con las exigencias convencionales en STEDH, caso Prado Bugallo, de 18 de febrero de 2003. Y si bien es cierto que el TEDH en posteriores pronunciamientos ha tomado en cuenta la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional como elemento heterointegrativo de la deiciente regulación contenida en el artículo 579 LECrim, lo ha sido siempre, y exclusivamente, en relación con injerencias en las comunicaciones mediante la utilización de algunos de los mecanismos de transmisión mencionados en el precepto. Vid. Yllanes Suárez, JP, "Comentarios a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de febrero de 2003, Asunto Prado Bugallo c. España". Revista Aranzadi Tribunal Constitucional nº 6 (2003) pág.13 y ss.

¹⁸ De Vergottini, G, *Más allá del diálogo entre tribunales*. Editorial Civitas, Madrid, 2010, pág. 146 y ss.

El catálogo de razones variopintas y desordenadas eluden, en todo caso, precisar por qué considera que el artículo 579.3º LECrim es una norma precisa, accesible y predecible para amparar tan importante injerencia. Pero no solo eso: llega a descartar la necesidad institucional de interposición normativa para limitar el derecho fundamental en el modo en que se ordena por el juez instructor. Lo que sitúa la decisión en el borde de lo incomprensible. Vuelvo a intentar explicarme.

En cuanto al juicio de compatibilidad con el canon de previsión legal, la sala de casación, al margen de la interpretación fraccionada de la norma, utiliza como argumento del que extrae la predecibilidad la existencia de un precedente de 1998, otorgándole un *estatuto canónico* heterointegrativo de la precaria normativa legal que, sinceramente, resulta muy discutible. Es cierto, como apuntaba, que el Tribunal de Estrasburgo a la hora de medir el grado de compatibilidad ha atendido al estado de la cuestión a la luz de los pronunciamientos constitucionales de los altos tribunales. Pero de ahí a considerar que una simple decisión del Tribunal Supremo adoptada hace doce años sirve para dotar de la necesaria claridad sustancial a una previsión legal que sirve como instrumento de intensa limitación de derechos fundamentales existe un abismo de principios en tensión que la *neosentencia casacional* se cuida mucho de no plantearse.

Como decía, la transferencia a los altos tribunales de legitimación para suplir a la norma legislativa o heterointegrarla no disculpa de que su actividad «legisprudente» también se ajuste a las magnitudes de precisión sustancial reclamadas por el sistema convencional. Y es obvio, a mi parecer, que solo las decisiones con verdadera dimensión canónica constitucional, en sentido estricto, pueden cumplir adecuadamente dicha función. Y lo jurisprudencialmente canónico con relevancia constitucional comporta, y reclama, entre otras cosas, no solo *topoi* retóricos repetibles sino, como ayŕman Balkin y Levinson que incorpore «*un software cultural que utilizan las personas, en un contexto social e histórico determinado, para formular problemas, comprender el mundo y sus propias acciones. Una regla de conducta y una disciplina de pensamiento que configura nuestras imaginaciones, coloniza nuestras conciencias y nos ayuda a transformarnos, para bien o para mal, en la clase de personas que somos*».¹⁹ Canon constitucional que traducido como instrumento al servicio de la previsión, accesibilidad y predecibilidad de la norma limitativa de derechos fundamentales obliga al menos a argumentar de forma convincente que se ha proyectado en la realidad de las relaciones sociales, trasladando a la ciudadanía límites sobre lo que se puede o no se puede hacer. Lo que, sin duda, al menos así lo pienso, no concurre en la *autodoctrina* invocada por la sala casacional, entre otras cosas porque no se dedica ni una sola línea para justificarlo.²⁰

Pero como anticipaba, son los argumentos desordenadamente acumulados, donde el grado de debilidad del discurso se hace más palmario. La sala, consciente, parece, de que la interpretación del artículo 579.3º LECrim no serviría por sí sola para ofrecer un grado de justificación suŕciente se adentra en aguas pantanosas de las que no sale bien parada.

Sin duda el argumento estrella es el relativo a que según otros autores, que también desconozco, la manifiesta indeterminación prescriptiva del artículo 597.3º LECrim, no impide acudir *per saltum* al artículo 18.3º CE para de ahí extraer la *gran norma* que permite superar el test de adecuación reclamado por Estrasburgo. Si la Constitución permite *in litem* la limitación del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones mediante resolución judicial por qué —se viene a decir— deben buscarse normas secundarias que lo habiliten de forma expresa.

¹⁹ Balkin, J y Sanford, L., “Los cánones en el derecho constitucional”, en *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, pág.105

²⁰ Sobre el uso del precedente y la necesidad argumentos adicionales, en particular, de argumentos prácticos generales, Alexy, R, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Editorial Palestra, Lima, 2007, pág.381 y ss.

El argumento es sencillamente *escalofriante*. Y ello por una razón esencial. Es cierto que la Constitución previene cláusulas de limitación de los derechos fundamentales que reconoce y no lo es menos que aquélla reúne, como precisa ALEXY²¹, el máximo rango normativo, la máxima fuerza jurídica, la máxima importancia del objeto regulado pero también el máximo grado de indeterminación. La combinación, e interacción, de todos estos elementos que caracterizan ontológicamente a la Constitución permiten que ésta actúe como regla de distribución del poder entre todos los agentes públicos, como garantía de derechos individuales y colectivos y, sobre todo, como herramienta que no predetermina los contenidos de un proyecto de vida en común pero que ofrece las condiciones sustanciales para hacerlo posible. La máxima fuerza vinculante, el máximo rango y la máxima importancia de las materias reguladas sirven para generar derechos y obligaciones directamente exigibles y jurídicables pero, al tiempo, su máxima indeterminación comporta un espacio a la política constitucional, a la intervención del legislador, sobre todo cuando de lo que se trata es de limitar derechos y libertades. Las cláusulas constitucionales expresas de limitación no suponen que solo los derechos mencionados como limitables puedan serlo. Todos los derechos, salvo el de no sufrir trato inhumano y degradante, lo son en la medida que su espacio de ejercicio y efectividad pueda entrar en colisión con el de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, de igual relevancia axiológica.

La Constitución, también por esencia, no jerarquiza los derechos fundamentales. De ahí que junto a su dimensión conyugativa como reglas y su carga reaccional de protección y de prestación comporten también principios que se traducen en mandatos de optimización²², principalmente, para el legislador. La coexistencia entre dichos principios reclama de manera ineludible que toda limitación sea consecuencia de una delicada operación ponderativa en la que se determinen con precisión por qué, cómo, quién y bajo qué condiciones un derecho fundamental puede ceder ante otro principio o derecho fundamental. Y es obvio que la Constitución no puede responder con el grado de precisión exigible a dichos interrogantes estructurales de los que depende la propia efectividad del derecho.

En particular, cuando se trata de limitar un derecho tan fundamental como el de la intimidad, en cualquiera de sus manifestaciones, el legislador asume un papel programático indispensable. Es cierto que el artículo 18.3.º CE previene la posibilidad de limitación y que nos dice quién puede limitarlo, pero nada más. No puede ser de otra manera. Es obvio que el legislador no podrá legitimar a otros agentes limitadores²³ pero es a él al que le corresponde, por las propias exigencias del guión —artículo 53.1 CE y, más aún, artículo 81.1 CE— determinar cómo y por qué, sin perjuicio de que dicha actividad legislativa deba someterse a un estricto control de adecuación constitucional.

Resulta, por tanto, absolutamente inasumible que se pueda afirmar que la norma más indeterminada satisface las exigencias de determinación reclamadas por el sistema convencional.

Pero la sentencia casacional no deja de sorprender. En su insistencia en la búsqueda de argumentario acude a la regulación penitenciaria para extraer —por vía analógica internormativa— una suerte de regla de atribución de facultades limitativas del derecho a la intimidad en un contexto de comunicación verbal. El argumento desarrollado es el siguiente: si el director de una prisión puede intervenir las comunicaciones orales de los internos tal como se previene en el artículo 51 LOGP, con mayor motivo debe reconocerse competencia al juez de instrucción.

²¹ Alexy, R., “Derechos fundamentales, racionalidad y ponderación”, en *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, pág. 106 y ss.

²² Guastini, R., *Estudios de teoría constitucional*, Editorial Fontamara, México, 2001, pág. 142 y ss.

²³ Vid. STC 303/92, Caso Ley Corcuera por la que se declara inconstitucional la habilitación policial para la entrada en domicilios a partir del concepto normativo de *flagrancia inferencial* que se contenía en el artículo 20 de la mencionada Ley Orgánica 1/92.

El contraargumento no merece un especial desarrollo. Solo dos precisiones. La primera, que la utilización de argumentos extensivos a fortiori para limitar derechos fundamentales fue nuclearmente puesta en entredicho por el Tribunal Constitucional, en su sentencia, *caso Scilingo*, 169/2001.²⁴ La segunda, que la sala casacional parece olvidar, de plano, que dicha potestad atribuida al director solo resulta constitucionalmente compatible, en los términos bien precisados por el Tribunal Constitucional²⁵, cuando además de las notas de proporcionalidad, motivación y control judicial se notiyque al interno la decisión de intervención. En puridad, lo que la LOGP previene es un *mecanismo de observación advertida* no de atribución al director de un poder de captación o de vigilancia secreta de las comunicaciones orales que puedan mantener los internos. Si así fuera, o así se interpretara, es evidente que se estaría vulnerando la Constitución pues ésta previene que dicha injerencia de máximo nivel vulnerador solo puede realizarla el juez de instrucción.

Y en el extremo de lo inexplicable, la sala casacional conyesa llanamente *que le resulta inconcebible que se proteja menos una conversación por ser telefónica —en cuanto pueda ser legítimamente intervenida por el juez— y no lo pueda ser una conversación no telefónica de dos personas en un recinto cerrado (sic)*.

No pretendo entrar a debatir lo que a la sala le resulta inconcebible pero sí debo poner de relieve que utiliza magnitudes de comparación que encierran una suerte de aporía lógica. No es menos protegible la conversación telefónica que la conversación no telefónica. El problema es que el legislador ha previsto para las primeras, en cumplimiento del mandato constitucional, un nivel de protección que incluye su limitación. Mientras para que las segundas, no. Ello no les convierte en más protegidas sino en no limitables por el Estado lo que es muy diferente. A salvo que éste mediante una Ley Orgánica y respetando su contenido esencial, decida la limitación del derecho fundamental base que no sería el artículo 18.3º CE, circunscrito a las comunicaciones mediante mecanismos de transmisión del pensamiento, sino el artículo 18.1º CE que consagra el derecho general la intimidad. Como, por cierto, lo ha hecho respecto a la intimidad corporal mediante el artículo 363 LECrim o la D.A 3.º de la LO 10/2007, sobre Bases de datos de ADN.

Debilidad argumental que se proyecta, a modo de cláusula de cierre, cuando al descartar lesión del derecho a la no autoincriminación ayрма *que si el detenido habla es su propia opción y se debe suponer que ha aceptado el riesgo de que quien reciba esa información pueda informar o de que su conversación está siendo grabada*.

Cuestiono la presunción de la sala casacional. Tal vez cabe otra hipótesis más consecuente con lo mucho que está juego y es que la persona ya detenida, bajo custodia policial, limitada su libertad en una celda, confie en que el Estado solo puede escuchar sus conversaciones si se respetan las reglas de obtención de las fuentes de prueba de conformidad la Constitución; que confie que el Estado le tratará no como un medio sino como una persona titular de derechos y que, por tanto, puede ejercer su libertad de trasmitir pensamientos a otros mediante una conversación sin que le oigan y le vean porque está convencido que ese grado de injerencia en su intimidad no está prevista. Tal vez los inculpados presumieron que pese a las graves razones que justiycaron su detención seguían ostentando el estatuto de ciudadanos.

Y ello me conduce ya a la reflexión ynal. Y es que la sentencia casacional no menciona en ningún apartado de su extensa argumentación la palabra dignidad. Y creo que cuando se decide sobre cómo puede limitarse un derecho fundamental de tanta relevancia la dignidad como valor constituye una precondition axiológica de análisis insoslayable.

²⁴ El caso giró sobre las consecuencias de la falta de previsión legal especiyca para la retirada del pasaporte de un inculpado, acordada por el juez de instrucción como medida cautelar. El Tribunal concedió el amparo al recurrente.

²⁵ Vid. SSTC 194/2002, 193/2002, 58/1996, , 201/1997, 127/1996, 58/1998, 73/1983.

El Tribunal Constitucional alemán, en su importante sentencia de 3 de marzo de 2004, sobre la *Ley sobre espionaje acústico masivo* ha destacado que la vivienda privada, como último refugio, es un medio para preservar la dignidad humana y que la vigilancia acústica de la misma con fines de persecución penal atenta contra la dignidad humana cuando no se respeta el núcleo de la configuración privada de la vida. En consecuencia, se necesitan regulaciones que, respetando el principio de claridad de las normas, aseguren que la forma de la vigilancia acústica asegure ese espacio de indemnidad.

Con ello no afirmo que el calabozo pueda equivaler en términos constitucionales a domicilio. Lo que pretendo poner de relieve es que las categorías no están tan lejanas en la medida en que ambos espacios pueden servir de ejercicio de la intimidad en sus formas más intensas. Y que, por tanto, dicha *cercanía funcional* impide afirmar que el calabozo o la celda en cuanto no son domicilios carecen de protección constitucional respecto a los actos de intimidad o de transmisión del pensamiento que puedan realizar las personas, que ya detenidas, y advertidas de sus derechos inculpatorios, se encuentran privadas de libertad en dichos recintos.

Al igual que el Tribunal Constitucional alemán tachó de inconstitucional una norma —pese a regular con detalle cómo y en qué supuestos podía el Estado injerir en las conversaciones privadas sin intermediación de aparatos de comunicación dentro de espacios cerrados— en la medida en que no excluía riesgos de afectación al núcleo de intimidad sobre el que se soporta el valor de la dignidad personal, creo, de forma contundente, que no existe ningún precepto en nuestro modelo procesal ni ninguna *jurisprudencia canónica heterointegrativa* que en estos momentos habilite al Estado, por muchas razones de proporcionalidad que concurren, para injerir sobre dichas conversaciones aunque se capten en el interior de una celda donde están ingresados dos inculpados por un delito de asesinato.

Estos son los límites del Estado Constitucional pero también los que le prestan su grandeza moral como sistema de convivencia.

Y creo que la sentencia casacional es un golpe duro a sus fundamentos axiológicos. Porque de su lectura no me cabe duda alguna que se han borrado los límites de la esfera de lo decidible que, con tanta pasión y razón, ha defendido Ferrajoli. Y porque tampoco tengo dudas de que con los mismos argumentos pueden validarse las más innominadas, graves, arbitrarias y desdignificadoras injerencias del Estado en la libertad de todos.

La sentencia casacional, sin título constitucional y legal habilitante, abre las puertas, o las ventanas, a la colocación de micrófonos, a las escuchas atmosféricas, en terminología italiana²⁶, en cualquier lugar cerrado. También en cada uno de nuestros dormitorios, donde tal vez se obtengan fuentes de prueba inculpativas valiosas pero, como en las artes de pesca prohibidas, se arrastre con la misma eficacia nuestra más profunda intimidad y los valores que nos permiten a todos sentirnos ciudadanos dignos.

La sentencia, objeto de este comentario, invoca en uno de sus pasajes el tópico de que *la verdad no puede alcanzarse a cualquier precio*. La cuestión es si el que se ha pagado en este caso responde, en términos constitucionales, al precio justo. Estoy convencido de que no y de que las consecuencias sistemáticas sobre el ya de por sí constitucionalmente debilitado modelo probatorio de nuestro país²⁷ pueden resultar desoladoras. Convertir las garantías en saldos no es lo que debería esperarse del Tribunal Supremo.

²⁶ Vid. “¿Pueden realizarse escuchas acústicas o grabaciones de imágenes dentro del domicilio?” En 99 *Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, Manual de Formación Continuada nº 51. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, pág. 430 y ss.

²⁷ Hernández García, J, “El valor probatorio de la actividad investigadora de la policía judicial”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública* nº 22 (2010) pág. 87 y ss.

CUESTIONES DE ORDENAMIENTO JUDICIAL

Estatuto del juez y asociaciones judiciales*

José Luis RAMÍREZ ORTIZ

1. METODOLOGÍA

Para abordar con profundidad el análisis de la realidad, hemos de concebir los objetos en sus conexiones, en su dinámica, reconociendo la existencia del movimiento y del cambio, de su significación y devenir históricos. No se pueden examinar las cosas como «hechas de una vez por todas», como acabadas. No hay ñales, sino procesos.

Modelo de juez, estatuto profesional y asociacionismo judicial son conceptos en relación de dependencia recíproca y en permanente evolución. El contenido concreto del complejo de derechos y deberes que integran el estatuto judicial dependerá del modelo de Juez por el que nos decantemos. Del mismo modo interactúan los conceptos de estatuto y asociacionismo: la forma de concebir el asociacionismo dependerá también del modelo de juez que se postule. En una línea más sutil, dentro del mismo modelo de juez, el alcance del asociacionismo dependerá de la significación que se atribuya o la extensión que se otorgue a los contenidos del estatuto, dado que el derecho de asociación es uno de los elementos integrantes del mismo. Por otra parte, determinados modelos asociativos pueden acabar condicionando negativamente en su realización práctica determinados aspectos del estatuto del juez, como veremos.

Obviamente, la situación hoy día no es la misma que la existente en el momento de la promulgación de la CE de 1978, por no remontarnos en el tiempo en exceso, pero muchas claves de lo que hoy sucede no se comprenden sin analizar el pasado reciente. Y no se puede edificar el futuro si no conocemos el origen y la calidad de los materiales de construcción con los que operamos en el presente.

2. MODELOS DE JUEZ

2.1. El Juez burócrata y su estatuto

En el modelo tradicional de raíz napoleónica, la jurisdicción se concebía como una dimensión más de la actividad de gobierno. Ello se traducía en:

1. La consideración de la labor del juez como de mera aplicación mecánica de la ley
2. Desde el punto de vista del estatuto, en la integración del Juez en una estructura jerarquizada gobernada por el Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia, en la que, por una parte, el Gobierno administraba los nombramientos judiciales y, por la otra, el Tribunal Supremo, en el vértice de la pirámide, y los Tribunales superiores, controlaban

* Texto de la intervención, en representación de Jueces para la Democracia, en la mesa de trabajo sobre «Estatuto del Juez y asociaciones profesionales» del «Encuentro sobre la Justicia» organizado por el Consejo General del Poder Judicial en Madrid, del 25 al 26 de octubre de 2010.

disciplinariamente, también por vía de recurso, la labor de los inferiores. El modelo desconocía en la práctica el valor de la independencia judicial, tanto a nivel externo, frente al Ejecutivo, como a nivel interno, frente a las influencias provenientes de la propia corporación. Y siendo la independencia una condición de posibilidad de la imparcialidad, es evidente que también desconocía el valor de la imparcialidad.

Con todo, los Jueces del modelo compartían la convicción de que encarnaban tales valores, lo que demuestra dos cosas. En primer lugar, que, efectivamente, independencia e imparcialidad son las notas definitorias por excelencia del estatuto del Juez. De otro modo, no se explicaría la necesidad de afirmar que se tenía aquello de lo que se carecía. Y, en segundo lugar, la homogeneidad ideológica de los integrantes de la carrera judicial, hasta el punto de compartir la misma acción alienante. Homogeneidad, por otra parte, explicable por el sistema de reclutamiento, que garantizaba una similar extracción social y la integración en la axiología cultural de la burocracia, cuyos valores, estos sí, se asumían intensamente.

Este marcado perfil «monoclase» (Perfecto Andrés), del que participaban el resto de aparatos del Estado, facilitaba, además, la homogeneidad en la interpretación y aplicación de la ley, lo que fortalecía los dogmas de *iuspositivismo* ideológico, y la ilusión de la aplicación como subsunción no problemática.

La impostada imparcialidad se defendió como neutralidad hacia el mundo exterior, lo que exigía la abdicación del Juez de la vida social. También de la vida política en sentido amplio, esto es, de la no partidista. Paradójicamente, este supuesto desinterés facilitó la integración de los Jueces en las experiencias autoritarias de la Europa continental e iberoamericana, lo que demuestra que la neutralidad no fue más que un fetiche ideológico. Ejemplo preclaro fue el activismo que desplegó la Federación Alemana de Jueces en la construcción del orden nacionalsocialista, cuando se había caracterizado por cuestionar la supuesta intromisión de la política en la justicia durante la República de Weimar (Ingo Müller).

3. En este modelo sólo cabía una sola asociación de naturaleza estrictamente corporativa, como instrumento de la defensa de las condiciones profesionales de los Jueces y, en su caso, de determinados privilegios. Lo estatutario se reducía a lo corporativo.

2.2. El modelo constitucional

La promulgación de Constituciones en la segunda mitad del siglo XX supuso un punto de inflexión en el modelo. Son tres los hitos destacables a nivel interno:

1. En primer lugar, la consagración de la normatividad del texto constitucional también en su parte dogmática, lo que teniendo en cuenta la estructura textual abierta de los enunciados normativos relativos a los derechos y libertades, abrió a intérpretes y aplicadores nuevos horizontes. Aplicar dejaba de ser sólo subsumir. Se instauraba así el paradigma de la «sociedad abierta de intérpretes de la Constitución» (Habermas). El ordenamiento pasaba a convertirse en una realidad dinámica que exigía un fuerte compromiso del Juez para realizar los valores insitos en el mismo. Al mismo tiempo, la legalidad constitucional se erigía en límite no sólo formal sino también sustancial de la actividad de los poderes públicos y privados. En la democracia constitucional, se operaba, por tanto, una redistribución del poder, atribuyendo nuevas funciones a la jurisdicción.

2. En segundo lugar, y para una adecuada realización de dichas funciones, la independencia, como nota central del estatuto del Juez y precondition de su imparcialidad, adquirió rango constitucional no meramente simbólico. No sólo se le otorgó reconocimiento expreso en el artículo 117.1 CE Orgánicamente, también se pretendió garantizar el principio mediante la creación del Consejo General del Poder Judicial como instrumento al servicio del gobierno autónomo de los Jueces, que había de sal-

vaguardar tanto la independencia externa (frente al poder ejecutivo y otras instancias de poder) como la interna (frente a las influencias provenientes del interior de la propia corporación). Para ello, había de asumir las funciones en materia de acceso a la función, promociones y traslados que antes correspondían al Gobierno, y en materia disciplinaria que competían al vértice de la carrera judicial.

3. Finalmente, para compensar la restricción en los derechos políticos, y no sólo como instrumento al servicio de la defensa de intereses corporativos, se reconoció el derecho de asociación de los jueces en el artículo 127 CE.

Llegados a este punto, deben recordarse tres cosas. En primer lugar, la normatividad no transforma por sí sola la realidad. No basta con reconocer la independencia judicial y con crear instituciones para su salvaguarda si luego la praxis de esas instituciones es contradictoria. Por otro lado, el modelo que diseña la CE no deja de ser un ideal regulativo, de ahí que pueda tendencialmente (nunca de modo pleno) realizarse de distintas formas, partiendo de los valores compartidos, en función de dónde se pongan los acentos. Finalmente, la CE no es sólo un texto jurídico, sino también un contexto cultural, la expresión de una situación cultural dinámica. Por ello, sentadas las bases del modelo, los elementos definitorios sin los cuales no sería reconocible, no puede ignorarse que está en permanente construcción.

En esta tarea, el papel de las asociaciones judiciales es decisivo.

3. EL ASOCIACIONISMO JUDICIAL

3.1. Bases

El artículo 127 CE, al tiempo que prohíbe a los Jueces en servicio activo desempeñar otros cargos públicos así como pertenecer a partidos políticos o sindicatos, reserva a la ley la regulación del sistema de asociación profesional de Jueces. Dicho derecho se integra en el estatuto orgánico del Juez, permitiéndole recuperar parte de su condición ciudadana perdida para participar en el espacio público político, «único lugar en el que los hombres alcanzan su humanidad plena» (Hannah Arendt). Se supera así la visión miope propia del estatuto teórico del juez-burocrata, para afirmar la necesidad de que no viva separado de la sociedad, de que no sea indiferente al entorno político, económico, social o cultural en el que se integra. Lo que no signifique que pueda hacer valer sus concepciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. La dimensión asociativa del estatuto del juez le permite:

1. Participar en el debate público institucional y extrainstitucional sobre la Justicia. Es obvio que el diseño de la política judicial no es patrimonio de los Jueces. Pero los Jueces son también ciudadanos con conocimientos especializados que pueden enriquecer el debate sobre la organización de la Justicia y sobre el estatuto del Juez. Y,
2. Constituirse en interlocutor de instituciones que tienen atribuidas funciones sobre la Justicia y sobre el estatuto del juez.

Por tanto, el marco teórico sobre el que se proyecta la actuación de las asociaciones judiciales se descompone en:

1. Asuntos de política general relacionados en mayor o menor grado con el ejercicio de la función jurisdiccional. Singularmente, aquéllos que afecten a los derechos fundamentales.
2. El diseño de la política judicial.
3. El estatuto del juez en un doble plano:
 - a) Los instrumentos de garantía de las notas de definitorias de la función jurisdiccional. Especialmente, la imparcialidad y la independencia.
 - b) Los derechos profesionales de los Jueces. Esto es, los que afectan a las condiciones concretas en que los Jueces realizan su trabajo.

El primer plano prioriza la dimensión juez-poder del Estado sobre la de Juez-funcionario público. El segundo plano se centra en este último aspecto. En todo caso, no puede (debe) perderse de vista que en el origen del asociacionismo judicial se encuentra la concienciación de la magistratura sobre su papel y la necesidad de afirmación de su independencia real como exigencia irrenunciable de su estatuto.

3.2. Pluralismo asociativo

La defensa del modelo de juez constitucional y de determinados valores, entre ellos, la normatividad de la propia Constitución, motivó la salida en el año 1984 de un grupo de Jueces que se habían constituido en corriente de opinión de la única asociación judicial existente, la Asociación Profesional de la Magistratura. Ese fue el germen de Jueces para la Democracia. Paralelamente, se constituyó, también tras el abandono por parte de otra corriente de la APM, la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. Más recientemente, a finales del año 2002, se constituyó la Asociación For o Judicial Independiente.

