

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACIÓN Y DEBATE

G. Pisarello, Reforma constitucional y crisis. **P. L. Zanchetta**, Legitimación y consenso. **D. Íñiguez Hernández**, Entrar de mayor. **O. Roales**, La desregulación de la financiación electoral. **I. J. Subijana Zunzunegui**, El sistema penal: su legitimidad axiológica, contextual y teleológica. **P. Ortuño**, La consolidación del modelo de escuela judicial. **A. Álvarez de Yraola**, **R. Blázquez**, **R. Fluiters**, **A. Loranca**, Pretendida agilización procesal. **A. del Moral García**, Competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer. **G. E. Mizé**, Los juicios con jurado en EEUU. **F. Marroquín Galo**, INTERPOL en el país de las garantías, **E. Rainer**, Cuestiones de Derecho Procesal Penal austríaco.

En este número: Alt, Eric, magistrado francés.
Álvarez de Yraola, Ana, magistrada, Juzgado de Primera Instancia n.º 37 (Madrid).
Blázquez Martín, Raquel, magistrada, Juzgado de Primera Instancia n.º 84 (Madrid).
Del Moral García, Antonio, fiscal, en la Sala Segunda del Tribunal Supremo.
Fluítters Casado, Rafael, magistrado, Juzgado de Primera Instancia n.º 3 (Madrid)
Íñiguez Hernández, Diego, administrador civil del Estado, magistrado (desde noviembre de 2011).
Loranca Ruilópez, Asunción, magistrada, Juzgado de Primera Instancia n.º 3 (Alcalá de Henares, Madrid).
Marroquín Galo, Fernando, juez, asesor de la Sala Constitucional de la Corte Suprema (El Salvador).
Mizé, Gregory E., juez mérito del Tribunal de Distrito de Columbia (Estados Unidos).
Ortuño, Pascual, ex director de la Escuela Judicial, magistrado en la Audiencia Provincial de Barcelona.
Pisarello, Gerardo, profesor titular de Derecho Constitucional (Universidad de Barcelona).
Rainer, Eckart, fiscal general de Tirol y Voralberg, jubilado (Austria)
Roales, Oliver, abogado, profesor colaborador de la Universidad de Málaga.
Subijana Zunzunegui, Ignacio José, presidente de la Audiencia Provincial de Guipuzcoa.
Zanchetta, Pier Luigi, fue fiscal en Turín (Italia).

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

	<u>Pág.</u>
Debate	
– <i>Reforma constitucional y crisis</i> , Gerardo Pisarello.....	3
– <i>Legitimación y consenso a propósito de la magistratura</i> , Pier Luigi Zanchetta.....	11
– <i>Entrar de mayor</i> , Diego Íñiguez Hernández.....	18
– <i>La desregulación de la financiación electoral por el Tribunal Supremo estadounidense y el riesgo de privatización de la representación política</i> , Oliver Roales.....	24
Estudios	
– <i>El sistema penal: su legitimidad axiológica, contextual y teleológica</i> , Ignacio José Subijana Zunzunegui.....	33
Cuestiones de ordenamiento judicial	
– <i>La consolidación del modelo de escuela como centro de capacitación judicial</i> , Pascual Ortuño.....	61
Teoría/práctica de la jurisdicción	
– <i>La pretendida agilización procesal en el Orden Civil, Ley 37/2011</i> , Ana Álvarez de Yraola, Raquel Blázquez, Rafael Fluiters y Asunción Loranca.....	90
– <i>Apuntes sobre la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer</i> , Antonio del Moral García.....	102
Internacional	
– <i>Los juicios con jurado en Estados Unidos</i> , Gregory E. Mizé.....	121
– <i>INTERPOL en el país de las garantías (una difusión roja «desteñida»)</i> , Fernando Marroquín Galo.....	134
– <i>Cuestiones de Derecho Penal austríaco (I)</i> Dr. Eckart Rainer.....	142
Apuntes	
– <i>Aquella 'excedencia [tan] especial'</i>	150
– <i>La capucha desarmada</i>	151
– <i>A quién hay que votar</i>	152
– <i>Digitalizar el caos</i>	153
– <i>¡Fiiirm... és!</i>	153
Zona libre de derecho	
– <i>Justicia de ojos vendados</i> , Edgar Lee Masters.....	155
Extractos/abstracts	156

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.**

B 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

Reforma constitucional y crisis: crónica de una regresión

Gerardo PISARELLO

1. Introducción

En agosto de 2011, el PSOE y el Partido Popular alcanzaron un acuerdo para una reforma constitucional-legal en materia económica. Su propósito declarado era enviar una señal a los «mercados» que redujera la vulnerabilidad de la deuda española. Para alcanzar este propósito, se anunciaban dos medidas. La primera, el endurecimiento de los límites al déficit y al endeudamiento públicos fijados en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) y en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La segunda, el otorgamiento de garantías reforzadas de pago a los acreedores de deuda pública española y al Banco Central Europeo. La concreción de estas medidas se llevaría a cabo a través de una reforma en dos tiempos: una de la Constitución, que sólo afectaría al artículo 135, y otra, prevista en la anterior, que se realizaría a través de una ley orgánica. La iniciativa de reforma constitucional fue presentada por los Grupos parlamentarios socialista y popular en el Congreso el día 26 de agosto. En un mes fue aprobada, sin modificaciones, y entró en vigor el día 27 de septiembre. La ley orgánica que complementa la reforma constitucional debería aprobarse, según lo pactado, antes de junio de 2012.

El propósito de estas notas consiste en ofrecer algunas reflexiones sobre el contenido y oportunidad de la reforma, sobre el procedimiento empleado para llevarla adelante y sobre su eventual eficacia. La relevancia del tema es indiscutible. Ante todo, por su impacto sobre aspectos esenciales de la forma de Estado, desde el principio democrático o el del Estado social a la autonomía política y financiera de comunidades autónomas y municipios. Igualmente, por su incidencia en la propia legitimidad de la Constitución. De la Constitución entendida como marco jurídico-político capaz de propiciar mayores grados de democratización y de asegurar los derechos básicos de todas las personas.

2. El contenido: limitación del déficit y de la deuda pública y prioridad de pago a los acreedores

La operación de reforma constitucional-legal pactada por los dos grandes partidos estatales incluía, como se ha dicho ya, dos cuestiones relevantes. La primera es la prohibición de déficits estructurales y de un volumen excesivo en materia de deuda pública. A diferencia de otros países que reformaron su constitución con un objetivo similar, como Alemania, el acuerdo alcanzado por los grandes partidos españoles no incluye la fijación de una cifra concreta de prohibición de déficit en la Constitución. El nuevo artículo 135 se limita a proscribir los déficits estructurales, es decir, aquellos que superen el límite del 3% del PIB previsto por el PEC de la Unión Europea. Su

determinación específica, así como las eventuales sanciones por incumplimiento, se remiten a la ley orgánica que deberá aprobarse antes de junio de 2010. Básicamente, el acuerdo alcanzado por el PSOE y el PP estipula que dicha ley orgánica fijará en un 0,4% el déficit estructural global máximo del conjunto de las administraciones. De modo más específico, el del Estado no deberá superar el 0,26 % del PIB, y el de las CCAA, el 0,14%. Las entidades locales, por su parte, deberán presentar equilibrio presupuestario. Este techo constitucional-legal cercano a cero regiría a partir de 2020, pero las administraciones públicas deberían comenzar a aproximarse a él desde la entrada misma en vigor de la reforma.

En materia de deuda pública, el nuevo artículo 135 estipula que su volumen no podrá superar el 60% del PIB estipulado por el PEC e invocado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Los criterios específicos para la reducción progresiva del endeudamiento y el establecimiento de responsabilidades por incumplimiento también se reenvían a la ley orgánica. Estas previsiones no comportan, como puede advertirse, una innovación sustancial respecto a los límites ya previstos en el PEC de 1997. Más bien, imponen un reforzamiento de los citados criterios, a partir sobre todo de la idea del «déficit cero». La constitucionalización de esta opción de política económica puede objetarse desde diferentes perspectivas. En términos materiales, la obsesión anti-déficit ya era, como se puede observar, un objetivo europeo. Un objetivo que, lejos de pecar por defecto, resultaba bastante exigente. Tanto, que fue incumplido de manera reiterada, como se insistirá luego, por todos los países miembros de la zona euro. Nada indicaba, desde esta perspectiva, que una regulación más severa, y menos en un contexto recesivo, pudiera mejorar su eficacia. Por otra parte, incluso en caso de considerarla conveniente, tampoco resultaba necesario acometerla a través de una reforma constitucional exprés, puesto que los mismos objetivos podrían haberse perseguido a través de una norma de rango legal. De hecho, ya en 2001 el Partido Popular impulsó una la Ley de estabilidad presupuestaria que pretendía imponer a todas las administraciones (central, comunidades y ayuntamientos) el déficit cero, sin relacionarlo con la marcha de la economía¹.

Contemplada desde esta óptica, es evidente que lo que ha pesado en la reciente reforma constitucional ha sido la intención de adecuarse a un mandato externo, de exhibir un compromiso reforzado con los inversores y con los acreedores de deuda. De ahí la decisión de constitucionalizar, con toda la carga simbólica y de rigidez normativa que ello entraña, lo que podría haberse realizado por vía legal. Y de ahí la decisión de fijar en una norma de singular rigidez también ella, como es la ley orgánica, tanto el techo concreto al déficit como los mecanismos de sanción o de responsabilidad en caso de incumplimiento.

Esta voluntad de enviar una señal externa a los grandes inversores y a las instituciones que mejor expresan sus intereses a escala europea, queda confirmada con el segundo elemento de la reforma, que a pesar de haber merecido menos atención pública, es el que expresa mejor su carácter innovador. Se trata de la constitucionalización de la prioridad «absoluta» de pago de los créditos otorgados para la satisfacción de los intereses y del capital de la deuda pública de las administraciones. Esta previsión carece de parangón en el derecho constitucional comparado. Su precedente más relevante es una previsión sobre pago de deudas incorporada a la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos tras la guerra de secesión de 1861-65. El objetivo de dicha reforma era asegurarse de que los estados sureños derrotados en la contienda honrarían sus obligaciones. Se trataba, pues, de una norma impuesta por los vencedores sobre los vencidos. La reciente reforma española no es del todo ajena a dicho espíritu. Con ella, se consagra una concesión inédita a los los tenedores de deuda pública. Y se instala una auténtica bomba de relojería en el edificio constitucio-

¹ Esta ley fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, que una década más tarde, se pronunció a favor de su constitucionalidad (en la STC 134/2011, de 20 de julio de 2011).

nal, ya que se pone en serio entredicho la realización de otros fines previstos en el texto de 1978. Desde la autonomía política y financiera de las diferentes administraciones públicas hasta la obligación de remover los obstáculos que impidan que la igualdad y la libertad sean «reales y efectivas», prevista en el art. 9.2.

La priorización en términos «absolutos» —ni siquiera «relativos»— del pago de los créditos contraídos para el pago de la deuda pública ignora la posibilidad de que estos puedan ser usurarios, ilegítimos, o simplemente de que puedan renegociarse. En rigor, se trata de una previsión que prima la satisfacción de ciertas deudas externas sobre otras internas. Que otorga una preeminencia injustificada a un tipo de acreedores —los tenedores de deuda— en detrimento de otros: desde los funcionarios públicos y los proveedores de las administraciones hasta el conjunto de la población, acreedora de los poderes del Estado en tanto titular de derechos básicos constitucional y legalmente reconocidos.

Los defensores de la enmienda han intentado presentarla, no como un ataque al principio democrático del Estado social, sino como una condición para su viabilidad futura. En su relato, la introducción de un límite drástico al déficit y a la capacidad de endeudamiento público sería un antídoto eficaz contra un legislador irresponsable y despilfarrador. Ofrecería un instrumento imprescindible de saneamiento de las cuentas públicas, liberaría de cargas a las generaciones futuras y permitiría, de este modo, la ampliación del ámbito de lo políticamente decidable.

Estos argumentos no resisten la crítica. De entrada, resulta cuestionable intentar concebir la limitación del endeudamiento y del déficit como fines en sí mismos. Son, por el contrario, instrumentos de la política económica que pueden servir a objetivos diversos. No es ilógico, por ejemplo, financiar con deuda inversiones que tienen efectos a largo plazo, como las infraestructuras sanitarias o educativas. Igualmente, la generación de déficit puede ser un instrumento valioso necesario para la creación de ocupación y la recuperación económica en tiempos recesivos. El constitucionalismo social de posguerra aceptaba sin problemas estas premisas. Apostaba por un modelo constitucional abierto, que concebía a la generación de deuda pública o la fiscalidad como instrumentos necesarios de garantía de derechos sociales y servicios públicos razonables. Solo con el auge del neoliberalismo y de teorías como las del llamado constitucionalismo fiscal, cercanas a autores como Friedrich Hayek o James Buchanan, se impuso el cierre del marco constitucional económico. Un cierre que, en la práctica, ha acabado por expulsar cualquier opción proto-keynesiana del ámbito de lo constitucionalmente posible.

Por otro lado, aunque un déficit y un endeudamiento público excesivos puedan resultar indeseables en ciertos contextos, no parece que este sea el principal problema de la economía española. Sin perjuicio de algunas actuaciones irracionales acometidas en algunas administraciones, la deuda pública bruta no es especialmente alta. Se sitúa en un 65% del PIB, un porcentaje inferior al de otros países como Italia (120%), Grecia (150%), Estados Unidos (100%) o Alemania (80%). El problema, más bien, se sitúa en el sobreendeudamiento privado. Y dentro de este, en las deudas contraídas ante todo por entidades financieras, promotores inmobiliarios y constructores con el objetivo de sostener la burbuja especulativa de la última década y su expansión internacional.

A pesar de esta realidad, fácilmente constatable, la preocupación de los reformistas no ha sido bloquear constitucionalmente el endeudamiento especulativo privado. La reforma sólo apunta al endeudamiento público, cuyo crecimiento está ligado a la estitización de la deuda privada, origen real de los problemas actuales.

Los partidarios de la reforma admiten que la contención del déficit y de la deuda comportaría una limitación de la autonomía de ingreso. Pero niegan que esto suponga una afectación negativa del principio democrático o de la autonomía financiera de comunidades autónomas y municipios. Para ello insisten en que limitar el endeudamiento no impediría que los ingresos pudieran obtenerse por otras vías, como la fiscal. Este argumento encierra parte de verdad, ya que la introducción de políticas fiscales

progresivas podría, en efecto, reducir la dependencia del crédito externo. Es más, sería una exigencia también ella constitucional, como indica el artículo 31 del texto de 1978. No obstante, la evidencia empírica indica que la fiscalidad española lleva años siendo una de las más regresivas dentro de la UE-15. El déficit, de hecho, que la reforma pretende combatir, es ante todo el producto del hundimiento los ingresos públicos provenientes de impuestos, tasas y cotizaciones sociales, así como de la paralización de ciertas actividades económicas.

En realidad, el problema va más allá. Y es que incluso si la limitación de la autonomía de ingreso fuera compensada con una política fiscal progresiva como la que exige la Constitución, quedaría en pie la cuestión del pago prioritario a los acreedores de deuda pública. Esta cláusula agrega a la limitación a la autonomía de ingreso una restricción de peso en la autonomía de gasto. Y obliga a las administraciones a destinar sus ingresos a fines que podrían afectar de manera sensible el alcance de principios como el del Estado social o la autonomía de comunidades y entidades locales. Es la combinación, en suma, de estos dos elementos —la drástica limitación del déficit y del endeudamiento públicos y la prioridad absoluta de pago a los acreedores— la que permite colegir el sentido anti-democrático y anti-social de la reforma impulsada.

Sus valedores también han intentado matizar el alcance de estas previsiones, alegando en su defensa la introducción en la Constitución de cláusulas de flexibilización. Por ejemplo la que, en el propio art. 135, permite superar los límites al déficit y a la deuda pública en caso de «catástrofes naturales, recesión o situaciones de emergencia» que «perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado». Lo que ocurre es que esta cláusula presenta varios problemas. De entrada, opera en situaciones excesivamente indeterminadas. Solo puede activarse, de hecho, cuando las situaciones de excepción escapen «al control del Estado» y causen un perjuicio «considerable» a su «sostenibilidad». Lo que estos conceptos supongan se hace depender en la práctica de lo que disponga una mayoría absoluta de miembros del Congreso de los Diputados. En cualquier caso, si por «insostenibilidad social» se entiende la financiación insuficiente de derechos sociales y servicios públicos constitucionalmente previstos, parece evidente que este escenario no es una simple hipótesis de futuro. Ya existe, y de manera preocupante, en ámbitos que afectan derechos como la vivienda, la sanidad, la educación, el empleo o el medio ambiente. Y lo que se ha pactado, en este concreto contexto recesivo, y no para un eventual escenario de futuro, no es flexibilizar el déficit para evitar la catástrofe. Es endurecer sus límites, una medida que, anclada a la prioridad de pago a los acreedores, contribuirá a profundizar la fragmentación social en el conjunto del territorio.

3. ¿Una reforma europea o para la periferia europea?

Algunos comentaristas de la reforma han intentado presentarla, no como una especificidad española, ni como una simple imposible externa, sino como una exigencia europea. Se trataría, por tanto, de una regla de austeridad y de sentido común económico destinada a enriquecer el acervo materialmente constitucional europeo y a extenderse al conjunto de sus miembros, o al menos, a los países de la eurozona. Quienes defienden este tipo de lectura invocan, de un lado, el caso de Alemania, que modificó la Ley Fundamental de Bonn e introdujo un techo de déficit del 0,35% del PIB para 2016. Y de otro, los diferentes proyectos de reforma que, en un sentido similar a la reforma española, se encuentran en discusión en países como Francia, Italia o Portugal.

Naturalmente, que una regla de este tipo se esté discutiendo en el conjunto de la UE no la convierte a de forma automática en una propuesta razonable ni en una expresión de buen sentido económico. En Alemania, el cambio constitucional fue criticado por el ala izquierda de la socialdemocracia, los verdes se mostraron escépticos y fuerzas políticas como *Die Linke* llegaron a hablar de una auténtica «catástrofe» y de

una «eutanasia» para los Länder con mayores dificultades económicas. En Francia, donde la crítica a la deriva anti-social del proceso de integración europeo es vigorosa, tampoco se ha abierto paso de manera sencilla. Es más, incluso entre los partidarios de limitar del déficit o del endeudamiento públicos, constaría reclutar valedores de la constitucionalización de la prioridad de pago a los acreedores. Y es que la reforma española, en realidad, no expresa una tendencia simplemente europea. Refleja una realidad más específica: la de la periferia europea, sometida a la presión de ciertas instituciones europeas (fundamentalmente, la Comisión y el Banco Central) y de los tenedores de deuda pública vinculados a los países con mayor peso político-económico de la UE (Alemania, Francia y Reino Unido).

Cuando se piensa, en efecto, en el poder de reforma que ha impulsado la última modificación constitucional, es difícil limitarse al papel formal desempeñado por las Cortes Generales. El propio acuerdo alcanzado por los partidos mayoritarios de ámbito estatal apelaba a la necesidad de lanzar una señal a los «mercados», a los «inversores» y al «Banco Central Europeo». Estos actores han aparecido revestidos, así, de un poder de reforma tácito, con una capacidad normativa superior, incluso, a la del poder de reforma explícito, formal².

Esta situación no es del todo nueva. En general, la deriva monetarista experimentada por el proceso de integración a partir de la década de los 90 ha tenido un impacto especialmente regresivo en la periferia de la UE. Después de todo, los criterios de convergencia y la política monetaria trazados en el Tratado de Maastricht fueron concebidos en función de las necesidades del modelo capitalista alemán y del Bundesbank. La imposición de esta vía de integración a los países de Europa del Este, fijada en los criterios de Copenhague de 1993, se saldó en un deterioro considerable de los estándares de protección social y ambiental en dichos países. Y dentro de la zona euro, afectó de manera específica a las economías periféricas. Para intentar adaptarse a ese marco, y atraer inversiones, Grecia impuso una política fiscal abiertamente regresiva, pero aun así tuvo que falsear sus cuentas públicas (con la ayuda técnica de entidades financieras como Goldman Sachs). Portugal se vio forzado a aplicar políticas de austeridad y tuvo que reformar varias veces la avanzada Constitución de 1976 para acomodarla a los nuevos vientos europeos. En el caso español, la desconvergencia social inducida por el corsé monetarista europeo fue asumida internamente sin reforma alguna de la Constitución de 1978. Pero muchos de los derechos y principios sociales reconocidos en ella quedaron atenazados en medio de una irresponsable política de sobreendeudamiento privado y de un modelo de crecimiento irracional, que la actual reforma no pretende mitigar ni mucho menos erradicar.

El endurecimiento de los criterios establecidos en el PEC y la constitucionalización de la obsesión anti-déficit y anti-deuda no harán sino profundizar este escenario. En Alemania, la limitación constitucional del déficit ha dado cobertura a numerosas medidas de reducción del gasto social. Pero se trata del segundo exportador del mundo, con un PIB que es casi la suma del de España e Italia y un aparato productivo que facilita la obtención de superávit en la balanza comercial. Y se trata, además, de un Estado federal con un sistema de financiación y de reequilibrio territorial interno mucho más avanzado que el de los países de la periferia³.

La situación en estos últimos estados es mucho más endeble. En casos como el español, con un elevadísimo endeudamiento privado, una estructura productiva demasiado ligada a la construcción, el turismo o la agricultura intensiva, una fuerte dependencia energética, un sistema de financiación autonómica y local injusto y opaco, y

² No es una simple anécdota que buena parte de la discusión sobre la reforma haya girado en torno a la existencia, en el caso español, de una carta similar a la que el Banco Central Europeo dirigió al gobierno italiano instándolo a modificar su Carta Magna.

³ Al tiempo que son forzados a contener el déficit, los Länder en mayor situación de vulnerabilidad perciben 800 millones de euros anuales que, aunque insuficientes, les ayudan a consolidar sus cuentas.

una estructura fiscal claramente regresiva, un déficit del 0,4% es un objetivo inalcanzable cuando no suicida. Para constatarlo, basta pensar en un país como Estado Unidos, que desde el estallido de la crisis ha aumentado su déficit en un 5%, una cifra que le ha permitido sortear un escenario como el de 1929, pero no reactivar y reorientar su sistema productivo o crear empleo significativo. Pretender que unas administraciones autonómicas o municipales infra-financiadas se aproximen en menos de diez años a un déficit cercano a cero resulta un despropósito. A menos, claro, que para hacerlo se recurra al vaciamiento de derechos y servicios ya menoscabados o a una nueva oleada de privatización de suelo público con fines especulativos.