Transcurridos los años, hoy día, al menos a nivel de discurso, el modelo de Juez Constitucional y los valores que representa son compartidos no sólo por las cuatro asociaciones judiciales, sino por la práctica totalidad de la carrera judicial. Siendo esta la situación, cabría preguntarse por las razones del mantenimiento de la pluralidad de asociaciones judiciales, especialmente en el contexto actual en el que surgen voces que reclaman el regreso a la unidad, lo que puede ser respondido sobre la base de las siguientes premisas:

1. La pluralidad asociativa refleja el pluralismo existente en el seno de la carrera judicial, que es, a su vez, reflejo del pluralismo que se da en la sociedad.

2. Del mismo modo que la mayor parte de nuestros conciudadanos comparten los valores constitucionales, los Jueces compartimos determinados elementos básicos que han alcanzado el rango de «barreras culturales que no permiten el paso atrás» (Habêrle), tales como los derechos humanos, la dignidad humana, la separación de poderes y la democracia. Por tanto, la pluralidad no está reñida con la existencia de una base común. Compartimos valores. Ahora bien, podemos disentir sobre los contenidos de esos valores o sobre las acciones que llevar a cabo para optimizar su realización práctica. Estos desacuerdos, en todo caso, son controversias sobre la mejor interpretación de los valores fundamentales que compartimos, no confrontaciones entre concepciones del mundo antagónicas (Dworkin).

3. En el núcleo del derecho de asociación se encuentran la sociabilidad y la cooperación humanas. Es natural, que las personas, jueces o no jueces, se asocien con aquellos con quienes comparten una lectura común de los valores.

4. Ello no significa que las asociaciones operen a modo de instrumentos condicionantes de la labor del juez, imponiéndole una determinada aproximación a o interpretación del material normativo. Si por algo se caracteriza el Poder Judicial es por su carácter difuso: no se ejerce por una autoridad u órgano central, sino por cada uno de los jueces que lo integran quienes, en el momento jurisdiccional son (deben ser) absolutamente independientes. Correlativamente, una asociación judicial no podría imponer a sus asociados un determinado modo de ejercer la jurisdicción, pues se convertirían en mecanismos de menoscabo de la independencia judicial.

5. En aquéllos Estados donde existe una asociación unitaria, como sucede en Italia con la Asociación Nacional de Magistrados, acaban surgiendo inevitablemente corrientes en el seno de la asociación única, que pueden quedar silenciadas, lo que es fuente de no pocos conflictos internos (Vito Monetti).

6. Las asociaciones judiciales pueden representar, ad extra, a sus integrantes en los distintos ámbitos de actuación sobre los que intervienen, bajo el ángulo de sus particulares concepciones acerca de los valores que comparten. No en el momento ju-

risdiccional, como es claro, sino en el político. Y de este modo contribuyen a actualizar el ideal regulativo de juez constitucional.

7. Finalmente, las diferentes asociaciones judiciales existentes hoy día, hacen distintas lecturas del artículo 401 LOPJ en relación con sus propios fines. Asociativamente, dicho precepto vincula a las asociaciones judiciales a unos concretos fines lícitos, a saber, la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos sus aspectos y la realización de actividades encaminadas al servicio de la Justicia en general, sin que puedan llevar a cabo actividades políticas. Por ello, hay asociaciones que se centran en el aspecto corporativo de defensa de los intereses funcionariales de sus asociados, lo que, paradójicamente las acaba aproximando a los sindicatos, otras que a este aspecto adicionan cuestiones de técnica jurídica y de organización burocrática del servicio público jurisdiccional, y otras, como Jueces para la Democracia, que entienden que las asociaciones judiciales están, además, legitimadas para expresar libremente su opinión sobre cuestiones relativas con las políticas legislativa, judicial orgánica y jurisdiccional y sobre problemas de especial interés general que puedan directa o indirectamente repercutir sobre aquéllos ámbitos de competencia más específica (Fernández Entralgo). Es de destacar, a este respecto, la redacción del artículo 3 del borrador de Reglamento de Asociaciones Judiciales que alude, como fin lícito de aquéllas, a la defensa de los valores constitucionales.

3.3. Jueces para la Democracia

El cambio de modelo de juez ha supuesto una gradual relajación del control burocrático por parte de la jerarquía judicial. Control jurisdiccional y control gubernativo van progresivamente distanciándose. Sin embargo, esa relajación del control interno no se ha visto acompañada de una reforma del sistema del reclutamiento de Jueces, cuestión a la que luego me referiré, por lo que las actitudes y visiones del colectivo pueden seguir distanciadas de las de la comunidad (Guarneri). Podemos encontrarnos así ante un escenario teórico en el que la magistratura, desmantelado progresivamente su marco tradicional burocrático, se encuentre no ya con el hecho de que sigue mal vinculada con la sociedad, sino, además, de que carece del referente interno de control (el superior en el orden jerárquico), lo que puede fomentar sesgos corporativos sin contrapesos que podrían estar en la génesis de ciertos movimientos informales e incluso de reorientaciones de las líneas políticas de algunas asociaciones tentadas por la ilusión de la unidad. Esta situación contradictoria es, a todas luces, ineficaz desde la perspectiva de la consecución de los fines de la organización judicial (v.gr: la implantación del modelo de juez constitucional). En este contexto, la existencia de una asociación como Jueces para la Democracia, con una decidida vocación de apertura a la sociedad constituye una verdadera necesidad fisiológica del sistema.

Con estas premisas entro en algunas reflexiones, propuestas y contribuciones de Jueces para la Democracia para avanzar en la configuración del estatuto del Juez Constitucional mediante la potenciación del principio de independencia. Ciertamente es que, de una u otra forma, todas las asociaciones se proclaman defensoras del referido principio, pero la proyección del mismo sobre los concretos lineamientos de política judicial difiere por una razón de fondo: Jueces para la Democracia parte del presupuesto de que la interiorización de los valores constitucionales y democráticos implica lógicamente la asunción de la perspectiva de la ciudadanía cuando se trata de abordar el papel del juez. Por ello, la independencia judicial no es contemplada como un privilegio o como una mera condición estatutaria, sino como un derecho fundamental autónomo: el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente.

Dejo a un lado el análisis de otros aspectos sin duda relevantes, y en cierto modo conexos, pero ajenos al marco de esta intervención tales como los relativos a la política

y la planta Judicial o la perspectiva de la Justicia como servicio público, en los que Jueces para la Democracia también ha volcado su esfuerzo como asociación.

3.3.1. El papel del CGPJ

El CGPJ, como órgano de poder constitucional, debe ser reflejo de la pluralidad social, pero no debe olvidarse que es un instrumento al servicio de la independencia judicial, por lo que no debiera convertirse en terreno de la lucha política partidista. Parece que el órgano, a lo largo de su historia, no ha conseguido encontrar su rol en el juego de las instituciones, y que se ha limitado a expresar su opinión, positiva o negativa, respecto de las iniciativas de otros poderes, sin actuar con verdadera autonomía.

La solución será, en algunos casos, normativa; en otros, cultural, por la vía de las buenas prácticas de los agentes implicados; en otros, una combinación de ambas.

a) La solución a las disfunciones en el *procedimiento de nombramiento de los vocales del CGPJ*, a la vista del resultado de los diferentes sistemas que se han ensayado, se encuadra en el segundo grupo. Si es patente que los jueces se integran en el sistema político (cuestión distinta es que su vinculación con el sistema sea distinta de la del resto de protagonistas), parece razonable, para evitar disfunciones, que se construyan adecuadas conexiones institucionales. Sin embargo, este escenario se complica cuando se produce, en el marco de la democracia de partidos, la sustitución de políticas de Estado por políticas partidistas, olvidando que determinadas cuestiones, y la Justicia es una de ellas, exige de consensos, de Pactos de Estado.

b) La relativa a *la designación de altos cargos judiciales*, se encuadra en el tercer grupo. Para que el CGPJ pueda desempeñar con eficacia su cometido, debe preservarse su funcionamiento autónomo. Sin embargo, es notorio que los partidos políticos han venido haciendo una utilización partidista del mismo, lo que ha debilitado su posición institucional y su credibilidad como institución de garantía de la independencia judicial. Especialmente preocupante es la situación que se produce en relación con las importantes funciones discrecionales que el CGPJ desempeña en el nombramiento de altos cargos judiciales (Presidentes de Audiencias, TSJ, AN y Presidentes de Sala y Magistrados del TS, excepcionados del régimen de concursos).

Con frecuencia, se alude a la necesidad de introducir reformas legales que incidan en el margen de discrecionalidad del que dispone el CGPJ, con intención de someterlas al principio meritocrático. La sentencia de la Sala III, de 29 de mayo de 2006, al hilo del nombramiento del Presidente de la Sala de lo Penal de la AN, constituyó un hito, al considerar que estos cargos judiciales no eran similares a los puestos de libre designación de la Administración, y que su provisión debería producirse a través de un sistema mixto que tomara en cuenta tanto criterios objetivos (mérito y capacidad) como subjetivos (no reconducibles a parámetros objetivados, para preservar cierto margen de libertad para decidir). El Acuerdo de 25 de junio de 2008 del CGPJ, constituye otro avance, en la línea de las exigencias de objetividad, transparencia y motivación. Igualmente, el Reglamento 1/2010, de 25 de febrero, si bien insuficiente, pues siguen sin regularse la necesidad de que se concreten con carácter previo los perfiles de las plazas, los méritos que van a determinar el proceso de selección en función de dichos perfiles y el sistema de valoración de los méritos.

Ahora bien, el marco positivo no puede ser toda la solución al problema, pues siempre subsistirá un margen de discrecionalidad. De lo que se trata es de instaurar pautas culturales que eviten que esa discrecionalidad se traduzca en arbitrariedad, o de que aboque a situaciones de bloqueo. Con ello no se quiere decir que desde JpD se pongan en duda ni los méritos ni el prestigio de quienes hasta ahora han sido designados. Lo que se quiere poner de relieve es que el sistema no garantiza que el peso de las cuotas partidistas no pueda perjudicar la calidad de la elección.

Por tales motivos, y en tanto no se modifiquen la normativa y las pautas de conducta, JpD tomó la decisión en el Congreso de Mayo de 2010 de no apoyar a ningún candidato, sea asociado o no, a ningún puesto de designación discrecional, invitando

al resto de asociaciones a seguir el mismo camino, lo que habría de servir para lograr, en el marco de la democracia de partidos, mayores cotas de independencia externa e interna de la judicatura.

c) En materia de *protección del juez frente a ataques de otros poderes o de los medios de comunicación*, la solución viene por la vía de las prácticas. Jueces y medios de comunicación ejercen funciones convergentes, en tanto comparten la misión de control de los poderes públicos y privados, pero, precisamente por ello, también pueden entrar en concurrencia entre sí (Carlos Gómez). Así, del mismo modo que los Jueces extienden su función de control a los mismos medios de comunicación, también los medios pueden cuestionar las decisiones judiciales. La crítica a las resoluciones y actuaciones judiciales ha sido siempre defendida por Jueces para la Democracia en cuanto resulta positiva para la conformación de la opinión pública y, por tanto, para la salud del sistema democrático. Sin embargo, no cabe soslayar que, en muchas ocasiones, la presión ejercida desde los medios de comunicación hacia la labor judicial guarda menos relación con el designio de informar a la ciudadanía que con el de injerir sobre la decisión judicial, afectando a la independencia externa del juzgador. En otras ocasiones, los ataques pueden provenir de otros poderes públicos o de formaciones políticas.

En numerosos casos, Jueces para la Democracia ha advertido que el Consejo General del Poder Judicial, a lo largo de su historia, no ha estado a la altura de las circunstancias. Por ello, entiende que:

1. El CGPJ debería desarrollar una política de comunicación global, rigurosa, comprometida y valiente para trasladar a los ciudadanos una información adecuada sobre la organización del poder judicial, sobre la actividad judicial y sobre su papel en la democracia, totalmente independiente del resto de poderes del Estado.

2. Igualmente, debería actuar con prudencia al abrir diligencias informativas en el momento en que determinado asunto adquiere trascendencia mediática, pues con ello se suele contribuir a minar la credibilidad de la Justicia, por cuanto se transmite la idea de que sólo se actúa a instancia de los medios. Jueces para la Democracia ha denunciado la paradójica situación que se produce en el ór gano de gobierno de un Poder llamado a defender las garantías constitucionales, cuando, siguiendo la línea de menor resistencia mediático-política, con frecuencia se abren diligencias a los Jueces que no adoptan medidas privativas de libertad o de derechos en el marco de asuntos penales, y no sucede lo mismo en el caso contrario. Esto es, cuando se adoptan dichas medidas. Todo ello con independencia de que ulteriormente las diligencias se archiven, pues el efecto pedagógico se ha logrado: transmitir la idea de que la excepción (la restricción de derechos) debe ser la regla y no al contrario.

3. Del mismo modo, el CGPJ debería reaccionar rápida y eficazmente ante ataques injustificados y no amparados «prima facie» por las libertades de expresión e información, sin esperar necesariamente la petición de amparo del afectado.

4. En cuanto al mecanismo del amparo, se debería otorgar legitimación a las asociaciones judiciales frente a perturbaciones de la actividad jurisdiccional de los miembros de la carrera, como instrumento de refuerzo de la institución.

El informe n.º 7 del Consejo Consultivo de Jueces Europeos de noviembre de 2005, sobre «Justicia y Sociedad», constituye, en esta línea, una eficaz guía de conducta de lectura obligada.

3.3.2. Régimen disciplinario

Son cuatro los ámbitos de actuación:

1. La supresión de las potestades sancionadoras de los presidentes del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia (artículo 421 LOPJ), que perpetúan la confusión entre los planos jurisdiccional y gubernativo.

2. La necesidad de abordar la regulación del procedimiento disciplinario, materia altamente sensible en la que se produce un inexplicable vacío normativo, tarea que ha

emprendido recientemente el CGPJ. En síntesis, JpD propone: a) Reducir el número de órganos con competencia incoadora; b) Desarrollar reglamentariamente el procedimiento, regulado en la actualidad en tres artículos de la LOPJ, para evitar excesivos márgenes de discrecionalidad en un ámbito tan singular como el sancionador; c) Regular el procedimiento de designación de instructor y secretario; d) Armonizar los plazos de prescripción de las infracciones disciplinarias aplicables a jueces, secretarios judiciales y fiscales; e) Tipificar con mayor nivel de detalle las infracciones punibles, dada la amplitud con que se describen determinadas conductas; f) Adecuar el régimen de infracciones a la distribución de funciones dentro de la Nueva Organización Judicial; y, g) Establecer criterios de graduación de las sanciones imponibles dentro de los límites mínimo y máximo de las multas pecuniarias y la suspensión de funciones.

3. El cambio de pautas culturales en el uso del régimen disciplinario. JpD ha denunciado a lo largo de su historia reciente cómo, cuando el Ejecutivo ha discrepado del contenido de una resolución judicial, el máximo órgano de gobierno de la magistratura ha acudido en su amparo, actuando los mecanismos disciplinarios contra el Juez que ha dictado la resolución incómoda, obviando que cualquier forma de fiscalización administrativa sobre el momento de la interpretación judicial y la aplicación del derecho se encuentra excluida del ámbito de la responsabilidad gubernativa. Igualmente, ha advertido y denunciado cómo se hacía uso del servicio en determinados asuntos de trascendencia mediática para responsabilizar al titular del órgano de deficiencias en su funcionamiento pese a que, por su tipología, escapaban al control del juez. Para ello, se ha realizado una interpretación amplia de las facultades de dirección del Juez sobre el funcionamiento regular del Juzgado, al amparo del artículo 165 LOPJ, muy alejada de la realidad forense. Con ello se ha generalizado en la carrera judicial la idea, no del todo desencaminada, de que no pasa nada mientras no se sale en los medios, pero que, una vez un Juez es expuesto en la picota pública, acabará probablemente convertido en cabeza de turco.

4. La reforma del servicio de inspección. El servicio de inspección constituye en la actualidad el único instrumento existente para conocer el estado de funcionamiento y las necesidades de los órganos jurisdiccionales. Sorprendentemente, no se encuentran previstos instrumentos similares de fiscalización respecto de los Secretarios Judiciales y personal al servicio de la Administración de Justicia. Ello determina una concepción orgánico-patrimonial de la figura del Juez, en la que éste acaba confundido con el órgano en el que ejerce su función, lo que extiende su ámbito teórico de responsabilidad hasta límites injustificables.

Por ello, en tanto continúen concurriendo distintos órganos en la gestión-administración de los Juzgados (Ministerio de Justicia, Consejerías de Justicia de las Comunidades autónomas y Consejo General del Poder Judicial), deberían instrumentarse organismos de fiscalización de la labor de aquéllos que tienen encomendadas directamente las funciones de servir de soporte al ejercicio de la jurisdicción.

Por otra parte, el servicio de inspección debería reestructurar sus prioridades para dejar de ser percibido más como órgano inquisitivo sancionador y negativo que como receptor de deficiencias y colaborador para su solución, pese a que se trata de una función que institucionalmente tiene atribuida. La desburocratización del servicio, que debería abandonar el sistema de inspecciones rutinarias, y la ampliación de sus objetivos debieran ser prioridades hoy día. A nadie escapa que sigue siendo un secreto a voces la existencia y subsistencia de verdaderos «puntos negros» en la geografía judicial, y nada se hace para cambiar esta situación.

3.3.3. Reforma del acceso a la carrera judicial

Las deficiencias del acceso son conocidas. A lo sumo, el vigente sistema sólo garantiza la selección de personas que conocen de memoria algunos textos legales, pero no verifica su capacidad argumentativa. El sistema no asegura la selección de Jueces conscientes de los valores en juego en el ejercicio de la jurisdicción, de la existencia

de conflictos entre los valores, de los márgenes de maniobra abiertos a la intervención del Juez, o de la relación entre el sistema normativo, la realidad social y la función jurisdiccional. En definitiva, parece responder más a las exigencias propias del modelo de Juez-burócrata que las del juez constitucional en una realidad compleja como la presente en la que es difícil hallar un asunto sometido al conocimiento judicial que no tenga implicaciones constitucionales. Por ello, Jueces para la Democracia ha insistido en la necesidad de reforma del sistema de acceso, proponiendo un programa muy completo que, en síntesis, refuerce el papel de la Escuela Judicial.

1. La instauración de una prueba de acceso a la Escuela Judicial de conocimientos teóricos, prueba que ha de diseñarse partiendo del necesario engarce con los requerimientos propios del Espacio Europeo de Educación Superior, que podría estar integrada por un test psicológico, un ejercicio estricto consistente en el análisis de casos prácticos o de resoluciones judiciales, y un ejercicio oral que ha de dar respuesta a un temario organizado por categorías conceptuales que sean instrumentos al servicio de la capacidad analítica y discursiva antes que material memorizable.

2. La formación inicial en la Escuela Judicial, basada en el método del caso y en el manejo de los valores constitucionales, con evaluación final por una autoridad externa a la propia Escuela. Todo ello, para conjurar el riesgo de que la Escuela se convirtiera en un instrumento para encerrar aún más a la judicatura en sí misma. Para garantizar un correcto ejercicio de sus funciones pedagógicas la Escuela Judicial habría de tener autonomía funcional y pedagógica dejando de ser un mero órgano técnico del CGPJ, y el cargo de director debería tener un plazo predeterminado de duración, abandonando la configuración de cargo de confianza, lo que ha sido fuente de no pocas disfunciones.

3. Un período de formación práctica en juzgados, donde los conocimientos teóricos, argumentación jurídica y valores constitucionales adquiridos en las fases precedentes servirían de herramientas intelectuales para abordar la realidad.

Al mismo tiempo, y en la línea de abrir la carrera judicial haciéndola permeable a la sociedad, Jueces para la Democracia ha defendido también las vías de acceso laterales, como medio de conseguir una pluralidad de perfiles profesionales que solamente puede beneficiar al conjunto de la judicatura.

3.3.4. Reforma de la formación continuada

Un juez bien formado no es sólo una exigencia de cara a las necesidades de la ciudadanía. La formación es también instrumento al servicio de la independencia externa e interna, ya que comporta a la larga ruptura de la separación castal de los Jueces, apertura a la sociedad y la puesta en crisis del principio jerárquico y de la dependencia jurídica, política y cultura de la magistratura con respecto a otros poderes (Franco Ippolito). En esta línea, Jueces para la Democracia entiende que la formación no es sólo un derecho sino también un deber profesional del Juez, cuya observancia ha de ser valorada a efectos de la promoción profesional y la adjudicación de destinos, superando el exclusivo criterio de la antigüedad. Del mismo modo, la formación debe ser obligatoria especialmente en los casos de accesos a nuevos destinos que conlleven funciones diferentes o especiales y en los de reformas legislativas con trascendencia en la jurisdicción. La formación continuada debe ser, igualmente, un elemento importante para la especialización.

En esta línea, debería caminarse hacia un sistema de planes especializados e individuales de formación, como de iure impone el de facto inaplicado artículo 433 bis LOPJ.

3.3.5. El juez como titular de derechos fundamentales: los códigos deontológicos

Ni la discusión constituyente ni la posterior legislación orgánica acometieron el análisis de la dimensión del Juez como portador de derechos fundamentales, limitándose a configurar con criterio prohibitivo la posibilidad de militancia partidista y sindical. Se

trata, efectivamente, de una cuestión compleja, pues, debido a la posición institucional que el Juez ocupa y a las peculiaridades de su función, toda proyección de regulación normativa encerraría grandes complejidades técnicas por sus implicaciones constitucionales.

Cuestiones tales como la libertad de expresión del Juez durante el proceso y fuera de la actividad jurisdiccional, el ámbito de ejercicio de la libertad ideológica y religiosa, el derecho a la objeción de conciencia, la extensión y restricciones al derecho de reunión y manifestación, los límites del asociacionismo judicial, el derecho de sindicación, la relación con los partidos políticos, o la mayor o menor extensión de la separación entre el «momento jurisdiccional» y el de la vida privada del Juez dan una idea de la magnitud del abordaje desde la perspectiva jurídico normativa. Además, la pérdida gradual de la homogeneidad del mundo judicial y el incremento de los ámbitos en los que se reclama la intervención de la jurisdicción dificultan la aproximación *iuspositiva*.

La ética judicial, a través de la elaboración de códigos deontológicos, puede contribuir a paliar este déficit, colmando los espacios de incerteza. Un código ético cumpliría, también, otros cometidos. Así, podría servir (Manuel Atienza):

1. Para que los jueces reflexionaran sobre la naturaleza de su función, su propia práctica y las expectativas y demandas que sobre ellos deposita la sociedad en democracia.
2. Para explicitar ciertos criterios que, de hecho, inspiran su práctica y, en consecuencia, para orientar la misma; y,
3. Para facilitar a otros la crítica justificada de la actuación del juez.

Desde Jueces para la Democracia se viene impulsando la aprobación de un código ético, así como el establecimiento de Comités de Ética, de carácter consultivo, que pudieran dar respuesta a los interrogantes de los miembros de la judicatura, partiendo de destacados referentes tales como el Informe n.º 3 (2002) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos sobre normas de conducta de los Jueces, Los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, aprobados por las Naciones Unidas, el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, aprobado en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana de Santo Domingo en el año 2006.

Este impulso de JpD deviene ahora en exigencia normativa para el CGPJ tras la Declaración de Londres, de 4 de junio de 2010, de la Red Europea de Consejos Judiciales, que aprobó el informe sobre «Ética Judicial, principios y valores», ya que se insta a los países miembros a desarrollar las actividades precisas para realizar los principios contenidos en el informe sobre «Ética Judicial, principios y valores».

3.3.6. Supresión de las categorías judiciales

La existencia de categorías judiciales es un rasgo residual del pasado. La conformación de la magistratura como carrera obedecía a la estructuración jerárquica de los tribunales, de modo que para ocupar determinadas plazas, especialmente aquellas que conjugaban funciones de control jurisdiccional con funciones de gobierno y disciplinarias, el Juez-burócrata debía demostrar la asunción plena de los valores de la estructura en la que se insertaba: disciplina, espíritu de cuerpo y una actitud receptiva ante las indicaciones de sus superiores. Para certificar el grado de compromiso y evitar posibles desviaciones, servían las categorías. Hoy día, nada impide la recepción de la fórmula constitucional italiana: «Los magistrados se distinguen entre sí únicamente por la diversidad de sus funciones» (artículo 107.3 CI).

En esta línea, la reforma operada en el artículo 311 LOPJ por LO 1/2009 de 3 de noviembre, al suprimir el traslado forzoso por ascenso a la categoría de magistrado constituyó la traducción de una propuesta tradicional de JpD que en su día resultó muy contestada y que actualmente se considera un logro natural por la carrera judicial y el resto de asociaciones, hecho que ejemplifica la necesidad de contemplar la realidad en su historicidad. Y ello, sin perjuicio de la conveniencia de corregir determinados efectos colaterales de la reforma.

3.3.7. Mejora de las condiciones estrictamente profesionales

En relación con las cuestiones que atañen a las condiciones estrictamente profesionales en las que el juez desempeña su labor, esto es, la dimensión más estrictamente sindical (jubilación, licencias, permisos, sustituciones, prevención de riesgos laborales, enfermedades profesionales, conciliación de la vida familiar y laboral, etc), entendemos asociativamente que los Jueces son, bajo este ángulo, funcionarios del Estado y, como tales, titular es de los derechos fundamentales que a cualquier funcionario público reconoce la CE, salvo aquéllos de los que ésta les haya privado expresamente o respecto de los cuales haya limitado su contenido. El principio de prohibición de cualquier discriminación arbitraria obliga a atribuirles, como regla general, cualquier otro derecho reconocido a los demás funcionarios, debiendo fundarse su privación o restricción en razones objetivas atendibles. Por tal razón, estimamos que debería profundizarse en esta línea, para lo cual convendría:

1. Introducir en el reglamento de la carrera judicial normas que permitieran incorporar de modo automático al estatuto del Juez los avances del resto de la función pública en materias tales como la prevención de riesgos o la conciliación de la vida familiar y laboral.

2. Establecer la carga de trabajo que puede soportar cada órgano judicial con la finalidad de establecer el límite máximo de entrada en cualquier caso, sin que ello se traduzca en la fijación de módulos de salida, ya que ello dependerá de diversos factores y variables en cada caso concreto.

En cualquier caso, la naturaleza de estas materias permite el acuerdo interasociativo y la defensa reivindicativa como una sola voz, lo que, a efectos retributivos, con la finalidad de que la Administración garantizara un salario proporcionado a la importancia de las funciones judiciales, se tradujo en la creación de la Comisión Interasociativa Permanente (CIP). Esto es, no ha de confundirse la «unidad asociativa» con la «unidad de acción sindical» en determinados ámbitos.