En realidad, hay buenas razones para sostener que la reforma comportará, no sólo una desnaturalización del principio del Estado social, sino también de la autonomía constitucionalmente prevista. Y que comportará, lo que no deja de ser una ironía, un golpe a la cohesión territorial y a la «unidad de España» mucho más efectivo que las demandas federalistas o independentistas tan a menudo estigmatizadas por las tesis más cerrilmente centralistas.

4. El procedimiento: la urgencia y el escamoteo del debate público

A la luz de los argumentos expuestos hasta aquí, parece difícil separar el contenido de la reforma del procedimiento empleado para llevarla adelante. Este, en efecto, se ha caracterizado por una celeridad parlamentaria inusitada, así como por la voluntad de evitar a toda costa un referéndum popular con información y debate previos. Este recurso a la urgencia y el escamoteo de la deliberación pública no es privativo, ciertamente, de esta reforma. Ha estado presente en otras medidas restrictivas de derechos sociales aprobadas al calor de la crisis. El aumento notable en los últimos años de los Decretos-Ley, de hecho, fue un indicio de la consolidación de una suerte de Derecho de emergencia económica, a menudo reñido con muchas previsiones constitucionales e infra-constitucionales, e incluso con la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La reforma constitucional no escapa a esta lógica. Como es sabido, la Constitución española prevé dos mecanismos para su modificación. Uno, el del art. 167, condiciona la aprobación de la reforma a la obtención de una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras y prevé la celebración de un referéndum solo si lo solicitan una décima parte de los miembros del Congreso o del Senado. Otro, el del artículo 168, exige en cambio mayorías de dos tercios en cada Cámara, así como la celebración obligatoria de un referéndum. Los grupos parlamentarios que en agosto impulsaron la modificación del art. 135 invocaron de entrada, como vía de tramitación, la del artículo 167 del texto constitucional. Si se atiende al tenor literal del objeto de la reforma —el art. 135— es posible defender la corrección de la vía escogida. El precepto en juego, después de todo, se encuentra en el Título VII del texto constitucional y, en consecuencia, fuera de los ámbitos reservados al procedimiento del artículo 168 (Título Preliminar, Sección I del Capítulo II, y Título II). Con todo, esta percepción no ha sido unánime. Alguna voz, como la de Izquierda Unida, planteó que la reforma debía haberse tramitado por la vía del artículo 168. No sin argumentos, este grupo entendía que la prioridad absoluta otorgada al pago de los créditos de la deuda por parte de las Administraciones Públicas podía desvirtuar la consagración de España como Estado social y democrático hecha en el art. 1.1.

Más allá de la legalidad de la vía escogida, lo cierto es que el acuerdo no se caracterizó por su apertura deliberativa, a pesar de su clara incidencia sobre el interés general y sobre principios y derechos constitucionales elementales. Fue, desde su concepción, una propuesta furtiva, impulsada en período estival, por el procedimiento de urgencia y en lectura única. En menos de un mes, las Cortes Generales lograron que una iniciativa de reforma constitucional fuera aprobada y entrara en vigor. De hecho, si se atiende de

forma estricta al tiempo empleado para su debate y aprobación parlamentarios, este fue de 12 días, que es el lapso transcurrido entre la fecha de presentación de la propuesta y su aprobación definitiva por el Senado el 7 de septiembre de 2011.

Jueces para la Democracia y otras asociaciones no tardaron en denunciar este intento de evitar todo debate ciudadano sobre los motivos de la reforma y de reducir al Parlamento a una simple caja de resonancia de decisiones previamente adoptadas fuera de él. Los argumentos con frecuencia contradictorios con los que se pretendió justificar esta decisión no parecen de recibo. Que se trataba de una medida simplemente técnica, que no merecía una discusión amplia; que se trataba de una medida demasiado compleja, que levantaría pasiones populistas. Todas razones frágiles, que inducen a ver en lo aprobado poco más que la verificación de un acuerdo previo adoptado, no sólo con la oposición, sino por imposición de otros agentes externos, comenzando por el Banco Central Europeo y la canciller Angela Merkel, calificados portavoces de los tenedores de deuda española⁴.

Nada de esto puede considerarse una prueba de salud democrática. En realidad, en la tradición del constitucionalismo democrático hijo de la revolución francesa, una constitución que se considera a sí misma como fruto del poder constituyente popular sólo debería ser reformada en aspectos relevantes con el acuerdo de ese mismo poder constituyente. Que esto no haya ocurrido en un caso como el que nos ocupa expresa una anomalía democrática que el régimen político y económico español arrastra desde la transición y que la crisis actual no ha hecho sino agravar.

En todo caso, habría que evitar ver en este escamoteo del debate ciudadano un fenómeno exclusivamente hispano. Tras el «no» francés y holandés al tratado constitucional europeo, tras el «no» islandés al pago de la deuda contraída por los grandes bancos o tras el «no» italiano a la privatización del agua, a la energía nuclear o la impunidad de los representantes políticos, el referéndum se ha convertido en la bestia negra de unas clases dirigentes que no están dispuestas a arriesgar públicamente sus medidas más claramente anti-sociales o anti-democráticas⁵.

5. La eficacia: entre el impacto inmediato y el cumplimiento imposible

No es sencillo aventurar cuál pueda ser la eficacia de la reforma. Por lo pronto, no parece haber servido para conseguir uno de sus objetivos principales: calmar a los mercados de deuda, a los grandes inversores y a las agencias de calificación de deuda. A poco de aprobada la reforma, de hecho, el diferencial de deuda española se disparó y algunas agencias de rating como *Moody's* no tardaron en anunciar que hubieran preferido que el límite del 0,4% y los mecanismos concretos de sanción en caso de incumplimiento se recogieran en la Constitución y no en una ley orgánica.

En otro plano, sin embargo, debe decirse que la reforma ha tenido efectos casi inmediatos, aun en ausencia de la ley orgánica de concreción de la misma. Numerosas administraciones, de hecho, han anunciado o han comenzado a adoptar medidas de austeridad con el argumento de que es necesario adecuarse a estos criterios de rigor presupuestario⁶. Asimismo, la aprobación de la reforma ha colocado en la agenda el debate sobre los mecanismos de sanción y de responsabilidad en caso de incumplimiento. Esta discusión ha sido abordada ya por diferentes instituciones europeas. La Comisión y los gobiernos de Francia y Alemania han sugerido que los incumplidores

⁴ No parece un dato menor que el nuevo presidente del Banco Central Europeo, Mario Draghi, se haya desempeñado, entre 2002 y 2005, como alto ejecutivo del Banco Goldman Sachs.

⁵ El propio anuncio del primer ministro griego, Yorgos Papandreu, de convocar un referéndum sobre el plan de rescate de la Eurozona recientemente aprobado, fue recibido con un estrepitoso desplome de las bolsas y con feroces críticas internas y externas, comenzando por la del Gobierno español.

⁶ Puede verse un ejemplo de esta tendencia en el Proyecto de Ley de Estabilidad Presupuestaria de Cataluña, impulsado a comienzos de octubre por el *Govern* de la *Generalitat* y tramitado en el parlamento autonómico por el procedimiento de urgencia.

de este tipo de normas podían ser privados de ayudas y fondos europeos y, llegado el caso, del derecho de voto en el Consejo. En el ámbito estatal tampoco han faltado propuestas de recentralización de competencias en materias como sanidad, educación y vivienda y de retención de fondos a las administraciones autonómicas y locales incumplidoras.

En términos absolutos, en todo caso, los objetivos de la reforma siguen pareciendo, sobre todo en las economías periféricas, de imposible consecución, si no es a través de una liquidación en toda regla de los ya menguados derechos y servicios sociales existentes. Tampoco aquí se está ante una hipótesis caprichosa. No es ocioso recordar que desde 1980, ni Francia ni Italia, dos países cuyos gobiernos han anunciado reformas constitucionales similares a la española, lograron cerrar un ejercicio con superávit. La propia Alemania, desde la reunificación, en 1990, solo lo logró en 2007 y 2008, ya con Angela Merkel como canciller, lo que facilitó la reforma de la Ley Fundamental de Bonn. Todos estos países, en otras palabras, fueron incumplidores sistemáticos del PEC, que establecía un marco ligeramente menos severo que el consagrado por la reforma española. Solo gracias a su peso político y económico lograron superar los mecanismos de sanción previstos en el Protocolo sobre déficits excesivos y pudieron forzar la flexibilización del PEC en 2005.

Desde estas premisas, no cabe duda de que el Estado español ha sido uno de los más fieles cumplidores de los criterios estipulados en el PEC. Sin embargo, esta adecuación no puede desligarse, como se ha apuntado ya, de la generación de un irracional sobreendeudamiento privado y de una burbuja especulativa que difícilmente podrán reeditarse *ad eternum*. En este contexto, bien se podría sostener que la reforma, aunque irrealizable en términos absolutos, repercutirá de manera inmediata en el alcance del principio democrático, del Estado social y de la propia autonomía territorial. Nada de esto, dejará indemne lo que Loewenstein llamaba el «sentimiento constitucional», es decir, la aceptación de la Constitución como marco de convivencia. La obcecación, en efecto, en llevar adelante una reforma constitucional-legal de dudosa eficacia, y la negativa a discutirla, al menos, en referéndum, agudizará seguramente la impugnación que desde diferentes espacios sociales, políticos y sindicales se han lanzado al actual régimen político y económico. Y aumentará la desafección constitucional de unas generaciones precarizadas que, además de no votarla, están siendo víctimas privilegiadas de sus límites e incumplimientos. Esta desafección podrá traducirse, en el corto plazo, en la exigencia de reformas o de interpretaciones que eliminen o atenúen los efectos regresivos de las nuevas modificaciones. Pero a la larga, cargará de razones a quienes, tanto en el ámbito interno como en el europeo, comienzan a exigir la construcción desde abajo de nuevos procesos constituyentes. A diferencia de las reformas ahora impulsadas, el objetivo de estos procesos no sería buscar una salida a la crisis capaz de calmar a los mercados. Por el contrario, postularían la necesidad de someterlos, junto al poder político, a lógicas realmente democráticas y garantistas, capaces de asegurar, en diferentes escalas, los derechos de todas las personas por encima de los beneficios y las rentas de unos pocos.

Legitimación y consenso, a propósito de la magistratura*

Pier Luigi ZANCHETTA**

1. CONSENSO Y ÓRGANOS DE GARANTÍA

Desde hace unos quince años, cabe decir, desde *Mani pulite* a los recientes procesos en los que está implicado el jefe del gobierno, la cuestión del consenso referida a la magistratura se hace presente cada vez con más frecuencia. Se suscita desde el momento en que, sistemáticamente y de forma particularmente incisiva, los magistrados, especialmente los que encargados de la investigación, se ocupan de hechos que tienen que ver con los comportamientos de políticos de primer plano. Así —confundiendo las características, típicas de un estado constitucional, de los *órganos de democracia* (de los que las instituciones electivas son la máxima expresión) y de los *órganos de garantía* (entre ellos el poder judicial)— a veces se oye criticar a estos últimos porque, integrados por personas no elegidas, trastocaban decisiones de organismos de elección popular¹, o bien por suponer que un resultado electoral favorable podría neutralizar pronunciamientos de la magistratura (estimados) adversos², hasta considerar que decisiones de órganos de garantía habrían

* *Legittimazione e consenso*, incluido en, Varios autores, L. Pepino (ed.), *Giustizia. La parola ai magistrati*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 89 ss. Se publica con la amable autorización del editor y del coordinador de la obra. Trad. de P. Andrés Ibáñez.

** Pier Luigi Zanchetta, fallecido el 24 de noviembre de 2010, ejerció como fiscal en Turín (Italia). Asociado a Magistratura Democratica, por su conocimiento del español, se ocupó de las relaciones con Jueces para la Democracia, donde, merced a su extraordinaria simpatía, se hizo enseguida muy conocido y querido. Formó parte del núcleo constituyente de MEDEL. Jurista brillante, extraordinariamente culto, fue autor de múltiples publicaciones. A principios de los noventa se le diagnosticó una esclerosis múltiple, que, en su caso, resultó de una extraordinaria crueldad, por lo incontenible del avance. Ello no impidió que Pier Luigi, no obstante los progresos de la enfermedad, incluso ya materialmente inmóvil, conservando toda la lucidez y el vigor intelectual, siguiera trabajando hasta fechas antes de su muerte. En el verano de 1994 participó en el curso «Crisis de la jurisdicción en la crisis del estado de derecho: Italia-España, una reflexión comparada» (ponencias publicadas en Varios autores, P. Andrés Ibáñez, (ed), *Corrupción y estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996. Aquella visita a El Escorial fue su última salida al extranjero. La publicación de estas páginas, bien justificadas por su interés, son también un homenaje a su memoria.

¹ Cfr. ANSA, 13 de diciembre de 2009 (L'Aquila): «Hoy la situación se ha vuelto peligrosa —ha afirmado el *premier*— porque se ha hecho una apuesta. Y es una apuesta que como una niebla opaca envuelve un poco todas las cosas: ¿quién tiene el deber de decidir la suerte de un país, quien tiene el derecho de gobernar? ¿Quién ha recibido ese encargo mediante un mandato popular obtenido del pueblo con elecciones libres y democráticas? ¿O es que tiene derecho a decidir sobre las leyes quien forma parte de un cuerpo del Estado al que se accede por concurso público y no con el consenso popular?»

² Cfr. ANSA, 29 de mayo de 2009 (L'Aquila): «Silvio Berlusconi vuelve a atacar a aquel sector de la magistratura que califica de «subversivo» como orientado a «trastocar el voto democrático» de los ciudadanos atacando al jefe del gobierno. [...] «Ayer se escandalizó alguno porque hablé de grumos subversivos» en la magistratura, es la premisa del *Cavaliere* que ante los periodistas, durante una visita al hospital de L'Aquila volvió sobre sus palabras a la asamblea de Confesercenti, «No hago más que decir algo de lo que estoy convencido» subraya Berlusconi: «Cuando con sentencias basadas en el trastocamiento de la realidad se quiere alterar, incluso, la decisión del pueblo, sustituyendo lo que ha sido elegido democráticamente, esto solo tiene un nombre: propósito subversivo y subversión»».

sido adoptadas conforme a lógicas y finalidades puramente políticas³, formulando de este modo acusaciones infamantes para institutos de esa naturaleza.

Por ello, es necesario desenredar la madeja que las campañas políticas han embrollado, aclarando de inmediato cuál es la relación que (no) existe entre consenso y magistratura.

Característica típica del estado constitucional es la separación de poderes. En este cuadro, el consenso es fundamental en lo que se refiere a los órganos de democracia, en particular a los de índole política. El consenso se traduce en resultados electorales sobre cuyo resultado se funda la legitimación para tomar decisiones en nombre y por cuenta de los ciudadanos (obviamente dentro de los límites y con los vínculos establecidos por la Constitución, a la que está sujeta la misma soberanía popular, conforme al art. 1, en el caso de la italiana). Diverso es el caso de los órganos de garantía. Su actividad prescinde del consenso, cuya presencia podría hasta presentar aspectos negativos, como en la hipótesis de que los magistrados actúen siguiendo sugerencias corales, puede que incluso vociferadas, provenientes de la esfera pública. Esto sería *peligroso* en el orden práctico, por delegar la eficacia de la acción de un órgano de garantía en los humores (más o menos momentáneos) de la multitud, e *incorrecto* desde el punto de vista institucional, pues la legitimación de la magistratura radica en otra parte. La cosa es bien fácil de entender si se parte del propio carácter del *ius dicere*, que no se guía por el principio de mayoría. A esta corresponde decidir que no se debe robar; pero no comprobar y establecer si una persona en un momento determinado ha robado o no. La legitimidad del juicio reside en la garantía de la imparcial fijación de los hechos y por tanto no depende del consenso de la mayoría, que ciertamente no puede hacer verdadero lo que es falso ni falso lo que es verdadero⁴. Así pues, se puede —se debe— juzgar en nombre del pueblo, pero no es el pueblo el que puede juzgar. Cuando lo ha hecho, raramente ha administrado justicia, como lo demuestra el proceso popular seguido contra Jesús. En este caso el pueblo juzgó directamente, pero no cabría esperar mejor justicia si lo hubiera hecho a través de sus representantes designados o elegidos por él con ese fin. Jurídicamente hablando, la razón o la falta de ella no se establecen por mayoría. Encomendando el juicio a un órgano imparcial, en realidad, el *pueblo eterno*, el que tiene su propia razón de ser en los principios de la Constitución, se defiende del *pueblo actual*, el de las mayorías ocasionales y volubles.

A la necesidad de un órgano tercero (no expresión de la mayoría), acompaña, además, la exigencia propia de toda democracia, de que todo poder sea responsable y que su actuación resulte controlada de algún modo. En esta tensión se funda el *sufrimiento institucional* (siempre latente, con frecuencia explícito) de la actuación de la magistratura, la cuestión de su legitimación para desarrollar la tarea que tiene encomendada. ¿Cómo se legitima un órgano para ser *tercero* e imparcial? ¿Cómo se verifica su imparcialidad? ¿Cómo se sancionan las eventuales violaciones de tal deber institucional?

El término «legitimación» tiene, en primer término, un carácter técnico. Con él se designa la idoneidad jurídica para ser sujeto activo de un determinado acto o

³ Cfr. ANSA, 10 de diciembre de 2009 (Bonn): «Silvio Berlusconi elige un escenario internacional para lanzar la ofensiva contra el que llama el «partido de los jueces» que ahora ha tomado el control del país [...]: «por fortuna solo una parte de los jueces está con la izquierda, mientras que los del segundo y tercer nivel son auténticos, como en los demás países». Su invectiva va dirigida también contra la Consulta [sede de la Corte Constitucional] y el Quirinal [sede de la presidencia de la República]. «El Parlamento hace las leyes, pero en Italia, si las leyes no gustan al partido de los jueces de izquierda, este se dirige a la Corte Constitucional» compuesta por once quinceavos de jueces de «izquierda». También porque, añade con un ataque a la Colina [a la presidencia de la República], «desgraciadamente» hemos tenido «tres presidentes de la República consecutivos de izquierda». Véase como «la Corte Constitucional ha dejado de ser un órgano de garantía y se ha transformado en un órgano político que abroga las leyes del Parlamento».

⁴ L. Ferrajoli, *Giurisdizione e democrazia*, en «Democrazia e diritto» n. 1/1997, p. 292. [Hay trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, *Jurisdicción y democracia*, ahora en L. Ferrajoli, *Democracia y garantismo* (ed. de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 208 ss.).

comportamiento. Tal es la legitimación *institucional*. Luego hay otra que cabe definir *democrática*, que se funda en un juicio político, y con la que se mide la aprobación que suscita la actuación de un sujeto. Por norma, cuando se trata de un órgano de la democracia, coinciden ambos tipos de legitimación. De este modo la diferenciación será síntoma de una patología del sistema; y el remedio la modificación de los mecanismos puestos como fundamento de la primera, de manera que se satisfagan los requisitos de la segunda. Pero la búsqueda de la adecuación de la legitimación institucional y la democrática, mediante dispositivos formales, no vale para el *ius dicere*: históricamente esa divergencia no ha sido colmada a través de las intervenciones institucionales. Ninguna de las soluciones o propuestas avanzadas («poder nulo» de la Revolución francesa; elección de los jueces por el parlamento o por sufragio universal; control gubernamental de las actuaciones del ministerio público o de los jueces, etc.) a lo largo de los años ha servido para resolver el problema por esta vía. Valga, por todos, un ejemplo: en Bélgica, donde el nombramiento de los jueces está determinado por los políticos, se teoriza un deber de *ingratitude* de aquellos en relación con sus electores. Un principio moral o deontológico, no trasladado ni trasladable, por cierto, al plano institucional. En efecto, pues el resultado se obtiene más allá de las instituciones. Así, el sufrimiento institucional se traduce en la convivencia de dos tipos de legitimación.

Pero vayamos con orden.

2. LEGITIMACIÓN INSTITUCIONAL Y LEGISLACIÓN

En la Constitución italiana, los principios que fundan la legitimación de la magistratura son la exclusiva sujeción a la ley (art. 101) y el acceso por oposición (artículo 106). Después, como principios auxiliares, se prevén la autonomía y la independencia de cualquier otro poder, garantizadas por el Consejo Superior de la Magistratura (art. 104), con la correspondiente garantía de la inamovilidad (art. 107).

El nombramiento por oposición responde —debería responder— a dos requisitos. El primero es, se puede decir, sociológico: la magistratura, sobre todo si se aplica el principio constitucional de igualdad efectiva, está abierta a los ciudadanos de cualquier grupo o clase, representando de este modo a todos los sectores sociales. El segundo es de naturaleza técnico-cultural: en la magistratura entra quien *sabe* derecho, conoce las leyes y cómo aplicarlas. No es este el lugar para valorar si la oposición, tal como es, garantiza todo esto, es decir, sobre todo, qué mecanismos se necesitan para verificar periódicamente la permanencia de los requisitos exigidos. Lo que aquí importa es que, tradicionalmente, la profesionalidad se ha considerado el fundamento legitimante del ejercicio de la jurisdicción. El saber de derecho haría democráticamente aceptables las decisiones y el comportamiento de los jueces. Pero en estos años las críticas a ciertos sectores de la magistratura no apuntan, al menos de manera habitual, a una carencia de profesionalidad (como sucedió en el pasado, por ejemplo, con el «caso Tortora»⁵; la existencia de esta no se pone en duda, la crítica va dirigida sobre todo al hecho de que la misma sería usada de un modo torcido y puesta al servicio de la lucha política y no de la justicia.

Se llega así al segundo aspecto del problema, la exclusiva sujeción a la ley. Para captar la cuestión en sus justos términos hay que precisar lo que es la ley hoy,

⁵ Enzo Tortora, conocido presentador de televisión, en 1983 fue denunciado por algún arrepentido por la implicación en delitos de la mafia napolitana. Condenado en primera instancia, mantuvo siempre su inocencia, que prevalecería finalmente, cuando resultó absuelto en vía de recurso. Durante el desarrollo de estas vicisitudes, había sido elegido parlamentario europeo en las listas del Partido Radical, y, no obstante su inmunidad, quiso someterse al juicio. Es famosa su frase dirigida a los jueces: «Yo soy inocente ¿y vosotros?». [N. del t.].

o, mejor dicho, cuáles son las características de una legislación moderna. Es unánime la observación de que la naturaleza del estado constitucional contemporáneo ha trastocado el instrumento príncipe regulador de su acción, esto es, la ley. La entrada en la escena del estado social y la participación democrática (dos fenómenos coetáneos, no por casualidad) han abierto nuevas perspectivas, introducido nuevas figuras institucionales y cambiado la esencia de los instrumentos tradicionales, como la ley, transformando así también el papel y la tarea del juez.

Se legisla mucho y mal. No solo en Italia. Es bien conocida la polémica sobre la excesiva producción legislativa italiana, pero también en el resto del mundo (en Francia, Gran Bretaña, Alemania, Estados Unidos, por citar países habitualmente considerados indemnes a este fenómeno) la inflación normativa ha alcanzado niveles preocupantes. Cada legislador nacional resulta embargado por el temor a «olvidar algo»⁶, y de este modo contribuye, con cierta paradoja, a aumentar en vez de reducir la oscuridad de las leyes. Para no salir de Italia, a veces falta una buena técnica legislativa capaz de asegurar la claridad de la ley (y falta una racionalización *cuantitativa* de la legislación eliminando duplicaciones y textos obsoletos, reagrupando normas reguladoras de idéntica o análoga materia, etc.).

Pero no se trata solo de esto. Cabe lamentar que el Estado esté ocupado por el derecho. Pero si esto es un mal, se trata de un mal inevitable. De forma irremediable —y por fortuna— ha pasado ya el buen tiempo antiguo en que la ley se limitaba a codificar las reglas socialmente reconocidas. Aquella ley era funcional a una sociedad únicamente necesitada de instrumentos jurídicos para las, por lo demás, nada complejas relaciones económicas, así como para la definición de modestos y limitados derechos civiles y políticos. Una legislación que no se conforme con registrar lo que existe, sino que programe una intervención organizativa capaz de modificar la situación de injusticia existente o natural —tal como impone la Constitución italiana— no puede dejar de tomar en consideración e *invadir* todos los ámbitos de la sociedad. Viene a la mente, en primer término, la tarea de hacer efectivos los derechos sociales, pero una legislación consecuentemente constitucional no puede dejar de incidir profundamente también sobre los, más o menos tradicionales, derechos civiles y políticos: basta pensar en las potencialidades que ofrece un uso menos parsimonioso de las *acciones positivas* o la ampliación del disfrute (también «de geometría variable», como diría Stefano Rodotà⁷) de tales derechos, a categorías de personas hasta ahora excluidas, como los extranjeros.

Pero hay más. La ley no puede estar presa de la preocupación de «olvidar algo». En muchas cuestiones sucede que el parlamento fije mediante el instrumento legislativo los *palotes* (es decir, los criterios de decisión) dejando a otros —gobierno, autoridades independientes, jueces— la concreción del derecho. Si la ley no «alcanza a ir detrás de todo», el *derecho* tendrá que proveer. En suma, la definición de la justicia «no puede ser tarea exclusiva del legislador, sino que incumbe a todos los poderes del estado y a todas las estructuras públicas de gobierno no estatales, por la imposibilidad de las normas generales y abstractas de la tradición jurídica del estado liberal decimonónico de abarcar las respuestas a las múltiples demandas de protección jurídica procedentes de intereses fuertemente diferenciados, a menudo no claramente definibles de forma anticipada y, por ello, necesitados de formas de tutela que resultan mejor aseguradas por normas concebidas para ser susceptibles de sucesivos desarrollos en el momento de su aplicación»⁸.

Por otra parte, nadie contrapondría las características actuales de la ley (mejor: la necesidad de producir leyes con esas características) a unas supuestas precisión y plenitud de las leyes del buen tiempo pasado. Claudio Luzzati⁹ ha eviden-

⁶ A. Garapon, D. Salas, *La repubblica penale, Liberilibri*, Macerata, 1997.

⁷ S. Rodotà, *Tecnologie e diritti, Il Mulino*, Bologna, 1995.

⁸ G. Silvestri, *Giustizia e giudizi nel sistema costituzionale, Giappichelli*, Torino, 1997, p. 5.

⁹ C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milán, 1990.

ciado con brillantez la amplitud del fenómeno de la «vaguedad de las normas», es decir, de la evanescencia de su significado. Incluso cuando, como sucede con el Código Penal, sería de esperar la máxima precisión, pero sucede que muchas disposiciones normativas se fundan en conceptos valorativos y remiten a criterios de aplicación solo determinables por la referencia a variables parámetros de juicio y a las cambiantes tipologías de la moral social y los hábitos sociales.

3. ¿QUÉ MAGISTRATURA PARA QUÉ DECISIONES?

Tal es el escenario en el que debe moverse la magistratura.

Lo propio del juez radica en su posición de tercero, en decidir casos particulares y en que su acción mira normalmente al pasado. Esto le diferencia del político, que es portador de intereses, y cuya acción, por norma, tiene carácter general y está dirigida al futuro. Pero este *proprium* no permite al juez excavar un cómodo nicho institucional, protegiéndose tras las previsiones normativas. Como sucede en todas las sociedades desarrolladas, él se ve «constreñido a veces a enfrentarse con problemas del todo nuevos y [está] guiado en sus responsabilidades decisionales por normas programáticas o por textos particularmente magros [...] En efecto, el recurso al juez [...] tiende a convertirse en un instrumento de participación en el proceso político¹⁰». Así, lanzados a la refriega, los jueces, en su actuación específica, no pueden desconocer los fines perseguidos por una determinada ley o, en general, por el ordenamiento; y ese es el sentido en el que deben orientar su poder discrecional. Es falsa la contraposición de «interpretación» y «creación» del derecho: el juez, dentro de los límites procesales y sustanciales, debe llenar las lagunas, precisar las *nuances*, aclarar las ambigüedades. Con el aumento de la complejidad social, la tradicional separación de poderes se ha traducido en *diferenciación del derecho*, que se realiza con la separación entre producción y aplicación del mismo, o sea, entre *decisiones programantes* y *decisiones programadas*¹¹. Es el procedimiento a través del cual se realiza la compenetración entre producción y actuación.

Ya en los años cuarenta y cincuenta del pasado siglo se había advertido la insuficiencia de las definiciones jurídicas formuladas por el legislador y lo inevitable de recurrir a elementos de la realidad extrajudicial. Por otra parte, la norma existe y obtiene su eficacia en la interpretación y la aplicación concreta. La norma no *tiene* un significado; es un significado, el producto de la interpretación de un juez. El precepto legislativo es a menudo, por sí solo, impotente para regular todos los casos de la vida. En algunas situaciones esto constituye más que un dato de hecho; quizá es mejor que sea así. Cuando se afrontan temas delicados y valores en conflicto (como en el caso de la bioética), la sentencia puede dar mayor rendimiento que la ley: «la decisión judicial se presenta como un instrumento que, sobre todo en una sociedad pluralista o en cualquier caso caracterizada por un politeísmo de valores, evita en definitiva la deslegitimación de una de las posiciones en presencia y los conflictos que la misma llevaría consigo». En tales situaciones hace falta «una legislación abierta, elástica, ligera» y jueces llamados a realizar una concreción de los derechos, capaz de no exasperar la conflictividad entre los diversos modelos culturales¹².

Hay quien ha tratado de individualizar el tipo de juez que opera —o mejor, el más idóneo para operar— en este escenario. Alguien¹³ ha propuesto tres modelos de juez: «boca de la ley», negociador cualificado de sentencias, intérprete de

¹⁰ C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 15. [Hay trad. cast. de M. A. Ruiz de Azúa, *Los jueces y la política: poder judicial y democracia*, Taurus, Madrid, 1999].

¹¹ N. Luhmann, *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto (1981)*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 126.

¹² S. Rodotà, *Tecnologia e diritti*, cit., pp. 129 y 139.

¹³ G. M. Chiodi, *Giurisdizione ed equità regolativa*, en E. Bruti Liberati, A. Caretti, A. Giasanti (eds), *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, Milán, 1996, pp. 31-48.

las situaciones a enjuiciar. Otros¹⁴ han identificado cuatro modelos, distinguiendo el comportamiento del juez en relación con el poder político: el juez ejecutor (con baja autonomía política y baja creatividad jurisprudencial); el juez delegado (con baja autonomía política pero, alta creatividad jurisprudencial: una creatividad intersticial); el juez guardián (con alta autonomía política, pero baja creatividad jurisprudencial); el juez político (con alta autonomía política y alta creatividad jurisprudencial).

Ahora bien, las clasificaciones son útiles para entender la realidad; pero con frecuencia no se limitan a describirla, pues incorporan juicios de valor (como en la calificación de «juez político»). Probemos entonces —en extrema síntesis y prescindiendo de juicios de valor— a combinar las definiciones ofrecidas para identificar el tipo de juez que debe estar presente en un panorama constitucional como el italiano. Sin duda debe ser un juez *con elevada independencia política*. Después, su creatividad jurisprudencial tendrá que adecuarse al carácter de la legislación moderna. Y aquí es preciso distinguir, porque no siempre el derecho es un dato homogéneo: en materia penal la creatividad debe ser contenida, inmediatamente sensible a las nuevas orientaciones legislativas y a los cambios en los hábitos sociales y el juez debe ser (no un cauto sino) un rápido *adaptador* del derecho; en el campo civil es necesario distinguir entre los sectores del derecho sedimentados y las nuevas (o convertidas en nuevas) fronteras, y donde no hay (no puede haber) precisión legislativa, la creatividad es inevitablemente alta (al estar en todo caso el juez *constreñido* a decidir). Por tanto, el modelo óptimo de juez parece aproximarse al del *intérprete de la situación a enjuiciar*.

4. COSA LEGÍTIMA

Si el comportamiento del juez (y, más en general, del magistrado¹⁵) debe adecuarse a este modelo, es evidente que su poder está a una distancia sideral del poder nulo pensado por Montesquieu. No solo, con toda probabilidad, dista también del modelo teórico sobre el que razonaban nuestros padres constituyentes. Volvemos así al problema planteado al comienzo: ¿en que legitimación se funda su actividad?

Según una concepción tradicional y antigua —como ya se ha señalado— la legitimación de los jueces es *profesional* y no *política*. Hoy, por lo demás, si este segundo tipo de legitimación es constitucionalmente impracticable, la primera —cimentada en la exclusiva sujeción a la ley y en el ingreso en la magistratura por oposición, es decir, a través de unas pruebas de carácter técnico— corre el riesgo de parecer insuficiente. Se hace, pues, necesaria una integración de la legitimación institucional. Ciertamente, es obligado afinar los mecanismos institucionales para responder a la eterna cuestión del «quién (y como) custodia a los custodios». De este modo, en función de las orientaciones políticas y de los gustos institucionales, se avanzan varias y diversas propuestas —algunas en parte adoptadas con las recientes modificaciones del ordenamiento judicial— para salvaguardar a un tiempo el bien irrenunciable de la independencia de la magistratura y la exigencia de un control sobre sus actuaciones: periódica verificación de la profesionalidad, tipificación de los ilícitos disciplinarios, potenciamiento y/o modificación del Consejo Superior de la Magistratura, separación de las carreras de juez y del ministerio público, etc. Pero por este camino —en la búsqueda vana de la cuadratura del círculo— los resultados solo pueden ser en gran medida insatisfactorios.

Se impone en primer término a necesidad de una llamada a todos los operadores institucionales a un *fair play* constitucional en lo que se refiere a las críticas (recí-

¹⁴ C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La democrazia giudiziaria*, cit.

¹⁵ Aquí, en el uso del término magistrado se comprende también al fiscal, que en el ordenamiento italiano comparte estatuto de independencia con el juez. (N. del t.).

procas), al respeto de las respectivas competencias, a la atención a los diferentes papeles. Al respecto vale la pena recordar que normalmente se habla de «justo proceso», traduciendo mal el británico *fair trial*. Mal traducido porque *fair* es un término mucho más rico que «justo», que evoca los conceptos de «equidad» y «corrección» remitiendo a un desarrollo del proceso que es «justo» en cuanto socialmente aceptable, más allá del formal respeto de las reglas procesales. Lo mismo vale —debería valer— en las relaciones entre representantes de los diversos poderes públicos. El *fair play* constitucional debería ser tenido tan en cuenta como la costumbre constitucional: respetado como ley no escrita. Pero lo afirmado vale, todo lo más, como declamación. El *fair play* es, en el actual estado de cosas, como el coraje para don Abundio: no es posible dárselo al que no lo tiene.

Así, resulta preciso fijar la atención en otro tipo de legitimación: la que he llamado *legitimación democrática*. Me parece útil evocar una máxima de Salvatore Mannuzzu: «lo que más cuenta es la «consonancia» —«el acuerdo fundamental»— del juez con la república. Algo que es bastante más que la lealtad y la fidelidad al juramento prestado: [...] una adhesión a un conjunto de principios nada vagos, encarnados en la historia, una opción sustancial»¹⁶. La decisión judicial es un hecho solitario; el magistrado, al actuar y al decidir, no se mueve según un *input* de una opinión pública más o menos cualificada, no pide asentimientos. Está solo, pero no aislado. Vive una consonancia de fondo con la república, es decir, con las demás instituciones y con los ciudadanos al mismo tiempo. ¿Pero cómo se produce y mantiene tal consonancia? ¿De qué actores —aparte los directos interesados— depende su vitalidad? Se trata de un compromiso inscrito en la más amplia relación dialéctica —no institucionalizada, no institucionalizable— que debe existir entre órganos y poderes públicos, de un lado, y ciudadanos pensantes, preferiblemente organizados en las formaciones sociales de la sociedad civil, por otro. Las dos partes dialogan, expresan y reciben propuestas y observaciones. La mantenida con las esfera pública jurisdiccional será una correlación —aparentemente— unidireccional: el magistrado debe ser, por norma, silente en lo que se refiere a su concreto operar, Es silente, pero —puesto que no está aislado en la soledad— no es (no podría, aunque quisiera, ser) sordo. La consonancia no considera lo contingente —esta o aquella decisión; los deseos ocasionales de un *pueblo actual*— sino que impone y ofrece a los magistrados aquel sentido común en el que, en una sociedad, se funda la aceptación de lo que hace la magistratura considerada en su conjunto. Base y resultado de un tal estado es la *confianza de los ciudadanos*: confianza en la imparcialidad de juicio de los jueces, confianza en su honestidad y rigor intelectual y moral, confianza en su competencia técnica y en su capacidad de juicio¹⁷.

¿Fragiles e inestables las bases de esta legitimación democrática? Indudablemente, sobre todo si no se da plena actuación al conjunto de derechos sancionados en la primera parte de la Constitución, haciendo efectivamente democráticos los institutos de la segunda parte (comprendidos los del título IV, dedicado a la magistratura). Es una legitimación nunca definitivamente conquistada, al no estar por su naturaleza confiada en exclusiva a los mecanismos institucionales: madura y se consolida con el madurar y el consolidarse de los espacios de libertad efectiva de los ciudadanos. Pero no existe otra forma mejor. Es ilusorio pensar que la sola previsión normativa-institucional pueda ofrecer un equilibrio constante y aceptable, entre independencia y control. La realidad social e institucional, considerada en su conjunto, es demasiado compleja: los ciudadanos —y entre ellos están los políticos y los magistrados— deben medirse con ella (sobre todo) y no (solamente) con la ingeniería constitucional.

¹⁶ S. Mannuzzu, *Il fantasma della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 48.

¹⁷ L. Ferrajoli, *Giurisdizione e consenso*, en «*Questione giustizia*», n. 4/2009, pp. 20-21.

Entrar de mayor

Diego ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ

Entrar de mayor en la judicatura por el cuarto turno y ponerse a la cola de una carrera escalafonada es una decisión que requiere cierta madurez, o un cierto tipo de optimismo. El que quizá se deje ver entre las líneas de estas notas, deliberadamente ligeras, que parten de una constatación de Nietzsche: «ya no puede interesarnos más que lo personal, lo eternamente irrefutable. En base a tres anécdotas es posible trazar la estampa de un hombre; trato de destacar en cada sistema tres anécdotas, dejando de lado el resto».

El resto —la discusión sobre la experiencia histórica del cuarto turno y la política de selección de jueces en España— no es preciso echarlo de lado, se puede leer en un *Cuaderno de Derecho Judicial* de hace unos años que recoge una buena colección de opiniones sobre la que sus autores llaman la vía *lateral, colateral, alternativa* o de los *turneros* para acceder a la judicatura*. La mayoría la valora favorablemente —Azón con entusiasmo, Gómez sin reservas, Azparren y Quintana con el sistema actual, más *riguroso y objetivo*—, pero contribuyen también algunos reticentes (Chamorro) o muy reticentes (Llarena). Quintana Carretero concluye que el cuarto turno ha sido gradualmente aceptado por el resto de *la carrera* gracias a la *adecuada capacitación* que han demostrado los reclutados (*funcionarios de cuerpos superiores de las Administraciones públicas, docentes universitarios con larga experiencia, profesionales de la abogacía y secretarios judiciales*) y a que el sistema selectivo configurado por las reformas legales de 1994 y 2003, de acceso por especialidades, con un baremo objetivo y una prueba práctica, ha reforzado su *credibilidad*. Es el sistema por el que en diciembre de 2011 llegaremos a la carrera judicial 56 nuevos magistrados.

Es razonable pensar que el turno de juristas *expertos*, como prefiere llamarlos Azparren, enriquece el colectivo judicial, aunque sea difícil evaluar objetivamente si sus integrantes resultan mejores o peores jueces que los reclutados en el *turno libre*: el estudio de Pastor Prieto, bienintencionado como todo lo que hizo su autor, no es muy concluyente. Lo que es seguro es que será enriquecedor para quienes gracias a él tenemos la posibilidad de cambiar de profesión a media vida, una ocasión rara en un país de poca movilidad profesional, en el que es muy difícil salir del carril por el que uno empezó. Un rasgo más de una considerable falta de dinamismo social, que contrasta con el de países como los Estados Unidos, donde existen *masteres para la mitad de la vida* para quienes después de quince o veinte años han visto ya lo que da de sí su campo y quieren recuperar la excitación de un nuevo oficio, ascender profesional o socialmente o, sencillamente, hacer otra cosa: a menudo la del vecino, que a su vez intercambiaría con gusto su trabajo. Hay países que valoran la experiencia profesional y permiten pasar con relativa facilidad de unas a otras funciones; muchos reclutan a sus jueces a partir de aquella. En el caso español, el cuarto turno es una de las pocas puertas realmente abiertas para un cambio profesional de cierto nivel. En 2007, Azón estimaba en torno al 13% la proporción de los integrantes de la judicatura que ha entrado en ella por los *sistemas colaterales*. No parece una cifra que justifique las pesadillas que, como las de los *hombres eminentes* de Bertrand Russell, alimentan las reticencias de sus oponentes. Pero tampoco es despreciable: con ella, la judicatura resulta ser el único de los grandes cuerpos públicos —abogados del Estado, diplomáticos, técnicos comerciales, inspectores varios, profesores universitarios— efectiva y sustancialmente abierto a un acceso tardío desde otras experiencias profesionales.

* *Política de selección de jueces*. Estudios de Derecho Judicial, número 135 – 2007. Consejo General del Poder Judicial (2008). Director: Vallis Gombau, Francisco.

La puerta no lleva a Jauja: ingresar como magistrado al final del escalafón, con riesgo de tener que pasar unos años incómodos fuera del lugar que a los cuarenta y tantos es ya de arraigo y no sólo de origen, no es en todos los casos una mejora profesional evidente, ni necesariamente una retributiva: un funcionario de carrera con quince o veinte años de antigüedad no da un pelotazo profesional aprobando el cuarto turno. Pero la pregunta recurrente sobre «por qué nos hemos metido en este lío», es, pese a todo, retórica: lo hacemos con ganas, por el gusto de hacer otra cosa —ésta, en concreto—, con la alegría de habernos planteado un objetivo, haber logrado la confianza de un tribunal riguroso y poder hacer un trabajo que nos apetece lo bastante para haber dedicado un tiempo precioso a preparar el examen, arrojando la posibilidad del fracaso a una edad en la que no suele apetecer uno más.

¿Qué nos mueve? Ganas de ser jueces, claro. Pero ¿por qué? Para ganar independencia, para tener un oficio que conserva cierto prestigio social —aunque el nivel salarial sea un indicio preocupante de deterioro—, por un impulso de ascenso profesional o social. Para hacer un trabajo que muchos de los que ingresan han visto hacer pensando «eso también lo sé hacer yo» o, más primariamente, «ahí quiero estar yo, con las puñetas y la capacidad de decidir». Por motivos personales o de la propia experiencia profesional: en el caso de quien escribe esta crónica, escapar del deterioro de la Administración por el efecto de un aconstitucional, pero muy vigente, «principio de confianza» (y su aplicación práctica, un clientelismo que más que político es romano); dejar de tener jefe; envejecer mejor, haciendo un trabajo que, sin ser estrictamente intelectual, sí requiere estudio y reflexión; desempeñar una función social reconocible, como la de guardia, cura, barbero o maestro, y con una indudable faceta ética. Una mezcla de idealismo —como el que, escribe Tony Judt, movió a buena parte de «los mejores» de su generación a ingresar en el servicio público— y sano realismo, a partir de un pronóstico sobre lo que cabe esperar de otro cuarto de siglo en la Administración pública bajo el sistema realmente existente treinta y tantos años después de la solemne proclamación constitucional de los principios de mérito, capacidad, objetividad y profesionalidad. Quizá, en fin, la sensación *judtiana* de que «algo va mal» y el trabajo de juez abre alguna posibilidad de hacer algo más allá de la constatación —aunque sepamos que la vida es mucho más larga que cualquiera de nuestros entusiasmos.

El proceso selectivo responde al que parece un cierto consenso: una primera criba eleva la exigencia de los diez años de trabajo jurídico a una media más bien cercana a los quince, para aplicar el concepto difícilmente determinable del «reconocido prestigio» y reducir a un número razonable el de los examinados; el examen práctico posterior supone una reválida de conocimientos jurídicos teóricos y aplicados; la entrevista final permite una conversación que seguramente dice más sobre la cordura elemental de los aspirantes que el certificado médico exigido luego para acreditar *la ausencia de defectos físicos o psíquicos para ejercer funciones jurisdiccionales*. No es éste, por cierto, el único requisito de documentación exigido que merecería ser reconsiderado, porque en la lógica de la Ley 30/1992 sería más razonable que fuera el CGPJ quien oficiara a la universidad, el registro civil y el de penados, en vez de enviar a los nuevos reclutas a recolectar los certificados varios; y porque sería, seguramente, más fiable hacerlo así en tiempos en que se falsifican documentos de identidad, títulos académicos y hasta el grado de doctor, como se ha visto en la reciente caída del ministro zu Guttenberg en Alemania.