3.4. La dimensión extrainstitucional de Jueces para la Democracia

Como indiqué al principio, el alcance del asociacionismo dependerá de la significación que se atribuya o la extensión que se otorgue a los contenidos del estatuto, dado que el derecho de asociación es uno de los elementos integrantes del mismo. Por ello, una asociación que destaque la dimensión ciudadana del juez ampliará su universo de intereses respecto de aquélla centrada en el aspecto estrictamente judicial, al considerar que, por la vía del artículo 127 CE puede el juez ingresar en la vida política no partidista fuera, como es natural, del «momento jurisdiccional».

Pero la interacción conceptual permite también afirmar que determinados modelos asociativos pueden acabar condicionando negativamente determinados aspectos del estatuto del Juez, especialmente, la independencia.

Puede optarse por un modelo asociativo rigurosamente institucionalista, para el cual el marco de trabajo o el campo de actividad sean, con exclusividad, las instituciones, singularmente el CGPJ y el MJU, o por un modelo que combine la actividad institucional con la extrainstitucional. Desde Jueces para la Democracia apostamos por este segundo modelo, entendiendo que:

1. Lo institucional no agota la actividad asociativa, lo que es coherente con un estatuto judicial que no menoscabe la dimensión ciudadana del Juez y con un modelo de Juez constitucional comprometido con los valores troncales, en forma de derechos fundamentales, de la sociedad en la que ejerce la jurisdicción. Así, entendemos que las asociaciones judiciales son cauce de ejercicio del derecho cívico de asociación y desempeñan un papel fundamental como mecanismo de garantía de la independencia judicial y la eficacia de los derechos fundamentales y las libertades públicas, finalidad que trasciende los ámbitos competenciales de CGPJ y MJU.

2. La actividad institucional de la asociación se ejerce en una relación de exterioridad con las instituciones, como interlocutor de las mismas. Una asociación judicial debe participar en las instituciones, pero no desde dentro, sino desde la autonomía, lo que no signiñca necesariamente conñicto, pero sí capacidad de conñicto (Perfecto Andrés).

3. Por ese motivo, Jueces para la Democracia no se identiñca con la actuación de aquéllos de sus asociados que han sido designados para desempeñar cargos en las instituciones, quienes, como no puede ser de otra forma, tienen plena libertad de acción y no se encuentran sujetos a ningún vínculo asociativo. Podrán ser objeto de crítica leal cuando la asociación entienda que alguna de sus actuaciones pueda comprometer la independencia judicial o la efectividad de los derechos fundamentales, o lo contrario cuando contribuyan a su fortalecimiento (Fernández Entralgo)

4. Un entendimiento estrictamente institucionalista del asociacionismo acaba condicionando decisivamente la dinámica asociativa. Si la prioridad es incidir en la institución, qué mejor manera que formar parte de ella que participar «desde dentro». Ello lleva irresolublemente a la pérdida de autonomía y cancela toda capacidad crítica: la asociación habrá dejado de ser una instancia adicional de garantía de la independencia.

4. CONCLUSIÓN

Termino con una idea. A nivel teórico, todos compartimos el cambio de modelo, la asunción del juez constitucional. Pero en el plano de las prácticas políticas y culturales, algunos comportamientos del Ejecutivo, de otros poderes públicos e incluso de nuestro órgano de gobierno, parecen contradecir esta asunción y revelan la persistencia y la resistencia del paradigma de juez burócrata, lo que demuestra tres cosas:

1. su funcionalidad política,
2. una recepción deñcitaria de los valores democráticos y,
3. la necesidad de las asociaciones judiciales como instrumentos de defensa de esos valores.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andrés Ibáñez, Perfecto: *Sobre asociacionismo e independencia judicial*. «Jueces para la Democracia, Información y debate». Número 25. 1996.
- Andrés Ibáñez, Perfecto: «Imparcialidad judicial e independencia judicial», en *La imparcialidad judicial*, VVAA. Estudios de derecho judicial. Volumen 151, Director, Gómez Martínez, Carlos, Consejo General del Poder Judicial. 2009.
- Andrés Ibáñez, Perfecto: «El oñicio de Juez, hoy » en *Justicia Penal derechos y garantías*, Palestra Temis. Lima-Bogotá. 2007.
- Atienza, Manuel: *Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?* Jueces para la Democracia, Información y Debate». Número 46. Marzo 2003.
- Fernández Entralgo, Jesús: «*La función política de las asociaciones judiciales* », ponencia presentada en el XI Congreso de Jueces para la Democracia. Santander, 1996. En www.juecesdemocracia.es
- Gómez Martínez, Carlos: «*Las amenazas ideológicas y prácticas al estatuto del Juez: ¿se puede exigir una productividad al Juez?*», en *Ser Juez en Marruecos y en España* VVAA, Colección Monografías. Fundació Cidob. Barcelona, 2008.
- Gómez Martínez, Carlos: «*La crisis del modelo de autogobierno del Poder Judicial y perspectivas de reforma*» ponencia presentada en el XX Congreso de Jueces para la Democracia. Granada, 2005. En www.juecesdemocracia.es
- Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patricia: *Los jueces y la política*. Taurus. Madrid, 1999.
- Häberle, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Trotta, Madrid, 1998.
- Ippolito, Franco: *La formación de los Magistrados*. «Jueces para la Democracia, Información y Debate». Número 50. Julio 2004.
- Monetti, Vito: Sin título. Ponencia presentada en el XXIII Congreso de Jueces para la Democracia. Málaga, 2008. En www.juecesdemocracia.es

- Müller, Ingo: *Los juristas del horror. La Justicia de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás* Álvaro Nora Librería Jurídica. Bogotá, 2009.
- Picó Lorenzo, Celsa: El régimen disciplinario de Jueces y Magistrados, en *La responsabilidad personal del Juez*. VVAA. Estudios de derecho judicial. Volumen 153. Director, Quintana Carretero, Juan Pedro. Consejo General del Poder Judicial. 2009.
- Serra Cristóbal, Rosario: *La libertad ideológica del Juez*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.
- Viegas Afonso, Orlando: El papel del asociacionismo y del sindicalismo judicial en el día de hoy y las transferencias de la sociedad. «Jueces para la Democracia, Información y debate». Número 38. Marzo 2000.
- VVAA. «*Ponencia del Observatorio sobre la independencia de la justicia*», presentada en el Congreso de Jueces para la Democracia, Benicassim. 2003. En www.juecesdemocracia.es
- VVAA: «*Una propuesta sobre política judicial*», ponencia presentada en el V Congreso de Jueces para la Democracia. Cáceres, 1990. En www.juecesdemocracia.es
- VVAA: *Ética judicial: reflexiones desde Jueces para la Democracia*, Fundación Antonio Carrero. Jueces para la Democracia. Madrid, 2009.
- VVAA: *Nuevo modelo de acceso a la carrera judicial, de formación inicial y continuada*, Fundación Antonio Carretero, Jueces para la Democracia. Madrid, 2008.

INTERNACIONAL

Confesión*

Pasquale PROFITI

Soy un magistrado italiano y hoy represento a muchos otros magistrados como yo. Ellos y yo en su nombre hoy, ÿnalmente, confesamos.

Confesamos ser efectivamente subversivos como alguno sostiene. En efecto, pues aplicamos las reglas de nuestra Constitución y de nuestras leyes con la misma imparcialidad y empeño a los inmigrantes clandestinos y a los poderosos, a los marginados y a quienes ocupan el puesto de mando de las ÿnanzas, la política, la información. Es verdad, somos subversivos porque pensamos, con Calamandrei, que la Constitución y la Corte Constitucional son una «*garantía que permite al particular defender su derecho de los atentados del propio legislador o del gobier no*». Esto, hoy, quiere decir ser subversivos.

Confesamos ser, como se ha dicho, verdaderos perturbados mentales, porque sólo el que lo es puede seguir creyendo en el servicio justicia, cuando no sabe si mañana habrá quien preste asistencia a su ordenador, cuando ve que los colaboradores indispensables que se jubilan no son sustituidos, cuando en el trabajo comparte locales angostos con colegas y auxiliares, cuando durante las vacaciones redacta sentencias, cuando, a pesar de todo, es acusado de protagonismo y de perder el tiempo en conferencias y seminarios.

Confesamos que no siempre nos es posible satisfacer a la opinión pública si la Constitución y las leyes nos lo prohíben, porque absolvemos a quien nos parece inocente aun cuando esto no suscite consenso, condenamos al que consideramos culpable sobre la base de la rigurosa valoración de las pruebas incluso si las encuestas, sean verdaderas o falsas, no nos prestan apoyo, y valoramos la responsabilidad de las personas cuando el que gobierna querría una respuesta dura, aunque sea en perjuicio del individuo, a los fenómenos de violencia colectiva.

Confesamos, es verdad, subvertir el voto de los italianos, porque habiendo jurado la Constitución republicana, entendemos, con Einaudi, que ésta impone a los magistrados el uso de los frenos que «*tienen como objeto limitar la libertad de legislar y de actuar de los políticos en el gobier no, elegidos por la mayoría de los votantes* ». Esos frenos que «*tutelan a la mayoría frente a la tiranía de quien, de no ser así, actuaría en su nombre*»; esos frenos que imponen desaplicar las leyes en contradicción con las normas europeas o su inconstitucionalidad cuando violan las normas de derecho internacional.

Confesamos estar politizados y que no queremos ser apolíticos como decían serlo la mayoría de los magistrados fascistas y de los magistrados inscritos en la logia *Propaganda 2* o los que para obtener algún puesto directivo o semidirectivo se apoyan en los poderosos o en los intrigantes de turno, frecuentando salones importantes, telefonan a los amigos o se sirven de su cargo para obtener descuentos, *gadget*, ingresos o servicios gratuitos. Estamos politizados y queremos estarlo porque aplicamos la ley con el justo rigor incluso a quien gobierna, al que podría favorecernos, conscientes de

* Texto del discurso pronunciado en el Palacio de Justicia de Trento (Italia) con ocasión de la apertura del año judicial 2011, ante las placas conmemorativas de Emilio Alessandrini, Guido Galli, Giorgio Ambrosoli y Fulvio Croce;

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

que seríamos apolíticos sólo si no molestásemos a las clases dirigentes, a las élites en el poder que pretenden estar por encima de las reglas.

Confesamos también hacer proselitismo de nuestra subversión, contando en Italia y en el extranjero las razones de nuestra autonomía y de nuestra independencia, los motivos por los que entendemos que en nuestro país, hoy más que ayer, el estatuto constitucional de la magistratura es esencial para evitar que los intereses de parte prevalezcan siempre y en todo caso sobre los de la colectividad, por que Italia no puede permitirse un diverso estatuto de la magistratura cuando entre sus representantes en el Parlamento o en los entes locales se sientan condenados por delitos gravísimos, y la justicia es objeto de agresiones inimaginables en cualquier país democrático.

Confesamos, una vez por todas, ser « *togas rojas* »; somos rojos, apropiándonos nuevamente de las palabras de Piero Calamandrei, «*porque siempre, entre los muchos sufrimientos que esperan al juez justo, figura el de verse acusado, cuando no esté dispuesto a servir a una facción, de estar al servicio de la contraria*»; somos rojos también, aunque no sepamos lo que quiere decir exactamente, porque para nosotros el rojo es principalmente la sangre de los colegas asesinados por su trabajo.

Confesamos asimismo tener cómplices, el personal administrativo sin el que no podríamos perpetrar nuestras acciones culpables; muchos de ellos participan de nuestra subversión y nuestras perturbaciones mentales cuando aceptan desarrollar trabajos superiores a sus funciones y a su retribución, comparten nuestros locales angostos y nuestras incertidumbres sobre el futuro de los proyectos organizativos ministeriales.

Sentimos tener que confesar que también numerosos miembros de las fuerzas del orden, increíblemente, entienden, como nosotros, que nadie está por encima de la ley, y viéndonos trabajar cotidianamente se dan cuenta de que la subversión de muchos de nosotros es igual a la suya: prestar a la colectividad el servicio por el que nos pagan, sin admitir que nadie pueda sustraerse a las reglas.

En fin, confesamos que para nosotros el 29 de enero es la fecha en la que recordamos a Emilio Alessandrini, fiscal de Milán, que hoy hace 32 años fue asesinado por los subversivos de verdad, que en lugar de nuestra arma, la Constitución, usaban las pistolas.

Me gustaría, señor presidente, que al final de mi intervención no hubiera aplausos, sean rituales o espontáneos, formales o calurosos, sino silencio, quizá en pie, dedicado al colega víctima de los terroristas, para que su memoria nos ilumine hoy y, todavía más, mañana.

El Poder Judicial en Nicaragua: un poder al servicio de la clase política

Marcia AGUILUZ

El artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana establece los requisitos esenciales de una democracia representativa, a saber: el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Aunque ya están superadas las dictaduras militares y los conflictos armados que algunos países de la región sufrieron en la década de los 80 y parte de la década de los 90, Centroamérica no ha logrado avanzar hacia verdaderas democracias en las que al menos se cumpla con los elementos establecidos en el citado artículo. Hechos como el golpe de Estado ocurrido en Honduras el 28 de junio de 2009, demuestran que las democracias centroamericanas son mucho más débiles de lo que aparentan y el riesgo de sufrir retrocesos es cada vez mayor para varios países de esta región. Nicaragua es uno de los Estados cuya democracia se evidencia cada vez más tambaleante.

Nicaragua cuenta una población aproximada de 5.8 millones de habitantes¹, de estos, según datos del Banco Mundial, el 48.3 por ciento viven en pobreza y el 17.2 por ciento viven en situación de extrema pobreza², es decir, una gran mayoría de los y las nicaragüenses no tiene acceso al disfrute de derechos fundamentales como lo son la alimentación, vivienda y educación.

En adición a estas carencias esenciales para tener una vida digna, son comunes y «normales» las violaciones a los derechos políticos de quienes ejercen su derecho a elegir y ser electos. Así, el fraude electoral que ocurrió en las elecciones municipales llevadas a cabo en el año 2008³ y cuyo sello de legitimidad fue dado por el propio Consejo Supremo Electoral (CSE)⁴ cuestiona la existencia de un respeto a la soberanía popular y refleja cómo la institucionalidad se encuentra al servicio de quienes ostentan el poder.

Precisamente he de referirme a un poder del Estado cuya independencia es base de la democracia y fundamental para lograr efectivamente la garantía y protección de los derechos humanos de la población. Me refiero, claro está, al Poder Judicial nicaragüense, representado por los integrantes de su máximo órgano, la Corte Suprema de Justicia.

¹ Banco Mundial. Perfil de Datos: Nicaragua. Disponible en: http://ddp-ext.worldbank.org/ext/ddpreports/ViewSharedReport?&CF=&REPORT_ID=9147&REQUEST_TYPE=VIEWADVANCED

² International Monetary Fund. Nicaragua: Poverty Reduction Strategy Paper, IMF Country Report No. 10/108, may 2010. Disponible en: http://planipolis.iiep.unesco.org/upload/Nicaragua/Nicaragua_PRSP_2009.pdf

³ Algunas de las irregularidades ocurridas durante las elecciones municipales son: resultados alterados de muchas juntas receptoras de votos, dando la victoria a los candidatos del partido de gobierno, en otros casos, los resultados de otras juntas en las que ganaron candidatos de la oposición no fueron tomados en cuenta, el Consejo Supremo Electoral incumplió su deber de publicar los resultados de cada Junta en su página Web y los resultados finales de la elección nunca fueron publicados. Dichas elecciones también se caracterizaron porque a las instituciones de observación nacional e internacional que tradicionalmente habían observado los procesos electorales se les negó participar. Una gran parte de la comunidad internacional de Estados cuestionó la validez de esta elección.

⁴ De acuerdo con el artículo 168 de la Constitución Política de Nicaragua «Al Poder Electoral corresponde en forma exclusiva la organización, dirección y vigilancia de las elecciones, plebiscitos y referendos». Según el artículo 169 dicho Poder Electoral estará integrado por un Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales subordinados.

DE LOS EFECTOS DEL «PACTO» EN LA INSTITUCIONALIDAD NICARAGÜENSE

Para entender el funcionamiento actual de las instituciones estatales, y dentro de estas del Poder Judicial, es preciso hacer referencia a la alianza que hicieron las dos principales fuerzas políticas de Nicaragua en el año de 1998. En ese año, el Frente Sandinista de Liberación Nacional (en adelante «FSLN» o «el Frente») y el Partido Liberal Constitucionalista (en adelante «PLC») alcanzaron una serie de acuerdos «de gobernabilidad», que implicaron la repartición ilegítima de puestos en instituciones claves para la existencia de un gobierno democrático, tales como la Corte Suprema de Justicia⁵, el Consejo Supremo Electoral⁶, la Contraloría General de la República⁷, entre otros. A este acontecimiento político se le conoce como Pacto, y tuvo como única finalidad compartir el poder en función de sus intereses político-partidistas.

En el marco del Pacto, se llevó a cabo una reforma a la Constitución Política de Nicaragua en el año 2000. En ésta se estableció que la Corte Suprema de Justicia estaría conformada por 16 magistrados⁸. Es a partir de este momento que los citados partidos políticos se dividen la integración de la Corte Suprema, eligiéndose en la práctica 8 magistrados vinculados al FSLN y 8 vinculados al PLC.

Desde la primera conformación de la Corte posterior a la mencionada reforma, han sido abundantes las declaraciones de algunos magistrados en las que se identifican plenamente con el partido que les nominó⁹. Por otra parte, numerosas decisiones de la Corte responden a acuerdos políticos y no al objetivo primordial de impartir justicia. Por ejemplo se condenó por delitos de corrupción al Ex Presidente de la República Arnoldo Alemán y a miembros de su gabinete de gobierno, sin embargo se les exoneró posteriormente de responsabilidad sin existir base legal alguna¹⁰.

Los efectos de dicho Pacto han sido nocivos para el pluralismo político y la democracia en Nicaragua. En este sentido, los partidos políticos a través del uso de instituciones estatales como el Consejo Supremo Electoral han excluido arbitrariamente a otros partidos de participar en contiendas electorales. Este es el caso del Partido Conservador (PC) y el Movimiento Renovador Sandinista (MRS) a quienes el CSE les canceló la personalidad jurídica el 22 de mayo y 11 de junio de 2008, respectivamente. El MRS interpuso un recurso de amparo ante la Sala Civil Uno del Tribunal de Apelaciones de Managua, sin embargo hasta la fecha, treinta meses después, dicho recurso no ha sido resuelto. Como consecuencia de la decisión del CSE, el MRS no pudo participar en las elecciones municipales de 2008 ni podrá hacerlo en las elecciones presidenciales de noviembre próximo.

Es así como el órgano judicial no ha sido capaz de frenar este tipo de arbitrariedades, y ya sea por acción u omisión la mayoría de estas violaciones se han materializado de acuerdo con la voluntad de los políticos de turno.

⁵ Órgano de mayor jerarquía dentro del Poder Judicial previsto en el artículo 159 de la Constitución Política

⁶ Ver *supra* nota 5.

⁷ La Contraloría General de la República es el organismo rector del sistema de control de la Administración Pública y fiscalización de los bienes y recursos del Estado, según lo dispuesto en el artículo 154 de la Constitución Política nicaragüense.

⁸ Artículo 163 de la Constitución Política: La Corte Suprema de Justicia estará integrada por dieciséis magistrados electos por la Asamblea Nacional, por un periodo de cinco años. [...].

⁹ Sólo para citar un ejemplo, el actual Magistrado Rafael Solís participó activamente en la entrega de carnés del FSLN a trabajadores de la Corte Suprema. La entrevista puede consultarse en http://archivo.laprensa.com.ni/archivo/2009/abril/24/noticias/nacionales/323638_print.shtml

¹⁰ Arnoldo Alemán fue Presidente de Nicaragua en el periodo 1997-2001, nominado por el Partido Liberal Constitucionalista (PLC) ha sido señalado y juzgado por actos de corrupción que ocasionaron daños al Estado por un monto que distintas fuentes calculan en quinientos millones de dólares. En varios de los casos fue sobreseído en forma simultánea a la elección de la Directiva de la Asamblea Nacional en la que el PLC apoyó al candidato del FSLN para conservar la Presidencia del Congreso.

DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL Y EL ROL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NICARAGÜENSE

En el año 2006 Daniel Ortega Saavedra del Frente Sandinista de Liberación Nacional ganó las elecciones presidenciales, y asumió su mandato a partir del 10 de enero de 2007. Durante su gestión, se ha hecho evidente su deseo de ser reelegido en el cargo pese a que la Constitución de Nicaragua prohíbe la reelección continua y permite solamente la alternancia, limitando esta posibilidad a dos periodos de gobierno¹¹. Como se verá, el Poder Judicial de Nicaragua, y en particular la Corte Suprema de Justicia, ha tenido un rol estelar en hacer realidad los deseos del mandatario Ortega.

El 16 de octubre de 2009 el Presidente Ortega y los Alcaldes del Frente Sandinista interpusieron un recurso de amparo alegando que no se puede aplicar la prohibición de reelección por cuanto se viola «el Principio constitucional de igualdad incondicional de todo ciudadano»¹².

La Sala de lo Constitucional apoyó esta tesis. Mediante un procedimiento iniciado de una serie de irregularidades, seis magistrados vinculados al partido FSLN resolvieron, en tan sólo 3 días, declarar con lugar el reclamo. Los funcionarios le ordenaron al Consejo Supremo Electoral librar una certificación en la que constara que los recurrentes estarían habilitados para ser candidatos en las elecciones de 2011 y 2012, respectivamente y, a la vez, declararon inaplicable la prohibición de reelección continua tanto para el Presidente como para el Vice-Presidente, los Alcaldes y Vice Alcaldes¹³.

Como dato curioso, vale destacar que, contrario a toda norma y a toda lógica jurídica, quienes votan dicha sentencia son seis magistrados de tendencia sandinista, ya que si bien la Sala de lo Constitucional estaba integrada por seis magistrados del FSLN y tres de tendencia liberal, estos últimos no fueron citados el día de la votación y, en su lugar, se completó la integración de la Sala con otros tres magistrados de tendencia sandinista que pertenecían a distintas Salas de la Corte.

El vergonzoso protagonismo de la Corte Suprema no cesó en esta oportunidad ya que, de acuerdo con la legislación nicaragüense, la sentencia referida debía ser ratificada por el Pleno de la CSJ para tener efectos *erga omnes*. No obstante en este foro no había certeza de contar con todos los votos necesarios para lograr dicho objetivo. Es así como el Presidente Ortega debió esperar casi un año para lograr una conformación del pleno de la Corte que fuera mayoritariamente afín a sus intereses y, el 30 septiembre de 2010, una Corte *de facto* —por las razones que se dirán seguidamente— emitió la sentencia número 6 en la que otorga el mencionado efecto jurídico y consecuentemente allana el camino para la reelección presidencial indeñida.

¹¹ La Constitución de Nicaragua en su artículo 146 párrafo tercero, inciso a) establece que:

a) No podrá ser candidato a Presidente ni Vicepresidente de la República el que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la Presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el período siguiente, ni el que la hubiera ejercido por dos periodos presidenciales.
[...]

¹² El recurso de amparo se origina porque el Presidente Ortega al verse impedido de postularse como candidato para las elecciones de 2011 recurre primero ante el Consejo Supremo Electoral, quien mediante resolución administrativa de las 11:00 a.m. del 16 de octubre rechaza la solicitud formulada por el Presidente y los Alcaldes del FSLN y se las notifica a las 11:45 a.m. del mismo día. Esta resolución es la que posibilita el amparo que fue presentado dos horas después ante la Sala Civil No. 2 del Tribunal de Apelaciones, órgano que resuelve —también ese mismo 16 de octubre— tramitar el recurso y solicita a las partes apersonarse ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema. Tres días después, el 19 de octubre, tanto los recurrentes como el Consejo Supremo Electoral se apersonan ante dicha Sala. En la tarde de ese día se convoca a los magistrados para resolver el recurso y proceden a declarar con lugar el mismo.

¹³ El texto íntegro de la sentencia puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.web.poderjudicial.gob.ni/alexis/504.pdf>

DE LAS DISTORSIONES AL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES EN NICARAGUA

El año 2010 fue crítico para la institucionalidad nicaragüense. Si bien, como he mencionado, la repartición de poderes e instituciones estatales no es cosa novedosa, sí llama la atención la destreza del Ejecutivo para hilvanar una red de colaboradores en puestos claves que ahora legitiman decisiones a todas luces improcedentes y contrarias a un verdadero Estado de Derecho.

El 9 de enero de 2010, el Presidente Daniel Ortega promulgó el Decreto Ejecutivo No. 3-2010, mediante el cual prorrogó los cargos de funcionarios de instituciones como el Consejo Supremo Electoral, Corte Suprema de Justicia, Contraloría General de la República y Procuraduría de Derechos Humanos¹⁴ hasta que la Asamblea Nacional proceda a realizar la elección correspondiente. La maniobra se realizó pese a no existir fundamento legal alguno.

Para el caso específico de la Corte Suprema de Justicia, el 14 de abril de 2010 venció el período de 3 de sus magistrados, pero dos de ellos, Rafael Solís y Armengol Cuadra —vinculados al Frente— se negaron a dejar sus cargos con fundamento en el Decreto Ejecutivo dictado por el Presidente Ortega. Por su parte, el magistrado liberal Damisis Sirias dejó libre la vacante por unos meses pero finalmente optó por reintegrarse en noviembre de 2010.

Mientras el Magistrado Sirias estuvo ausente, y en virtud de la muerte reciente de otro magistrado liberal, este partido político mantuvo una representación en la Corte de 6 magistrados y, por ende, los magistrados sandinistas pasaron a tener mayoría. Ante este panorama, los magistrados liberales rechazaron la permanencia en sus funciones de los dos magistrados sandinistas cuyo período había vencido y como protesta, se negaron a asistir a las reuniones convocadas para integrar Corte Plena.

Tras varios meses de discusiones y paralización de la Corte Suprema, el día 5 de julio de 2010, los magistrados Alba Luz Ramos, Marvin Aguilar García, Yadira Centeno González, Francisco Rosales Arguello, Armengol Cuadra López, Rafael Solís Cerda, Ligia Molina Arguello y Juana Méndez, vinculados al gobernante Partido Sandinista, decidieron convocar a siete conjuces para sustituir a sus compañeros del Partido Liberal para reanudar así el trabajo de la Corte Suprema¹⁵.