¿Quiénes entramos en la 18ª promoción del cuarto, como nos identifica un esfuerzo de socialización corporativa entrañable para quien ha pasado por uno semejante en el Instituto Nacional de Administración Pública? Los rasgos que siguen son tentativos, porque, lamentablemente, en el mes de la Escuela no hemos logrado conocernos todos bien. A brocha gruesa, abogados y secretarios —muchos con largos años como jueces sustitutos— en Civil y Penal; abogados y algunos titulares universitarios en lo Social; y funcionarios variados en lo Contencioso-administrativo. Con una edad que cabe fijar con precisión estadística entre los treinta y tantos y los cincuenta y tantos

años, con una media de cuarenta y tantos que ellas rebajan visiblemente. Con mucha experiencia jurisdiccional por media España, los primeros; más alegres, progresistas y de Cataluña los de lo social; más mayores (salvo ellas), conservadores y mesetarios los de lo contencioso: los años de servir a los poderosos nos han pasado factura. El resultado no es casual, sino el que buscaba el baremo de méritos, primando la experiencia cerca de los tribunales sobre otros académicos o profesionales.

Llegar a la Escuela Judicial, en lo alto de Vallvidriera, con Barcelona y el mar a los pies, impresiona. Bueno, llegar a la Escuela es una aventura. Una aventura familiar, porque, con sorprendente frecuencia, los españoles —y las españolas— de clase media y en torno a los cuarenta años tenemos cónyuges que trabajan, hijos que han de seguir yendo al colegio, padres mayores... Pasar, con preaviso breve, un mes a quinientos u ochocientos kilómetros de casa exige un esfuerzo familiar —abuelos recuperados al servicio activo cuando es un milagro que se cuiden ellos mismos, imaginativas redes de canguros— que quizá sea otra prueba no escrita de la capacidad organizativa o la vocación de los reclutados. Y una aventura logística: quien escribe estas líneas salía cada mañana de una residencia razonablemente céntrica de Barcelona, tomaba la línea 1 de metro, emergía en la plaza de Cataluña, se sumergía en los ferrocarriles de la Generalidad, se apeaba en la estación del Peu del Funicular para tomar éste y esperaba luego al autobús de la Escuela. Usar cuatro medios de transporte público obliga a mantener los pies en el suelo —o, más bien, en el subsuelo— viendo a la gente normal que corre al trabajo antes de ingresar en el mundo apartado de una escuela que sobrevuela la ciudad y sus problemas. Pero es inevitable pensar que en Alemania, Francia, Estados Unidos o el Reino Unido, una estancia obligatoria de un mes —de un año largo en el caso de los pobres jueces del *turno libre*, mileuristas en una ciudad carísima de la España de los alquileres sordos a la explosión de la burbuja— sería inconcebible sin una residencia anexa: sobria, por la que se pagara una precio público razonable, quizá como las militares o las antiguas hospederías de los conventos, con una llave de la biblioteca...

La queja no es por Barcelona: organizado todo, verse obligado a pasar un mes en esta ciudad, con un crédito de tiempo libre increíble a esta edad y unas docenas de compañeros devueltos a una situación posuniversitaria es otra de las cosas buenas del proceso. Una ocasión para intuir la realidad de una ciudad cosmopolita, cercana a Europa, más amable, con sus contradicciones: en estos días, el ayuntamiento *liberal* ha abierto expediente a la que posiblemente sea la mejor librería de España por vender unos *pins* que no gustan al patronato de cultura. De percibir la facilidad con que conviven en ella dos lenguas, pese a lo que dice alguna prensa de Madrid, y cómo con *la lengua* se extiende una conveniente cortina ante los recortes en sanidad o educación. De ver la realidad de la crisis cuando llega a una comunidad autónoma emblemática, con una sociedad distinta, cuya tradición jurídica propia empapa la cultura profesional de su Tribunal Superior de Justicia y sus magistrados —alguno de los cuales también dice, curiosamente, «Madrid», con ese tono inefable, cuando se refiere al poder que le es antipático: en este caso, el CGPJ. Quizá hubiera sido posible encontrar una sede mejor en la ciudad, en el centro, donde está la universidad. Pero Barcelona es una sede óptima para la Escuela Judicial.

Alcanzada la Escuela, la jornada es agradable, razonablemente interesante, un poco pasiva: prevalece la docencia unilateral, más en los ponentes universitarios o los de rango judicial más elevado. Quizá no baste con la invitación «me interrumpís cuando queráis» y sea una cuestión de método, hay pocos oradores capaces de retener la atención de su auditorio durante tres horas de escucha. El personal directivo y de apoyo es amable, discreto, eficaz; las instalaciones, bonitas y funcionales; la vista y el entorno, un gozo. La Escuela de la impresión de una máquina bien dirigida, con buen ambiente de trabajo. La mañana se pasa por grupos de especialidad, la comida en el comedor deja un rato para tratar averiguar qué pasa en casa salvando la mala cobertura. La tarde queda para sesiones con el grupo completo de los cincuenta y tantos:

la inspección, el servicio de atención al ciudadano, unas clases de Derecho Constitucional y Comunitario en que no se habla de Constitucional; la sesión de deontología y valores, decepcionante en ponentes probadamente capaces; las dedicadas al Derecho orgánico, mejorables; la que expone la reforma de la oficina judicial, inconscientemente reveladora...

¿En qué medida cubre la Escuela los muchos objetivos perseguidos: compensar carencias de la diversa experiencia profesional de los seleccionados, transmitir técnicas y conocimientos prácticos, una inmersión en la cultura y los valores profesionales de la judicatura, una exposición a bloques normativos —constitucional, comunitario— supraordenados e infraconocidos? Un mes es bastante tiempo si los programas son equilibrados y se escogen bien los ponentes. Generalmente, la experiencia ha sido ésta. Los mejores ponentes, en la especialidad del cronista, han sido los jueces de instancia y de las salas del Tribunal Superior de Cataluña: más pegados a la práctica jurisdiccional diaria, más cercanos como modelos profesionales, más generosos atreviéndose a responder a nuestra pregunta sistemática («y tú, en realidad, ¿cómo te organizas?»). Algunas de estas sesiones —un repaso del trabajo concreto de jueces competentes y contentos de serlo, despiezando los procedimientos y las materias más comunes en los primeros años; su explicación sobre la realidad y el volumen de su trabajo, sin los cuentos chinos habituales cuando se pregunta al respecto en una oficina pública —el clásico: «uuf, aquí trabajamos hasta las nueve sin parar un minuto»— han sido, quizá, lo mejor del curso. En realidad, el contenido (y el provecho) principal del curso es el tiempo dedicado a escuchar e intuir entre líneas la experiencia y la cultura profesional de los treinta o cuarenta magistrados que cada grupo de especialidad ha acabado escuchando: una cifra que ya es una muestra plural.

Algunos de los mensajes informales, quizá sólo en parte conscientes, resultan curiosos: es recurrente el consejo de que «hay que tratar bien a los funcionarios» de los juzgados —innecesariamente para funcionarios y profesionales— que en veinte años de oficina siniestra hemos podido aprender que la calidad del trato humano es tanto o más esencial que cualquier conocimiento técnico para mantener en razonable orden de producción una máquina administrativa servida por personas y siempre escasa de recursos. También se repite una cavilación que pudiera resumirse en un «no os rompáis la cabeza con doctrinas y grandes sentencias, aquí sólo somos un número, lo único que esperan de nosotros» (¿quiénes: la Inspección, el Consejo?) «es que pongamos muchas sentencias y reduzcamos la montaña de papel...» Algunos alumnos ven en estas confesiones una intento de socialización productivista: «nos reclutan como jueces ponedores». Pero uno se pregunta si no revelan más bien cierta decepción privada que difícilmente asaltarán a funcionarios públicos con veinte años de experiencia en la vanidad de toda vanidad. O quizá sea sólo una variante del «huy, aquí trabajamos hasta las nueve», desmentido por la implacable bancada trasera, atenta a desvelar el número de bolos mensual que resulta estar haciendo el presunto agobiado, a partir de sus propias manifestaciones.

Como parte de la socialización judicial pasan por el curso tres de las cuatro asociaciones profesionales. Se gana al auditorio el representante que habla más de la política judicial y muestra más franqueza, pasión y sencillez. No lo consiguen los que acaban transformándose entre las brumas del mediodía en presentadores de telediarario o programas de la mañana de cadenas de diferentes... talante y sensibilidad.

Se echa de menos alguna solemnidad, un acto de inauguración con un discurso articulado sobre la función social del juez, el debate en torno al cuarto turno, las soluciones que propone la Escuela, los objetivos del curso. Es típico en la vida pública española: las embajadas hacen recepciones el 12 de octubre, pero el embajador no hace un discurso, o no sabe hablar; se abre el curso académico, se vuelve a la oficina después de las vacaciones y nadie saluda, cuenta los nuevos planes, la situación —aunque sea crítica— o las perspectivas... Quizá sea una consecuencia de una educación comunitaria escasa; o de un recelo histórico hacia los discursos oficiales, a menudo

vacuos, casi nunca escritos por quienes los pronuncian. Pero hay quien observa que sí lo hay para los jóvenes del *turno libre*, que han llegado en esos días haciéndonos aún más conscientes de «estos veinte años que nos han caído de repente», y participan en él el Vicepresidente y tres vocales del Consejo. No es un feo: Vicepresidente y vocales también se ponen de manifiesto en nuestras aulas, saludan amablemente, dan la enhorabuena. Pero es un raro pudor el que hace tan pobres las ceremonias españolas en comparación con las francesas, que celebran a la República; las norteamericanas, que exigen humor y refuerzan el sentido de pertenencia; las alemanas, que tendrían al menos un buen cuarteto de cuerda. Lo es el del director del curso de lo contencioso, aficionado a la Historia y protagonista de la judicial en años interesantes, que no acaba de atreverse a contarnos cosas que nos interesarían a todos; también el de un antiguo director de la Escuela, autor de un excelente trabajo en el libro citado al principio, que tampoco se decide a contar su experiencia.

Falta en el curso, en fin, una reflexión filosófica, sociológica o cultural sobre el oficio del juez; sobre la realidad —social, económica, incluso política— española en la que va a desarrollarse una acción que, aunque modesta, tiene una indudable influencia pública. Quizá hubiera merecido la pena llevar a las sesiones de la tarde al sociólogo Toharia, al filósofo Atienza, a un juez italiano o anglosajón, a un estudioso de la historia o la cultura judicial españolas: Miguel Ángel Aparicio, Francisco Bastida, Alejandro Nieto, Perfecto Andrés. A un fiscal o un secretario municipal que ayuden a pensar cómo enfrentarse a una corrupción que alimenta el modelo de las «desenfadadas partitocracias del Sur de Europa». A un economista o un periodista especializado capaz de aportar alguna clave comprensible sobre la crisis económica. A un exministro, exconsejero o ex alto cargo de Justicia, para preguntarle cómo ha de enfrentarse un colectivo profesional escaso ya para el volumen de conflictividad ordinaria al que de extraordinario traiga el fantasma de una recesión que recorre Europa con aullidos lastimeros durante todo el proceso de selección... ¿Es reveladora esta ausencia? ¿Es consecuencia de una forma de percibir el trabajo de juez —la asepsia técnica—, el productivismo, la «neutralidad social» que propone Chamorro? ¿Es solamente un problema de tiempo, o de atrevimiento en la concepción de los programas para no alimentar los recelos de los recelosos? ¿Es un homenaje a la experiencia de la vida que ya trae consigo una nueva promoción de *juristas de reconocido prestigio*? ¿Quizá por eso se dedica una sesión a la ceremonia de toma de posesión y el artículo del reglamento orgánico que especifica cómo el magistrado, ataviado con su toga y acompañado por su padrino (o madrina, averiguamos), saludará primero con una leve inclinación de cabeza al presidente, luego a su derecha y finalmente a la izquierda —o era al revés? Incluso el ceremonial judicial hubiera merecido una cierta reflexión: cuál es su utilidad, su eficacia, su coste en distancia respecto a la sociedad...

Además de la crisis, sobrevuela el curso una inquietud más privada: qué plazas van a salir, a dónde nos van a mandar... En la tradición funcionarial española, la relación de *sujeción especial* parece llevar consigo un minúsculo subdirector de personal que susurrara al oído del funcionario: «alégrese usted de que tiene un trabajo seguro, estése calladito y haga lo que, o vaya adónde, se le mande». No es, claro, el caso de un poder difuso e independiente, del que los recién ingresados pueden escapar volviendo a su trabajo anterior: las naves habrán quedado chamuscadas, pero no quemadas. Hay alguna información incompleta sobre la oferta de plazas, los tiempos para decidir y tomar posesión se anuncian breves. Pero los avisos oficiales —«no haya alboroto, ya sabemos las plazas, pero no os molestéis en preguntar porque no diremos nada; no habrá comisiones de servicio ni soluciones personales»— producen un efecto contrario al pretendido. Nada sorprendentemente, porque, socializados en el medio burocrático español, los reclutados interpretan al oráculo conforme a la realidad de su tiempo y se alborotan, preguntan y rumian cómo resolver sus situaciones personales. Bromas aparte, hay algo poco razonable en el sistema: no lo parece seleccionar personas en la mitad de su vida, por sus méritos y experiencias y no tener en cuenta que llevan

consigo raíces profesionales y personales, obligaciones familiares: un juez que ingresa por el *turno libre* tiene una movilidad que es obviamente más difícil para uno que entra veinte años más mayor. En su territorio, rendirá desde el primer día, como quien llega a un país cuya lengua y claves culturales conoce; fuera de él, se encontrará en unas condiciones personales y familiares que pueden ser muy difíciles y obligarle a dividir su atención entre el trabajo del juzgado y las laboriosas maquinaciones que le ayuden a poner pies en polvorosa.

Pero esa es otra historia. Para cuando estas notas se publiquen, los cincuenta y tantos integrantes de la 18ª promoción, tercera cohorte, segundo manípulo, primera centuria estarán ya en sus primeros destinos de magistrados especializados pero no especialistas. Alguno habrá renunciado y vuelto a su trabajo, con una mezcla de frustración y alivio, perdido lo gastado en su formación. Varios habrán empezado a cavar para volver a sus casas, sus familias y sus vidas. La mayoría estará trabajando con la seriedad de siempre y el empuje de quien ha querido hacer otra cosa a media carrera y se ha ganado —gracias a un sistema abierto, un tribunal benévolo y su propio atrevimiento para reinventarse profesional y personalmente— una rara oportunidad en la vida para hacerlo. No serán —no seremos— peores jueces para una sociedad que conocemos desde otro punto de vista, quizá no menos rico ni menos penetrante que el de quienes entraron en la judicatura hace veinte años, como los doscientos y pico jóvenes (llamativa, envidiablemente jóvenes; en varios sentidos más cercanos a nuestros hijos que a nosotros) del *turno libre* con los que hemos compartido el funicular a Vallvidriera.

El lector agradecerá que esta nota no termine con una tópica valoración favorable del sistema de selección. La satisfacción con el sistema que le ha escogido a uno es previsible, como suele ocurrir con la propia educación: a fin de cuentas, uno es el producto de ella, por más dudas que pueda tener sobre su calidad cualquier observador externo. Pero si ha llegado hasta aquí disculpará un juicio —obviamente personal e impugnable— sobre el conjunto de la fase práctica, que es positivo, sin reservas. Un mes en la Escuela Judicial ofrece una buena introducción a un medio profesional peculiar, gracias, sobre todo, a la variedad profesional y humana de los jueces que desfilan por sus aulas. Aunque algunos sean aburridos, malos pedagogos o más interesantes como personajes que como modelos profesionales, son el medio humano de un oficio que depende esencialmente de quienes lo desempeñan. Pasar luego dos meses de prácticas en un juzgado con un buen tutor —uno que entienda lo que va a necesitar un magistrado cuando llegue a su primera mañana de vistas o se enfrente al primero de los muchos folios que ha de llenar para evitarse una pronta inquisi, digo inspección— es un complemento magistral en el aprendizaje de un saber práctico. Todo es mejorable, claro: podría dedicarse más tiempo en la Escuela al Derecho Comunitario, abrir el foco y preguntarse sobre la inserción de los jueces en la sociedad, su relación con la política, el dinero o sus valores privados. Pero una fase de formación bien concebida para que los nuevos magistrados puedan rendir desde el primer día de trabajo es un raro acierto en un país cuyos sistemas de reclutamiento funcional son razonablemente limpios y eficaces, pero lanzan luego a los seleccionados a una realidad que poco tiene que ver con la de los temarios de oposición o las pruebas superadas para entrar.

La desregulación de la financiación electoral por el Tribunal Supremo estadounidense y el riesgo de privatización de la representación política

Oliver ROALES

En un giro de su doctrina jurisprudencial, el Tribunal Supremo norteamericano ha derogado una importante regulación en materia de financiación electoral, que para algunas cuestiones se encontraba en vigor desde hace más de sesenta años. Esta regulación respondía a la necesidad de establecer en la sociedad post-industrial límites razonables a la financiación de los candidatos al objeto de poner freno a la excesiva influencia del poder económico sobre el político. La desregulación resultante incide en el abandono progresivo de la idea de representación y deliberación política racional.

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 21 de enero de 2010, el Tribunal Supremo estadounidense dictó una Sentencia *literalmente sin precedentes* en materia de financiación electoral¹, por la que el actual sector judicial mayoritario de tendencia conservadora, reescribía radicalmente la asentada doctrina jurisprudencial en este asunto. Paradójicamente además, esta decisión de vital trascendencia se produjo con ocasión de la resolución de una apelación de relativo corto alcance, que inicialmente no planteaba la impugnación del articulado legal, sino la reinterpretación fáctica del caso concreto². Y así, a pesar de que no se cuestionaba en el recurso la inconstitucionalidad de la ley, lo cierto es que la decisión del alto tribunal trascendió sorprendentemente las posiciones iniciales de la recurrente, anulando provisiones clave contenidas en la Ley McCain-Feingold³, de reforma de la Ley Federal reguladora de la Financiación Electoral⁴.

El propósito de este trabajo será demostrar cómo este drástico giro que supone la desregulación parcial llevada a cabo por el Tribunal Supremo, tiene potencialmente la capacidad de modificar de forma sustantiva, y con negativas consecuencias, el principio general que inspiraba las reglas de juego pactadas por ambos partidos con representación en las cámaras legislativas federales. Reglas, que a pesar de las dificultades encontradas en su implementación, han pretendido ser el fundamento del sistema electoral desde hace casi cuarenta años, y que supusieron en su momento un notable intento de adaptación de la democracia estadounidense a la nueva situación de fuerte interacción entre las instituciones políticas y el creciente poder de

¹ *Citizens United v. Federal Election Commission*, (08-205) 558 U.S. (2010).

² Ante la Corte de Distrito de Columbia, los recurrentes plantearon un recurso contra la constitucionalidad de la norma en sí (*facial challenge*), sin embargo este planteamiento fue explícitamente abandonado por *Citizens United* al sustanciar su recurso ante el Tribunal Supremo, limitando su impugnación a determinar la inconstitucionalidad de una concreta interpretación de la norma llevada a cabo por el juzgador *a quo* (*as-applied challenge*). Esta posición fue de nuevo replanteada por los recurrentes cuando el Tribunal expresamente se dirigió a las partes al objeto de que expresaran su conformidad o disconformidad con la posibilidad de que la Sentencia invalidara precedentes, lo que ha sido muy duramente criticado por el juez Stevens en su voto particular a la Sentencia.

³ Aprobada en 2002, la *Bipartisan Campaign Reform Act* (BCRA) Pub.L. 107-155, 116 Stat. 81, se la denomina comúnmente *McCain-Feingold Act*, en referencia a sus dos principales promotores: el senador republicano *John McCain*, y el demócrata *Russell Feingold*. Como su nombre indica, fue promovida y aprobada consensualmente por amplia concurrencia de apoyos de todo el espectro político de la Cámara de Representantes.

⁴ *Federal Election Campaign Act* (FECA), Pub.L. 92-225, 86 Stat. 3 (7 de Febrero, 1972).

las multinacionales y los *mass media*, entendiéndose estos últimos no como simples plataformas de comunicación de información, sino como «*dispositivos con el poder de reorientar la experiencia semiótica que nos lleva a funcionar dentro de una nueva fase del capitalismo*»⁵, y que conforman, a través de la organización de redes de información y comunicación desarrolladas en un crecimiento que sobrepasa el ámbito cuantitativo, la experiencia vital del nuevo orden, experiencia a la que se ha llamado *condición posmoderna*⁶.

Para ello, partiremos del análisis de la regulación legal resultante de la reforma en 2002, mediante la descripción concisa de aquellos supuestos de hecho que, a los efectos relevantes, eran expresamente prohibidos por la norma. En segundo lugar procederemos a una somera crítica de la Sentencia, determinando en qué difiere, con respecto a la situación inicial, la actual configuración normativa tras el fallo. En tercer lugar y para concluir, analizaremos sus previsible consecuencias políticas.

2. LA REGULACIÓN LEGAL EN ESTADOS UNIDOS EN MATERIA DE FINANCIACIÓN ELECTORAL HASTA LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN *CITIZENS UNITED*

A. Consideraciones Previas

El sistema de financiación electoral diseñado por la *Federal Election Campaign Act* (FECA) de 1971, a lo largo de sus sucesivas modificaciones, se ha asentado sobre una idea básica, entendida como principio general: solamente si se establecen límites razonables a la financiación de los candidatos en las elecciones de carácter federal, se podrá, en ese ámbito, poner freno a la natural corrupción del poder político por el económico, así como a la percepción por la ciudadanía de esa corrupción, ya sea real o aparente. Es de gran importancia señalar que esta idea se encuentra imbricada y en inmediata conexión lógica con un concepto de corrupción política necesariamente no restrictivo, pues la financiación directamente relacionada con un intercambio ilícito actual y concreto, ya se encuentra tipificada claramente como delito en la *Foreign Corrupt Practices Act*⁷ y el *Federal Bribery Statute*⁸, por lo que sería un sinsentido suponer que la regulación sobre financiación electoral es simplemente una reiteración de la prohibición del cohecho. Consecuentemente, es necesario entender que esta legislación no se plantea como una u otra forma de soborno, sino al objeto de prevenir la compra de un genérico acceso privilegiado al representante político, que en virtud de una indebida influencia, pasaría a estar al servicio de un interés particular⁹.

Sin embargo, esta última afirmación no es en absoluto pacífica, pues ha sido objeto de un amplio debate jurisprudencial y doctrinal. Es por ello que, si pretendemos

⁵ Eliseo Colón Zayas, *Publicidad y Hegemonía. Matrices Discursivas*. (Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2001), 9-10.

⁶ La relación entre la condición posmoderna y los medios de comunicación de masas, como relación constitutiva, ha sido puesta de manifiesto por Fredric Jameson y Jean Baudrillard, entre otros. Jonathan Bignell, afirma en este sentido que «*the postmodern is a discursive construct which depends on the citation of particular kinds of objects, be they texts, institutions, audiences, or ways of conceptualising these and other aspects of media culture. [...] For while the postmodern is "readily found" in media culture, media culture enables the discourses in and of the postmodern to establish themselves as modes of address to the contemporary*». Jonathan Bignell, *Postmodern Media Culture*. (Edimburgo: Edinburg University Press, 2000), 1-2.

⁷ 15 U.S. Code §§ 78dd-1, et seq.

⁸ 18 U.S. Code § 201.

⁹ Nos parece relevante en este sentido, la clásica definición de Nathaniel H. Leff: «*corruption is an extralegal institution used by individuals or groups to gain influence over the actions of the bureaucracy. As such, the existence of corruption per se indicates only that these groups participate in the decision-making process to a greater extent than would otherwise be the case*». Nathaniel H. Leff, *Economic Development Through Bureaucratic Corruption* en A. J. Heidenheimer, M. Johnston y V.T. LeVine (eds.) *Political Corruption: A Handbook* (New Brunswick: Transaction Publishers, 1989). Este artículo fue publicado inicialmente en *American Behavioral Scientist* 8:3 (Noviembre, 1964), 8-14.

demostrar su consistencia, será necesario dilucidar previamente los fundamentos de la controversia en la que se la cuestiona.

Así, ¿son las aportaciones económicas de terceros a las campañas electorales, constitucionalmente susceptibles de ser reguladas al objeto de impedir relaciones de indebida influencia que van más allá del intercambio concreto? ¿O por el contrario, tal regulación excedería, en todo caso, los límites constitucionales que protegen la libertad de expresión, debiendo limitarse exclusivamente a regular situaciones de concreto intercambio ilícito? En relación a esta cuestión, constituye el primer hito jurisprudencial de relevancia la decisión de *Buckley v. Valeo*¹⁰, con motivo de la resolución del recurso de inconstitucionalidad planteado en 1974 contra la FECA, recién enmendada al objeto de establecer nuevas limitaciones a prácticas potencialmente corruptas. Tal enmienda supuso la principal reacción legislativa ante el estado de opinión creado por las revelaciones del caso *Watergate*, en donde entre otras cuestiones, habían sido aireadas graves irregularidades y abusos relacionados con el proceso electoral. Los apelados habían justificado en su oposición al recurso, tres intereses gubernamentales que, a su juicio, justificaban las restricciones legales a la financiación electoral: un interés principal, cual era (1) la prevención de la corrupción; y dos de carácter secundario: (2) la igualación de las oportunidades de expresión de los distintos candidatos, al margen de su capacidad económica y (3) la limitación del gasto en las campañas, de incremento exponencial. De las tres alegadas, el Tribunal Supremo descartó las dos consideraciones secundarias, admitiendo sólo como constitucionalmente relevante el interés en prevenir la corrupción, sobre el que además precisaría que «*of almost equal concern as the danger of actual quid pro quo arrangements is the impact of the appearance of corruption stemming from public awareness of the opportunities for abuse inherent in a regime of large individual financial contributions*»¹¹. En consideración a esta y otras expresiones contenidas en la Sentencia, un importante sector de la doctrina suele interpretar que *Buckley v. Valeo* utiliza un concepto restrictivo de corrupción¹², lo que se compadecería además con el hecho de que la expresión *quid pro quo* hace referencia al intercambio concreto, con lo que se estaría utilizando un concepto de corrupción limitado. Y así, para esta primera decisión, el único criterio constitucionalmente relevante a efecto de regular las contribuciones electorales, sería el que se orienta estricta y exclusivamente a prevenir la corrupción *concreta*, así como aquellas situaciones en las que, al margen de que la corrupción realmente exista, se cree una apariencia de tal corrupción.

La discusión doctrinal, llegado a este punto, se centra en establecer si a partir de esta primera decisión, (1) la jurisprudencia habría estado ampliando el concepto de corrupción hasta hacerlo coincidir con la compra de un genérico acceso político privilegiado; de forma que *McConnell v. FEC*¹³, donde en 2003 el Tribunal Supremo confirmó la constitucionalidad de la Ley McCain-Feingold, sería la culminación lógica de ese proceso; o si por el contrario, (2) la caracterización restrictiva del concepto de corrupción propio de esta primera decisión habría seguido confirmándose a lo largo del tiempo, siendo *McConnell* una aberración excepcional, ahora finalmente corregida por la decisión de 2010 en *Citizens United*.

Hasta aquí el planteamiento de la cuestión. Ahora bien, no nos parece acertado centrarse en un análisis literal de determinadas expresiones jurisprudenciales, que desconozca en primer lugar, el alcance y lo que en realidad implica la equiparación entre la corrupción —real y determinada—, y la creación de su mera apariencia como

¹⁰ 424 U.S. (1976).

¹¹ «De casi la misma importancia que el peligro que implican los acuerdos concretos del tipo *quid pro quo*, es el efecto que la apariencia de corrupción produce en la conciencia pública a consecuencia de las oportunidades de abuso inherentes a un sistema de importantes contribuciones económicas individuales». *Buckley v. Valeo* 424 U.S. (1976). La traducción es mía.

¹² Esta es la opinión de los profesores Clark y Lichtman, entre otros. Gerard J. Clark y Steven B. Lichtman, "The Finger in the Dike: Campaign Finance Regulation After *McConnell*". *Suffolk University Law Review*, 39, 629 (2006).

¹³ 540 U.S. (2003).

fundamento de esa orientación jurisprudencial. Y ello, porque si bien de lo que existe puede llegar a afirmarse que es concreto, con lo aparente ocurre todo lo contrario. De lo aparente como tal, no puede afirmarse nada con certeza, ni siquiera su existencia, salvo su propio carácter aparente. Cualquier determinación concreta, predicable al margen de la apariencia misma, lo dotaría de límites ciertos, no-aparentes. Por eso, carece de sentido delimitar estrictamente un concepto, si al mismo tiempo afirmamos que, a efectos fundaméntales, su existencia equivale a su apariencia. Pues en otras palabras, ¿qué significa apariencia sino el campo abierto de la indeterminada posibilidad? La aportación pública de grandes sumas de dinero a la campaña de un determinado candidato al Senado, por ejemplo, probablemente pueda suponer una indebida influencia sobre el aspirante, e incluso pueda implicar un concreto intercambio ilícito del tipo *quid pro quo*. Estas son meras posibilidades de las que desconocemos si verdaderamente se traducen en realidades concretas. Sin embargo, lo que sí es cierto es el mismo hecho de su posibilidad. Es decir, tal y como el Tribunal Supremo reconoce¹⁴, por el simple hecho de producirse una aportación pública de relevancia, se plantean públicamente tales posibilidades, lo que en sí mismo supone la apariencia de una relación impropia. No sabemos en qué consiste tal relación, si es que verdaderamente existe, pues de ella solo podemos afirmar que “aparentemente existe”. Es irrelevante a estos efectos, que la corrupción se haya o no concretado en uno o varios intercambios ilícitos concretos, pues constituye un supuesto de hecho equivalente el que sin haberse celebrado ninguno, se haya creado la apariencia de tales intercambios.

Podría todavía argumentarse que, la única apariencia de corrupción relevante es la apariencia de relaciones *quid pro quo*, es decir, la apariencia de intercambios concretos, y no la apariencia de una relación de indebida influencia. Sin embargo, en la realidad tales percepciones nunca se dan separadamente. La percepción pública de indebida influencia implica necesariamente la posibilidad de admitir además intercambios concretos, y viceversa. Además, ¿cómo podríamos justificar que no es intrínsecamente el mismo interés gubernamental el que pretende evitar la percepción pública, ya sea de sobornos que de indebida influencia? Y por tanto, ¿es posible excluir del concepto de corrupción las situaciones *reales* de indebida influencia, habiendo aceptado como relevantes las de mera apariencia? ¿Es que acaso las situaciones reales concretas de indebida influencia no son susceptibles de crear una percepción pública de escándalo equivalente a las aparentes, siendo precisamente esa la razón por las que en primer lugar aquellas fueron consideradas relevantes?

Así, en realidad, los fines perseguidos por terceros al financiar campañas electorales, pueden graduarse desde aquellos que implican un interés directo en influir al funcionario electo sobre una cuestión, sea lícita o ilícita, hasta aquellos que solamente suponen un interés abstracto de influencia, que englobaría —llegado el caso— un determinado posicionamiento sobre aspectos concretos. Pero hemos de tener en cuenta que, sustancialmente, lo que se afirma cuando se subraya la intrínseca potencialidad corruptora de la financiación por terceros de las campañas electorales, es que la misma trasciende el actual interés del donante, pues no está determinada por el hecho de que se persigan objetivos o intereses concretos o abstractos, lícitos o ilícitos.

B. La corrupción como vulneración de la independencia del funcionario electo

Preservar la independencia del funcionario electo como fundamento de legitimidad, es una necesidad derivada de lo que Pierre Rosanvallon denomina “las ficciones fundadoras”. Así, mientras que el principio de igualdad, es un requisito moral que conjuntamente con el imperativo jurídico del respeto de los derechos individuales «*llama*

¹⁴ Ver nota 11.

a considerar el valor propio de cada integrante de la colectividad»¹⁵, el principio de la mayoría presupone la imposición de la voluntad de una facción (aunque sea la mayoritaria) sobre el resto. Para soslayar la oposición implícita de fines y medios entre la declaración cualitativa del principio de igualdad y la técnica de decisión de carácter meramente cuantitativa del llamado principio mayoritario, las democracias modernas han tenido que atribuir un carácter sustantivo a aquella regla procedimental, de forma que del proceso electoral se derive una doble legitimidad, procedimental y sustantiva. El candidato electo es legítimo, no solo al haber sido designado mediante un procedimiento que pretende poner de manifiesto la decisión mayoritaria, sino que se le encomienda una función sustantiva: la búsqueda del bien común, que debe desarrollar desde una necesaria independencia.

Para delimitar el concepto de independencia, entendido como fundamento explicativo de la legitimación política, es importante subrayar su carácter gradual, pues no puede establecerse una diáfana distinción cualitativa que distinga siempre, y nítidamente, entre aquellas situaciones que podríamos denominar de influencia, frente a aquellas de control externo. El mandato imperativo en los incipientes sistemas representativos y la actual disciplina de voto parlamentaria, por ejemplo, son elementos de control que ponen de manifiesto el carácter faccionario del principio de mayoría, y afectan a la independencia del funcionario electo, pues anulan su facultad de decisión. Sin embargo, las presiones políticas, ya tengan su origen en el propio partido, en miembros del Gobierno u otras instituciones, en grupos de presión organizados, o en electores individuales, son en principio manifestaciones de influencia, siempre y cuando el representante mantenga un control sustancial sobre la decisión. Es este carácter difuso y gradual del concepto de independencia lo que hace necesario equiparar, en términos de relevancia para la legitimación política, las situaciones de pérdida real de independencia, con aquellas en las que dicha falta de independencia es solamente percibida por los electores, al margen de su carácter real. Y es que a efectos de legitimación del sistema, ambas situaciones son equivalentes, pues ambas se traducen en una idéntica desafección y desconfianza de la ciudadanía ante el sistema político.

De este modo, el carácter potencialmente disruptivo de la financiación política no se circunscribe a su capacidad de influencia en los procesos electorales (mediante la puesta en práctica de poderosas campañas de apoyo o desprestigio, a según qué candidatos), sino que su verdadera potencialidad corruptora se despliega sobre todo a través del control efectivo de la actividad política, mediante la cierta y permanente amenaza de privar de financiación en el futuro, o incluso de financiar una campaña contraria al díscolo independiente. Y así, es la posibilidad de un control excesivo sobre el funcionario público electo, y no el concreto interés que motiva al donante, lo que define la potencialidad corruptora de la financiación electoral por terceros, siendo esta la razón por la que, como anticipábamos, debemos acudir a un concepto de corrupción política no excesivamente estrecho, y que abarque aquellas situaciones que planteen una intolerable violación de la independencia del funcionario electo.

Esta ha sido hasta *Citizens United*, la posición implícita del Tribunal Supremo, al considerar como corrupción política un abanico de conductas que, con independencia de otras consideraciones, tenían en común el ser potencialmente contrarias a la independencia del candidato o representante público electo. Tal y como ya hemos avanzado, dicha doctrina se resume en *McConnell*, decisión de 2003 que confirmaría la constitucionalidad de la reforma bipartidista de la Ley McCain-Feingold: «[to] limit Congress' regulatory interest only to the prevention of the actual or apparent quid pro quo corruption [...] would render Congress powerless to address more subtle but equally dispiriting forms of corruption. Just as troubling to a functioning democracy as classic quid pro quo corruption is the danger that officeholders will decide issues not

¹⁵ Pierre Rosanvallon, *La Legitimidad Democrática. Imparcialidad, Reflexividad y Proximidad*. (Madrid: Paidós Espasa, 2008), 22-23. Traducido por Heber Cardoso.

on the merits or the desires of their constituencies, but according to the wishes of those who have made larger financial contributions valued by the officeholder. Even if it occurs only occasionally, the potential for such undue influence is manifest. And unlike straight cash-for-votes transactions, such corruption is neither easily detected nor practical to criminalize. The best means of prevention is to identify and to remove the temptation»¹⁶.

C. Limitaciones al gasto electoral

Tras su enmienda de 1974, y al objeto de preservar (o restablecer) la limpieza de los procesos, así como de transmitir la necesaria apariencia de neutralidad, requisito sustancial para todo proceso electoral con pretensión legitimatoria, la FECA estableció claras restricciones al gasto de los candidatos en elecciones de carácter federal (Cámara de Representantes, Senado, Vicepresidencia y Presidencia, incluyendo las elecciones primarias). Sin embargo, esta provisión fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo en *Buckley v. Valeo*¹⁷, al establecer que todas las limitaciones legales relativas al gasto electoral (ya en relación al gasto total de campaña, ya al desembolso de la aportación personal del propio candidato a la misma) vulneraban el derecho a la libertad de expresión garantizado por la primera enmienda constitucional.

La clave de su fundamentación radicaba en el hecho de que el tribunal había equiparado *gasto electoral* con *discurso político*, de lo que se deducía que cualquier limitación del gasto constituía en sí misma una limitación a la libertad de expresión¹⁸. Y dado que las excepciones a este derecho fundamental deben estar siempre justificadas por un interés estatal prioritario, y articuladas según la regulación menos restrictiva de entre las posibles, el tribunal entendió que las limitaciones al gasto contenidas en la FECA no superaban ese test de “escrutinio estricto” (*strict scrutiny*) derivado del mencionado carácter fundamental del derecho.

Ahora bien, mientras esto entraña la imposibilidad de establecer límites obligatorios, estos sí pueden fijarse de manera voluntaria. Tal es el caso de aquellos candidatos que pretendan acogerse a la financiación pública, la cual implica, además del cumplimiento de determinados requisitos¹⁹, aceptar voluntariamente una considerable limitación del gasto.

D. Limitaciones a la financiación electoral

En *Buckley v. Valeo*, el Tribunal Supremo pretendió hallar una solución equilibrada, que por una parte permitiera al Congreso regular la financiación electoral, al tiempo que demostrase un escrupuloso respeto a la libertad de expresión de los candidatos. Para ello recurrió a una radical distinción entre gastar y financiar. Mientras que el gasto se identificaba directamente con el ejercicio de la libertad de expresión, la financiación no podía ser conceptualizada mediante esa relación directa, lo que implicaba que, al no tratarse de expresión, su regulación no debía superar el exigente test de “escrutinio estricto” al que hemos hecho referencia.

¹⁶ *McConnell v. Federal Election Commission*, (02-1674) 540 U.S. (2003).

¹⁷ 424 U.S. 1 (1976).

¹⁸ La discusión jurídica se centró en establecer si el ámbito de la ley era la regulación de conductas, cuyo efecto en la libre expresión y asociación era en todo caso secundario, o por el contrario, lo que se afectaba era «el mismo núcleo del discurso político». Esta fue la opinión del Tribunal, que entendió que «a restriction on the amount of money a person or group can spend on political communication during a campaign necessarily reduces the quantity of expression by restricting the number of issues discussed, the depth of their exploration, and the size of the audience reached. This is because virtually every means of communicating ideas in today's mass society requires the expenditure of money». *Buckley v. Valeo* (75-436) 424 U.S. 1 (1976).

¹⁹ En líneas generales, estos requisitos favorecen el actual bipartidismo.

Ahora bien, muchos comentaristas conservadores consideraron que esta distinción carecía de fundamento lógico. La financiación de una campaña electoral, según este sector doctrinal, podía considerarse igualmente expresión, pues es expresión abogar por un candidato, y esto es precisamente lo que supone financiar. Sin embargo, la cuestión que a nuestro juicio verdaderamente subyace a este dilema (y que no es explícitamente resuelta por el tribunal), es la relativa a la pregunta de si debe o no primarse la expresión de los candidatos sobre el resto de los ciudadanos en las campañas electorales. La campaña electoral es un procedimiento que tiene un objetivo muy concreto: crear el necesario debate entre los diferentes candidatos a un cargo público, de manera que sea posible la deliberación, y posterior elección de estos por el cuerpo electoral. En este sentido, nos parece razonable entender que, puesto que el debate se plantea entre los candidatos, a estos corresponda principalmente la emisión de los correspondientes mensajes. Los ciudadanos pueden ejercitar su crítica a lo largo de toda la legislatura, sin embargo, es en la campaña electoral donde los candidatos deben explicarse. Y si aceptamos estas premisas, debemos concluir que, en una campaña electoral no existe otro discurso que el de los candidatos. De ahí que, a pesar de que el Tribunal Supremo no haga uso de la anterior argumentación, nos parezca correcta su apreciación de que la financiación electoral solo pueda contemplarse, desde la perspectiva del discurso, de manera indirecta. Así, en relación con los mensajes de la campaña, financiar no es propiamente la expresión de un discurso individual, sino la facilitación del discurso de otro, aunque al mismo tiempo pueda ser entendida como un gesto de apoyo que es también expresión en sí. Lo que sucede es que, desde esta perspectiva simbólica, este ejercicio de la libertad de expresión individual es intrínsecamente el mismo, y no se altera, con independencia de la cantidad aportada²⁰.

Esta distinción hizo posible hallar un principio de diferenciación que permitiera declarar constitucionales las limitaciones legales a las contribuciones electorales, cuando al mismo tiempo, el gasto electoral se había identificado con la preferencia del discurso político. Ahora bien, en opinión del tribunal, las únicas contribuciones que podían ser objeto de regulación eran las que se destinaban directamente a sufragar la campaña de un determinado candidato (*hard money*), pues solo estas eran susceptibles de corromperlo. De esta manera, la financiación del partido político en que cada candidato se integra, para diferentes actividades no relacionadas con una determinada elección (*soft money*) no tendrían motivo para ser limitadas. Entiéndase además que esta distinción en todo caso no era relevante para empresas, bancos o sindicatos, a los que la FECA prohibía cualquier tipo de donación, tanto a partidos como a candidatos. Dichas entidades solo podían contribuir, no directamente, sino mediante la aportación individual de sus accionistas o de sus miembros a los llamados *Political Action Comitees* (PAC).

El problema es que tal regulación se mostró claramente insuficiente, pues el dinero no regulado era perfectamente capaz de intervenir subrepticamente en las campañas a través del recurso de la emisión de mensajes pagados mediante gastos independientes²¹ (*independent expenditures*) o si era el caso de corporaciones o sindicatos, mediante mensajes que sin pedir específicamente el voto, estuvieran inequívocamente refiriéndose a un candidato concreto. Y esta intervención no regulada, y cada vez mayor, tenía como consecuencia la merma de la independencia del candidato, pues al fin y al cabo, *¿cuál es la diferencia entre entregar dinero a un candidato para que pague su campaña, o pagarla uno mismo sin preguntarle?* Esta cuestión es de gran importancia, pues dado que los costes de campaña han ido desarrollando un constante incremento,

²⁰ En este sentido se expresa *Buckley v. Valeo* cuando señala que «*the quantity of communication by the contributor does not increase perceptibly with the size of his contribution, since the expression rests solely on the undifferentiated, symbolic act of contributing*». 424 U.S. 1 (1976).

²¹ Un gasto independiente se define como aquel gasto en comunicación que «*abogando expresamente por la elección o la derrota de un candidato claramente identificado, no ha sido hecho en cooperación, consulta o concierto con, o a requerimiento o sugerencia de un candidato, el Comité autorizado por éste, sus agentes, o un partido político o sus agentes*». Code of Federal Regulations 100.16 (a). La traducción es mía.

el candidato es cada vez más dependiente de que el flujo de gastos independientes favorables continúe también incrementándose, aunque también, y precisamente por ello, ostente cada vez un menor control sobre los mensajes de su campaña, pues estos se emiten “independientemente”, es decir, sin su colaboración intelectual. Es decir, mayor dependencia de agentes financiadores externos, que además controlan el propio mensaje del candidato.

Atajar esta diabólica espiral era el principio objetivo de la nueva regulación que supuso la ley bipartidista. Para ello, se prohibió a las entidades empresariales y a los sindicatos emitir “comunicaciones en campaña electoral” (*electioneering communications*), entendidas éstas como «cualquier emisión de radio, televisión o cable, o comunicación por satélite, que se refiera a un claramente identificado candidato a un cargo de ámbito federal, y sea realizada dentro de los 60 días anteriores a una elección general, o 30 días, para el caso de primarias o de elecciones donde se establezcan preferencias»²². Las corporaciones y sindicatos podrían emprender campañas informativas con cargo a su presupuesto sobre cuestiones políticas relevantes que afectaran a sus intereses, pero nunca, ni aportar dinero a los candidatos o a los partidos, ni ahora tampoco participar en la campaña electoral independientemente, ya directamente, ya a través de un PAC.