Así, el 11 de agosto, los magistrados sandinistas aplicaron un procedimiento *sui generis* no previsto en ninguna norma interna¹⁶ y escogieron, mediante sorteo, a 7 conjuces para sustituir a los magistrados liberales. En este proceso resultaron seleccionados 5 conjuces directamente ligados con el Frente Sandinista y 2 conjuces vinculados al Partido Liberal. Ese mismo día, los magistrados del FSLN integraron a los conjuces y determinaron su competencia.

La Corte Suprema mantuvo esta conformación *de facto* durante aproximadamente dos meses y fue durante este período que se resolvió otorgar efectos *erga omnes* a la referida sentencia constitucional que permitió la reelección de Daniel Ortega y sus aliados.

El 11 de octubre de 2010, 5 de los 6 magistrados liberales que se habían opuesto a la vigencia del decreto 3-2010¹⁷ y que habían sido destituidos por sus colegas sandinistas, decidieron reintegrarse a la Corte Suprema de Justicia, aceptando todo lo acordado por los conjuces. A su vez, Damisis Sirias, cuyo plazo de nombramiento había

¹⁴ De conformidad con los incisos 7, 8 y 9 e l artículo 138 de la Constitución Política de Nicaragua, corresponde a la Asamblea Nacional la elección de las personas en estos cargos.

¹⁵ La figura de los «conjuces» se encuentra prevista en el artículo 163 de la Constitución Política para casos de «ausencia, excusa, implicancia o recusación» de cualquiera de los magistrados, siendo evidente que los magistrados sustituidos no se encontraban en ninguno de esos supuestos.

¹⁶ No existe normativa alguna que regule la forma para integrar a los conjuces.

¹⁷ Los magistrados liberales son Iván Escobar Fornos, Manuel Martínez, Edgard Navas, Antonio Alemán y Gabriel Rivera.

vencido en abril de ese año, se reintegró en funciones en el mes de noviembre. El único magistrado que no se integró fue Sergio Cuarezma quien continúa siendo sustituido por un conuez hasta la fecha.

De este modo, la promulgación del Decreto No. 3-2010 y sus consecuencias en la institucionalidad y en particular, en el respeto a la independencia de poderes, generó una discusión nacional, la cual fue aplacada por el Ejecutivo bajo el argumento que el Presidente sí tenía la potestad para dictarlo de conformidad con el artículo transitorio 201 de la Constitución Política.

La disposición transitoria aludida era parte del texto constitucional aprobado por el Constituyente el 19 de noviembre de 1986 y la misma establecía que «*Los miembros de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Supremo Electoral y las demás autoridades y funcionarios de los diversos poderes continuarán en el ejercicio de sus cargos mientras no tomen posesión quienes deben sustituirlos de acuerdo a la Constitución*»¹⁸.

Esta norma transitoria resolvía la situación que planteaba que las autoridades electas y nombradas por la Asamblea Nacional a partir de las elecciones de 1984 continuarían desempeñándose en sus cargos mientras no tomaran posesión quienes deberían sustituirlos de conformidad con la Constitución recién aprobada.

Sin embargo, como es obvio de toda disposición transitoria, al surtir sus efectos perdía toda vigencia y por ende ya no formaba parte del texto de la Constitución Política. Esta pérdida de vigor fue obviada nuevamente por las autoridades nicaragüenses. Así, el Presidente de la Asamblea Nacional y la Segunda Secretaria de la Junta Directiva, ambos del partido de gobierno, ordenaron la publicación, el 16 de septiembre de 2010, de una nueva edición de la Constitución que incorporaba el párrafo aludido del artículo 201¹⁹ con el objetivo de ponerlo al debate y a los cuestionamientos reiterados con respecto de la vigencia de citado Decreto,

Esta interpretación también fue avalada por la Corte Suprema *de facto*, quienes emitieron la sentencia número 5 con fecha de 28 de septiembre de 2010, mediante la cual declaró que el Decreto Ejecutivo No. 3-2010 dictado por el Presidente Ortega es válido de conformidad con el artículo 201 de la Constitución Política y que el Presidente sí tenía la potestad para prorrogar los nombramientos.

Con esta decisión quedó legitimado el Decreto Ejecutivo No. 3-2010 y por ende prorrogados los nombramientos de puestos claves en el Consejo Supremo Electoral, en la Contraloría General de la República, en la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y en la Corte Suprema de Justicia. Todos los funcionarios con períodos prorrogados han sabido corresponder la generosidad del Ejecutivo validando cualquier acción arbitraria sin importar el costo para el Estado de Derecho y la democracia en Nicaragua.

DE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL Y SU RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Numerosos instrumentos internacionales establecen la obligación de los Estados de impartir justicia en forma pronta e imparcial.

Los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura establecen que «los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo (artículo 2)».

¹⁸ Ya este artículo había sido derogado por las reformas constitucionales del año 1995 y 2000 que establecieron taxativamente el período de nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema.

¹⁹ Así se desprende de la publicación en el Diario Oficial La Gaceta número 176 del 16 de septiembre de 2010.

A la vez, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 8 y 10) hasta la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 2, 8 y 25) se prevé el derecho a las garantías judiciales y a una tutela judicial efectiva, lo que presupone la existencia de un órgano judicial independiente y libre de injerencias por parte de otros poderes del Estado. Ello es fundamental para garantizar en forma adecuada la protección de los derechos humanos.

En Nicaragua, estos principios son un anhelo lejano. Como se observa de los hechos descritos *supra*, existe una clara injerencia del Poder Ejecutivo y de otros sectores políticos en la integración de la Corte Suprema de Justicia. Esta intrusión atenta a todas luces contra los principios de independencia judicial y separación de poderes que a su vez son fundamentales para el Estado de Derecho.

En este país es de conocimiento público que el máximo órgano judicial actúa en función de los intereses de los gobernantes de turno y no como límite ante sus arbitrariedades. Esta subordinación es escasamente cuestionada y forma parte de lo «normal» para la sociedad nicaragüense. Sin embargo, en este proceso, numerosas personas han quedado desprotegidas ya que las resoluciones de sus casos no responden a una garantía de acceso a la justicia sino que dependen de la voluntad política de sectores ajenos al Poder Judicial.

En febrero de 2010, el Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas emitió seis recomendaciones al Estado nicaragüense relacionadas con la falta de independencia que caracteriza al órgano judicial en Nicaragua. Entre estas, el Grupo de Trabajo recomendó «velar por que el poder judicial sea independiente y libre de injerencias políticas, y luchar contra la corrupción, las irregularidades y los retrasos en la administración de la justicia²⁰». Cabe destacar que el Estado de Nicaragua no aceptó las recomendaciones relacionadas con este tema, y señaló solamente que en este país ya se encuentra garantizado el principio de legalidad.

Como mencioné al inicio, la falta de independencia del Poder Judicial en Nicaragua no es un hecho desconocido ni novedoso. No obstante, los hechos ocurridos en el año 2010 y sus consecuencias —que todavía subsisten— son de suma gravedad por cuanto son ataques directos a la institucionalidad e inciden directamente en la protección de los derechos humanos de los y las nicaragüenses, en especial de aquellos que no tienen acceso a instituciones políticas. Este tipo de acciones no puede pasar desapercibido y debe llamar nuestra atención sobre la calidad de la democracia actual y la importancia de exigir, en forma rigurosa, el respeto al Estado de Derecho.

El año 2011 es crucial para el Estado de Nicaragua. En noviembre se celebrarán las elecciones presidenciales y no es posible que la comunidad internacional calle ante las arbitrariedades que ocurren en dicho país. Como lo demuestran los hechos descritos, las instituciones no están a la altura de los grandes retos que experimentará la sociedad nicaragüense en este año, de ahí que se requiera una observación permanente, un acompañamiento cercano, y de ser el caso, una denuncia enérgica ante toda actuación estatal que debilite aún más lo que queda de Estado de Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Banco Mundial. Perfil de Datos: Nicaragua. Disponible en: http://ddp-ext.worldbank.org/ext/ddpreports/ViewSharedReport?CF=&REPORT_ID=9147&REQUEST_TYPE=VIEWADVANCED
Carta Democrática Interamericana. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/CartaDemocratica.htm>

²⁰ Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal Nicaragua. A/HRC/14/3. 14. Período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos. 17 de marzo de 2010, Párrs. 90 y 92

Constitución Política de Nicaragua. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0153.pdf>
Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>
Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en: <http://huwu.org/es/documents/udhr/index.shtml#a8>
International Monetary Fund. Nicaragua: Poverty Reduction Strategy Paper, IMF Country Report No. 10/108, may 2010. Disponible en: http://planipolis.iiep.unesco.org/upload/Nicaragua/Nicaragua_PRSP_2009.pdf
Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal Nicaragua. A/HRC/14/3. 14 Período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos. 17 de marzo de 2010, Párrs. 90 y 92

¿Es nuestro el Convenio Europeo de Derechos Humanos?*

Mary ARDEN

Sr. Presidente, distinguidos magistrados, damas y caballeros,

1. El tema elegido este año para la apertura del año judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es «el Convenio Europeo de Derechos Humanos es nuestro». Se me ha pedido que trate este tema desde el punto de vista de un juez del Reino Unido. Así que me pregunto: «¿Es el Convenio Europeo de Derechos Humanos realmente nuestro?».

2. Me gustaría empezar señalando que, en mi opinión, los derechos humanos han supuesto una importante contribución a la sociedad civil en el Reino Unido. Por ejemplo, desde los atentados del 11-S la búsqueda de equilibrio entre libertad y seguridad en relación con las cuestiones de terrorismo ha significado un reto de primer orden. Las sentencias de nuestros tribunales en materia de derechos humanos han jugado un papel crucial en la resolución de estas cuestiones, como también lo han hecho las sentencias del Tribunal de Estrasburgo. En su sentencia en el caso *Gillan c. Reino Unido*¹, la Sección 4ª del Tribunal de Estrasburgo concluyó que el Reino Unido vulneró el artículo 8 del Convenio al conferir amplias facultades para retener y registrar a individuos en busca de objetos que pudieran ser utilizados para actos terroristas, incluso aunque el agente policial no tuviese motivos para sospechar de la presencia de objetos de esa clase. El Tribunal de Estrasburgo resolvió que estas facultades resultan excesivas y no están sujetas a suficientes garantías. En este punto su resolución fue divergente de las de los dos más altos tribunales de Inglaterra. La libertad es un derecho muy valioso y, al vivir en un país en que se respeta el ordenamiento jurídico, se nos puede olvidar que resulta trascendental garantizar ese derecho. La ventaja de las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo consiste en que animan a los tribunales nacionales a respetar enérgicamente los derechos fundamentales, corrigiendo nuestras resoluciones si se nos olvida la importancia de esos derechos.

3. En lo que respecta a la recepción de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el Reino Unido, el Convenio está virtualmente dotado de eficacia directa ante nuestros tribunales (salvo en relación con la legislación aprobada por el Parlamento que resulte incompatible con el mismo). Los tribunales tienen el deber de actuar de acuerdo con el Convenio y de interpretar la legislación de forma compatible con el Convenio, en la medida en que ello resulte posible. Los tribunales del Reino Unido asumen sus deberes con gran seriedad. Sin embargo, los tribunales no pueden dejar de aplicar la legislación aprobada por el Parlamento que viole el Convenio.

4. No obstante, surge un problema para los tribunales nacionales cuando el Tribunal de Estrasburgo ha tratado de desarrollar su jurisprudencia de un modo que parece evidenciar una comprensión incorrecta de la posición del derecho interno. Por ejemplo, el Tribunal de Estrasburgo en su sentencia en el caso *Osman c. Reino Unido*² concluyó que supone una violación del artículo 6 del Convenio, relativo al acceso a la jurisdicción, el hecho de que un tribunal inglés rechazara a *limine* una demanda al haber con-

* Este trabajo recoge la intervención de la autora el día 29 de enero de 2010 en Estrasburgo (Francia), en el marco del seminario celebrado con ocasión de la apertura oficial del año judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Traducción al español de José Miguel García Moreno.

¹ Sentencia de 12 de enero de 2010, derivada de la demanda n.º 4158/05.

² Sentencia de 28 de octubre de 1998. (1998) 5 BHRC 293.

siderado que no resultaba justo, equitativo o razonable imponer un deber de diligencia. De acuerdo con el derecho interno, sin embargo, se trata únicamente de un mecanismo para determinar como cuestión de derecho material la inexistencia de su único fundamento de una pretensión por negligencia. Afortunadamente con posterioridad se llegó a una conclusión distinta en la sentencia del caso *Z c. Reino Unido*³. En lo que respecta al Reino Unido estos supuestos son relativamente infrecuentes, pero pueden producirse en áreas del ordenamiento que revisten gran importancia práctica, causando así considerables dificultades al sistema jurídico nacional.

5. El Reino Unido no es el único estado parte en el Convenio que ha pasado por la experiencia de resoluciones del Tribunal de Estrasburgo que provocan grandes trastornos en su sistema interno. Por ejemplo, en su sentencia sobre el caso de la princesa Carolina de Mónaco el Tribunal Constitucional Federal alemán resolvió en amparo de la libertad de expresión e información que el derecho de la princesa a la intimidad personal reconocido por la Constitución alemana no había sido vulnerado por unas indiscretas fotografías periodísticas⁴. La princesa Carolina es una persona pública que intenta llevar una vida privada, pero el Tribunal Constitucional Federal consideró que se trata de una figura de la historia contemporánea y que sólo podría invocar la protección de su intimidad personal fuera de su domicilio cuando se halle en un lugar apartado de la vista pública. La princesa Carolina planteó una demanda ante el Tribunal de Estrasburgo y la Sección 3.^a de éste llegó a una conclusión diversa en lo relativo al punto de equilibrio en el conflicto entre la libertad de información y la intimidad, fallando que el derecho de la princesa al respeto de su intimidad personal había sido vulnerado⁵. La resolución causó grandes dificultades al Tribunal Constitucional Federal alemán, ya que éste se encontró en la embarazosa situación de tener que revisar su propia interpretación del derecho constitucional.

6. No obstante, en el diseño general del sistema todos ganamos más que perdemos por el hecho de disponer del Tribunal de Estrasburgo. Es necesario que exista un tribunal dotado de la competencia última para interpretar el Convenio. Además, un sistema supranacional en materia de derechos humanos implica unos beneficios considerables para cada uno de los estados parte en el Convenio. Sujeta a las instituciones del estado a un escrutinio externo, lo que es particularmente importante allí donde —como en el Reino Unido— existe una sólida doctrina de la soberanía parlamentaria. Adicionalmente, en el caso del Reino Unido, y salvo que los derechos reconocidos en el Convenio se vean afectados, se exige como regla general la demostración de un alto grado de irracionalidad por parte de un órgano estatal para poder revisar en vía jurisdiccional un acto de dicho órgano sujeto al derecho administrativo. La existencia de un tribunal supranacional que establece principios generales en materia de derechos humanos confiere más poderes a los jueces nacionales y refuerza su independencia en relación con otras instituciones de su propio estado. Asimismo, el sistema de protección de los derechos humanos basado en el Convenio nos proporciona un interés legítimo respecto del modo en que otros países de Europa tratan a sus ciudadanos. Se trata de una posición más reforzada que la que podría conseguirse en el plano estrictamente político. El Tribunal de Estrasburgo puede provocar un cambio considerable mediante la elevación de los estándares en toda Europa. Además, de acuerdo con mi experiencia, su influencia se extiende mucho más allá de las fronteras de Europa. En el actual estado de cosas tenemos la oportunidad de influir en su jurisprudencia y de contribuir a la misma.

7. Así que ganamos más de lo que perdemos. La verdadera cuestión consiste en cómo mejorar el sistema de protección de los derechos humanos basado en el Con-

³ Sentencia de 10 de mayo de 2001. (2001) 10 EHRR 384. Véanse los §§ 87, 98 y 101 de la sentencia de la Gran Sala y mi voto particular concurrente.

⁴ Sentencia de 15 de diciembre de 1999. *Re C (1999) 10 BHRC 131*.

⁵ Sentencia de 10 de mayo de 2004, en el caso *von Hannover c. Alemania* (demanda n.º 59320/00). (2004) 16 BHRC 645.

venio. No voy a referirme a las mejoras que pueden llevar a cabo los tribunales nacionales, sino que voy a volver las tornas y preguntar qué puede hacer el Tribunal de Estrasburgo para mejorar la aplicación del sistema del Convenio. Pero para responder a esa pregunta es necesario que nos preguntemos con carácter previo cuáles son las cualidades que el Tribunal de Estrasburgo debería poner de manifiesto. En el nivel más elevado de abstracción considero que las cualidades a las que debería aspirar el Tribunal de Estrasburgo incluyen las siguientes:

- i. *Independencia*. Se trata de una cualidad tan evidente que no necesito extenderme más en ella.
- ii. *Efectividad en la creación de un cuerpo jurídico basado en principios en el ámbito de su propia jurisdicción*. También se trata de una cualidad evidente. Es necesario que exista un tribunal que asuma la función de guía en materia de derechos humanos, y que cree un derecho material que satisfaga los estándares más elevados.
- iii. *Calidad en la motivación y capacidad de comunicarse claramente con sus destinatarios*. Se trata de una cuestión sobre la que me extenderé más adelante.
- iv. *Respeto por el papel de las instituciones nacionales*. Me referiré aquí a la concienciación sobre la delimitación de su papel respecto del de las instituciones nacionales, incluyendo los tribunales; a la sensibilización hacia las tradiciones y los sistemas jurídicos nacionales; y a la apreciación de que de sus resoluciones pueden derivarse implicaciones constitucionales para las instituciones nacionales. Se trata, en realidad, de un llamamiento a la restricción judicial por parte del Tribunal de Estrasburgo y a que se compartan por éste sus responsabilidades a la hora de enjuiciar si se ha producido una vulneración de los derechos humanos.

8. Una vez que hayamos comprendido que es lo que determina la calidad del enjuiciamiento supranacional por parte del Tribunal de Estrasburgo estaremos en condiciones más idóneas para reflexionar sobre lo que se puede hacer para mejorar el funcionamiento del sistema de protección de los derechos humanos basado en el Convenio. Seguidamente paso a exponer varias sugerencias que quiero hacer a este respecto, y a las que he denominado mi «juego de herramientas».

MI JUEGO DE HERRAMIENTAS PARA MEJORAR EL SISTEMA DEL CONVENIO

9. Mi juego de herramientas para la mejora del sistema de enjuiciamiento supranacional en materia de derechos humanos contiene cuatro sugerencias principales: 1) más diálogo, entendiéndolo por ello, tanto el diálogo entre los jueces nacionales y los magistrados del Tribunal de Estrasburgo, como el diálogo entre los propios jueces de los tribunales nacionales; 2) más subsidiariedad; 3) más restricciones temporales; y 4) sentencias más claras.

1. Más Diálogo

10. El diálogo puede asumir diversas formas y conseguir objetivos diversos. Comienzo refiriéndome al diálogo informal entre los jueces de los tribunales nacionales, de un lado, y los magistrados del Tribunal de Estrasburgo, de otro. El contacto personal tiene un gran valor, ya que puede facilitar un enriquecedor intercambio de experiencias. La discusión informal también puede proporcionar a los jueces nacionales la posibilidad de realizar una aportación al proceso de desarrollo de la jurisprudencia en el ámbito supranacional. Adicionalmente, los jueces nacionales pueden explicar «dónde les aprieta más el zapato» y cómo los nuevos desarrollos jurisprudenciales pueden ser asimilados mejor por sus propios sistemas.

11. Además, considero que esta clase de diálogo judicial reviste una relevancia inherente al ordenamiento jurídico europeo. Cualquier tribunal supranacional debe quedar sometido a un sistema de frenos y contrapesos. En el caso del Tribunal de Estrasburgo el diálogo con los tribunales nacionales constituye un medio fundamental para establecer ese sistema de frenos y contrapesos.

12. Otra forma de diálogo judicial es la que tiene lugar en las reuniones plenarias de jueces de diferentes estados parte en el Convenio, ya sea con o sin los magistrados del Tribunal de Estrasburgo. Me gustaría presenciar más encuentros entre jueces de tribunales nacionales con intereses comunes, como es el caso de los jueces de los estados de la Unión Europea con sistemas de *common law*. Este tipo de encuentros les permitiría forjar un enfoque común. También son necesarios encuentros entre jueces europeos que aparentemente carecen de intereses comunes, ya que ello nos permitiría incrementar nuestra comprensión de la herencia jurídica europea. En particular, me encantaría presenciar una conferencia de jueces procedentes de todos los estados parte en el Convenio después de que haya tenido lugar la conferencia de Interlaken, para discutir si los poderes judiciales de los estados parte podemos impulsar las recomendaciones convenidas por dichos estados en Interlaken, y —en caso afirmativo— cómo hacerlo.

13. Otro medio de diálogo que reviste gran importancia lo constituyen las sentencias. Obviamente el hecho de que los tribunales del Reino Unido, como consecuencia de la promulgación de la Ley de Derechos Humanos de 1998⁶, puedan dictar sentencias en los procesos internos interpretando los derechos reconocidos en el Convenio y no los derechos constitucionales nacionales supone una gran ventaja para el Reino Unido en lo que se refiere a la capacidad de influir en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. El tribunal nacional puede, de hecho, enviar un mensaje al Tribunal de Estrasburgo exponiendo en su sentencia su opinión sobre la jurisprudencia de este último, ya sea en un asunto que de lugar a una demanda ante el propio Tribunal de Estrasburgo, ya sea en un nuevo asunto en el que se plantee la misma cuestión. El Tribunal de Estrasburgo no está vinculado por la doctrina del tribunal nacional, pero lo cierto es que su jurisprudencia ha ido avanzando hacia el reconocimiento del papel de los tribunales nacionales superiores:

«Si (...) los tribunales nacionales superior es han analizado de forma exhaustiva y convincente la precisa naturaleza de la restricción objeto de impugnación, basándose al efecto en la jurisprudencia sobre el Convenio que hace al caso y en los principios derivados de la misma, sería necesaria la concurrencia de razones sólidas para que este tribunal discrepase de la conclusión alcanzada por aquellos tribunales y para que sustituyese por su propia opinión la de los tribunales nacionales en un punto relativo a la interpretación del derecho interno (véase la sentencia del caso *Z y otros*, ya citada,

⁶ *Human Rights Act 1998*. Se trata de una ley aprobada por el Parlamento del Reino Unido, promulgada el día 9 de noviembre de 1998, y que en su mayor parte entró en vigor el día 2 de octubre de 2000. La ley trata de «otorgar eficacia adicional» en el ordenamiento del Reino Unido a los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos mediante un recurso directo ante los tribunales del Reino Unido en los supuestos de vulneración de alguno de esos derechos, y sin necesidad de plantear una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Además, la ley impone a los jueces y tribunales del Reino Unido la obligación de «tomar en consideración» las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo e interpretar la legislación interna, en la medida en que sea posible, de forma compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, si resulta imposible la interpretación de una ley aprobada por el Parlamento británico de forma compatible con el Convenio, y de cara a garantizar el principio constitucional de supremacía parlamentaria (*Parliamentary sovereignty*), los tribunales del Reino Unido no están autorizados a dejar de aplicar dicha ley, aunque los tribunales superiores de Inglaterra y Gales, Escocia o Irlanda del Norte pueden emitir una declaración de incompatibilidad (*declaration of incompatibility*). Esta declaración carece de efectos directos respecto de la vigencia de la ley de que se trate, pero originaría una importante presión de la opinión pública sobre el Gobierno y el Parlamento británicos para la modificación de la ley incompatible con el Convenio (en su caso, por medio de un procedimiento urgente regulado en el artículo 10 de la propia ley), al tiempo que otorgaría cualificados argumentos a la parte que pretendiese hacer valer su derecho garantizado en el Convenio ante el Tribunal de Estrasburgo mediante una ulterior demanda impugnando el acto vulnerador del derecho basado en aquella ley. (N. del T.).

§ 401) fallando, en contra del criterio de aquellos, que podría sostenerse la existencia de un derecho reconocido por el ordenamiento interno»⁷.

14. Este precedente, que cita la sentencia del caso *Z c. Reino Unido*, supone que, en el caso adecuado, el Tribunal de Estrasburgo se mostraría igualmente proclive a reconsiderar su resolución previa a la luz de la discrepancia expresada por el tribunal nacional superior. A mi juicio se trata de una razón válida que, en el asunto adecuado, justificaría que el tribunal nacional superior no se limitase a aplicar la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo con la que discrepa seriamente, sino que expresase su discrepancia y, en el supuesto de que llegase a una conclusión diversa de la alcanzada por el Tribunal de Estrasburgo, dejase abierta al demandante la posibilidad de recurrir ante el Tribunal de Estrasburgo, donde el gobierno nacional podría defender su posición sobre la cuestión controvertida de forma plena. Si es necesario, podría intentar someter el asunto a la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo.

15. Pero, en alguna medida, los tribunales internos del Reino Unido se han visto impedidos de participar en un diálogo activo. Esta limitación deriva de la interpretación que se ha dado al artículo 2 de la Ley de Derechos Humanos de 1998. El artículo 2 dispone que cuando el tribunal resuelve una cuestión planteada en relación con un derecho garantizado por el Convenio, debe tomar en consideración la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo, independientemente de cuando hubiera sido desarrollada, en la medida en que, a juicio del tribunal, guarde relación con el procedimiento en que dicha cuestión fue planteada. El artículo 2 impone una obligación mucho más débil que la impuesta a los tribunales británicos en cuanto a la aplicación del derecho de la Unión Europea⁸. Sin embargo, el artículo 2 ha sido interpretado al más alto nivel como una norma que, en términos generales, impone a nuestros tribunales internos seguir la jurisprudencia de Estrasburgo «tal como ésta evoluciona a lo largo del tiempo: nada más pero ciertamente nada menos».

16. Este enfoque, que ha llegado a ser conocido como doctrina *Ullah* por el nombre de la sentencia del caso en el que fue establecida, tiene ventajas⁹. Reconoce la función del Tribunal de Estrasburgo como el órgano al que corresponde la interpretación autorizada del Convenio, lo que supone que, a la postre, los tribunales nacionales han de respetar este papel de intérprete autorizado. Además, se trata de una doctrina que tiene pleno sentido desde la perspectiva de minimizar el riesgo de que las resoluciones de los tribunales nacionales sean objeto de una demanda ante el Tribunal de Estrasburgo, y de que por éste se falle que se ha producido una violación del Convenio por el estado parte en cuestión.