Tal y como se deduce de lo dicho hasta ahora, con anterioridad a *Citizens United*, el ordenamiento jurídico federal en materia electoral se basaba en una radical distinción en virtud de la identidad del proferente del mensaje, lo que según reiterada jurisprudencia no era discriminatorio en sí, si bien implicaba la necesidad de justificar la existencia de un legítimo interés gubernamental que motivase tal desigualdad de trato. Este interés tenía una doble fundamentación, tal y como argumenta el Juez Stevens en su voto particular a *Citizens United*: (1) por el enorme poder que las corporaciones son susceptibles de ejercer en los procesos electorales, y que se derivan de enormes agregaciones de riqueza amasadas en virtud de las ventajas que conlleva la regulación legal de tales personas jurídicas; y (2) por el necesario respeto y salvaguarda de los intereses y preferencias políticas de sus socios o afiliados, evitando la participación en campaña con capital social, en apoyo de determinados candidatos sin la posibilidad de que estos puedan expresa individual y directamente su consentimiento en ese sentido²³.

3. HECHOS, FALLO Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DECISIÓN CITIZENS UNITED V. FEDERAL ELECTION COMMISSION

“*Citizens United*”, organización sin ánimo de lucro y PAC financiada principal, pero no exclusivamente²⁴, mediante aportaciones de particulares, estrenó en Enero de 2008 el documental *Hillary: The Movie*. Este documental vertía durísimas críticas²⁵ contra la Senadora Hillary Clinton, candidata entonces a las primarias presidenciales del Partido Demócrata. Habiendo sido distribuido en salas de cine y DVD, *Citizens United* consideró conveniente aumentar la difusión del mismo mediante el sistema de televisión a la carta en canal por cable (*video on demand*), incluyendo la posibilidad de su visionado incluso dentro del periodo de 30 días inmediatamente anterior a las primarias, lo que según la Corte de Distrito de Columbia constituía una comunicación electoral, prohibida para *Citizens United*.

²² U.S. Code §434 (f) (3) (A). La traducción es mía.

²³ *Citizens United v. Federal Election Commission. Dissenting Opinion: Stevens* (08-205) 558 U.S. (2010).

²⁴ Esta financiación no limitada a aportaciones de individuos, le impedía legalmente llevar a cabo comunicaciones electorales.

²⁵ Según el semanal *The Economist*, dicho documental describía a la Senadora como “una víbora mentirosa hambrienta de poder”. «Unbound», *The Economist*, 30 de enero a 5 de febrero de 2010, (North America Edition).

Esta decisión fue impugnada por *Citizens United* ante el Tribunal Supremo, siendo uno de los puntos fuertes de su argumentación, el hecho de que la televisión a la carta es, a todos los efectos, equiparable al alquiler de una película, y por lo tanto, no podía incluirse en la definición legal de comunicación electoral. Sin embargo, el voto mayoritario del Tribunal Supremo no atendió a estas razones, aprovechando esta oportunidad para declarar la inconstitucionalidad de la prohibición de emitir comunicaciones electorales a las mencionadas personas jurídicas, sobre la base de que no es posible establecer discriminación entre el discurso de estas y el de los individuos, cuando se trata de comunicaciones sufragadas con gasto independiente, pues este tipo de gasto no tiene potencialidad corruptora *quid pro quo*, única corrupción relevante.

Esto ha supuesto, no solo declarar inconstitucional la prohibición de comunicaciones electorales a corporaciones y sindicatos de la reforma bipartidista, sino también considerar permisible que realicen gastos independientes. Es decir, las grandes concentraciones de capital no solamente podrán intervenir en las campañas con alusiones más o menos veladas a los candidatos, sino que incluso podrán pedir directamente el voto, algo que llevaba prohibido desde hace más de sesenta años²⁶.

4. CONCLUSIÓN

Al comienzo de este trabajo afirmábamos que la regulación en materia de financiación electoral, era una acuciante necesidad planteada por la sociedad post-industrial. El desplazamiento de la *accountability*, la dilución de la responsabilidad de los que supuestamente participan en los procesos públicos de decisión, es precisamente una de las características de esta nueva situación, presidida, en palabras de Ramón Vargas-Machuca, por una demasía delegativa y una ocupación mediática de la democracia.

La decisión jurisprudencial que comentamos, es un paso hacia la privatización de la representación política, pues implica, como hemos señalado, una cada vez menor capacidad de control del representante sobre su propia agenda. Y entiéndase bien, que dicho peligro no solamente se deriva de la propia dependencia de las fuentes de financiación (una dependencia cada vez mayor), sino sobre todo procede de la voz poderosa de las grandes concentraciones de capital, que desde las campañas electorales es incluso virtualmente capaz de ahogar, o de al menos fundirse y transformar, el discurso de su candidato, que en cierta medida se encontrará desplazado, en la formulación de ideas y propuestas, por discursos que son el suyo al tiempo que no lo son. Si el discurso de los individuos se entierra bajo el enorme poder de comunicación de ese gran capital, la democracia se resentirá necesariamente. Si los gastos de campaña siguen creciendo, cada vez será más difícil articular un discurso que llegue a los votantes sin contar con una gran concentración de capital, la cual tiene sus propios intereses. Y si además, la ciudadanía percibe que todos los discursos son cada vez más homogéneos, pues todos deben pasar por el tamiz que supone coaligarse con los intereses de ese gran capital, ello implicará una creciente desmovilización del electorado, provocada por una desafección susceptible incluso de cuestionar la propia democracia representativa.

Ahora más que nunca, dada la grave crisis mundial que afecta a los mismos fundamentos de la legitimación política, es necesario que los procedimientos en democracia queden fuera de toda duda. Y sin embargo, acompañando a esa crisis (y quizás precisamente), se está produciendo una deriva en la democracia que debe ser nuestro punto de referencia, una deriva que se precipita hacia una situación que se percibe no solo en Estados Unidos: «*la democracia en vez de ser representativa y deliberativa se vuelve plebiscitaria y cesarista [...] el orden político más autorreferencial*»²⁷.

²⁶ Desde la Ley Taft-Harley de 1947. Title 29, Chapter 7, U.S. Code.

²⁷ Ramón Vargas-Machuca Ortega, *Inspiración Republicana, Orden Político y Democracia*. En José Rubio Carracedo, José María Rosales y Manuel Toscano (Dirs.), *Democracia, Ciudadanía y Educación* (Madrid: Ediciones Akal, 2009), 136-137.

El sistema penal: su legitimidad axiológica, contextual y teleológica

Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI

ABREVIATURAS: CE (Constitución Española); CP (Código Penal); CP1995 (Código Penal de 1995); LOGP (Ley Orgánica General Penitenciaria); LO 7/2003 (Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas); LO 5/2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal); LOEx (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social); STC (Sentencia del Tribunal Constitucional); STS (Sentencia del Tribunal Supremo).

PRELIMINAR

La legitimidad del sistema penal puede analizarse desde tres perspectivas complementarias: la axiológica, la contextual y la teleológica. La legitimidad axiológica viene vinculada al cumplimiento por el sistema penal de una función de estricta protección de bienes jurídicos mediante la evitación de las conductas más severamente disvaliosas por su honda dañosidad social, sin que le competa la función de promoción de fines sociales loables o la tarea de mero reforzamiento de políticas públicas de seguridad. La legitimidad contextual exige que la reacción punitiva se produzca en contextos temporales idóneos para que la intervención penal sea un remedio hábil para cumplir las funciones comunicativas y preventivas que tiene asignada en materia delictiva. Finalmente, la legitimidad teleológica trata de garantizar que las sanciones penales respondan al principio de proporcionalidad punitiva, de manera que, con el menor nivel de aflicción para el penado, se pueda reafirmar la vigencia de la ley, proteger a las víctimas y garantizar la reinserción social del victimario sin riesgo definido de recidiva.

1. La legitimidad axiológica del sistema penal: el progresivo tránsito del modelo resocializador al modelo inocular

El Derecho Penal ha evolucionado influenciado, fundamentalmente, por los conocimientos ofrecidos por determinadas ciencias respecto al delincuente y la víctima (básicamente, la Criminología y la Victimología), por las necesidades de tutela de determinados valores colectivos o comunitarios (especialmente, los intereses supra-individuales) y, finalmente, por las exigencias de determinadas ideologías de paulatino predicamento (esencialmente, las que fomentan la sustitución del modelo reintegrador por el modelo inocular).

La idea de peligrosidad, alimentada en determinadas ocasiones por el eco mediático de sucesos violentos, nutre las propuestas legislativas que hacen del paradigma de seguridad su razón justificativa y de la implantación de marcos de custodia su filosofía operativa¹. La consideración de la seguridad como un derecho fundamental ha provocado que los principios político-criminales dejen de concebirse como el fundamento de derechos reaccionales frente al Estado (que conllevan deberes de abstención), para percibirse como el sustrato de derechos a la seguridad (a los que corresponden deberes de protección por parte del Estado²). De esta forma se sustituye la seguridad en los derechos por el derecho a la seguridad.

Su progresiva implantación obedece a la siguiente secuencia: se define legalmente la peligrosidad mediante el establecimiento de grupos de riesgo y, posteriormente, se determina que la mera pertenencia a cualquiera de estos grupos de riesgo conlleva la peligrosidad del integrante. En otras palabras: se definen grupos de riesgo, se concluye que la persona que ha cometido un ilícito penal forma parte de alguno de ellos y, finalmente, se infiere, tomando como premisas la comisión de un delito y la pertenencia a un grupo de riesgo, que la referida persona cometerá en el futuro nuevos delitos, lo que justifica la afirmación de que existe un estado de peligrosidad criminal postdelictual³.

A la génesis de la política penal de seguridad ha contribuido, en el plano científico, la consolidación de determinadas concepciones criminológicas del delito y, en el plano social, la percepción comunitaria de la violencia a través de la lectura de acontecimientos delictivos de extrema violencia realizada por los medios de comunicación social⁴.

¹ El discurso de los medios de comunicación alienta una corriente retribucionista que asigna a las penas un componente básicamente aflitivo al estimar que la justicia penal es excesivamente tolerante con el delito. Su indiscutible impacto social facilita la eclosión y afianzamiento del populismo punitivo, estrategia política que, con claros réditos electorales, trata de atribuir al derecho penal el protagonismo exclusivo en la respuesta a toda demanda de seguridad. M. García Arán, «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 90. Se ha dicho, incluso, que la moderna política criminal se traduce en el plano normativo en una renacida ideología de defensa social sustentada en las ideas de peligrosidad y seguridad, J.L. González Cussac, «Delitos de seguridad», *Estudios de Derecho Judicial*, 138, 2007, p. 50.

² J. M. Silva, «La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto», *La Ley*, 7464, 2010, p. 3.

³ Este modelo de intervención punitiva se asienta en el denominado pensamiento actuarial que se orienta a la gestión y redistribución de los riesgos derivados de la criminalidad. Para ello sostiene que es necesario identificar a los principales grupos peligrosos y concentrar específicamente en tales segmentos sociales los recursos de vigilancia y control. G.I. Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 508 y ss.; I. Rivera Beiras, «Forma-Estado-Mercado de Trabajo y Sistema Penal («nuevas» racionalidades punitivas y posibles escenarios penales)», en I. Rivera Beiras (coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Anthropos, Barcelona, 2004, pp. 308 y ss. y D. San Martín Segura, «Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo», en M. J. Bernuz Beneitez y A. I. Pérez Cepeda (coords.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*, Universidad de la Rioja, Logroño, 2006, 85 y ss. Fundamentalmente se trata de construir categorías de alteridad, administrando el miedo a través de políticas comunicativas de seguridad. En otras palabras: los «peligrosos» forman parte de los «desclasados», de los excluidos de la sociedad, y para ello es preciso controlarlos, vigilarlos y, si es caso, expulsarlos, utilizando para ello la idea del miedo. Z. Bauman, *El tiempo apremia*, Arcadia, Barcelona, 2010, pp. 27 y 77. La percepción de inseguridad engendra miedo y el miedo —al cambio, a la decadencia, a lo extraño— corroe la confianza en que se basan las sociedades civiles. T. Judt, *Algo va mal*, Taurus, Madrid, 4.ª edición, 2011, p. 23.

⁴ Mucho interés, a este respecto, tiene el examen de las actitudes punitivas (expresión de los puntos de vista de los miembros de la sociedad sobre los contornos y el grado de intervención penal que consideran necesario), el miedo al delito (temor de los ciudadanos a ser personalmente víctimas de la delincuencia) y la inseguridad ciudadana (miedo al crimen en abstracto, inquietud respecto al delito como problema social). Véase, C. San Juan/ A. I. Vergara/L. Vozmediano, «Problemas de medición del miedo al delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-07, Granada, 2008, pp. 2 y ss., y L. Vozmediano, «Percepción de inseguridad y conductas de autoprotección: propuestas para una medición contextualizada del miedo al delito», *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 24, 2010, pp. 204 y ss. Estas distinciones confieren sentido a la distinción entre la inseguridad y percepción de inseguridad, diferencia clave en la delimitación de las estrategias político-criminales que fijan los objetivos de la tutela penal. J. M. Paredes, «La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal», *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 20, San Sebastián, 2006, pp. 132-133.

En el campo criminológico, las teorías de contenido rehabilitador han cedido terreno a un abanico de teorías ancladas en la estricta responsabilidad individual. La rehabilitación o resocialización tiene sentido cuando se parte de dos premisas complementarias: el delito denota un déficit de socialización que apunta a una cierta responsabilidad por omisión del Estado; el infractor es una persona dotada de libertad para protagonizar un cambio vital. Por lo tanto, el Estado, como Estado social, asume como cometido propio de la sanción una estrategia rehabilitadora que puede llevar a quien cometió un delito a llevar una vida sin delitos.

Las teorías estrictamente individuales entienden que el delito es un acto de la exclusiva responsabilidad de quien lo comete, sin contribución etiológica del Estado o la comunidad, razón por la cual el papel de los poderes públicos es estrictamente preventivo o inocuizador⁵. En el campo preventivo destacan las teorías criminológicas de la vida cotidiana y de elección racional (llamadas también criminologías actuariales). Entienden que el delito es un hecho cotidiano cometido por un delincuente racional. Consecuentemente, de lo que se trata es de calcular los riesgos de delito e incidir en los factores que el potencial delincuente tiene en cuanto a su análisis de coste-oportunidad, adoptando medidas desincentivadoras tendentes a reducir la ocasión de cometer un delito. Cuando la prevención falla y el delito se comete es preciso implementar una estrategia de estricta contención o aseguramiento. Aquí anida el sustrato conceptual de las teorías criminológicas de la identidad (el delincuente es un ser peligroso que actúa maximizando sus beneficios) o de la alienación (el infractor es un ser que debe ser alejado o contenido) que contemplan el delito como un hecho excepcional cometido por un ser anómalo. Se traza, por lo tanto, una línea divisoria entre el «nosotros» (ciudadanos que no delinquen) y «ellos» (los que tienen tendencia a delinquir). De esta forma, se sacrifica el ideal de la rehabilitación por los paradigmas de la protección, el aseguramiento y el control⁶. El objetivo público no es reeducar para llevar una vida sin delito sino neutralizar al infractor creando espacios de custodia públicos que permitan un control continuo del individuo⁷. De esta forma, la inocuización garantiza la reducción de los efectos del delito sobre la sociedad sin alternar ni el contexto social ni las condiciones ambientales o personales del delincuente⁸.

De esta manera se produce una reevaluación de las estrategias de criminalización y sanción. En la tipificación, se califican como delitos conductas que constituyen una mera infracción formal de las reglas que ordenan determinados comportamientos que tienen lugar en la vía pública, (buscando, con ello, un estado de tranquilidad ciudadana fundado en la aparente paz de los espacios por los que transita), y actitudes que ponen en tela de juicio la vigencia de determinadas políticas administrativas de contención (por ejemplo, el tratamiento penal de la migración irregular). En la reacción, se sustituyen las estrategias resocializadoras (que tienen como premisas la distinción entre la persona y el hecho —existe una infracción, no una persona infractora— y la reversibilidad de lo humano —el que comete una infracción puede desarrollar su vida futura sin delinquir) por las respuestas inocuizadoras (existen criminales, no hechos criminales, y los mismos son irrecuperables). Esta cosmovisión

⁵ Estas concepciones propugnan un Estado mínimo en el orden económico (salvo en los casos crisis, para atemperar los conflictos comunitarios que surgen cuando se produce un debilitamiento significativo de los patrones de supervivencia vital de las personas) y un Estado máximo en la lucha contra el delito.

⁶ V. Gómez Martín, «Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal», *Política Criminal y reforma penal*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 70.

⁷ P. Faraldo, «Estrategias actuariales en el control de la violencia de género», *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 746.

⁸ El objetivo es aislar de la sociedad al infractor todo el tiempo que sea posible, demorando, de esta manera, su reincorporación comunitaria en términos dúctiles al riesgo de recidiva. B. Del Rosal, «¿Hacia el Derecho Penal de la postmodernidad?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-08, Granada, 2009, p. 40. V. Gómez Martín, «Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal», *Política Criminal y reforma penal*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 70. *Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-08, Granada, 2009, p. 40.

sirve de aliento a una filosofía punitivista que enfatiza como objetivos prioritarios del sistema penal sancionador el castigo, la incapacitación del infractor y la protección de la comunidad⁹.

En muchas ocasiones esta fagocitación de la resocialización por la inocuización obedece a una concepción ideológica determinada de lo público: aquella que concibe el Estado como mera estructura institucional portadora de seguridad (el Estado policial) y no como sistema dinamizador de servicios indispensables para el mantenimiento de una mínima calidad de vida (educación, sanidad, servicios sociales). Junto a ello, y amparándose en la capacidad de penetración de los círculos mediáticos, se promueve un Derecho Penal simbólico que trata de impresionar a la colectividad más que proteger a sus integrantes¹⁰. Se pretende, por lo tanto, que el Estado protagonice una respuesta rápida que conecte emocionalmente con el gran público (mostrando solidaridad con las víctimas del delito y con el miedo del público al delito), siendo irrelevante si la reacción pública es eficaz a medio plazo¹¹.

Es más, estas concepciones criminológicas han permitido que en el orden dogmático se haya defendido la existencia de un Derecho Penal de varias velocidades, cada uno de ellos sujeto a un régimen de garantías distinto. El Derecho Penal de primera velocidad tendría como referente los delitos de lesión de intereses inherentes al ser humano, como la vida, la libertad y el patrimonio. Este Derecho estaría sujeto a un régimen de garantías máximo, dado que su régimen sancionador se articularía sobre sanciones penales privativas de libertad. El Derecho Penal de segunda velocidad se circunscribiría a los delitos de peligro de intereses supraindividuales o colectivos, como la seguridad del tráfico, la salud pública, la seguridad laboral y la ordenación medioambiental. Tendría un régimen de garantías atenuado y, como contrapartida, el régimen sancionador excluiría las sanciones privativas de libertad. El Derecho Penal de tercera velocidad se ceñiría a las infracciones cometidas por sujetos que mantienen una actitud de permanente rebeldía u hostilidad contra el sistema social, que se manifiesta a través de actitudes (delincuentes habituales) o mediante la comisión de hechos graves (terrorismo, tráfico de drogas, criminalidad organizada). En estos casos el orden punitivo se manifiesta con penas draconianas que tratan de comunicar que el Estado no trata de sancionar a un infractor, sino de estigmatizar o excluir a un enemigo¹². Por ello, el régimen de garantías es mínimo, dado que tiene como destinatario a personas que han abandonado el derecho (no-ciudadanos¹³).

⁹ E. Larrauri Pijoan, «La economía política del castigo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-06, Granada, 2009, p. 2.

¹⁰ I. J. Subijana Zunzunegui, «La violencia en la relación de pareja: la protección de las víctimas en el sistema institucional de Justicia», *Predicción del riesgo de homicidio y de violencia grave en la relación de pareja*, Centro Reina Sofía, Serie Documentos, 15, Valencia, 2009, p. 115.

¹¹ V. Gómez Martín, cit., p. 65.

¹² M. Cancio Melia, «Derecho penal del enemigo. Contexto político-criminal y concepto teórico: algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs», en M. Cancio Melia/B. Feijó Sánchez (eds), Thomson-Cívitas, Madrid, 2008; F. Muñoz Conde, Francisco, «La generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho Penal del enemigo», *Estudios de Derecho Judicial*, 128, 2007, p. 16 y G. Portilla Contreras, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 149.

¹³ También han alcanzado predicamento las doctrinas de lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor. Son teorías que han obtenido vigor en el marco de la llamada justicia de transición o de superación del pasado a través de instrumentos jurídicos. Propugnan la idea de justicia como derecho de las víctimas al castigo que merecen los autores, relativizando la idea de proceso debido entendida como derecho de los imputados a ser tratados de modo igualmente respetuoso sea cual sea la intensidad de las sospechas que recaigan sobre ellos. En España, a la víctima se le considera titular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales (artículo 24.1 CE). Sin embargo, tal y como ha destacado la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 218/2007 y 9/2008), «(...) la pretensión punitiva de quien ejercita la acusación, como persona agraviada, no obliga al Estado, como único titular del *ius puniendi*, a castigar en todo caso, pues la Constitución no otorga a los ciudadanos un pretendido derecho a obtener condenas penales (...), razón por la cual «(...) en modo alguno puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del *ius*

2. La legitimidad contextual del sistema penal: la prescripción de la infracción penal y la dilación indebida del procedimiento.

La legitimidad del sistema penal precisa que su intervención se produzca en contextos temporales que permitan el cumplimiento de los objetivos de prevención general y especial que tiene asignados en una política pública propia de un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.3 CE). Por ello, la legitimidad del *ius puniendi* desaparece cuando transcurre el tiempo legalmente previsto desde la comisión de la infracción penal sin que se haya materializado el ejercicio de la acción penal. En tales casos, la imposición de una pena no cumple la finalidad de reafirmación del orden jurídico como parámetro regulador de la convivencia social. La mentada función, sin desaparecer, se debilita cuando, sin haber transcurrido el plazo legal de persecución de la infracción, la tramitación del proceso ha sufrido dilaciones indebidas y relevantes.

2.1. La prescripción de la infracción penal

La prescripción de la infracción penal puede ser analizada desde una perspectiva procesal o desde una óptica material. En el orden procesal se estima que su fundamento es la debilidad probatoria producida por el transcurso del tiempo. Se considera que el fluir del tiempo impide o dificulta la obtención de fuentes de prueba (desaparición de vestigios o testigos), provoca la desaparición de las fuentes de prueba obtenidas (muerte o incapacidad de los testigos) o limita al máximo el rendimiento probatorio obtenible de las fuentes de prueba (pérdida de memoria de los hechos por quienes los percibieron). De ahí que, en el plano procesal, se conciba la prescripción de la infracción como un óbice para el enjuiciamiento, articulándose como un incidente de previo pronunciamiento o como una cuestión preliminar al debate probatorio.