17. La doctrina *Ullah* también tiene desventajas. Por ejemplo, no reconoce que el Tribunal de Estrasburgo únicamente ofrezca garantías mínimas, y, lo que es más importante, resulta difícil establecer un diálogo eficaz si los tribunales parten de una posición de deferencia. Esta deferencia influye necesariamente en el planteamiento del tribunal nacional.

18. Se ha señalado que la mayoría de los tribunales de otros estados parte en el Convenio no consideran que estén realmente vinculados por la jurisprudencia de Estrasburgo¹⁰. Sin embargo, normalmente en estos estados existen constituciones escritas, por lo que se puede otorgar precedencia a los derechos reconocidos en la constitución. Por ejemplo, en Alemania también existe la obligación de tomar en consideración la jurisprudencia de Estrasburgo, lo que significa que los tribunales atribuyen

⁷ Sentencia de 19 de octubre de 2005 en el caso *Roche c. Reino Unido* (demanda n.º 32555/96). (2005) 20 BHRC 99, pág. 120.

⁸ Véase el artículo 2 de la Ley de las Comunidades Europeas de 1972 (*European Communities Act 1972*).

⁹ *R (Ullah) v Special Adjudicator* (2004) 2 AC 323.

¹⁰ Véase, *The Relations between the Constitutional Courts and the other National Courts including Interference in this Area of the action of the European Courts*, Informe General para la XIIª Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, Mayo 2002. (2002) 23 HRLJ 304, pág. 327.

una relevancia considerable a la jurisprudencia de Estrasburgo y deben justificar por qué no la siguen. No obstante, no están vinculados por ella¹¹.

19. En el Reino Unido sería necesario que nuestro ordenamiento interno nos permitiera indicar al Tribunal de Estrasburgo que no ha establecido un principio claramente, o que no ha aplicado coherentemente dicho principio, o que ha entendido erróneamente el derecho interno o la repercusión de sus resoluciones en el sistema jurídico de la parte del Reino Unido afectada por las mismas. No propongo que se permita el «todo vale» o que los tribunales inter nos tengan libertad para reinventar la rueda en materia de derechos humanos. Defendería, empero, un planteamiento que fuese más flexible que la doctrina *Ullah*.

20. La posición de los tribunales del Reino Unido podría estar cambiando. En su sentencia en el caso *Horncastle* dictada en diciembre de 2009¹² el nuevo Tribunal Supremo del Reino Unido, nuestro nuevo tribunal con jurisdicción de último grado, decidió apartarse de la jurisprudencia de Estrasburgo a sabiendas de que era probable que la misma cuestión se planteara ante la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo en el marco de otro asunto. El Tribunal Supremo no se reñrió en absoluto a la previa sentencia del caso *Ullah*, lo que me lleva a la conclusión de que contempló el siguiente panorama:

- a. El Tribunal de Estrasburgo resuelve una cuestión, de una forma que, según el tribunal nacional, no valora adecuadamente la compatibilidad del derecho interno con el Convenio;
- b. en un asunto posterior sobre la misma cuestión, el tribunal nacional muestra respetuosamente su desacuerdo con la conclusión del Tribunal de Estrasburgo en el caso previo, motivándolo al efecto;
- c. el Tribunal de Estrasburgo vuelve a considerar la cuestión en un nuevo asunto;
- d. el diálogo entre el tribunal nacional y el Tribunal de Estrasburgo se produce, entonces, a través de sus correspondientes sentencias.

21. El Tribunal Supremo no ha limitado la nueva orientación adoptada a los tribunales con jurisdicción de último grado, por lo que cabe esperar que este planteamiento sea asumido por otros tribunales del Reino Unido¹³.

22. Resulta importante conceder, tanto al tribunal nacional como al supranacional, la oportunidad de reconsiderar sus doctrinas. El diálogo no puede continuar eternamente, pero confío seriamente en que, a la postre, tanto la jurisprudencia interna como la jurisprudencia de Estrasburgo acabarán en un punto diverso de aquél en que se iniciaron.

23. La sentencia del caso *Horncastle* no plantea ninguna discusión sobre los papeles respectivos del Tribunal de Estrasburgo y del tribunal nacional en el nuevo orden jurídico europeo, pero supone un giro hacia una solución práctica y muestra la disposición por parte del tribunal nacional a implicarse en alguna forma de diálogo.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal en el caso *Görgülü*, *BVerfGE 111*. Véase además, Hans-Jürgen Papier: *Execution and Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights from the perspective of German National Courts*, en (2006) 27 *HMLJ* 1.

¹² *R v Horncastle* (2009) *UKSC 14*. Lord Phillips, actuando como ponente de la sentencia, señaló: «11...La exigencia de «tomar en consideración» la jurisprudencia de Estrasburgo determinará normalmente la aplicación por este tribunal de los principios que han sido claramente establecidos por el Tribunal de Estrasburgo. Habrá, sin embargo, ocasiones inusuales en las que este tribunal muestre su inquietud sobre si una resolución del Tribunal de Estrasburgo aprecia o se ajusta suícientemente a aspectos particulares de nuestro proceso interno. En estas circunstancias queda abierta a este tribunal la posibilidad de negarse a seguir la resolución de Estrasburgo, aportando motivos justificativos para adoptar esa posición. Es probable que ello de al Tribunal de Estrasburgo la oportunidad de reconsiderar el aspecto particular de su resolución que es controvertido, de manera que tenga lugar lo que puede llegar a ser un provechoso diálogo entre este tribunal y el Tribunal de Estrasburgo. Éste es uno de esos casos».

¹³ Véase, por ejemplo, la resolución del Alto Tribunal de Justicia (*High Court of the Judiciary*) de Escocia en el caso *HM Advocate v Maclean*, 2010 *SLT* 3.

24. Adicionalmente, tras la entrada en vigor del 14.º Protocolo, los tribunales nacionales podrían, antes de resolver sobre la repercusión de una sentencia del Tribunal de Estrasburgo en su ordenamiento interno, conceder un plazo a fin de que por el Comité de Ministros se remita el asunto al Tribunal de Estrasburgo para aclaración de la sentencia al amparo del artículo 46 del Convenio, tal como ha quedado redactado por el artículo 16 de ese Protocolo.

25. Antes de acabar con este tema me gustaría referirme a la expansión de la jurisprudencia de Estrasburgo. Algunos autores muestran su inquietud por el desarrollo por el Tribunal de Estrasburgo de su propia jurisprudencia. El Tribunal de Estrasburgo adopta lo que se conoce como interpretación evolutiva o dinámica. El lenguaje del Convenio es de textura abierta y el Tribunal de Estrasburgo hace una interpretación dinámica del mismo para que resulte acorde con las condiciones actuales. Por poner un ejemplo, Estrasburgo tiene que seguir el ritmo de los cambios tecnológicos, como los relativos al almacenamiento de ADN. Lord Hoffmann, verbigracia, ha criticado la interpretación amplia que el Tribunal de Estrasburgo hace del Convenio¹⁴. Sin embargo, si el Parlamento nacional está en desacuerdo con algún desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo, siempre le queda abierta la posibilidad de aprobar la legislación básica que impida a nuestros tribunales internos aplicar ese desarrollo jurisprudencial. Correspondería entonces al gobierno justificar ese proceder ante Estrasburgo. En los casos adecuados es posible que el Tribunal de Estrasburgo esté dispuesto a reconsiderar su jurisprudencia. Incluso así el Tribunal de Estrasburgo continuaría manejando el timón, pero ésta es una posición inevitable, salvo que se modifique el Convenio.

2. Más subsidiariedad

26. A estos efectos la subsidiariedad es el principio en virtud del cual la autoridad central debería asumir una función subsidiaria y desempeñar únicamente aquellos cometidos que no puedan ser desempeñados de modo eficaz a un nivel más inmediato o a nivel local¹⁵. Del principio de subsidiariedad se sigue inevitablemente el reconocimiento de que puede haber una diversidad de soluciones para un problema concreto.

27. La subsidiariedad es coherente con la democracia y con el derecho del individuo a la realización personal consagrado en el artículo 8 del Convenio. Significa que, en la medida en que resulte factible, las decisiones deberían ser adoptadas por los organismos públicos competentes en las áreas más directamente afectadas por dichas decisiones. El examen del grado en que el Tribunal de Estrasburgo aplica el principio de subsidiariedad supone, en consecuencia, una vía para analizar mi cuarta cualidad: el respeto por el papel de las instituciones nacionales.

28. La doctrina de la subsidiariedad está bien asentada en la jurisprudencia de Estrasburgo. El Tribunal de Estrasburgo no es una «cuarta instancia», ya que su papel es de supervisión. Como regla general los recursos internos deben haber sido agotados antes de que pueda plantearse una demanda.

29. Una doctrina relacionada con la anterior es la doctrina del margen de apreciación. La expresión «margen de apreciación» se utiliza para describir aquellos casos en los que el Tribunal de Estrasburgo reconoce que las autoridades internas se hallan en la mejor posición para resolver sobre la adopción de medidas en un área concreta. El Tribunal de Estrasburgo ha sostenido que existe un margen de apreciación en aquellos casos en los que el estado parte ha declarado una restricción de derechos en situaciones de emergencia pública, o, por ejemplo, cuando se plantea una cuestión

¹⁴ Lord Hoffmann: *The Universality of Human Rights*, Conferencia anual del Comité de Estudios Judiciales (*Judicial Studies Board*). Marzo 2009.

¹⁵ Diccionario de inglés de Oxford.

de moralidad o relativa al plazo de prescripción, sobre las que no existe consenso entre los estados parte. Con frecuencia esta doctrina resulta controvertida. Hay autores que opinan que la doctrina del margen de apreciación compromete de hecho el papel del Tribunal de Estrasburgo como garante de los derechos humanos, toda vez que deja en manos de las autoridades nacionales la articulación de recursos, y es posible que éstas incumplan su deber a este respecto. A fin de cuentas, los casos más graves de violación de los derechos humanos se originan por que los derechos de una minoría impopular son conculcados.

30. Pero el margen de apreciación no tiene que ver únicamente con la protección de los derechos. El margen de apreciación no debería limitarse solamente a los casos en los que no hay consenso entre los estados parte, ya que también tiene que ver con la delimitación de la competencia institucional del Tribunal de Estrasburgo con relación a los organismos nacionales¹⁶. Este aspecto de la doctrina del margen de apreciación debería ser reconocido y desarrollado. De nuevo resulta relevante respecto de mi cuarta cualidad: el respeto para el papel de las instituciones nacionales.

31. Opino que la subsidiariedad, incluyendo el margen de apreciación, es un concepto que debería ser reforzado por el Tribunal de Estrasburgo en su jurisprudencia. También debería desarrollarse la idea de la subsidiariedad con otra finalidad. El Tribunal de Estrasburgo tiene una abrumadora carga de trabajo. En 2008 el Tribunal de Estrasburgo dictó 30.200 resoluciones pero registró 50.000 demandas, incrementando su bolsa de pendency a 97.000 asuntos¹⁷. Algunos de estos asuntos podrían haber sido rechazados *a limine* por manifiesta falta de fundamento. Sin embargo, aun así quedaría un importante remanente. La única solución que atisbo consiste en compartir la carga de trabajo con los tribunales nacionales: por muy desagradable que resulte para un tribunal de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo debería, al menos hasta que la situación mejore, tratar de concentrarse en los asuntos más importantes y dejar que los asuntos menos relevantes sean resueltos por los tribunales nacionales sin la posibilidad de ulterior recurso al Tribunal de Estrasburgo, incluso si la parte está en desacuerdo con el resultado. Debería decirse claramente qué asuntos resultan menos relevantes para la generalidad de los estados parte y el Tribunal de Estrasburgo debería gozar de discrecionalidad a este respecto, pero la definición debería excluir los asuntos que planteen cuestiones en áreas del ordenamiento en las que ya existe una jurisprudencia clara y consolidada, los cuales podrían ser resueltos por los tribunales nacionales. Para este fin el Tribunal de Estrasburgo debería tener la posibilidad de hacer uso de su procedimiento de «sentencia piloto». La exclusión de estos asuntos permitiría al Tribunal de Estrasburgo concentrarse en las áreas de su jurisprudencia que en mayor medida requieren sus conocimientos especializados.

32. El Tribunal de Estrasburgo debe resistirse a la tentación de resolver las cuestiones realmente comprendidas en el ámbito del margen de apreciación. Por el momento, en los demás asuntos, el Tribunal de Estrasburgo viene obligado a resolver todos los puntos que han de ser resueltos en el proceso planteado ante él. En términos generales carece de la potestad de devolver algunas cuestiones al estado parte, toda vez que los recursos internos han sido agotados. Si es preciso, en el marco del proceso de Interlaken debería considerarse si resulta necesaria una modificación del Convenio de cara a imponer a los estados parte la obligación de permitir la apertura de un asunto ante sus tribunales internos a instancia del demandante cuando el Tribunal de Estrasburgo así lo exija. Esta modificación otorgaría al Tribunal de Estrasburgo una herramienta adicional, ya que le permitiría exigir a los tribunales internos que

¹⁶ Véase, por ejemplo, la sentencia de Lord Hope en el caso *R (Kebilene) v Director of Public Prosecutions* (2000) 2 AC 326, págs. 380 a 381.

¹⁷ Discurso del Presidente Jean-Paul Costa, editado en *Dialogue between Judges*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2009, pág. 84.

aplicasen su jurisprudencia, que él mismo concierne. El hecho de implicar de esta forma a los tribunales nacionales podría coadyuvar a cambiar la cultura de los países en los que la jurisprudencia de Estrasburgo es comprendida peor o aplicada con más dificultad.

3. Más restricciones temporales

33. Ocasionalmente el Tribunal de Estrasburgo ha impuesto restricciones temporales, pero en circunstancias normales le resulta mucho menos fácil hacerlo, toda vez que resuelve un asunto concreto sin valorar su repercusión en el sistema jurídico interno. No obstante, puede que haya algunos asuntos en los que deban imponerse restricciones temporales, de forma coherente con la justicia y el principio de subsidiariedad.

4. Sentencias más claras

34. La claridad de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo ha sido objeto de controversia en algunas ocasiones. Deberíamos continuar instando al Tribunal de Estrasburgo para que mantenga unos estándares elevados a este respecto. La aceptación de su jurisprudencia por los estados parte depende en gran medida de la claridad de dicha jurisprudencia. No obstante, el 14º Protocolo ha establecido una solución parcial al problema al permitir que por el Comité de Ministros se remitan los asuntos al Tribunal de Estrasburgo para aclaración de las sentencias¹⁸.

CONCLUSIONES

35. En esta intervención he pretendido plantear algunas preguntas sobre las cualidades que determinan que el enjuiciamiento supranacional por el Tribunal de Estrasburgo resulte eficaz. También he pretendido proponer algunos criterios para la valoración basada en principios de su actividad.

36. Para concluir, el Reino Unido ha obtenido ventajas considerables de la jurisprudencia de Estrasburgo, como lo han hecho otros estados parte. La relación ha sido benéfica y en general armoniosa. Sin embargo, en esta intervención he considerado una serie de problemas prácticos y he propuesto soluciones enderezadas a conseguir un más eficaz sistema de protección de los derechos humanos al amparo del Convenio.

37. Así que la respuesta a la pregunta ¿es nuestro el Convenio Europeo de Derechos Humanos? ha de ser: No, no es nuestro. Pero, lo que resulta más importante, tampoco es el coto exclusivo del Tribunal de Estrasburgo. Ciertamente el Tribunal de Estrasburgo es el tribunal con autoridad para la interpretación del Convenio, pero todos los tribunales nacionales tienen su propio papel que jugar, tanto en el desarrollo como en la aplicación de la jurisprudencia en materia de derechos humanos.

38. Todos estos tribunales han de mostrar el respeto adecuado hacia el papel de cada uno de ellos y, en particular, el Tribunal de Estrasburgo debe mostrar respeto hacia las instituciones nacionales para que el sistema del Convenio pueda conseguir su verdadero objetivo, tal como he explicado en esta intervención.

39. En resumen, en esta intervención he propugnado:

- Más diálogo entre los jueces y, en particular, una reunión plenaria de jueces de los tribunales nacionales con magistrados del Tribunal de Estrasburgo tras la conferencia de Interlaken.

¹⁸ Artículo 16.

- Más subsidiariedad, incluyendo la posibilidad de que el Tribunal de Estrasburgo, al dictar sentencia, devuelva un asunto a los tribunales nacionales para que éstos resuelvan de nuevo a la luz de principios particularizados de la jurisprudencia relativa al Convenio.
- Atención continua respecto de la claridad de las sentencias y , cuando resulte adecuado, mayor aplicación de restricciones temporales.

40. Me gustaría, por último, agradecer al presidente y a los magistrados del Tribunal de Estrasburgo la organización de esta valiosa ocasión para el intercambio de opiniones, y desearles lo mejor para el año que comienza.

La carrera judicial en Portugal*

Ignacio U. GONZÁLEZ VEGA

I. INTRODUCCIÓN

La Carrera Judicial portuguesa se encuadra en el «modelo burocrático» de judicatura europea, junto con Francia, España e Italia. Esto es, en el sistema continental europeo de juez funcionario por opio de la tradición bonapartista de organización de los cuerpos de la administración a imagen y semejanza del ejército, como señala Luis Eloy Acevedo¹. Conforme prevé el artículo 215, apartado 1.º, de la Constitución de la República Portuguesa de 2 de abril de 1976, «los Jueces de los Tribunales judiciales forman un cuerpo único y se rigen por un solo estatuto». La Ley 21/1985, de 30 de julio aprobó el Estatuto de los magistrados judiciales (en adelante, EMJ) que se aplica a todos los magistrados judiciales, cualquiera que sea la situación en la que se encuentren, e igualmente, con las necesarias adaptaciones, a los sustitutos de los magistrados judiciales cuando estén ejerciendo sus funciones.

Al referirse a una judicatura de tipo burocrático queremos señalar que el juez portugués está integrado de modo permanente en un cuerpo de funcionarios dentro del cual está llamado a hacer carrera, desempeñando puestos de naturaleza y grado diversos a lo largo de su vida profesional. Ahora bien, tal y como señala el Tribunal Constitucional portugués, más que funcionarios públicos, son titulares de órganos de soberanía, sujetos a un régimen normativo específico con identidad constitucional (Acuerdo núm. 620/2007, de 14 de enero de 2008).

Además, ese cuerpo o carrera funcional se denomina «magistratura judicial» y está constituida por los Jueces del Tribunal Supremo de Justicia, los Jueces de las Relaciones y los Jueces de Derecho (art. 2 EMJ)².

Al igual que en Francia, el término «magistrado» se aplica no solo a los jueces integrantes de la jurisdicción ordinaria, civil y penal (magistrados de los Tribunales judiciales) sino también a los miembros del Ministerio Fiscal³ (magistrados del Ministerio público) y a los jueces de la jurisdicción administrativa (magistrados de los Tribunales administrativos y fiscales). Aunque forman cuerpos diferentes, tienen idéntico sistema de selección y formación regulado por Ley 2/2008, de 14 de enero, sobre ingreso en las magistraturas, formación de magistrados y naturaleza, estructura y funcionamiento del Centro de Estudios Jurídicos.

* Este trabajo es una versión revisada y actualizada del informe redactado por encargo del Foro de Estudios de la Carrera Judicial constituido por el Consejo General del Poder Judicial. Agradezco las observaciones realizadas respecto del texto original por José Mouraz Lopes, juez desembargador del Tribunal de Relação de Coimbra y director de la revista *Julgar*.

¹ *Magistratura portuguesa. Retrato de uma mentalidade colectiva*, Cosmos, Lisboa, 2001, págs. 56 y ss.

² En el Estudio comparado de 16 países de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ) del Consejo de Europa, elaborado por el experto Jean-Paul Jean (http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2010/2010_pays_comparables.pdf), a partir de los datos del año 2008, Portugal cuenta con una tasa de 18 jueces profesionales por cada 100.000 habitantes, frente a los 10'7 con que cuenta España.

³ Los miembros del Ministerio Fiscal son magistrados responsables, jerárquicamente subordinados y no pueden ser trasladados, suspendidos, jubilados ni separados salvo en los casos previstos por la ley (artículo 219, apartado 4.º, de la Constitución).

II. ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES

Según el artículo 209 de la Constitución, además del Tribunal Constitucional, existen las siguientes categorías de Tribunales: a) El Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales judiciales de primera y de segunda instancia⁴, que son los llamados *tribunales judiciales*; b) El Tribunal Supremo Administrativo y los demás Tribunales administrativos y *yscales*⁵; y c) El Tribunal de Cuentas⁶. Pueden existir igualmente Tribunales marítimos, Tribunales arbitrales y Juzgados de paz.

Sin perjuicio de lo dispuesto en cuanto a los Tribunales militares, la Constitución prohíbe la existencia de Tribunales con competencia exclusiva para el enjuiciamiento de ciertas categorías de delitos⁷.

Por tanto, dentro del Poder Judicial portugués se encuentran diversos tribunales (judiciales, administrativos y de cuentas) sin que estén unificados en su vértice, en la superior instancia, tal y como acontece en España.

Dentro de los tribunales judiciales, el *Tribunal Supremo de Justicia* es el órgano superior, sin perjuicio de la competencia propia del Tribunal Constitucional. Dicho Tribunal funcionará como Tribunal de instancia en los casos que la ley determine. Su Presidente es elegido por los Magistrados que lo componen y preside el Consejo Superior de la Magistratura. Por tanto, concurre al igual que en España esa doble condición de presidir la máxima instancia jurisdiccional y el órgano de gobierno del Poder Judicial pero difiere en cuanto a su elección toda vez que allí lo es por sus pares mientras que en España corresponde a los vocales del órgano de gobierno de la judicatura, por mayoría de tres quintos, entre miembros de la carrera judicial o juristas de reconocida competencia, con más de quince años de antigüedad en su carrera o en el ejercicio de su profesión⁸.

Los *Tribunales de segunda instancia* son, en principio, los Tribunales de Apelación (Tribunais de Relação) mientras que los *Tribunales de primera instancia* son, en principio, los Tribunales comarcales. Dentro de estos últimos se encuentran los Tribunales con competencia genérica, con competencia especializada (civil, mercantil, instrucción, penal, ejecución de penas, menores y familia, marítimo y trabajo), con competencias específicas y Juzgados de Paz.

III. BREVE REFERENCIA AL GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL

La Constitución portuguesa consagra la independencia del Poder Judicial (artículo 203) y su dirección está atribuida al Consejo Superior de la Magistratura⁹. El Consejo es independiente del resto de poderes y su Presidencia la ostenta el Presidente del Tribunal Supremo, cuya elección corresponde, como ya dijimos anteriormente, a los propios magistrados del Tribunal Supremo.

⁴ Los Tribunales judiciales son los tribunales de derecho común, esto es los tribunales ordinarios en materia civil y penal y ejercen jurisdicción en todas las áreas no asignadas a otros órdenes judiciales.

⁵ Compete a los Tribunales administrativos y *yscales* el enjuiciamiento de las acciones y recursos contencioso-administrativos que tengan por objeto dirimir los litigios derivados de las relaciones jurídicas administrativas y *yscales*.

⁶ El Tribunal de Cuentas es el órgano supremo de control de la legalidad de los gastos públicos y de *yscalización* de las cuentas que la ley determine que se le deban someter.

⁷ Esta disposición constitucional, a decir de algunos, impediría la creación en Portugal de un tribunal de similar naturaleza a nuestra Audiencia Nacional.

⁸ Así lo dispone el artículo 123, apartado 2º, de la Constitución Española y el artículo 123 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. De esta forma en España, a diferencia de Portugal, es posible la elección magistrados que no ostenten la categoría de magistrados del Tribunal Supremo así como de juristas no pertenecientes a la carrera judicial.

⁹ Sobre el tratamiento del gobierno de la justicia por parte de la Constitución portuguesa y su influencia en la Constitución española, cfr. Carrasco Durán, Manuel: «Estudio comparado de la regulación constitucional del gobierno del poder judicial en España, Portugal y los países de Iberoamérica», *Derecho Constitucional para el siglo XXI* (Editores Javier Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán), tomo II, Thomson-Aranzadi, 2006.

Inicialmente la composición del Consejo Superior de la Magistratura era íntegramente togada, siendo sus miembros elegidos por los propios jueces¹⁰, pero con la reforma del Texto Constitucional de 30 de septiembre de 1982¹¹ del artículo 220 se introdujo la siguiente composición mixta: dos vocales designados por el Presidente de la República, siendo uno de ellos elegido entre magistrados judiciales¹²; siete vocales elegidos por la Asamblea de la República¹³, y siete jueces elegidos por sus pares, de conformidad con el principio de representación proporcional¹⁴. También se preveía que formasen parte del Consejo seis funcionarios judiciales, elegidos entre ellos, que sólo podían intervenir en las cuestiones que afectasen a su estatuto. Sin embargo, tras la Ley Constitucional de 8 de julio de 1989, se delega en la ley la posibilidad de prever esta parte de su composición¹⁵.

Como se puede observar, en la composición de este órgano constitucional hay una mayoría de jueces (nueve de sus diecisiete miembros), pero sólo una minoría es elegida por los propios jueces (siete)¹⁶. Con ello se afirma que se quiere lograr un equilibrio entre los mecanismos de legitimación democrática del poder judicial —la mayoría de los miembros no son nombrados por los propios jueces— evitando formas de autogestión corporativa de la magistratura¹⁷. Pero a la vez la presencia de los jueces es mayoritaria en su órgano de gobierno, y significativamente la Presidencia la ocupa quien ha sido elegido por los miembros del Tribunal Supremo como Presidente del Alto Tribunal.

El artículo 136 EMJ señala que el Consejo es un órgano de gestión y disciplina de la magistratura judicial, disponiendo el Texto Constitucional (artículo 219, apartado 2º) que «el nombramiento, el destino, el traslado y la promoción de los jueces y el ejercicio de la potestad disciplinaria compete al Consejo, en los términos de la ley, salvo las garantías previstas en la Constitución, como son la independencia y la inamovilidad de sus miembros». Simultáneamente, y es ahí donde radica su genuina función, se trata de un órgano de salvaguarda institucional de los jueces así como de su independencia.