En el orden sustantivo, la prescripción de la infracción se anuda a la ausencia de necesidad de la pena por el transcurso del tiempo, lo que constituye un límite autoimpuesto por el Estado para ejercer su *ius puniendi*. El discurso sustantivo o procesal que fundamente la prescripción ha sido objeto de análisis, desde una perspectiva estrictamente constitucional, por el Tribunal Constitucional. Ya en la STC 12/1991, de 28 de enero, se planteó la disyuntiva consistente en otorgar a la prescripción una naturaleza meramente procesal, fundada en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, o una naturaleza sustantiva o material, basada en principios de orden público, interés general o de política criminal que se reconducen al principio de necesidad de la pena. Pues bien, el máximo interprete de la Constitución ha venido reconociendo la creciente sustantividad que el instituto de la prescripción ha ido cobrando en su jurisprudencia (fundamento jurídico segundo de la STC 63/2005, de 14 de marzo), refiriendo que se trata de una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que toma en consideración la función preventiva, general y especial de la pena y el derecho del inculpado a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal.

De esta forma, la referida sentencia argumenta que lo que « (...) la existencia de la prescripción del delito supone es que éste tiene un plazo de vida, pasado el cual se extingue toda posibilidad de exigir responsabilidades por razón de su comisión», estipulando que «Los plazos de prescripción responden pues, esencialmente, a un deseo de aproximación del momento de la comisión del delito al momento de imposición de la pena legalmente prevista, dado que sólo así pueden satisfacerse adecuadamente y eficazmente las finalidades anteriormente mencionadas», y concluyendo

puniendi, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado».

que, transcurrido el plazo de prescripción, «(...) la imposición de una pena carecería de sentido por haberse perdido el recuerdo del delito por parte de la colectividad e incluso por parte de su autor, posiblemente transformado en otra persona¹⁴».

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es conteste a la hora de reseñar que la prescripción es una institución que pertenece al derecho material penal y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria (así, STS 25/2007, de 26 de enero). Su fundamento radica, según se lee en la STS 383/2007, de 10 de mayo, en «(...) poderosas razones de política criminal y utilidad social, cuales son el aquietamiento que el transcurso del tiempo produce en la conciencia ciudadana, la aminoración, cuando no eliminación, de la alarma social producida, el padecimiento de la resonancia antijurídica del hecho ante el efecto invalidante del tiempo sobre los acontecimientos humanos, dificultades de acumulación y reproducción del material probatorio y hasta grave impedimento en el acusado para hacer posible su justificación».

Todos estos elementos debilitan al máximo la necesidad de la pena, dado que, transcurrido un tiempo razonable desde la comisión del delito, la pena ya no cumple sus finalidades de prevención general y especial (así, STS 803/2009, de 17 de julio).

La exégesis de las líneas jurisprudenciales referidas permite obtener tres conclusiones:

- Se tilda la prescripción como una institución de derecho sustantivo. Por lo tanto, se fundamenta la misma en razones preferentemente materiales (aunque no exclusivamente materiales, como puede atisbarse por la referencia a la dificultad de pergeñar el cuadro probatorio por el largo tiempo transcurrido).
- Se esgrimen razones que tienen como referentes subjetivos a la comunidad (prevención general) y al presunto victimario (prevención especial), orillando toda mención a las víctimas.
- Se anuda a la prescripción del delito como consecuencia ineludible la de impedir la «exigencia de responsabilidades» o la «imposición de una pena», expresiones que no excluyen, conforme al propio fundamento material de la prescripción, que se «declaren las responsabilidades», determinando que el acusado ha cometido un hecho injusto y culpable, aunque, dado el tiempo transcurrido, no sea factible imponer una pena.

A la luz de esta naturaleza jurídica, son tres las modificaciones operadas con la LO 5/2010: la regulación del plazo de prescripción de determinadas infracciones, la extensión de los delitos no prescriptibles y, finalmente, la regulación de la interrupción y suspensión de la prescripción¹⁵.

Con relación a la prescripción de determinadas infracciones, se configura como plazo prescriptivo de los delitos menos graves —aquellos que tienen asignados una pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años— el de cinco años¹⁶ (artículo 131.1 CP), y se estipula que, en los supuestos de concurso de infracciones o

¹⁴ En idénticos términos las SSTC 29/2008, de 20 de febrero y la 147/2009, de 15 de junio.

¹⁵ El artículo 132.1 CP mantiene la misma regulación del *dies a quo* de la prescripción. La regla general es que los plazos prescriptivos se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los delitos continuados este día será en el que se realizó la última infracción, en los delitos permanentes cuando se eliminó la situación ilícita y en los delitos habituales cuando cesó la conducta. En los delitos contra intereses dimanantes de la dignidad de los menores de edad, el plazo prescriptivo comenzará su cómputo cuando la víctima adquiera la mayoría de edad y, si falleciera antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

¹⁶ Quintero estima que el plazo de cinco años resulta excesivo para algunos delitos de escasa entidad. G. Quintero Olivares, «La nueva regulación de la prescripción del delito», *Comentarios al Código Penal*, 2011., p. 171. Hernández considera que si el Estado no ha sido capaz de ejercitar la acción penal contra el presunto responsable de un delito menos grave en tres años no parece la respuesta más razonable ampliar el plazo equiparándolo al de los delitos graves. J. Hernández García, «La reforma del

de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave (artículo 131.5 CP).

También se incrementan los delitos imprescriptibles, añadiendo a los de lesa humanidad, genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, los de terrorismo, si hubiesen causado la muerte de una persona (artículo 131.4 CP). Se trata, en definitiva, de estimar que es necesaria la pena en los delitos de asesinato categorial, aquellos en los que se extermina a una persona atendiendo a la etnia a la que pertenece, al grupo social en el que se integra o a la afinidad ideológica que presenta.

Finalmente, se procede a nueva regulación de la interrupción de la prescripción y se introduce la institución de la suspensión de la prescripción.

La prescripción se interrumpe, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta (artículo 132.2 CP). Para la exégesis de esta proposición se ofrecen dos criterios normativos:

- Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en el que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta¹⁷ (artículo 132.1.^a CP).
- La persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho¹⁸ (artículo 132.2.3.^a CP).

Producida la interrupción, el plazo de prescripción comenzará a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena (artículo 132.2 CP).

Finalmente, se regula, por vez primera, la institución de la suspensión de la prescripción. En concreto, se estima que la presentación de una querrela o denuncia ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia. A partir de este estado jurídico-suspensión— pueden producirse las siguientes situaciones:

- El pronunciamiento dentro de dicho plazo —contra el querrellado, denunciado, o contra cualquier persona implicada en los hechos— de una resolución judicial

régimen prescriptivo de los delitos y de las penas (arts. 131, 132 y 133 CP)», *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, G. Quintero Olivares (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 136.

¹⁷ Hernández estima que la exigencia de que el procedimiento se dirija contra persona indiciariamente responsable para producir la interrupción de la prescripción conlleva la aportación de fuentes de prueba lo que, a su juicio, impide que la mera admisión a trámite de la denuncia o de la querrela interrumpa la prescripción dado que se trata de meros instrumentos de transmisión de la *notitia criminis*. J. Hernández García, «La reforma, cit.», « pp. 128-129. Sin embargo, tal y como el propio autor reseña, los indicios son datos fácticos incorporados al proceso mediante fuentes de prueba practicadas o aseguradas por el Juez de Instrucción en la fase procesal de investigación o por la Policía Judicial en la fase preprocesal, y las denuncias y querrelas, además de constituir, en el plano formal, un instrumento de transmisión de la *notitia criminis*, contienen, en el plano material, relatos en los que se ofrecen elementos factuales específicos y validables que provienen de fuentes de prueba, como las víctimas y los testigos. Ello justifica, a nuestro juicio, que la admisión a trámite por el juez de la denuncia o de la querrela interrumpa la prescripción, dado que con ello se está diciendo que existen indicios (equiprobables, pero indicios al fin y al cabo) de participación de una persona determinada o determinable en un ilícito penal provenientes de un relato plausible de una fuente de prueba —la afirmada víctima o un testigo—.

¹⁸ Tal y como sostiene Hernández, los datos precursores de la posterior identificación deben de trazar un círculo concreto de sospechosos intervinientes. J. Hernández García, «La reforma, cit.», « p. 131.

motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que puede ser constitutivo de delito o falta. En este caso, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.

- La emisión de una resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia, o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada. En estos casos continúa el cómputo del término de prescripción desde la fecha de presentación de la querrela o de la denuncia.
- La ausencia de resolución en el referido plazo. Continúa el cómputo del término de prescripción desde la fecha de presentación de la querrela o de la denuncia.

2.2. La dilación indebida del procedimiento

La sentencia debe ser emitida en un plazo razonable, exigencia ineludible de todo sistema de justicia eficaz. La dilación indebida —un *aliud* respecto a la respuesta tardía— constituye la vulneración de uno de los derechos fundamentales (artículo 24.2 CE) que integran el arquetipo de juicio justo o proceso debido.

Inicialmente el Tribunal Supremo entendió que la dilación indebida no tenía un remedio jurisdiccional en el orden penal. Así el Pleno no jurisdiccional de 2 de octubre de 1992 estableció que la reparación por dilaciones indebidas no era posible en el marco del Poder Judicial, debiendo ser el Ejecutivo quien acuda en remedio de semejantes situaciones mediante el indulto o las indemnizaciones en el marco del funcionamiento de la Administración de Justicia. Sin embargo, posteriormente, el Pleno no Jurisdiccional de 21 de mayo de 1999 admitió la posibilidad de aplicar una atenuante analógica de dilaciones indebidas sosteniendo que en estos casos el acusado ha tenido que padecer un sufrimiento innecesario e injustificado a consecuencia de la excesiva duración del proceso, lo que justifica compensar ese sufrimiento con una reducción de la pena de parte de la culpabilidad ya asumida con el mal dimanante de la excesiva duración procedimental¹⁹. Se entiende, por tanto, que la dilación indebida es un mal que el condenado ha tenido que soportar por una actuación injustificada del Estado que el propio Estado debe compensar mediante una atenuación de la pena (por todas, SSTs de 15 de junio de 2006 y 3 de diciembre de 2007). En otras palabras: la dilación indebida en el proceso penal constituye un mal —como daño injusto— que, en aras a garantizar que la reacción punitiva no exceda de la culpabilidad— exige una atenuación de la pena impuesta. Para ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo acudía a la denominada atenuante analógica (por todas, SSTs 518/2010, de 17 de mayo y 659/2010, de 18 de junio).

La LO 5/2010 introduce como una atenuante ordinaria —artículo 21.6 CP— 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. Tal y como explicita la STS 794/2011, de 8 de julio, el precepto exige la concurrencia de cuatro requisitos: a) una dilación indebida en la tramitación del procedimiento; b) que esa dilación sea susceptible de ser calificada como extraordinaria; c) que no sea atribuible al propio inculpado y d) que el retraso no guarde proporción con la complejidad de la causa.

La regulación legal no impide colmar el significado de algunos conceptos jurídicos indeterminados —como el carácter indebido, la naturaleza extraordinaria de la

¹⁹ Han existido posturas doctrinales críticas con ese posicionamiento jurisprudencial al entender que vulnera el principio de legalidad, al arrogarse el Tribunal Supremo la capacidad de legislar. Así, F. J. Álvarez García, «La atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6 CP)», *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, G. Quintero Olivares, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 30 y A. Manjón-Cabeza, «Circunstancias Modificativas» en *Comentarios al Código Penal*, 2010, p. 48.

dilación y la propia complejidad de la causa— cuya fijación no puede establecerse de forma apriorística, siendo preciso analizar las circunstancias del caso concreto²⁰.

Existe dilación extraordinaria en la tramitación del procedimiento cuando la tardanza sea severa, al superar notablemente los márgenes de duración estándar de procesos similares, sin que pueda tildarse de proporcionada a la complejidad de la causa —pluralidad de partes, multitud de pruebas, necesidad de acudir a la cooperación jurisdiccional internacional, etc—.

La dilación es indebida cuando obedece a un deficiente funcionamiento del sistema institucional de Justicia, siendo atribuible al propio inculpado cuando protagoniza actuaciones procesales directamente encaminadas a prolongar de forma injustificada el procedimiento²¹.

La exégesis del precepto conlleva que tomando como premisa su carácter injustificado —único que permite su calificación como indebido— no procede su consideración como atenuante cuando el retraso es ordinario, emergiendo su consideración como atenuante simple cuando el retraso es extraordinario y restringiendo su estimación como atenuante cualificada cuando el retraso es escandaloso²².

3. La legitimidad teleológica del sistema penal

La legitimidad teleológica trata de garantizar que las sanciones penales respondan al principio de proporcionalidad punitiva, de manera que, con el menor nivel de aflicción para el penado, se pueda reafirmar la vigencia de la ley, proteger a las víctimas y garantizar la reinserción social del victimario sin riesgo definido de recidiva.

3.1. La peligrosidad criminal y la libertad vigilada

La LO 5/2010 introduce dos reformas sustanciales en el seno de las medidas penales²³. Por una parte, instaura una nueva medida de seguridad no privativa de libertad —la libertad vigilada— en la que se condensan un elenco de medidas no privativas de libertad preexistentes. Por otra, y es la novedad más sustancial, regula la libertad vigilada como medida de seguridad imponible a un imputable calificado legalmente como peligroso²⁴, a quien también se condena a una pena de prisión por un delito muy grave o grave. Esta medida de seguridad —además de ser impuesta a un imputable— se cumple una vez extinguida la pena de prisión impuesta por el delito cometido con plena capacidad de culpabilidad. Se diferencia, por lo tanto, de las medidas de seguridad impuestas a sujetos con una imputabilidad excluida o limitada que ora se cumplen como único remedio jurídico —caso de inimputables—, ora como remedio jurídico preferente —caso de semiimputables

²⁰ Ello ha motivado la crítica doctrinal al estimar que términos tan poco precisos conllevan una quiebra de la garantía de taxatividad inherente al principio de legalidad. F. J. Álvarez, «La atenuante...», cit., p. 36.

²¹ La STS 794/2011, de 8 de julio, estima que no procede la atenuación, por carecer de fundamento material, cuando la paralización de la actividad procesal obedeció a una voluntaria sustracción del acusado a la acción de la justicia, al permanecer más de tres años en rebeldía procesal.

²² Así, A. Manjón-Cabeza, «Las circunstancias...» cit., p. 50.

²³ Un desarrollo más amplio de las medidas penales en I. J. Subijana Zunzunegui, «El Código Penal ante la enfermedad penal y la peligrosidad», *Revista del Poder Judicial*, 89, 2009, 209-238.

²⁴ El único precedente existente en el Código Penal de imposición de una medida de seguridad a un imputable es el previsto en el artículo 60, circunscrito a un supuesto de inimputabilidad sobrevenida: el caso de penado que, después de pronunciada la sentencia firme, sufre una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena. En este caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad y garantizará que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Sin la pena que se cumple no es privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

a quienes se asigna una medida privativa de libertad—, ora como remedio jurídico coetáneo —caso de semiimputables a quienes se impone una medida no privativa de libertad—.

Por lo tanto, tras la entrada en vigor de la LO 5/2010, las medidas penales constituyen una sanción penal que cabe imponer a los inimputables o semiimputables que presentan una peligrosidad criminal postdelictual —artículos 6 y 95 CP— así como a los imputables calificados legalmente como peligrosos —artículo 106.2 CP—. Además, el modelo político-criminal que justifica la imposición de una medida de seguridad es radicalmente disímil según se trate de personas con la capacidad de culpabilidad excluida o limitada o de sujetos con plena imputabilidad.

El punto de partida es común, dado que viene configurado por lo dispuesto en el artículo 6.1 CP: las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. A partir de esta premisa común, surgen las diferencias. En el caso de inimputables o semiimputables, la imposición de una medida de seguridad —que podrá ser privativa o no privativa de libertad atendiendo a los criterios normativos establecidos— dependerá de un juicio jurisdiccional motivado fundado en un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos a partir del examen del hecho y de las circunstancias personales del sujeto —artículo 95.1.2º CP—. En el supuesto de imputables, la peligrosidad criminal se determina normativamente pues la ley entiende que se encuentra presente la misma cuando el sujeto declarado imputable en sentencia —y, por ello, condenado a una pena por haber cometido un delito de forma culpable— ha sido declarado responsable de la comisión de un delito de terrorismo o de un delito contra la libertad o indemnidad sexual. Es esta presunción legal *iuris ed de iure* de peligrosidad lo que determina que en estos casos el artículo 106.2 CP estipule que el «el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada». En otras palabras: en las medidas de seguridad para inimputables o semiimputables el Juez o Tribunal desarrolla una actividad jurisdiccional de fijación o determinación —pues crea el estado jurídico de peligrosidad a partir de las premisas legales—; para imputables, sin embargo, el Juez o Tribunal declara el estado jurídico de peligrosidad definido normativamente²⁵. En este punto, se detecta un tránsito del modelo rehabilitador —la medida de seguridad precisa una peligrosidad criminal definida judicialmente a la luz de la prueba practicada en el juicio— al modelo inocuizador —la medida de seguridad se vincula a un estado de peligrosidad que la ley estima existe cuando el sujeto activo ha sido condenado por delitos de terrorismo o delitos sexuales²⁶—. La única excepción a la implantación del modelo inocuizador en la medida a cumplir después de la pena de prisión cuando se trata de delitos que atribuyen a su autor la consideración de peligroso —es decir, delitos de terrorismo y delitos sexuales—, se produce

²⁵ En el caso de inimputables o semiimputables, las medidas de seguridad se imponen a los sujetos que, en la comisión de un delito, se muestren incapaces de comprender la ilicitud de sus hechos, o, comprendiéndolos, no son capaces de comportarse de acuerdo a dicha comprensión y respecto de los cuales concurra de forma simultánea un pronóstico de reiteración posterior de hechos constitutivos de delito. Cuando se trata de imputables, se tiene en consideración que se trata de sujetos que han cometido un delito concreto y, sobre los cuales, se presume ex lege su peligrosidad criminal. M. Acale, Mediación a la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso, Aranzadi, 2010, pp.160-161.

²⁶ Para Zugaldía se trata de una fórmula propia del Derecho Penal del Enemigo que se concreta en la admisión de una medida de seguridad que se impone tras la pena como consecuencia de dar preferencia a la peligrosidad del autor sobre su culpabilidad. J. M. Zugaldía Espinar, «Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2009, p. 204. Rebollo considera que se introduce una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad propia de un Derecho Penal de autor. R. Rebollo Vargas, «De las medidas de seguridad», *Comentarios...* cit., p. 818. Alonso estima que responde a una tendencia que estima que el reforzamiento punitivo es uno de los instrumentos más eficaces, sino el único, para luchar contra la peligrosidad del autor cuando la pena ajustada a la culpabilidad resulta insuficiente. A. Alonso Rimo «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)», *Estudios Penales y Criminológicos*, 2009, 29, p. 130.

cuando el penado sea primario²⁷ y el delito cometido —que debe ser único— sea menos grave. En tal caso, los artículos 192.1 y 579.3 del Código Penal permiten que el Juez o Tribunal no imponga la medida de libertad vigilada en atención a su menor peligrosidad.

Por lo tanto, son tres las diferencias existentes entre la medida de seguridad como reacción jurídica a un déficit de imputabilidad y la medida de seguridad como consecuencia que se anuda a una imputabilidad plena. A saber:

- La medida de seguridad a un inimputable o semiimputable exige un juicio jurisdiccional motivado y específico de peligrosidad, mientras la medida de seguridad a un imputable tiene como premisa una declaración legal de peligrosidad.
- La medida de seguridad a un inimputable o semiimputable puede ser privativa de libertad o restrictiva de libertad mientras la medida de seguridad a un imputable únicamente puede ser limitativa de libertad.
- La medida de seguridad a un inimputable o semiimputable tiene que cumplirse de forma alternativa, preferente o coetánea a la pena, mientras que la medida de seguridad a un imputable se cumple una vez extinguida la pena de prisión²⁸.

La libertad vigilada consiste en el sometimiento del condenado a un control judicial específico a través del cumplimiento de alguna de las medidas previstas en el artículo 106.1 CP. —no otras, dada la vigencia del principio de legalidad punitiva ex artículo 2.1 CP.— Estas medidas, han sido clasificadas por alguna doctrina²⁹ en dos grupos: las que tienen como finalidad vigilar la libertad del sometido y las que tienen como objetivo proteger a las víctimas. A mi juicio, todas las prohibiciones y obligaciones que integran la libertad vigilada tienen como objetivo proteger a las víctimas, si bien en un caso se trata de las víctimas pretéritas —aquellas que ya fueron victimizadas por el penado— y, en otro, de las víctimas potenciales —aquellas que pueden ser victimizadas por el penado—. De ahí que se haya afirmado que la medida de libertad vigilada trata de conciliar la reinserción social del sujeto en la sociedad con la protección de las víctimas³⁰. Esta opción político criminal puede incurrir en desproporción punitiva —exasperación del contenido aflictivo de la reacción penal— en aquellos casos en los que se vincula a una presunción legal irrefutable de peligrosidad criminal que se anuda a la comisión de determinados delitos³¹.

La regulación de la libertad vigilada como medida penal asignable a un imputable —al que, a partir de ahora, ceñimos nuestro análisis— se impone en la sentencia para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta —artículo 106.2 CP—. Consiste en el sometimiento del condenado a un

²⁷ En la reforma no se define qué se entiende por delincuente primario cuando se trata de discernir si procede la imposición de la medida de libertad vigilada. A nuestro juicio, no es primario el delincuente que ha sido previamente condenado en sentencia firme por un delito del mismo Título y naturaleza que el cometido, siempre que los antecedentes derivados de tal condena no estén cancelados o sean cancelables. Así, F. A. Cadena, «La reforma de la Parte General del Derecho Penal en la LO 5/2010», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 70, 2011, p. 54.

²⁸ El sistema resultante de la reforma se configura como la imposición de una pena de prisión y de una medida de seguridad no privativa de libertad con cumplimiento sucesivo al agotamiento de la pena que, a diferencia de lo previsto en el actual art. 99, en el que se prevé la concurrencia de penas y de medidas de seguridad privativas de libertad, no permite el cumplimiento anticipado de la medida ni que se realice ningún abono a la pena por la medida de seguridad ya cumplida. R. Rebollo Vargas, «De las medidas de seguridad», *Comentarios...* cit., p. 811.

²⁹ M. Acale, María, *Mediación a la respuesta*, cit, p.

³⁰ J. M. Silva, «La reforma», cit, p. 8.