De la lectura del citado precepto constitucional se observa que junto a su primigenia función, las competencias del Consejo se limitan a una gestión del estatuto personal de la magistratura, reservándose el Ministerio de Justicia importantes atribuciones en el ámbito del Poder Judicial¹⁸. Entre las funciones del Consejo destaca la emisión de informes en materias relacionadas con la administración de justicia. Cuenta, también, con «facultades de propuesta al Ministerio de Justicia de las medidas legislativas que sean precisas para mejorar el funcionamiento de las instituciones judiciales»¹⁹.

¹⁰ El artículo 223, apartado 1º, de la Constitución portuguesa en su redacción original (de 2 de abril de 1976) establece: «La ley determinará las normas de composición del Consejo Superior de la Magistratura, el cual deberá incluir miembros elegidos por los jueces entre ellos mismos».

¹¹ Dicha reforma constitucional, además de afectar a la orientación ideológica revolucionaria que había inspirado la redacción del texto original, modificó importantes aspectos de la parte orgánica, entre ellos el título dedicado a los tribunales.

¹² Su mandato es de cinco años como el del Presidente de la República.

¹³ Su mandato es de cuatro años al igual que el del Parlamento.

¹⁴ El término de duración de su mandato es de tres años.

¹⁵ Dice así su texto: «La Ley podrá prever que del Consejo Superior de la Magistratura formen parte funcionarios de justicia, elegidos por sus iguales, con intervención restringida a la discusión y votación en las materias referentes a la apreciación del mérito profesional y al ejercicio de la función disciplinaria sobre los funcionarios de justicia».

¹⁶ Determina el artículo 139 EMJ que los jueces sean elegidos por sufragio secreto y universal, según el principio de representación proporcional y el método de media más alta, mediante la elaboración de listas respaldadas por un mínimo de veinte electores.

¹⁷ En palabras del profesor Gerpe Landín, se trata de potenciar «la posición de la Asamblea de la República, intentando con ello reforzar la legitimidad democrática del *Conselho* y poner trabas a las prácticas corporativistas». El gobierno del Poder Judicial en el constitucionalismo europeo continental: Francia, Italia, Portugal y España» en La división de poderes: El Poder Judicial, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Universitat de Lleida, Barcelona, 1996, pág. 20.

¹⁸ El régimen de atribuciones asignado al Consejo garantiza un control directo sobre el estatuto personal de la judicatura aunque no impide la intervención del Ejecutivo en cuestiones propiamente materiales y de distribución y asignación de recursos.

¹⁹ En relación a las competencias del Consejo, cfr. Lucas Murillo De La Cueva, Pablo: «El gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español», Revista de las Cortes Generales, núm. 35, 1999, pág. 196.

Posteriormente, la Ley 36/2007, de 14 de agosto, sobre la organización del Consejo Superior de la Magistratura, le otorga autonomía financiera y mayor capacidad para la administración del poder judicial.

Como elemento característico de la democratización orgánica de la magistratura judicial, cabe destacar la inexistencia de jerarquía entre los magistrados, aún cuando exista lógicamente jerarquización de los tribunales a efectos de recurso. Los Presidentes de los Tribunales no tienen poder es jerárquicos sobre los demás jueces, ni un salario diferente cuando ejerzan funciones administrativas de dirección. Los Presidentes de los Tribunales se eligen entre y por los jueces de los respectivos tribunales al igual que sucede con el Presidente del Tribunal Supremo, como ya se ha mencionado²⁰.

IV. SELECCIÓN Y FORMACIÓN

En lo que afecta a selección de jueces, al menos en su grado de entrada (jueces de primera instancia), el texto constitucional se remite a lo que disponga la ley (artículo 215, apartado 2º). Y esta es la Ley 2/2008, de 14 de enero, que regula el ingreso en las magistraturas, la formación de los magistrados y la naturaleza, estructura y funcionamiento del Centro de Estudios Judiciales²¹.

El esquema de acceso a la carrera judicial gira, a grandes rasgos, sobre los elementos siguientes: en primer lugar, se exigen una serie de requisitos de carácter general para acceder a la carrera judicial²²; en segundo lugar, superar el concurso de ingreso en el Centro de Estudios Judiciales, que consta de unas pruebas de conocimientos con una fase escrita y otra oral (esta última es sustituida por una valoración de los méritos —en el caso de no ser licenciado en Derecho ni maestro ni doctor— cuando se posee experiencia profesional en el área forense o en otras áreas conexas, relevante para el ejercicio de las funciones de magistrado, y de duración no inferior a cinco años, lo que constituye una importante novedad introducida por la reciente Ley 2/2008), amén de un examen psicológico a los aspirantes realizado por una entidad competente que tiende a valorar las capacidades y las características de personalidad de aquéllos para el ejercicio de la magistratura, mediante la utilización de técnicas psicológicas.

En tercer lugar, superado el concurso el aspirante a magistrado en los tribunales judiciales, y tras haber optado por la magistratura judicial o por la del Ministerio Público, gozará del estatuto de *auditor de justicia*, con derecho a percibir la mitad de las remuneraciones del salario inicial de un magistrado portugués o, en su caso, la remuneración del cargo de origen, excluidos los complementos debidos por el ejercicio efectivo, cuando sea funcionario o agente del Estado.

En cuarto lugar, ingresa en el Centro de Estudios Judiciales donde deberá permanecer un total de 22 meses (siendo algo menor la duración en el caso de los auditores

²⁰ Sobre los problemas del Poder Judicial en Portugal y el necesario reconocimiento de un gobierno interno de la judicatura, cfr. De Figueiredo Dias, Jorge: «Do «Governo da Justiça» ao «Governo dos Juizes» no Portugal de hoje» en El gobierno de la Justicia. El Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1996, págs. 83 a 92.

²¹ Para un análisis de la incidencia de esta ley en la selección y formación de los jueces, cfr. Aguiar Pereira, Manuel José, «A Formação de Magistrados em Mudança. Nóta a propósito da nova Lei do Centro de Estudos Judiciários (Lei 2/2008 de 14 de Janeiro)», en Revista *Julgar*, núm. 4, enero-abril 2008 (www.julgar.pt).

²² Entre ellos cabe citar aquí los siguientes: ser ciudadano portugués o ciudadano de los Estados de lengua portuguesa con residencia permanente en Portugal a quien sea reconocido, en los términos de la Ley y en condiciones de reciprocidad, el derecho al ejercicio de las funciones de magistrado; ser licenciado en Derecho o equivalente legal; ser maestro o doctor o equivalente legal, o poseer experiencia profesional en el área forense o en otras áreas conexas, relevante para el ejercicio de las funciones de magistrado, y de duración no inferior a cinco años, y reunir las demás condiciones exigidas para acceder a la condición de funcionario público.

no licenciados ni maestros ni doctores), alternando la formación teórica con la práctica en tribunales.

Y por último, superado el curso de formación teórico-práctica los auditores de justicia son nombrados, según los casos, jueces de derecho y jéscales-adjuntos en régimen de prácticas, por un período que se prolongará durante un año y seis meses.

Por tanto, el proceso selectivo del juez portugués alcanza un período de cuarenta meses²³.

En lo concerniente a la formación continuada ²⁴, esta tiene actualmente carácter voluntario («Los magistrados en activo tienen el deber y el deber de participar en actividades de formación continua»)²⁵. Se configura por tanto como un deber profesional de todo magistrado²⁶. Destacar, no obstante, que «la participación del magistrado en acciones de formación continuada, en los términos previstos en el estatuto de la magistratura respectiva, es tenida en cuenta, en general, en la valoración del desempeño profesional y, en especial, a efectos de provisión de plazas en los tribunales de competencia especializada o específica y de progresión de carrera».

Inspirándose de manera más o menos directa en la experiencia francesa, en Portugal corresponde al *Centro de Estudos Judiciarios*, tanto la selección como la formación inicial y continuada de jueces y jéscales, si bien los magistrados en formación están obligados a optar entre la carrera judicial y la jésca inmediatamente después de ser admitidos pues forman cuerpos separados. Dicho organismo, por lo demás, se halla bajo la tutela del Ministerio de Justicia, aunque esté dotado de personalidad jurídica y autonomía administrativa²⁷.

V. PROMOCIÓN PROFESIONAL Y ESPECIALIZACIÓN

El nombramiento, el destino, el traslado y la promoción de los Jueces de los Tribunales judiciales competen al Consejo Superior de la Magistratura, en los términos establecidos por la ley (artículo 217, apartado 1º, de la Constitución)²⁸.

En lo que se refiere a la inamovilidad, el artículo 6 EMJ establece que los Jueces son nombrados con carácter vitalicio, no pudiendo ser trasladados, suspendidos, promovidos, jubilados o cesados sino en los casos previstos en este Estatuto.

²³ Para un mejor detalle sobre estas cuestiones, cfr., Mouraz Lopes, José, «Formação de Juizes para o século XXI. Formar para decidir. Formar para garantir», en Revista *Julgar*, n.º 4, enero-abril 2008 (www.julgar.pt).

²⁴ Sobre la formación continua en Portugal: Mendes, Mário Silva Tavares, *O recrutamento e formação de magistrados em Portugal. Do estatuto judiciário ao actual sistema*, Revista del Poder Judicial, n.º 71, Madrid, 2003, págs. 375 y ss. Gomes Leandro, Armando, *La formation de magistrats au Portugal, Les grands contenus thématiques de la formation des juges dans l'Union Européenne. La durée des plans de formation*, Barcelona, 1997. Oberto, Giacomo, *Recrutement et formation des magistrats en Europe. Etude comparative*, cit., págs. 130 y ss.

²⁵ Artículo 74, apartado 1º, de la Ley que regula el ingreso en las magistraturas, la formación de magistrados y la naturaleza, estructura y funcionamiento del Centro de Estudios Judiciales de 14 de enero de 2008.

²⁶ En concordancia con lo establecido en el apartado 34 del Informe N.º 4 (2003) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos sobre la formación inicial y continuada de los jueces a los niveles nacional y Europeo, señala que «La imposición de una formación continua obligatoria en todas las circunstancias es poco realista. Efectivamente, corre el riesgo de llegar a tener un carácter burocrático y puramente formal. La formación propuesta debería ser atractiva para convencer a los jueces de que participen en ella. La mejor garantía de eficacia de dicha formación sería la decisión voluntaria. Asimismo, la convicción necesaria de cada juez respecto a la existencia de una obligación deontológica sobre el mantenimiento y la renovación de los conocimientos, debiera facilitarla».

²⁷ Su vinculación con el poder ejecutivo se pone de manifiesto en la designación de su director, entre magistrados, profesores universitarios o abogados, en comisión de servicio, por un período de tres años renovables, por resolución conjunta del Primer Ministro y del Ministro de Justicia, oído el Consejo General del Centro de Estudios Judiciales (artículo 94 Ley 2/2008).

²⁸ Compete al Consejo Superior de la Magistratura, entre otras funciones: a) nombrar, destinar, trasladar, promover, destituir, ... (art. 149 EMJ).

a. Categorías

La magistratura judicial está constituida por los Jueces del Tribunal Supremo de Justicia, los Jueces de las Relaciones (de segunda instancia) y los Jueces de Derecho²⁹ (de primera instancia)³⁰.

Los Jueces del Tribunal Supremo de Justicia tienen el título de *consejero*³¹, los Jueces de las Relaciones el de *desembargador*, y los Jueces de Derecho que presiden un círculo judicial (integrado por un conjunto de comarcas) o que ejerzan funciones en tribunales especializados ostentan la categoría de *jueces de círculo* (presidiendo tribunales colectivos)³².

b. Relación entre carrera judicial y fiscal

Según la Constitución portuguesa (artículos 219 y 220)³³, compete al Ministerio Fiscal representar al Estado y defender los intereses que la ley establezca, así como, en los términos fijados por la ley, participar en la ejecución de la política penal definida por los órganos de soberanía, ejercer la acción penal orientada por el principio de

²⁹ Las categorías judiciales tienen trascendencia en lo que se refiere a la distribución de las publicaciones oficiales. Así, los Jueces del Tribunal Supremo de Justicia y de las Relaciones tienen derecho a la distribución gratuita del Boletín del Ministerio de Justicia, de la 1ª serie del Diario de la República, del Boletín de Trabajo y Empleo y, a petición suya, de la 2ª serie del Diario de la República y de las 1ª y 2ª series del Diario de la Asamblea de la República, pudiendo optar por la versión impresa o electrónica. Por su parte, los jueces de derecho tienen derecho a la distribución gratuita del Boletín del Ministerio de Justicia, las restantes publicaciones, pudiendo optar por la versión impresa o electrónica. Y los jueces jubilados tienen derecho, a petición suya, a la distribución gratuita del Boletín del Ministerio de Justicia (art. 21). Aunque actualmente este «derecho» está vaciado de contenido ya que no existe Boletín del Ministerio de Justicia y el Diario de la República está *on line* disponible para todo el mundo.

³⁰ Resultan llamativos los derechos especiales de los magistrados judiciales, establecidos en su Estatuto (art. 17 EMJ): a) La entrada y libre tránsito en las estaciones, puertos de embarque y aeropuertos mediante simple exhibición de la tarjeta de identificación de juez; b) El uso y porte de armas de defensa y la adquisición de las respectivas municiones, independientemente de la licencia, pudiendo requisarlas los servicios del Ministerio de Justicia a través del Consejo Superior de la Magistratura; c) La utilización gratuita de transportes colectivos públicos, terrestres y fluviales, en la forma establecida por el Ministerio de Justicia dentro de la circunscripción donde ejercen sus funciones y, en los casos en que los jueces de derecho estén autorizados por el Consejo Superior de la Magistratura a residir en lugar diferente al del partido judicial donde ejercen sus funciones, desde este hasta su residencia; d) Tener teléfono en régimen de confidencialidad, con el parecer favorable del Consejo Superior de la Magistratura; e) El acceso, en los términos constitucionales y legales, a bibliotecas de bases de datos documentales públicas, señaladamente las de los tribunales superiores, del Tribunal Constitucional y de la Fiscalía General de la República; f) La vigilancia especial de su persona, familia y bienes, a requerir por el Consejo Superior de la Magistratura o, en caso de urgencia, por el magistrado a la jefatura policial de su lugar de residencia, siempre que poderosas razones de seguridad lo exijan; g) La exención de costas en cualquier acción en la que el juez sea parte principal o accesoria, por vía del ejercicio de sus funciones, incluido las de miembro del Consejo Superior de la Magistratura o de inspector judicial; h) La deducción, para el cálculo del impuesto sobre la renta de las personas físicas, de cuantías derivadas de la valoración profesional, hasta el montante a fijar anualmente en la Ley de Presupuestos del Estado. El Presidente, los vice-presidentes del Tribunal Supremo de Justicia y el vice-presidente del Consejo Superior de la Magistratura tienen derecho a pasaporte diplomático y los jueces de los tribunales superiores a pasaporte especial, pudiendo igualmente ser atribuido este documento a los jueces de derecho siempre que se desplacen al extranjero en virtud de las funciones que ejercen.

³¹ Además, en lo que se refiere al traje profesional, los jueces del Tribunal Supremo pueden usar capa sobre la toga y, en ocasiones solemnes, un collar del modelo adecuado a la dignidad de sus funciones, a aprobar por el Ministerio de Justicia (art. 18).

³² Los jueces guardan entre sí la precedencia según sus respectivas categorías, prestando la antigüedad en caso de igualdad (art. 20 EMJ).

³³ En su trayectoria histórica, el Ministerio Fiscal portugués ha dependido tradicionalmente del Ejecutivo. El Estatuto Judicial de 1962, en vigencia hasta 1978, hablaba de un Ministerio Público como magistratura amovible, responsable y organizado jerárquicamente, dependiente del Ministerio de Justicia y dirigido por el Procurador General de la República. Al propio Ministerio de Justicia le competían funciones estratégicas en el funcionamiento del Fiscal portugués, como establecer las líneas de orientación de tipo general que debían regir al cuerpo de Fiscales en el ejercicio de su misión, o el nombramiento, promoción, destino, traslado y destitución de los magistrados del Ministerio Fiscal, Martínez Dalmau, Rubén, «Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal», Tirant lo Blanch y Universitat de València, Valencia, 1999, pág. 61.

la legalidad y defender la legalidad democrática³⁴. Destacar que desde el año 1986, el Ministerio Público sustituye al juez de instrucción en la investigación dentro del procedimiento penal, como por otra parte es característica común de los sistemas penales europeos.

El texto constitucional recoge las principales garantías que deben disfrutar los Fiscales para el desempeño de sus funciones. El Ministerio Público goza de autonomía en relación a los demás órganos del poder central, regional y local, en los términos establecidos en su estatuto. Esta autonomía se caracteriza por su vinculación a criterios de legalidad y objetividad y por la sujeción exclusiva de los magistrados del Ministerio Fiscal a las directivas, órdenes e instrucciones previstas en la ley. Y en cuanto a su estatuto, los miembros del Ministerio Fiscal son Magistrados responsables, jerárquicamente subordinados, y no pueden ser trasladados, suspendidos, jubilados ni separados salvo en los casos previstos por la ley.

El Ministerio Fiscal cuenta con un estatuto propio, aprobado por la Ley 47/1986, de 15 de octubre. Como ya hemos señalado, el término magistrados comprende tanto a los miembros de la carrera judicial como de la fiscal, aunque la semejanza en la regulación y características de ambos cuerpos es mucho mayor que en el caso francés. Las condiciones particulares y técnicas para reclutar jueces y fiscales son semejantes, y también son paralelas, según sus grados, las remuneraciones, incompatibilidades, tratamientos y honores. Pero no se da la permeabilidad entre las dos carreras, como ocurre en Francia, pudiendo únicamente los fiscales acceder a la carrera judicial mediante el ingreso en el Tribunal Supremo de Justicia en los términos establecidos por la ley.

La estructura piramidal en la organización interna del Ministerio Fiscal y la obligación de obedecer las órdenes del superior jerárquico, en cuya cabeza se sitúa el Procurador General de la República, son las características principales de la institución.

La Procuraduría General de la República es el órgano superior del Ministerio Fiscal. A ella compete el nombramiento, destino, traslado y promoción de los miembros del Ministerio Fiscal, así como el ejercicio de la potestad disciplinaria (artículo 221, apartado 4.º, de la Constitución). Está presidida por el Procurador General de la República, nombrado por el Presidente de la República a propuesta del Gobierno³⁵, y comprende el Consejo Superior del Ministerio Público, de composición *mixta* pues incluye miembros elegidos por la Asamblea de la República y miembros elegidos entre ellos mismos por los Magistrados del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Público está representado en el Tribunal Supremo de Justicia por el Procurador General de la República; en los tribunales de las Relaciones por los fiscales generales distritales y por los fiscales generales adjuntos; en los tribunales de primera instancia por los fiscales de la República y por los fiscales adjuntos y en las sedes de los círculos judiciales y en los tribunales equivalentes por los fiscales de la República.

c. Ascensos y promoción de categorías

A) La selección de los Jueces de los Tribunales judiciales de segunda instancia (Jueces Desembargadores) se hace por promoción, mediante concurso y valoración curricular, con preferencia del criterio del mérito entre los Jueces de Primera Instancia (artículo 215, apartado 3.º, de la Constitución y 46 EMJ).

Son concursantes los jueces de derecho más antiguos de los clasificados con *Muy Bien* o *Bien con Distinción* y que no declaren renunciar a la promoción. La graduación se hace según el mérito de los concursantes tomándose en cuenta la valoración

³⁴ Puede observarse que el constituyente evitó expresiones que sí calaron en el texto español, como la defensa de los intereses públicos o sociales, para hablar directamente de representar al Estado.

³⁵ El Ministerio Público portugués se incluye en la esfera del poder ejecutivo, donde se ha situado tradicionalmente, creando su propio espacio como órgano autónomo integrado en el poder judicial, VAN DUNEM, Francisca, «Rôle du Ministère public dans le domaine pénal», en AA.VV. *Le rôle du ministère public dans une société démocratique*. Consejo de Europa, Estrasburgo, 1997, pág. 116.

curricular. Estos deberán públicamente sus currículos ante un jurado. La graduación final se hace de acuerdo con el mérito de los concursantes tomando en consideración un 40 por 100 de la valoración curricular y un 60 por 100 de las anteriores clasificaciones de servicio.

Las vacantes son cubiertas, en proporción de dos para una, por concursantes clasificados respectivamente como *Muy Bien* o *Bien con Distinción*. En la provisión de vacantes se procede, sucesivamente, de la siguiente forma: Las dos primeras vacantes son cubiertas por los jueces de derecho más antiguos clasificados de *Muy Bien*; y la tercera vacante es cubierta por el juez de derecho más antiguo clasificado de *Bien con Distinción*. No habiendo, en número suficiente, concursantes clasificados con *Muy Bien*, las respectivas vacantes serán cubiertas por magistrados clasificados con *Bien con Distinción* y viceversa.

B) El acceso al Tribunal Supremo de Justicia se hace por concurso de méritos abierto a los magistrados de las Carreras Judicial y Fiscal y a otros juristas de reconocido prestigio, en los términos que establezca la ley (artículos 215, apartado 4º, de la Constitución y 50 EMJ).

Compete al Consejo Superior de la Magistratura anunciar el concurso y proceder a la valoración y reconocimiento curricular de todos los candidatos. En el concurso de acceso al Tribunal Supremo de Justicia han de concurrir necesariamente los Jueces de las Relaciones (2ª Instancia) que se encuentren en el cuarto superior de la lista de antigüedad y no renuncien expresamente al acceso, y, voluntariamente: a) los Fiscales Generales Adjuntos que lo soliciten, con una antigüedad igual o superior a la del más moderno de los jueces anteriormente citados y clasificados como *Muy Bien* o *Bien con Distinción*, y b) los juristas que lo soliciten, de reconocido mérito e idoneidad cívica, con, al menos, veinte años de actividad profesional exclusiva o sucesivamente en la carrera docente universitaria o en la abogacía, computándose también hasta un máximo de cinco años el tiempo servido por estos juristas en las magistraturas de la Carrera Judicial o del Ministerio Fiscal³⁶.

La valoración y reconocimiento curricular de los candidatos se hará según sus méritos dentro de cada categoría (jueces, fiscales y juristas de reconocido mérito)³⁷, teniendo en cuenta los siguientes extremos: a) anteriores clasificaciones de servicio; b) valoración obtenida en los concursos de ingreso en los cargos judiciales; c) currículum universitario y de estudios de postgrado; d) trabajos científicos realizados; e) actividades desarrolladas en el ámbito forense o de enseñanza del Derecho; y f) otros factores que avalen la idoneidad de los solicitantes para el cargo a proveer.

La distribución de las vacantes se hace, sucesivamente, del siguiente modo: a) Tres de cada cinco vacantes serán cubiertas por Jueces de las Relaciones; b) Una de cada cinco vacantes será cubierta por Fiscales Generales Adjuntos; c) Una de cada cinco vacantes será cubierta por juristas de reconocido prestigio; d) Las vacantes no cubiertas por el turno de fiscales serán atribuidas a los Jueces; y las no cubiertas por el turno de juristas, no pueden acrecer a los otros candidatos.

d. Nombramientos

i. Nombramientos discrecionales: limitación temporal

El Presidente del Tribunal Supremo de Justicia es elegido por los jueces consejeros que lo componen y preside el Consejo Superior de la Magistratura. Los vice-presidentes del Tribunal Supremo de Justicia son también elegidos por los magistrados que lo componen. Los presidentes y vice-presidentes de los tribunales de las Relaciones son

³⁶ Hay que resaltar que estos últimos al presentar su petición deberán cesar en el ejercicio de cualquier actividad político-partidaria de carácter público.

³⁷ En los nombramientos de jueces de las relaciones y fiscales generales adjuntos debe de tenerse en cuenta la antigüedad de los concursantes dentro de cada clase.

elegidos por los jueces desembarcadores de los respectivos tribunales. Estos cargos judiciales son elegidos por un plazo de cinco años y sin posibilidad de reelección.

Por su parte, el cargo de presidente de los tribunales de primera instancia es por rotación entre todos los jueces del citado órgano. Si bien su poder gubernativo es muy reducido destacando el reparto en los turnos de permisos y licencias.

ii. Nombramientos reglados

Los Jueces de Derecho son nombrados según la graduación obtenida en los cursos y estancias de formación. Y el primer nombramiento se realiza para plazas de primer acceso.

Los Jueces de círculo son nombrados entre los Jueces de Derecho con más de diez años de servicio y con clasificación no inferior a *Bien con Distinción* (art. 45 EMJ). Se equiparan a Jueces de círculo los jueces de los tribunales de familia y menores, de los tribunales de comercio, de los tribunales marítimos, de los tribunales de instrucción penal, de los tribunales de trabajo, de los tribunales de ejecución de penas y de los tribunales colectivos civiles y penales (art. 45 A EMJ).

e. Provisión de destinos y tiempo mínimo de permanencia

En este punto se sigue una regla similar a la establecida en España por cuanto se diferencia entre los traslados voluntarios y forzosos. Así, los Jueces de Derecho pueden ser trasladados a petición suya cuando transcurran dos años desde la fecha del acuerdo de nombramiento para el cargo anterior. Si ese nombramiento no fue hecho a solicitud suya entonces puede solicitar el traslado cuando transcurra solo un año. Ahora bien, estos plazos no serán aplicables en la provisión de plazas de nueva creación.

El traslado a petición de plazas de primer acceso para las plazas de acceso final solo puede hacerse transcurridos tres años desde la fecha del primer nombramiento, sin que los Jueces de Derecho puedan ser colocados en plazas de acceso final sin haber ejercido sus funciones en plazas de primer acceso.

La asignación de las plazas entre los Jueces de Derecho debe hacerse con preferencia de las necesidades del servicio y el mínimo perjuicio para la vida personal y familiar de los interesados.

En la provisión de plazas en tribunales de competencia especializada se ponderará la formación específica de los candidatos así como el ejercicio de funciones cuando hayan permanecido al menos dos años. Sin perjuicio de lo anterior son factores a tener en cuenta en las asignaciones de las plazas, por orden decreciente de preferencia, la clasificación del servicio y la antigüedad.

Los concursos de traslado se efectuarán en el mes de julio, siendo publicadas antes las vacantes previsibles. Sin perjuicio de la iniciativa del Consejo Superior de la Magistratura, el Ministerio de Justicia puede solicitar la realización de traslados judiciales con fundamento en la urgente necesidad de cobertura de plazas vacantes o de ubicar a jueces auxiliares.

f. Valoración profesional

Al igual que sucede en otros países, la carrera judicial en Portugal se desarrolla con evaluaciones continuas que llevan a cabo los servicios de inspección dependientes del Consejo Superior de la Magistratura, servicios integrados por inspectores judiciales y secretarios de inspección (art. 160 EMJ).

Los inspectores judiciales son nombrados por el Consejo entre jueces desembarcadores o, excepcionalmente, de entre jueces de derecho con más de quince años de experiencia en la carrera judicial y clasificados con «muy bien», que actúan en comisión

de servicios. Ahora bien, cuando se deba proceder a inspeccionar, instruir penalmente o disciplinariamente a jueces del Tribunal Supremo de Justicia o de las Relaciones, es designado como inspector extraordinario un juez consejero (art. 162 EMJ).

El país está dividido en 18 circunscripciones de inspección estando designado para cada una de ellas un inspector que ejercerá sus funciones durante tres años al término de las cuales deberá cambiar de circunscripción. Por otra parte, cada tribunal de primera instancia debe ser inspeccionado, ordinariamente, cada tres años.

Compete a los servicios de inspección facilitar al Consejo un perfecto conocimiento del estado, necesidades y deficiencias de los servicios judiciales de cada tribunal a fin de adoptar las medidas oportunas o proponer al Ministro de Justicia las medidas que sean competencia del Gobierno. Complementariamente, los servicios de inspección se dedican a recoger informaciones sobre el servicio y el mérito de los magistrados³⁸ sin que en ningún caso pueda apreciarse la decisión de fondo la cual sólo puede ser valorada por el tribunal superior en vía de recurso, si bien puede apreciar los fundamentos que determinaron la citada decisión.

i. Clasificación de los Jueces de Derecho³⁹

Los Jueces de Derecho son clasificados, de acuerdo con su mérito, de *Muy Bien*, *Bien con Distinción*, *Bien*, *Suficiente* *Mediocre*⁴⁰ (art. 33 EMJ). Dicha clasificación debe atender al modo como éstos desempeñan la función, al volumen, diligencia y gestión del servicio a su cargo, la capacidad de simplificación de los actos procesales, las condiciones de trabajo prestado, su preparación técnica, categoría intelectual, trabajos jurídicos publicados e idoneidad cívica⁴¹.

Los Jueces de Derecho son clasificados en inspección ordinaria, la primera vez transcurrido un año desde su permanencia en el primer destino y, posteriormente, con una periodicidad, como regla general, de cuatro años. Además, es posible una inspección extraordinaria bien a requerimiento del propio juez desde que hayan transcurrido más de tres años de la última inspección ordinaria bien en cualquier momento por decisión del Consejo Superior de la Magistratura.

En caso de falta de clasificación no imputable al juez se presume la *de Bien*, excepto que el propio juez requiera la inspección en cuyo caso será realizada obligatoriamente.

En las clasificaciones están siempre considerados el tiempo de servicio, los resultados de las inspecciones anteriores, los procesos disciplinarios y cualesquiera elementos complementarios que consten en el respectivo proceso individual (art. 37 EMJ). El juez será obligatoriamente oído sobre el informe de la inspección y puede aportar los elementos que entienda convenientes. Las consideraciones que el inspector eventualmente consigne sobre la respuesta del inspeccionado no pueden referir hechos nuevos que le desfavorezcan y deben darse a conocer al inspeccionado. La Comisión Permanente del Consejo Superior de la Magistratura aprecia libremente el informe de inspección y la propuesta de clasificación hecha por el inspector. Contra esta resolución cabe reclamación del juez inspeccionado ante el Pleno del Consejo y ante esta última recurso en vía jurisdiccional ante el Tribunal Supremo de Justicia.

³⁸ La inspección destinada a recoger informaciones sobre el servicio y el mérito de los magistrados no puede ser hecha por inspectores de categoría o antigüedad inferiores a la de los magistrados inspeccionados (art. 161 EMJ).

³⁹ Como hemos visto anteriormente, la promoción desde los juzgados inferiores a los superiores exige, en primer lugar, tener una evaluación de los servicios de inspección «muy positivo», y a continuación el criterio que se aplica es el de antigüedad.

⁴⁰ La clasificación de mediocre implica la suspensión del ejercicio de las funciones de magistrado y la apertura de una investigación por inaptitud para ese servicio (art. 34 EMJ).

⁴¹ Los Jueces de Derecho en comisión de servicio en tribunales no judiciales son clasificados periódicamente en los mismos términos que los que ejercen funciones en los tribunales judiciales, y los que se hallen en comisión de servicio diferente de la anterior son clasificados si el Consejo Superior de la Magistratura dispone de elementos bastantes o los puede obtener a través de las inspecciones necesarias, considerándose actualizada, en caso contrario, la última clasificación.

ii. Clasificación de los jueces de las Relaciones⁴²

A requerimiento fundado de los interesados, el Consejo Superior de la Magistratura puede determinar la inspección al servicio de los jueces de las relaciones que previsiblemente serán concursantes necesarios al acceso al Tribunal Supremo de Justicia. Todo ello, sin perjuicio de la inspección a iniciativa del Consejo Superior de la Magistratura.

g. Especialización

La Ley portuguesa que regula el ingreso en las magistraturas, la formación de magistrados y la naturaleza, estructura y funcionamiento del Centro de Estudios Judiciales de 14 de enero de 2008, proclama que «la participación del magistrado en acciones de formación continua, en los términos previstos en el estatuto de la magistratura respectiva, es tenida en cuenta, en general, en la valoración del desempeño profesional y, en especial, a efectos de provisión de plazas en los tribunales de competencia especializada o específica y de progresión de carrera» (artículo 78, apartado 3.º).

VI. COMISIONES DE SERVICIO

Los jueces en ejercicio no pueden ser nombrados en comisión de servicio sin autorización del Consejo Superior de la Magistratura. Y esta autorización sólo puede ser concedida a jueces con, al menos, cinco años de servicio efectivo.

Se consideran *comisiones de servicio de naturaleza judicial* las referidas a los siguientes cargos: a) Inspector Judicial; b) Director o profesor del Centro de Estudios Judiciales o, de cualquier modo, responsable de la formación de jueces o fiscales; c) Secretario del Consejo Superior de la Magistratura; d) Juez en tribunal no judicial; e) Vocal del Consejo Superior de la Magistratura, cuando el cargo sea ejercido a tiempo completo; f) Asesor del Tribunal Supremo de Justicia, en el Tribunal Constitucional o en el Consejo Superior de la Magistratura; g) Fiscal General Adjunto, en los términos de la respectiva ley orgánica. Son también consideradas de naturaleza judicial las comisiones de servicio que respeten el ejercicio de funciones en las áreas de cooperación internacional, especialmente con los países africanos de lengua o fiscal portuguesa, y de apoyo técnico-legislativo relativo a la reforma del sistema judicial en el ámbito del Ministerio de Justicia (art. 56 EMJ).

A falta de disposición especial, las comisiones de servicio ordinarias —como son las de naturaleza judicial— tienen una duración de tres años y son renovables por igual período, pudiendo excepcionalmente, en caso de relevante interés público ser renovadas por nuevo período de igual duración. Si bien, no pueden ser nombrados en comisión de servicio, antes de haber transcurrido tres años desde el cese del último período, los jueces que hayan ejercido funciones en comisión de servicios durante seis años consecutivos.

El tiempo en comisión de servicio es considerado, a todos los efectos, como de servicio efectivo en la función. Y las comisiones de servicio ordinarias implican declarar la plaza que estuviera ocupando en ese momento el juez como vacante⁴³.

⁴² El nombramiento como magistrado del Tribunal Supremo es siempre mediante concurso abierto entre magistrados de los Tribunales de apelación. Entre ellos los de mayor antigüedad serán candidatos de oficio, mientras que los demás podrán concursar de forma voluntaria. También hay un turno para integrar como magistrados del Tribunal Supremo (uno de cada cinco) a fiscales, puesto que la carrera judicial y fiscal en Portugal es común en el acceso. Por último, igualmente hay un concurso de méritos para integrar juristas de reconocida competencia (uno de cada cinco magistrados del Tribunal Supremo).

⁴³ Salvo las siguientes: Inspector Judicial; Director o profesor del Centro de Estudios Judiciales o, de cualquier modo, responsable de la formación de jueces o fiscales; Secretario del Consejo Superior de la Magistratura; Vocal del Consejo Superior de la Magistratura, cuando el cargo sea ejercido a tiempo completo, y de apoyo técnico-legislativo relativo a la reforma del sistema judicial en el ámbito del Ministerio de Justicia.

VII. PERMISOS Y LICENCIAS⁴⁴

Los jueces se pueden ausentar de su circunscripción en el período autorizado de vacaciones así como en virtud de licencia, dispensa y sábados, domingos y festivos, sin que en ningún caso pueda perjudicarse la ejecución del servicio urgente (art. 9.2).

a. Vacaciones

Los magistrados tienen derecho a los siguientes días de vacaciones por año (art. 2 del Decreto-Ley n.º 100/99, de 31 de Marzo): 25 días hábiles de vacaciones hasta completar 39 años de edad; 26 días hábiles de vacaciones hasta completar 49 años de edad; 27 días hábiles de vacaciones hasta completar 59 años de edad; 28 días hábiles de vacaciones a partir de los 59 años de edad. Además de estos días, cada magistrado tiene derecho a un día hábil de vacaciones por cada 10 años de servicio efectivamente prestado.

Los magistrados disfrutarán de sus vacaciones preferentemente durante el período de vacaciones judiciales⁴⁵, sin perjuicio de los turnos a que estén sujetos o del servicio que haya de tener lugar en vacaciones, en los términos de la ley. Por razón del servicio público, motivo justificado u otro legalmente previsto, los jueces pueden disfrutar de sus vacaciones en períodos diferentes de los establecidos en los párrafos anteriores.

Debe comunicarse al Consejo Superior de la Magistratura tanto la ausencia para el disfrute de las vacaciones como el lugar donde se vayan a desplazar los magistrados. Pudiendo este Órgano determinar el regreso a las funciones, sin perjuicio del derecho que asiste a los magistrados de disfrutar en cada año natural los días de vacaciones a que tengan derecho en los términos legalmente previstos para la función pública⁴⁶.

b. Licencias

Las licencias pueden revestir las siguientes modalidades (art. 73 del Decreto-Ley n.º 100/99, de 31 de marzo): a) Licencia sin sueldo hasta 90 días (además del sueldo implica pérdida de antigüedad a efectos de carrera y jubilación); b) Licencia sin sueldo por un año (renovable hasta un límite de tres años y con idénticos efectos que la primera); c) Licencia sin sueldo de larga duración (no puede tener duración inferior a un año y con idénticos efectos a las anteriores); d) Licencia sin sueldo para acompañar al cónyuge destinado en el extranjero (en misiones de defensa o representación de intereses

⁴⁴ El EMJ regula el deber de residencia (art. 8) señalando que los jueces tienen el domicilio necesario en la sede del tribunal donde ejercen sus funciones, pudiendo residir en cualquier lugar de la circunscripción judicial siempre que no sea un inconveniente para el ejercicio de sus funciones. Cuando las circunstancias lo justifiquen y no haya perjuicio para el ejercicio de sus funciones, los jueces de derecho pueden ser autorizados por el Consejo Superior de la Magistratura a residir en un lugar diferente al previsto en el párrafo anterior. Los jueces del Tribunal Supremo de Justicia y de las Relaciones están dispensados de la obligación de domicilio, salvo determinación en contrario del Consejo Superior de la Magistratura, por razones del servicio. Por otra parte, en su artículo 29 se establece que en las localidades donde resulte necesario el Ministerio de Justicia pone a disposición de los jueces, durante el ejercicio de su función, casa amueblada, mediante el pago de una contraprestación mensual, a pagar por el Ministerio de Justicia, de una cantidad no superior a un décimo del total de las respectivas remuneraciones. Y a aquellos jueces que no dispongan de casa tienen derecho a una compensación fijada por el Ministerio de Justicia, teniendo en cuenta los precios corrientes en el mercado inmobiliario local (art. 29 EMJ).

⁴⁵ Los magistrados destinados en las regiones autónomas (Azores y Madeira) tienen derecho al disfrute de las vacaciones judiciales de verano en el continente acompañados de su familia, siendo a cargo del Estado los gastos de desplazamiento.

⁴⁶ En estos casos, cuando en el disfrute de las vacaciones los magistrados judiciales tengan que desplazarse a su respectiva región autónoma para el cumplimiento del servicio de turno que les corresponda, los correspondientes gastos de desplazamiento serán a cargo del Estado.

del país o en organizaciones internacionales en las que Portugal sea miembro), en este caso el tiempo de licencia no computa para cualesquiera efectos, salvo jubilación; f) Licencia sin sueldo para ejercicio de funciones en organismos internacionales.

Además, tenemos las siguientes licencias: a) Por Maternidad. Las juezas tienen derecho a una licencia de maternidad de 120 días consecutivos, 90 de los cuales necesariamente seguidos al parto, pudiendo los restantes ser gozados, total o parcialmente, antes o después del parto⁴⁷. El tiempo de duración de esta licencia es considerado a todos los efectos legales como prestación efectiva de trabajo, especialmente a efectos de remuneración y de antigüedad⁴⁸. En el caso de nacimientos múltiples, el período de licencia aumenta 30 días por cada hijo además del primero; b) Por Paternidad. El padre tiene derecho a una licencia por paternidad de cinco días útiles, seguidos o interpolados, durante el primer mes siguiente al nacimiento del hijo. El padre tiene además derecho a la licencia de paternidad de igual duración a la que la madre tendría derecho (o al remanente, caso de que la madre haya gozado algunos días), en los siguientes casos: incapacidad física o psíquica de la madre; muerte de la madre, y decisión conjunta de los padres; c) Por nacimiento de hijo (el padre tiene derecho a dos días hábiles); d) Para consultas prenatales (por el tiempo y veces necesarias y justificadas, preferentemente fuera de las horas laborables) y amamantamiento; e) Por Adopción (cuando es menor de 15 años, derecho a 100 días consecutivos), y g) Asistencia a menor (hasta un año de edad) con discapacidad o dolencia crónica (si el otro progenitor trabaja o está impedido de ejercer la patria potestad, reducción de la jornada laboral), para asistencia a hijo (hasta 12 años de edad) con discapacidad o dolencia crónica (período hasta seis meses prorrogable hasta el límite de cuatro años), y para asistencia a menores y nietos

c. Conciliación de la vida familiar y profesional

No existen normas estatutarias de conciliación de la vida profesional y familiar además de las que determinan que en la asignación de las plazas entre los jueces de derecho debe hacerse con preferencia de las necesidades del servicio y el mínimo perjuicio para la vida personal y familiar de los interesados⁴⁹.

Esa conciliación resulta, sobretodo, de la ley general aplicable a todos los funcionarios del Estado, como por ejemplo, las leyes sobre la protección de la maternidad.

d. Mecanismos de sustitución

Tanto los jueces del Tribunal Supremo de Justicia como los de las Relaciones son sustituidos por jueces del mismo tribunal. Por su parte, los jueces de derecho son sustituidos durante sus permisos y licencias sucesivamente: por otro juez de derecho; o, en su ausencia, por persona idónea, licenciada en derecho, designada por el Consejo Superior de la Magistratura, tal y como establece la Ley de Organización y Funciona-

⁴⁷ Artículo 35.1 del Código del Trabajo, según la Ley 99/2003, de 27 de agosto, y artículo 23 del Decreto-Ley 100/99, de 31 de marzo.

⁴⁸ Artículo 2.1 del Decreto-Ley 77/2005, de 13 de abril.

⁴⁹ Hay, no obstante, incompatibilidades resultantes del cónyuge juez, fiscal o abogado. En este caso no pueden ejercer funciones en el mismo tribunal o circunscripción, operando en todo caso el sistema de abstención y recusación. Y así, está prohibido a los jueces: 1) Ejercer funciones en un tribunal en que sirvan jueces de derecho, fiscales o funcionarios de justicia que estén ligados por matrimonio o unión de hecho, parentesco o afinidad en cualquier grado de línea recta o hasta el segundo grado de línea colateral; 2) Ejercer funciones en tribunales de primera instancia cuando en la sede de la respectiva comarca, excepto en las de Lisboa y de Oporto, tenga despacho de abogado cualquiera de las personas referidas anteriormente; y 3) Servir en tribunal perteneciente a círculo judicial en que, en los últimos cinco años, hayan desempeñado funciones de fiscal o que pertenezcan al círculo judicial en que, en igual período, hayan tenido despacho de abogado (art. 7 EMJ).

miento de los Tribunales Judiciales (art. 68.1). En los tribunales con más de un juez, el juez del primer juzgado es sustituido por el del segundo, este por el del tercero, y así sucesivamente.

La sustitución que se prolongue por período superior a treinta días es remunerada por acuerdo del Ministerio de Justicia con el parecer favorable del Consejo Superior de la Magistratura.

Ponderando las necesidades del servicio, el Consejo puede, con carácter excepcional, determinar que un juez, con su consentimiento, ejerza funciones en más de un juzgado o en más de un tribunal, aunque de circunscripción diferente (art. 69 LOFTJ). Y cuando el servicio lo justifique, especialmente por el número y complejidad de los asuntos, el Consejo Superior de la Magistratura puede destacar los jueces auxiliares (o sustitutos) que resulten necesarios⁵⁰. El destacamento se efectúa por un año y ser renovado por períodos iguales, contando siempre con el consentimiento del juez (art. 50.2 y 3 LOFTJ).

En la sede de cada distrito judicial (en Portugal hay cuatro distritos judiciales: Lisboa, Oporto, Coimbra y Évora) hay una bolsa de jueces para destacar en los tribunales de la respectiva circunscripción en que se verifica la licencia o permiso de sus titulares o haya alguna plaza vacante, en circunstancias que, por el período de tiempo previsible de ausencia de titular, unido al volumen de asuntos, desaconsejen recurrir a los regímenes de sustitución o de acumulación de funciones (art. 71 LOFTJ). Corresponde al Consejo Superior de la Magistratura gestionar las bolsas de jueces y organizar su destacamento.

VIII. INCOMPATIBILIDADES

Expresamente, establece la Constitución que «los jueces en activo no pueden desempeñar ninguna otra función pública o privada, salvo las funciones docentes o de investigación científica de naturaleza jurídica, no remuneradas, en los términos establecidos por la ley» (artículo 216, apartado 3.º).

a) *Actividades públicas*. Está prohibido a los jueces en ejercicio de sus funciones la práctica de actividades político-partidarias de carácter público. En concreto, se establece que los jueces en activo no pueden ocupar cargos políticos, excepto el de Presidente de la República, de miembro del Gobierno o del Consejo de Estado (art. 11 EMJ).

Los jueces, salvo los jubilados y los que se encuentren en situación de licencia sin sueldo de larga duración, no pueden desempeñar ninguna otra función pública o privada de naturaleza profesional, salvo las funciones docentes o de investigación científica de naturaleza jurídica, no remuneradas, y las funciones directivas en organizaciones sindicales de la magistratura judicial.

Los jueces que ejerzan funciones en el órgano ejecutivo de la asociación sindical de la magistratura judicial gozan de los derechos previstos en la legislación sindical aplicable, pudiendo igualmente beneficiarse de una reducción de la carga de trabajo, mediante acuerdo del Consejo Superior de la Magistratura (art. 13 EMJ).

b) *Actividades privadas*. El ejercicio de funciones docentes o de investigación científica de naturaleza jurídica precisa de autorización del Consejo Superior de la Magistratura y no puede suponer perjuicio para el servicio. Añadir que los jueces pueden llevar la defensa en juicio en causa propia, de su cónyuge o descendientes.

IX. RETRIBUCIONES Y PROTECCIÓN SOCIAL

El sistema de remuneración de los jueces y fiscales es el resultado de una reivindi-

⁵⁰ Los jueces auxiliares (o sustitutos) perciben una remuneración igual a la que les correspondería si ejercieran sus funciones como titulares en los tribunales en los que están destacados (art. 70.2 LOFTJ).

cación llevada a cabo en 1989 por las asociaciones sindicales de magistrados. Dicha remuneración fue establecida con base en dos criterios: la titularidad de un órgano de soberanía y la exclusividad de funciones.

El sistema retributivo de los jueces está compuesto por: a) Remuneración base y b) Complementos⁵¹. La remuneración base de los jueces consejeros está equiparada a la del primer ministro; la de los jueces desembagadores a la de los secretarios de Estado y la de los jueces de derecho con 18 años de servicio a los directores generales. La estructura de la remuneración base a abonar mensualmente a los jueces es la que se desarrolla en la escala aneja al Estatuto de los Magistrados Judiciales, de la que forma parte integrante⁵². La remuneración base es actualizada anualmente, y de forma automática, en relación al valor correspondiente al índice 100⁵³.

En el plano de la protección social, los jueces tienen derecho a los subsidios propios de la función pública tales como: abono de familia, prestaciones complementarias de abono de familia, subsidio de alimentos, prestaciones de acción social complementarias y subsidio por muerte.

X. RESPONSABILIDAD CON ESPECIAL REFERENCIA A LA DISCIPLINARIA

Los Jueces no pueden ser responsabilizados por sus resoluciones, salvo las excepciones establecidas por la ley (artículo 216, apartado 2.º, de la Constitución). Por su parte, el Estatuto de los jueces establece que solo en los casos especialmente previstos en la ley los Jueces pueden estar sujetos, en razón del ejercicio de sus funciones, a responsabilidad civil, penal o disciplinaria.

a. Responsabilidad civil

Fuera de los casos en que la falta constituya un delito, la responsabilidad civil solo puede ser hecha efectiva mediante acción de regreso del Estado contra el respectivo juez con fundamento en dolo o culpa grave (art. 5 EMJ).

El deber de indemnizar compete en primer lugar al Estado. La acción de regreso del Estado contra el magistrado puede ser ejercitada con fundamento en dolo o culpa grave y tras la opinión favorable del Consejo Superior de la Magistratura.

⁵¹ A título de complementos, se establecen las compensaciones siguientes: 1) Complemento por la ejecución del servicio urgente: Complemento remuneratorio diario debido a los magistrados por la prestación del servicio urgente que deba ser ejecutado los sábados, en las fiestas que recaigan en lunes y el segundo día festivo en caso de dos festivos consecutivos, es el pago en los términos que establece la ley, calculándose el valor de la hora normal de trabajo referida al índice 100 de la escala salarial. 2) Subsidio de vivienda a los jueces que ejerzan funciones en las regiones autónomas y allí no dispongan de casa propia (art. 24). 3) Gastos de representación: El presidente del Tribunal Supremo, los vice-presidentes del Tribunal Supremo, el vice-presidente del Consejo Superior de la Magistratura y los presidentes de las Relaciones tienen derecho a un subsidio correspondiente al 20%, 10%, 10% y 10%, respectivamente, del sueldo, a título de gastos de representación. 4) Gastos de traslado: Los jueces tienen derecho al reembolso, si no optan por recibirlo de forma anticipada, de los gastos derivados de su traslado y el de su familia y del transporte de sus bienes personales, cualquiera que sea el medio de transporte utilizado, cuando sean promovidos, trasladados o colocados por razones de naturaleza no disciplinaria (art. 26). 5) Ayudas de coste siempre que el juez deba prestar servicio fuera de la circunscripción de su tribunal o servicio (art. 27). Los jueces del Tribunal Supremo de Justicia residentes fuera del municipio de Lisboa o de los municipios limítrofes tienen derecho a una ayuda de coste fijada para los miembros del Gobierno, abonada por cada día de sesión del tribunal en que participen.

⁵² A esos valores hay que sumar la asignación a los magistrados que no ocupen o dispongan de casa de función el montante mensual de 630,00€, en concepto de renta de casa (art. 29.2 EMJ). Dicho Estatuto establece que los magistrados (jueces y fiscales) tienen derecho a casa cedida por el Estado. Como quiera que hay muy pocas casas de función la gran mayoría de jueces y fiscales percibe esa suma dineraria (Ley 55/2010, de 31 de diciembre).

⁵³ Como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno para afrontar la crisis económica, estos valores fueron reducidos en un 10 por 100 con la Ley 55 /2010, de 31 de diciembre.

b. Responsabilidad penal

En Portugal, como en el resto de Europa, los jueces que cometan delitos en el ejercicio de sus funciones o debido a las mismas responderán penalmente de sus actos, como cualquier otro ciudadano⁵⁴. No obstante, en el sistema portugués los jueces gozan de un fuero propio, como medio de garantía de la imparcialidad.

El fuero competente para la instrucción y enjuiciamiento de los jueces por infracción penal, así como para los recursos en materia de infracciones administrativas, es el tribunal de categoría inmediatamente superior a aquella en la que se encuentra destinado el magistrado o, en el caso de los jueces del Tribunal Supremo de Justicia, este mismo tribunal (art. 15.2 EMJ). Así pues, el tribunal de apelación competente juzgará a los jueces de primera instancia, y el Tribunal Supremo de Justicia, a los jueces de los tribunales de apelación y del propio Tribunal Supremo de Justicia.

c. Responsabilidad disciplinaria

El ejercicio de la potestad disciplinaria de los Magistrados de los Tribunales judiciales compete al Consejo Superior de la Magistratura, en los términos establecidos por la ley (artículo 217, apartado 1º, de la Constitución). Y así, conforme a lo previsto en el Estatuto de los Magistrados Judiciales, los jueces están sujetos a una responsabilidad disciplinaria.

La responsabilidad disciplinaria, si cuenta con las debidas garantías, representa la forma más adecuada de responsabilidad jurídica de los jueces, por lo que merece una especial atención. A diferencia de lo que ocurre en la legislación portuguesa, según la cual la responsabilidad disciplinaria de los magistrados deriva de las concepciones administrativas de la disciplina de los funcionarios públicos, es preciso que en relación con esta responsabilidad se identifiquen de forma taxativa los actos ilícitos de carácter disciplinario, de los que quedarán excluidos ciertos tipos imprécisos de lesión, tales como la «*lesión del prestigio de la magistratura*» y otros similares, que han permitido y siguen permitiendo que, por una parte, el juicio disciplinario pierda sus características, y por otro, se den intimidaciones inaceptables para la independencia de los jueces, ya sea en relación con cuestiones ligadas a la política, a la jurisprudencia o, incluso, a la sociedad⁵⁵.

Constituyen infracción disciplinaria aquellas acciones que, aunque no representen más que faltas, realicen los jueces infringiendo sus deberes profesionales, así como aquellas acciones u omisiones que pertenezcan a su vida pública o tengan efectos

⁵⁴ En este sentido, el Informe N° 3 (2002) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos sobre los principios y reglas que rigen los imperativos profesionales aplicables a los jueces y especialmente la deontología, los comportamientos incompatibles y la imparcialidad, afirma que los jueces deben ser penalmente responsables en los términos que establece el Derecho común para aquellas infracciones que hayan cometido fuera del ejercicio de sus funciones, si bien no se deberán iniciar acciones por responsabilidad penal contra un juez para aquellos actos ligados a sus funciones si tales actos no se cometieron con dolo (apartado 53). Es preciso crear mecanismos que permitan evitar aquellas investigaciones o acciones penales contra los jueces por el ejercicio de sus funciones que se promuevan con fines vejatorios o con el objetivo de impedir que dichos jueces ejerzan debidamente su función (apartado 54).

⁵⁵ En el citado Informe N° 3 (2002) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos, se establece que: a) en cada país, el estatuto o la carta fundamental aplicable a los jueces debería definir —con la mayor precisión posible— las faltas que puedan causar sanciones disciplinarias, así como el procedimiento a seguir; b) en cuanto a la apertura de un procedimiento disciplinario, los países deberían contemplar la existencia de una persona o de un órgano, especialmente encargados de recibir las quejas, de recoger los comentarios de los jueces afectados por éstas y de juzgar si pesan sobre los interesados cargos suficientes para la apertura de dicho procedimiento; c) una vez abierto, cualquier procedimiento disciplinario debería ser sometido a una autoridad o a una jurisdicción independiente, ante la que los derechos de la defensa quedan plenamente garantizados; d) si dicha autoridad no es un tribunal, sus miembros deberían ser nombrados por una autoridad independiente; e) en cada país, los procedimientos disciplinarios deberían prever la posibilidad de presentar un recurso sobre la decisión pronunciada por el primer órgano disciplinario; f) las sanciones deberían ser definidas con la mayor precisión posible y deberían ser aplicadas de modo proporcional.

sobre la misma y sean incompatibles con la dignidad imprescindible en el ejercicio de sus funciones (art. 82 EMJ).

Los jueces quedan sujetos a las siguientes sanciones disciplinarias (art. 85 EMJ): a) amonestación; b) multa; c) traslado; d) suspensión del ejercicio de la profesión; e) inactividad; f) jubilación forzosa; y g) separación del servicio.

El procedimiento disciplinario constituye el modo de hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria. Hasta que se dicte la resolución final, el mismo tendrá carácter confidencial.

Corresponde al Consejo Superior de la Magistratura incoar un procedimiento disciplinario contra un juez, y su instrucción a un inspector judicial (bien un juez de un tribunal de apelación, bien un juez del Tribunal Supremo de Justicia).

La obtención de pruebas en el procedimiento disciplinario se concluirá en el plazo de treinta días. En esta fase de obtención de pruebas no se prevé un número máximo de testigos, si bien el instructor podrá denegar la petición de audiencia de los testigos o declarantes cuando considere que la prueba obtenida es suficiente. Concluida la fase de obtención de pruebas, el instructor en un plazo de diez días formulará la acusación o, en caso de no existir indicios de infracción disciplinaria o de que dicha infracción se haya extinguido, elaborará un informe por el que recomiende archivar la causa.

Una vez formulada la acusación, se enviará una notificación al juez acusado, quien podrá contar con la asistencia de un abogado defensor, para que presente su defensa en un plazo de entre diez y treinta días, pudiendo aportar testigos, adjuntar documentos o solicitar que se practiquen diligencias. El instructor elaborará, en el plazo de quince días, un informe en el que deberán constar aquellos hechos cuya existencia considere probada, así como la calificación de los mismos y la indicación de la sanción disciplinaria que sea aplicable. Y remitirá el procedimiento al Consejo Superior de la Magistratura, conociendo de la causa su Comisión Permanente (en caso de que el acusado sea un juez de primera instancia) o el Pleno (si se trata de un juez de un tribunal de apelación o del Tribunal Supremo de Justicia). Contra la resolución de la Comisión Permanente cabe interponer recurso ante el Pleno del Consejo Superior de la Magistratura, y contra las resoluciones del Pleno cabe interponer recurso ante el Tribunal Supremo de Justicia.

XI. CESE

Los jueces cesan en sus funciones: a) El día en que cumplan la edad que la ley prevé para la jubilación de los funcionarios del Estado; b) El día en que fuera publicada la orden de su desvinculación del servicio; y c) El día inmediato a aquel en que llegue a la comarca o al lugar donde sirven el Diario de la República con la publicación de la nueva situación (art. 70 EMJ).

Los jueces que se jubilaran por límite de edad, incapacidad o en los términos del artículo 37 del Estatuto de la jubilación (excluida la aplicación de sanción disciplinaria) son considerados jubilados. Los jueces jubilados continúan vinculados a los deberes estatutarios y ligados al tribunal del que formaban parte, no pudiendo ejercer cualesquiera otras funciones, gozan de los títulos, honras, regalías e inmunidades correspondientes a su categoría y pueden asistir con el traje profesional a las ceremonias solemnes que se realicen en el referido tribunal, colocándose a la derecha de los magistrados en servicio activo (art. 67 EMJ). Además, tienen el mismo salario que el de los jueces en activo⁵⁶ y sus pensiones son automáticamente actualizadas y en la misma proporción en función del incremento de las remuneraciones de los jueces de categoría y escalón correspondiente a aquellos en que se produce la jubilación.

⁵⁶ En el momento de publicarse este artículo está en discusión en el Parlamento un proyecto de Ley que pretende modificar sustancialmente el estatuto de los jueces en lo que respecta al sistema de jubilación.

Ahora bien, el estatuto de jubilado puede ser retirado por vía de procedimiento disciplinario. Los jueces jubilados también pueden renunciar a esta condición, quedando sujetos en tal caso al régimen general de jubilaciones públicas, pudiendo ejercer otras funciones si bien su pensión no será actualizada conforme a la actualización de los salarios de sus compañeros en activo.

APUNTES*

- **Menos mal que, por fin, alguien se ocupa ‘en serio’ de la Justicia**

Rita Barberá, con la exquisitez intelectual, la agudeza y ÿnura del discurso que la distingue, ha tomado la audaz decisi3n de ocuparse personalmente de la Justicia, al descubrir algo de lo que nadie se haba percatado hasta ahora: que los jueces militan en partidos y que no han hecho la transici3n.

Cualquier lector de prensa con memoria la recordará compartiendo foto con algùn juez con cargo y responsabilidades en la política de su mismo partido. Pero es claro que su diatriba no apunta en esa direcci3n, ya que es un t3pico muy arraigado de cierta subcultura reaccionaria, la que habla ahora por la boca de la célebre alcaldesa, según el cual son siempre los demás los que hacen política. Los propios nunca, en ningùn caso. Llevan años, incluso siglos, practicando el a politicismo más desinteresado... hasta cuando gobiernan.

Lo curioso es que la regidora valenciana tiene el convencimiento de estar haciendo toda una aportaci3n al progreso político-cultural del país, iniciando con tal especie de «¡ya era hora!» una nueva etapa. Inédita, debido a que en España nadie antes se habria ocupado críticamente de los jueces.

Por fortuna, se da la circunstancia de que a la *fi ezza* de la penetraci3n intelectual puesta de relieve con el exabrupto, se une un buen conocimiento del entorno, pues de jueces y política sí parece que sabe. De ahí la captaci3n de algo en lo que nadie habia caído hasta la fecha: que, muy al contrario de lo que sucede con los jurisdicentes de otros países, los españoles gozan de una especie de bula que los mantiene, con harta injusticia, al margen de todo cuestionamiento y, obviamente, de la difamaci3n. Y es claro que no hay derecho.

Gracias a Dios, la alcaldesa lo ha visto; y, *campeadora* y fallera como es ella, su iniciativa marca el arranque de una nueva interesante etapa para el tercer poder, que dejará de habitar esa privilegiada zona franca, para empezar —¡al ÿn!— a responder de sus actos ante un *tribunal* imparcial.

- **De ‘sultano’ a ‘sultano’**

Tan repugnante como ilustrativo. La foto de «l’anziano concupiscente» (B. Spinelli), otrora *Il Cavaliere*, besando, sí, besando (o *baciando*, pues era en Italia) encantado la mano de Gadaÿ es otro de esos documentos que iluminan la tenebrosa peripecia del primero, contribuyendo —cabe conÿar— a su conocimiento por parte de la masa de votantes *telenarcotizados* que lo sustenta. La del segundo, con su nutrido historial y su dictatorial dominaci3n, no por las ondas, sino al modo más clásico y más cruento, estaba bien acreditada, aunque no tanto, ciertamente, como lo está ahora, después de los ametrallamientos por tierra y aire de los «perros» y «ratas» sus ciudadanos desarmados.

De esa pestilente relaci3n se han sabido más cosas. Entre ellas una importante que merece pasar a los asquerosos anales de las veleidades sexuales de los oligarcas: fue Gadaÿ quien brindó a Berlusconi el nombre de *bunga bunga* para designar a

* Secci3n a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo, J. Hernández García, A. Jorge Barreiro y R. Sáez Valcárcel.

las yestas de su harén milanés en los bajos del palacio de Arcore. Allí donde el sucio *presidente del Consiglio*, quizá cargado de Viagra, se rodeaba de pobres muchachas —no importa la edad— a las que manoseaba divertido a cambio de dinero, mientras lucía sus gracias. Esas procacidades y ordinarieces que han contribuido a hacerle merecidamente famoso.

Pero, ya se sabe, no es ese el problema. El problema que cuenta es que Berlusconi —¡pobriño, angelito nuestro!— está siendo objeto de una implacable campaña de acoso por parte, ahora, del inmisericorde Bruti Liberati, yscal de Milán, naturalmente de izquierdas. Que, además, ha dado un paso adelante en la ofensiva contra los derechos del ciudadano, al llevar las interceptaciones judiciales hasta el mismísimo interior de la bragueta del «primero de la yla»; solo porque estaba desabrochada.

Esto es lo que, en justa correspondencia con la naturaleza de la invasión, justificaría el paso dado por el atribulado premier: tratar de obtener para todas sus habitaciones el tratamiento jurídico de lugares de Estado. O lo que es lo mismo, también el espacio de sus prostituyentes cochinas sería una dependencia de ese nivel y, consecuentemente, ya no cabría hablar de *bunga bunga* a secas, sino de *bunga bunga di Stato*: ¡Para que se entere Bruti Liberati!

• **Consejero Granados: 'rigor conceptual' pero falta de coherencia**

El discurso político al uso en el Parlamento español, ya se sabe, no es ninguna maravilla. Desde luego, Castelar no dejó herederos y se llevó sus genes, hasta su ADN. Tanto que nadie que no padezca alguna forma de masoquismo acudiría al Diario de sesiones en busca de un destello de elocuencia o de algún solaz literario.

Pues bien, si tal es lo que sucede a esa escala, lo de la Asamblea de Madrid resulta ser de patatús zarzuelero: uno puede encontrarse con perlas infraculturales del calibre del publicitario «primo de Zumosol» transformado en recurso dialéctico de uno de los tribunos (en este caso tribuna, dicho sea para no caer en incorrecciones sexistas).

Pero de todos modos, estando a la altura que está el listón, es el consejero Granados quien ha pasado a ocupar el primer puesto del *ranking*. Y, por cierto, no solo en lo cheli del discurso, sino también en lo tocante a sinceridad, al asociar, con bien logradas pretensiones descriptivas, a la situación actual del área de Justicia de la Comunidad de Madrid, es decir, lo que él gestiona —y para decirlo todo, precisamente, por cómo lo gestiona— el calificativo de «carajal».

El Estado de las autonomías, convertido a veces en un fetiche, es un complejo fenómeno trufado de un sin yñ de ingredientes, entre otros, el indeleble sello pequeño-burgués de los nacionalismos, que, por eso, puede muy bien no enamorar, por una también compleja pluralidad de razones. Pero esto es una cosa, y otra muy distinta que, justo el político en ejercicio de una autonomía, resulte ser un escéptico, todo un anarco-nihilista en la materia autonómica.

Si Granados fuera pura y simplemente un ciudadano de a pie tendría todo el derecho del mundo a ese y parecidos desahogos. Pero, siendo lo que es y haciendo lo que hace, y, sobre todo, *haciendo lo que no hace*, debería ser más prudente en el manejo del aparato *conceptual*. Pero, puesto a no serlo, tendría al menos que manifestarse con política honestidad y coherencia, y decirlo todo. En particular, que ese «carajal» es ni más ni menos que su «carajal». Y, en yñ, estando ya en el uso de la palabra, podría aprovechar la ocasión para explicar a sus sufridos administrados cuánto les ha costado su —o sea, la de Granados— Ciudad de la Justicia y en qué se han ido realmente esas cifras astronómicas de dinero.

•¿'Pro' qué clase de 'vida' y de quién?

En realidad, para saber a qué atenerse, bastaba con estar a su discurso: «por *la vida*» (hipotética), incluso contra la libertad y la calidad de vida actual de la mujer que tiene *per se* y *per natura* la exclusiva responsabilidad de (decidir si) darla o no darla a *expensas de la propia*. De tomar esa decisión que compromete como ninguna otra. Porque, en efecto, de todos las consecuencias posibles de los actos de disposición que integran la fenomenología de nuestros ordenamientos jurídicos, no hay ninguno que produzca una cantidad y, sobre todo, una calidad de efectos equiparables a los que lleva consigo afrontar una maternidad con todo lo que implica. Imagínese la no deseada y, como suele suceder, en situación de desamparo y desvalimiento.

Pero es que, además, lo decían: por el hecho de ser mujer, se está inscrita en un macroproyecto transpersonal y trascendente que *ellos* tienen el derecho —verdadero derecho patrimonial: derecho real y real derecho— de gestionar, para disponer de sus frutos. Dada la trascendente envergadura de la empresa, sin reparar en medios: *atque abutendi*.

Ahora hemos sabido que, ciertamente, de una empresa se trataba, de verdadero tráÿco de niños, incluso con contraprestaciones en dinero. Y que el proyecto, como corresponde a la *calidad* de los medios puestos en juego (la ideología, el fraude, la coacción, la burda manipulación de las conciencias más infelices), era también del mismo perÿl odiosamente instrumental. Nos consta que para dar *la vida*, la —según *ellos*— merecedora de ser vivida y en familias que merecieran también la pena, importaba poco destruir vidas y libertades, al ÿn y al cabo ya antes providencial y socialmente devaluadas.

Y ahí está la historia, no menos oprobiosa que otra (la de los miles de niños abusados) *escrita* por la misma o parecida mano y encubierta con idéntica frialdad y eÿcacia. Como está también una cruda evidencia. Al igual que en el sintagma «la economía», enfáticamente declinado por los banqueros de Chúmy Chúmez, había que (saber) leer «la econo-*suya*», en estos otros asuntos, cuando ellos hablan de «vida» con el mismo énfasis propietario, están pensando realmente solo en la propia, en la de ellos mismos. Nunca en la de los otros, que es, como bien se ha visto: otra cosa. Sobre todo cosa. *Res nullius*, a lo que parece. Por eso la han venido ocupando y la ocupan con tal y tanta *ingenua* desenvoltura.

ZONA LIBRE DE DERECHO

En la Audiencia

En la pequeña sala del juzgado,
sobre las claraboyas de luz gris
rompe la lluvia como el mar.
Un pie se balancea de impaciencia.
Los gastados espejos de las togas
reflejan nuestra culpa.
La ley no ve lo extraño como extraño
y en los sótanos guarda
piezas de convicción igual que el género
de algún traperero; pilas de legajos
atados con las cuerdas de la muerte.
Pesa la lluvia, su murmullo dice
que el mal es personal y el bien, común.
Oscurece: las togas se despliegan
como grandes murciélagos en el atardecer.
Todos tenemos rostro de culpable
y una vieja mirada de fiscal.

Joan Margarit

Joan Margarit (Sanaüja —La Segarra, Lleida—, 1938) es uno de nuestros grandes poetas. Sus crónicas de la vida cotidiana, confeccionadas con un estilo sencillo y una voz sincera, a partir de elementos autobiográficos que trascienden lo singular dialogan con el lector sobre el enigmático impulso que obliga al ser humano a imaginar y actuar un proyecto que atribuya sentido a su existencia. Fracaso, verdad y esperanza. Joan Margarit frecuentó las salas de justicia para intervenir como perito, en su condición de arquitecto y profesor de la escuela de Barcelona. Inauguramos esta sección con En la Audiencia, integrado en el poemario Estación de Francia (1999). El autor presenta el poema: «Fue escrito en la Audiencia de Santander mientras declaraba como perito de la defensa de dos arquitectos inculpados por el derrumbamiento del hotel Bahía Llovía, y en la sala—demasiado pequeña— nos apretujábamos jueces, fiscales, defensores, acusados, peritos y público. Había unas claraboyas sobre las que batía la lluvia. Se pudo demostrar la inocencia de los arquitectos, uno de ellos gravemente enfermo a causa de las penalidades pasadas». Su último poemario se titula No estaba lejos, no era difícil (Visor, 2011).

EXTRACTOS/ABSTRACTS

LOS 'CABLES DE WIKILEAKS' SOBRE TEMAS JUDICIALES

José Ricardo de Prada Solaesa

En este artículo se analizan las revelaciones contenidas en los recientemente publicados "Cables de Wikileaks", especialmente los que se refieren a las presiones de la Embajada de los Estados Unidos sobre miembros del ejecutivo español, pero también, y lo que es mucho peor, directamente sobre lo judicial, en relación con asuntos judiciales sensibles o que interesan por distintos motivos a las autoridades de aquel país y que se siguen ante tribunales españoles, singularmente ante la Audiencia Nacional.

This article analyses the contents of the recently published "Wires of Wikileaks", especially the ones referring to the pressure put by the United States Embassy on members of the Spanish executive and on the judicial power in relation to sensible judicial matters and affairs followed before Spanish tribunals, in particular before the Audiencia Nacional (National Court), and that for many different reasons interest the American authorities.

DE HIPOTECAS Y OTROS DESCRÉDITOS

Jaume Masfarré Coll

En la actual situación de crisis uno de los problemas que más preocupa a la población lo constituye la regulación legal existente en España en el ámbito hipotecario, y en concreto el hecho de que la entidad prestamista pueda ir contra los bienes personales de los deudores si la fincas hipotecadas no cubren, en subasta, el importe de la deuda. Este artículo analiza esta problemática abordando la situación política en que se enmarca, las propuestas de los afectados y las decisiones tomadas en el ámbito judicial

In the current situation of crisis, one of the problems that mainly concern the people in Spain is the legal regulation of the mortgage, and, in particular, the fact that the company lender can execute the personal assets of the debtor if the mortgaged properties do not cover, at auction, the amount of the debt. This article examines this problem by addressing the political situation in which is framed, the proposals of the involved people and the decisions taken in the judicial field.

'MAÑANA A LAS ONCE EN LA PLAZA DE LA CEBADA' (BIOGRAFÍA INCOMPLETA DE MANOLO LÓPEZ)

Manuela Carmena

La autora traza un perfil de Manolo López, abogado comunista, que a su condición de jurista excepcional unió la más intensa implicación en la lucha contra la dictadura y por las libertades. Su ejemplar trayectoria vital está hoy magníficamente reflejada en la obra autobiográfica que redactó en los últimos años de su vida, que documenta, entre tantas otras cosas, el uso de la tortura por el franquismo, que él mismo experimentó en propia carne.

The author describes a profile of Manolo Lopez, communist lawyer, which joined his condition of exceptional jurist with the most intense involvement in the fight against dictatorship and for freedoms. His exemplary life story is now beautifully reflected in the autobiographical work that wrote in the last years of his life, documenting, among many other things, the use of torture by the dictatorship, which himself experienced in his own flesh.

PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL

Gloria Patricia Lopera Mesa

Este artículo examina los diversos significados asociados al principio de proporcionalidad en derecho penal, así como las diversas respuestas que ha dado la doctrina a la pregunta de si es posible integrar la proporcionalidad de las penas dentro de la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad en sentido amplio.

This article examines the different meanings associated with the principle of proportionality in criminal law, and the various different answers given by the doctrine to the question whether it is possible to integrate the proportionality of punishment within the argumentative structure of the principle of proportionality broad sense.

LA REFORMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL EN LA LO 5/2010

Fidel Ángel Cadenas Serrano

El autor realiza un estudio de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, en el ámbito del Código Penal, con incidencia en la llamada Parte General del Derecho Penal.

The author studies the reform of the Spanish Penal Code brought about by the LO 5/2010 ruling, on 22nd of June, and which affects the general part of the Penal Code.

LAS REFORMAS DE LA PRESCRIPCIÓN PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA INTERRUPCIÓN DEL PLAZO

Ana Rodríguez Álvarez

La institución de la prescripción penal, una de las categorías clave y al tiempo más problemática de neutro modelo de intervención penal, ha sufrido una importante reforma tras la aprobación de la LO 5/2010, de modificación del Código Penal. El trabajo aborda los cambios introducidos, en particular en lo relativo al momento interruptivo del plazo de prescriptivo.

The statute of limitations, one of the key categories, and more problematic as well, of our criminal system, has been subjected to a major overhaul after the enactment of the Act 5/2010, of amending the Penal Code. The article addresses the introduced changes, in particular regarding the interrupting moment of the running of limitations.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR PRISIÓN PREVENTIVA INDEBIDA: NUEVA JURISPRUDENCIA

Fernando de Mateo Menéndez

Después de las Sentencias de 23 de noviembre de 2010 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, se ha producido un cambio de jurisprudencia en relación con la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia derivada de la prisión preventiva indebida recogida en el artículo 294 de la LOPJ.

After the judgments of 23 November 2010 of the Administrative division of the Supreme Court, there has been a change of jurisprudence regarding the financial liability for abnormal functioning of the administration of justice resulting from the unfair custody provided by the article 294 of the OLJP.

¿QUÉ PRECIO PUEDE PAGARSE POR ALCANZAR LA VERDAD? COMENTARIO A LA STS, SALA SEGUNDA 513/2010, DE 2 DE JUNIO DE 2010

Javier Hernández García

El trabajo, a partir del análisis crítico de la STS, Sala Segunda, de 2 de junio de 2010, por la que se valida la colocación de micrófonos en la celda en la que fueron ingresados dos inculcados por un delito de asesinato, intenta abordar los límites del Estado en la investigación de los delitos.

The work, from the critical analysis of the decision of the Criminal Division of the Supreme Court of June the 2nd 2010, which validates the placement of microphones in the cell where two defendants, accused of murder, were enclosed, tries to address the boundaries of the State in the investigation of crimes.

ESTATUTO DEL JUEZ Y ASOCIACIONES JUDICIALES

José Luis Ramírez Ortiz

El presente trabajo aborda la interrelación entre el modelo de Juez, su estatuto y el asociacionismo judicial, concluyendo que la sustitución del paradigma de «Juez burócrata» por el de «Juez constitucional» presenta algunos problemas en su implantación práctica, para cuya solución la intervención de las asociaciones judiciales, como instrumentos adicionales de garantía de la independencia judicial es decisiva.

This work addresses the relationship between the model of judge, his statute and the judicial associationism, concluding that the replacement of the paradigm of a “bureaucrat Judge” by a “constitutional Judge” presents some problems in its practical implementation, for which solution the intervention of judicial associations, as additional instruments of guaranty of judicial independence is critical.

CONFESIÓN

Pasquale Profiti

El autor, al pronunciar el discurso de apertura de este año judicial, en los tribunales de Trento (Italia) ironiza exponiendo en forma de confesión las “responsabilidades” de los jueces por el cumplimiento de su cometido constitucional, saliendo de esta forma al paso de las insidiosas denuncias del actual jefe del gobierno, movidas por las múltiples causas penales abiertas contra él, con plena justificación, por imperativo de legalidad.

The author, delivering the opening speech of the judicial year in the courts of Trento (Italy), ironizes exposing as a confession the «responsibilities» of judges fulfilling its constitutional role, contradicting in this way the insidious claims of the present prime minister, moved by the several criminal cases against him, with full justification under the law’s empire.

EL PODER JUDICIAL EN NICARAGUA: UN PODER AL SERVICIO DE LA CLASE POLÍTICA

Marcia Aguiluz

El artículo realiza un recuento de los principales acontecimientos que ocurrieron en Nicaragua durante el año 2010 y que constituyeron afectaciones serias al Estado de Derecho. Se enfatiza en el rol que ha desempeñado la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua al validar acciones arbitrarias del Poder Ejecutivo y las consecuencias de estas decisiones para la democracia nicaragüense.

The article recounts the major events that occurred in Nicaragua in 2010 and that significantly affected the rule of law. It emphasizes the role that the Supreme Court of Nicaragua has played in validating the arbitrary actions of the executive branch y and the consequences of these decisions to the Nicaraguan democracy.

¿ES NUESTRO EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS?

Mary Arden

El sistema de protección de los derechos humanos por el Tribunal de Estrasburgo al amparo del Convenio Europeo de Derechos Humanos implica unos beneficios considerables para todos los estados parte en el Convenio, incluido el Reino Unido. No obstante, en ocasiones las sentencias del Tribunal de Estrasburgo pueden provocar trastornos en los sistemas jurídicos nacionales, particularmente en aquellos casos en los que el Tribunal desarrolla su jurisprudencia de un modo que parece evidenciar una comprensión incorrecta de la posición del derecho interno.

The system of supranational adjudication of human rights by the Strasbourg Court on the basis of the European Convention of Human Rights has considerable advantages for each of the contracting states to the Convention, including the United Kingdom. However, some judgments by the Strasbourg Court may cause disruption in the domestic legal systems, particularly when the court develops its case-law in a manner which appears to demonstrate a misunderstanding of the domestic law position.

LA CARRERA JUDICIAL EN PORTUGAL

Ignacio U. González Vega

La carrera judicial en Portugal se encuadra en el denominado “modelo burocrático”, común a otros países de la Europa continental. Sin embargo, a diferencia de Francia o Italia, las carreras judicial y fiscal forman cuerpos distintos aunque ambas utilicen el término magistrado. En este trabajo se exponen los aspectos más relevantes del Poder Judicial en Portugal y de la organización de los tribunales.

The magistracy in Portugal adheres to the so-called “bureaucratic model”, common to many other countries of continental Europe. However, under the Portuguese legal system, and unlike France or Italy, judges and prosecutors are members of the different bodies even if they are all “magistrados”.