³¹ M. Acale afirma que la libertad vigilada para imputables constituye una manifestación del Derecho Penal del enemigo, dado que al delincuente terrorista y sexual se le considera los mayores enemigos del sistema y por ello se presume ex lege que van a volver a delinquir una vez recuperen la libertad de la que han estado privados durante un largo periodo de tiempo. Así, *Mediación a la respuesta...* ob. cit, p. 203.

control judicial a través del cumplimiento de una o varias de las siguientes medidas —artículo 106.1 CP—:

- La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.
- La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.
- La obligación de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio de lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico³².
- La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.
- La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
- La prohibición de residir en determinados lugares.
- La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

La duración máxima de la libertad vigilada será de cinco años —artículo 105.1 CP— si bien podrá alcanzar los diez años cuando expresamente lo disponga el Código —artículo 105.2 CP³³—. Cuando se impongan varias medidas de libertad vigilada, se procederá a su cumplimiento simultáneo, cuando sea factible atendiendo al contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, o de manera sucesiva, si no fuera factible el cumplimiento simultáneo —artículo 106.2 CP—.

Según dispone el artículo 106.2 CP, impuesta la medida de libertad vigilada en la sentencia— como medida a cumplir una vez extinguida la pena de prisión, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad —o de las penas privativas de libertad, si hubieran sido varias las impuestas— el Juez de Vigilancia Penitenciaria elevará una propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, tras valorar los informes emitidos por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario y demás actuaciones que a este fin ordene. El Juez o Tribunal sentenciador, tras oír al Ministerio Fiscal, a las partes personadas, al penado y a las víctimas del delito —cuando no

³² Esta obligación es sumamente problemática pues, a diferencia de los inimputables, tiene como referente subjetivo a personas con plena capacidad de autodeterminación volitiva, a pesar de lo cual se les impone un tratamiento médico obligatorio. Recuérdese que el artículo 2 de la Ley 41/2002, de 4 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, establece que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. Quizá esta difícil convivencia normativa explique lo dispuesto en el artículo 100.3º CP: a estos efectos, no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento inicialmente consentido. No obstante, el Juez o tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate.

³³ En concreto, si alguno de los delitos de terrorismo o sexuales cometidos por el imputable es grave la duración de la medida de libertad vigilada será de cinco a diez años; si todos son menos graves, su duración oscilará entre uno y cinco años (artículos 192.1 y 579.3 CP).

estuviesen personadas si así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto—, resolverá motivadamente a la luz de la propuesta, los informes emitidos y las alegaciones formuladas. Esta resolución puede tener el siguiente contenido:

- Dejar sin efecto la medida de libertad vigilada si existe un pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente el control judicial de la libertad del penado mediante la imposición de prohibiciones u obligaciones. Esta posibilidad tendrá serias opciones cuando el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia haya venido precedida de la libertad condicional cuya declaración precisa, entre otros requisitos, que exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social —artículo 90.1 c CP³⁴—.
- Fijar las obligaciones o prohibiciones que integran la libertad vigilada.

Fijado por el Juez o Tribunal sentenciador el contenido de la medida de la libertad vigilada, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, cuanto menos una vez al año, deberá trasladar una propuesta al Juez o Tribunal sentenciador —fundada en los informes elaborados por los facultativos o profesionales que atiendan al sometido a la medida o por las Administraciones competentes respecto a su situación y evolución, grado de rehabilitación y pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva— para que el órgano judicial sentenciador— con los mismos trámites de audiencia perfeñados para su adopción —resuelva— ex artículo 106.3 CP—:

- Modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas.
- Reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas.

En el caso de incumplimiento de una o varias de las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez o Tribunal, tras la audiencia a las partes, podrá, a la vista de las circunstancias concurrentes, modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Además de ello, si el incumplimiento fuera reiterado o grave —plano objetivo— y revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones y prohibiciones impuestas —plano subjetivo—, deducirá testimonio por un presunto delito de quebrantamiento de medida —artículo 106.4 CP—.

3.3. Las penas privativas de libertad: la ejecución penitenciaria, la suspensión y la sustitución.

La imposición de una sanción penal puede justificarse acudiendo a cuadro modelos punitivos³⁵: el proporcionalista, el rehabilitador, el restaurativo y el inocuidador.

El *modelo proporcionalista* estima que el criterio fundamental para delimitar la sanción imponible es la gravedad del delito cometido, considerando que la pena es un mal que compensa el mal causado por el delito.

El *modelo rehabilitador* considera que la sanción es un medio idóneo para evitar la recidiva. Por lo tanto, es preciso ajustar el tipo y la duración de la pena a los

³⁴ En todo caso, la cuestión importante es saber si las personas a las que se imponga la libertad vigilada van a ser excluidos de los mecanismos de reinserción previstos en nuestra legislación penitenciaria para su aplicación durante la ejecución de la pena. J. Cid/B. Tebar, «Libertad condicional y delinquentes de alto riesgo», *Avances en la investigación en Criminología, Revista de la Sociedad Española de Investigación Criminológica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 55.

³⁵ Seguimos en esta materia la exposición de J. Cid Moliné, *La elección del castigo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp 29 y ss.

factores criminógenos presentes en el delincuente —de orden personal, familiar o comunitario— y a la entidad del riesgo de reincidencia —alto, medio o bajo— anudables a los mismos.

El *modelo restaurativo* estime que la pacificación individual y social así como la reparación del daño causado a las víctimas constituye el fundamento básico para determinar la clase y duración de la sanción.

Finalmente el *modelo inocuidador* considera que el fin de la pena es privar al delincuente de la oportunidad de delinquir. Los fines preventivos, construidos en torno a estrategias de rehabilitación de fundamento terapéutico o formativo, ceden terreno ante los objetivos neutralizadores o inocuidadores cuyo destino es aislar de la sociedad al infractor todo el tiempo que sea posible sin importar demasiado su evolución. La inocuidación garantiza la reducción de los efectos del delito sobre la sociedad sin alterar ni el contexto social ni las condiciones ambientales o personales del delincuente, simplemente mediante la reubicación espacial de los delincuentes en la sociedad³⁶. En el caso, de los drogodependientes, este modelo punitivo propugna que el tratamiento penal expeditivo y drástico (es decir, el encarcelamiento) sustituya a la estrategia médica o terapéutica³⁷.

Los modelos punitivos persiguen justificar la pena en un modelo específico de Estado: el social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE). Esta configuración del Estado conlleva que la pena tenga una función de prevención de delitos ejercitable siempre que sea imprescindible para la protección efectiva de los ciudadanos. De esta forma, la legitimidad de la pena precisará la obtención de la máxima eficacia en la prevención de delitos con el mínimo costo humano³⁸. De ahí la progresiva consolidación de las teorías relativas de la pena cuya idea común es que la pena constituye un medio para la obtención de fines útiles, siendo el vertebral evitar la comisión de delitos o faltas, protegiendo, de esta forma, a la sociedad³⁹. El cumplimiento de este objetivo permite asignar a las penas una función básicamente preventiva⁴⁰ que se despliega en un contexto comunitario —prevención general— e individual —prevención especial—.

La idea preventivo general no se agota en la amenaza que el anuncio de la imposición de una pena inspira al potencial infractor para disuadirle de cometer un hecho penalmente relevante (prevención general negativa); junto a ella, convive un mensaje de consolidación de la validez de la norma jurídico penal como un mecanismo idóneo para garantizar la convivencia comunitaria (prevención general positiva). Esta

³⁶ I. J. Subijana Zunzunegui, «La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-5, Granada, 2010, pp. 1-24.

³⁷ B. Del Rosal Blasco, «¿Hacia el Derecho Penal», cit., p.13.

³⁸ S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 7ª edición, Reppertor, Barcelona, 2004, p. 105.

³⁹ Una exposición de la justificación, fundamento y fines de la pena en L. Morillas Cueva, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 15 y ss. En relación al CP 1995, L. Morillas Cueva, «Valoración Político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2003, pp. 44 y ss. También A. Jorge Barreiro, «Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», *Actualidad Penal*, 23, 2000, pp. 487 y ss. E. Demetrio Crespo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, 1999, pp. 51 y ss.

⁴⁰ La criminología concibe la prevención como un concepto sujeto a verificación empírica. De ahí que se marque como objetivos averiguar si el sistema jurídico-penal imparte sanciones con certeza y celeridad y respeto a la proporcionalidad al daño causado, si el ciudadano proclive a la comisión de hechos delictivos conoce y teme el funcionamiento del aparato punitivo y si, consecuentemente, reacciona haciendo un cálculo de costes y beneficios, inhibiendo como consecuencia sus impulsos criminales y si, finalmente, el delincuente sancionado, una vez cumplida la sanción, deja de delinquir por haber interiorizado el mensaje de respeto a las normas penales. R. Barberet Havacant, «La prevención general y especial», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1997, p. 121 y 122. H. Kury, «Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?», *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 292 y ss.

Señala Zaffaroni que el aserto de que la pena cumple una función preventiva en la realidad social es una proposición no verificada. E. R. Zaffaroni, *En torno de la cuestión penal*, ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 71-72.

última prevención pretende la afirmación positiva del Derecho penal⁴¹ que asiente la «conciencia social de la norma», la «confirmación de la vigencia de la norma» o la «ratificación de una actitud de respeto por el Derecho».

El sentido preventivo especial se circunscribe a la evitación de la recidiva delictiva. En el modelo jurídico garantista la prevención especial se identificaba con la resocialización o reinserción social. En los emergentes modelos político-criminales de la seguridad los conceptos de intimidación individual y inocuización empiezan a adquirir predicamento. En estos modelos se responde con el aislamiento social y la reclusión del delincuente al fracaso de la sociedad en la resocialización de sus desviados.⁴²

En la sociedad del siglo XXI —denominada sociedad del conocimiento— la sanción penal tiene que cumplir una función específicamente comunicativa que abarque una dimensión general —la constituida por la comunidad— y otras dimensiones individuales —la conformada por las víctimas y el victimario—. En la perspectiva general la pena desapruueba el hecho injusto cometido por el sujeto activo y ratifica la vigencia de la norma mediante su restauración, estabilizando, de esa forma, el sistema normativo. En la perspectiva individual, la respuesta punitiva repara el daño injusto sufrido por la víctima y permite contener el riesgo de recidiva del victimario.

Es indiscutible el interés social e institucional en la consecución de objetivos tan importantes como la prevención de delitos futuros, la reinserción social del infractor, la reparación y asistencia a las víctimas y la restauración de la paz social. De ahí que quepa concluir que seleccionar la pena adecuada y elegir del modelo de ejecución de la misma idóneo constituya uno de los principales desafíos del sistema penal⁴³. La importancia que la comunidad asigna a la consecución de los objetivos pretendidos con la imposición de una sanción penal permite concluir que la selección de la pena adecuada y la elección del modelo de ejecución son cuestiones de enorme significación pública⁴⁴. De ahí que pueda sostenerse que las normas de ejecución integran el sistema global de consecuencias jurídico penales con una relativa autonomía político-criminal en la medida que la delimitación del contenido

⁴¹ En sentido crítico, vinculando la noción de prevención general positiva con los postulados del derecho penal antiliberal, E. R. Zaffaroni, *En torno...*, cit, pp. 154-157.

⁴² J. L. Diez Ripollés, «El nuevo modelo de la seguridad ciudadana», *Revista Jueces para la Democracia*, 49, 2004, p. 32. De La Cuesta, acogiendo la terminología de Garland, sostiene que el nuevo modelo sancionador responde a las características de la denominada sociedad punitiva. A su juicio las consecuencias político-criminales de esta nueva dirección punitiva abarcan el populismo y la politización en el marco de una sensación permanente de crisis, la expansión de las infraestructuras de seguridad y comercialización del control del crimen, nuevos estilos de gestión con potenciación de la seguridad, transformación del pensamiento criminológico, reemergencia de las sanciones punitivas y de carácter afflictivo, redescubrimiento de la cárcel, ocaso del ideal resocializador y preferencia ciega por las posiciones de las víctimas. J. De La Cuesta Arzamendi, «Mundialización y Justicia Penal», *Anales Internacionales de Criminología*, 2003, volumen 41, pp. 75 y 76. Wacquant sostiene que se produce una progresiva fagocitación del Estado social por el Estado penal. L. Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, ed. Alianza, 2000, Madrid, pp. 12 y 43. Bustos y Hormazábal mantienen que se produce una demanda social de criminalización así como una privatización del control que va paralela a la pérdida de soberanía de los Estados. J. J. Bustos Ramírez/H. Hormazábal Malarée, *Nuevo sistema de Derecho Penal*, ed. Trotta, Madrid, 2004, pp. 22 y 23. Larrauri refiere que el aumento desproporcionado de personas en prisión desde la década de los ochenta no responde a un incremento de la comisión de delitos sino a una decisión de política criminal de cómo reaccionar ante ellos. E. Larrauri, «La economía política del castigo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-06, pp. 2 y ss. Del Rosal menta que las políticas penales han experimentado un giro punitivo, haciendo de la represión carcelaria el principal mecanismo de intervención, desatendiendo la valoración y erradicación de las causas que provocan los comportamientos criminales. B. Del Rosal, «¿Hacia el Derecho Penal...», cit, p.11.

⁴³ J. M. Tamarit Sumalla, «Sistema de sanciones y política criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-2006, 2007, p.2.

⁴⁴ En el plano constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sostiene que el deber de motivar la individualización judicial de la pena tiene un carácter reforzado. En concreto, mantiene que el fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales adoptadas en virtud de una facultad discrecional reconocida al Juez penal se encuentra en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. Por todas, SSTC 198/2001 y 170/2004.

concreto de la ejecución viene determinada por principios diversos a los que informan la previsión legal de una sanción y la imposición judicial de la misma. Ello ha permitido mantener que el juez lleva a cabo, en el ámbito de la ejecución, una auténtica política criminal dentro del marco de la legalidad⁴⁵, con el riesgo, debido a la falta de criterios orientadores en el plano legal, de creación de espacios permeables a la arbitrariedad judicial⁴⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico la ejecución de la pena de prisión puede responder a tres modelos legales⁴⁷. A saber:

- El modelo de ejecución «en sentido estricto» de la pena de prisión, mediante su cumplimiento en un Centro Penitenciario en los términos previstos en el artículo 25.2 CE y la legislación penitenciaria.
- El modelo de inexecución condicionada de la pena de prisión, que abarca la suspensión ordinaria (artículos 80 y 81 CP), la suspensión especial (artículo 87 CP) y la suspensión excepcional (artículo 80.4 CP).
- El modelo de sustitución de la pena de prisión, en su modalidad ordinaria (artículo 88.1 párrafo primero CP) y excepcional (artículo 88.1 párrafo segundo CP).

La articulación de los diversos modelos está presidida por la vigencia del principio de subsidiariedad de la pena que conlleve una privación efectiva de la libertad. Este principio precisa que sólo resulte legítimo acudir a la ejecución de la pena de prisión impuesta en la sentencia cuando no exista un remedio jurídico que, con un nivel de injerencia menor en el contexto vital del sancionado, permita obtener una cumplida satisfacción de las exigencias de adecuación de la respuesta a la significación antijurídica del hecho cometido⁴⁸, protección idónea de las víctimas⁴⁹ y factible reintegración comunitaria del penado⁵⁰. En otras palabras: conforme al principio de subsidiariedad de la pena de prisión⁵¹ el juez debe proceder a la inexecución de la pena de prisión cuando los objetivos que se acaban de reseñar no pueden ser adecuadamente satisfechos con la imposición de alguno de los substitutivos penales previstos en la legislación⁵². Ahora bien, esta decisión jurisdiccional está determinada por el marco legal que, en atención a la extensión de la pena impuesta —determinada por la gravedad del injusto y la importancia del reproche—, puede fijar espacios de juego disímil para ponderar la eficacia de alternativas distintas a la ejecución penitenciaria. Así, como vamos a analizar, conforme a nuestra legislación penal, las penas de prisión de duración superior a cinco años de prisión únicamente admiten como modelo ejecutivo la ejecución penitenciaria; las penas de prisión de duración superior a dos años e inferior a cinco admiten la ejecución penitenciaria y, además, la suspensión ejecutiva de la pena impuesta cuando la drogodependencia es un factor criminógeno definido y existe un contexto terapéutico que sirve

⁴⁵ J. M. Silva Sánchez, «¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones en el Código Penal español», *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, ed. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 283.

⁴⁶ J. Barquín Sanz, «Sistema de sanciones y legalidad penal», *Aequitas. Revista Jurídica del Poder Judicial*, 38-40, México, 2000, pp. 281-282.

⁴⁷ De forma más detallada en I. J. Subijana Zunzunegui, ««El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, nº 11, 2005, pp. 1-20.

⁴⁸ Es decir: transmitir a la comunidad un mensaje de validación de la vigencia de la norma penal como medio idóneo para tutelar los intereses básicos de las personas que conforman el entramado comunitario.

⁴⁹ Es decir: evitar fuentes de riesgo de nueva victimación procedentes de la conducta del victimario condenado a la pena.

⁵⁰ Es decir: implementar medidas que contengan el riesgo de reincidencia a través de alternativas de contenido rehabilitador.

⁵¹ Cid Moliné lo define como criterio de humanidad, *La elección...*, cit, p. 33.

⁵² En palabras de Silva Sánchez: las formas de ejecución más afflictivas deben sustituirse por otras menos afflictivas, salvo que las exigencias preventivas del caso concreto no lo permitan. Así «Prevenición...», cit, p. 4.

de adecuado marco de contención del riesgo de recidiva, y, finalmente, las penas de prisión de hasta dos años de duración pueden ser ejecutadas penitenciarmente, suspendidas en su ejecución o, finalmente, sustituidas por penas no privativas de libertad. En otras palabras: a mayor gravedad de la infracción menores alternativas ejecutivas, opción legal vinculada básicamente a estrategias de prevención general o comunitaria.

Estos remedios jurídicos resultan complementados con la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, prevista en el artículo 89 para los extranjeros que no residen legalmente en España, que, tal y como se examinará, únicamente responde a las necesidades de reforzamiento de la política migratoria.

3.2. La ejecución penitenciaria

La LOGP, haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 25.2 CE, articuló un modelo de ejecución penitenciaria que hacía de la prevención especial la finalidad preeminente de la pena privativa de libertad. En concreto, estipuló que la ejecución penitenciaria se vertebraría conforme al sistema de individualización científica según el cual la clasificación penitenciaria respondía al pronóstico de reinserción social, tarea a efectuar por el equipo técnico de tratamiento a partir de los instrumentos de evaluación y diagnóstico (artículos 60, 63, 69 y 72.1 LOGP). De esa manera, era perfectamente factible que, cualquiera que fuera la duración de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia —cuya extensión dependía de la gravedad del injusto cometido y de la intensidad del reproche asignable a su autor—, o la etiología o naturaleza del delito cometido, el penado pudiera ser clasificado desde un primer momento de la relación penitenciaria en tercer grado, lo que conllevaba su destino en un centro de régimen abierto (artículo 72.3 y 4 LOGP).

La LO 7/2003 modificó este esquema legal y en un contexto político-criminal securitario⁵³ estipuló que la clasificación penitenciaria en tercer grado no podía efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta cuando se tratara de penas de prisión superiores a cinco años de duración. De forma especial, salvo que se tratara de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el juez de vigilancia penitenciaria podía acordar razonadamente, oídas las partes e Instituciones Penitenciarias, la aplicación del régimen general de cumplimiento atendiendo a la evolución del tratamiento y el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Se introdujo, por lo tanto, un período de seguridad que respondía a estrictos postulados de prevención general, que, durante la primera mitad del cumplimiento de la pena, absorbía a los objetivos de prevención especial en determinados injustos penales —en concreto delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales en los que necesariamente era preciso el cumplimiento de la mitad de la pena para acceder al tercer grado— y los debilitaba en el resto —la regla general era el cumplimiento de la mitad de la condena para acceder al tercer grado pero era factible que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acordara la aplicación del régimen general atendiendo a la evolución del tratamiento penitenciario y al pronóstico favorable de reinserción social—. Un sector relevante de la doctrina entendió que esta reforma era una muestra del declive de las teorías de la reinserción y la rehabilitación social y el coetáneo auge de las políticas retribucionistas y de prevención general⁵⁴.

⁵³ J. Baucells Lladós, «Artículo 36», en *Comentarios al Código Penal*, J. Córdoba Roda Y M. García Arán (Dirs.), Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 437.

⁵⁴ Por todos, J. L. Fuentes Osorio, «El período de seguridad» en AA.VV., *Reforma penal LO 5/2010*, Francis Lefevre, Santiago de Compostela, 2010, p. 746 y R. García Albero, «Artículo 36» en G. Quintero Olivares (dir.), p. 353. VER.

Con la reforma que la LO 5/2010 hace del artículo 36.2 CP, para acceder al tercer grado de clasificación penitenciaria será necesario al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta —siempre que sea superior a cinco años— en los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, delitos de agresión y abuso sexual a menores y delitos de prostitución y pornografía infantil cuando la víctima sea menor de trece años.

En el resto de delitos el Juez o Tribunal determinará, en cada caso, si es preciso el cumplimiento de la mitad de la pena para ser calificado en tercer grado de tratamiento y, en caso afirmativo, podrá el Juez de Vigilancia Penitenciaria, oídas las partes e Instituciones Penitenciarias, y atendiendo al resultado exitoso del tratamiento penitenciario, que se produzca la clasificación en tercer grado atendiendo al régimen general de cumplimiento.

La implantación de un período de seguridad constituye una revisión del sistema de individualización científica en la ejecución penitenciaria que obedece exclusivamente a criterios de prevención general. En concreto, el Código Penal estima que el cumplimiento de las necesidades de reafirmación normativa y disuasión delictiva precisa que cuando la duración de la pena excede de cinco años y su imposición venga motivada por la comisión de determinados delitos⁵⁵ el acceso al tercer grado penitenciario únicamente tenga lugar cuando se cumpla la mitad de la pena. Por ello, fija imperativamente esta necesidad, sin permitir que la misma sea modificada ni por el juez o tribunal sentenciador ni por el Juez de Vigilancia Penitenciaria⁵⁶. Cuando la referida pena venga impuesta por otros delitos, el juez o tribunal, atendiendo a los referidos criterios de prevención general⁵⁷, podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. En este caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria atendiendo a razones de estricta prevención especial —pronóstico individualizado y favorable de reinserción social— y previa audiencia de las partes e Instituciones Penitenciarias— podrá acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento previsto en la LOGP.

3.3. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

Los paradigmas de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho, protección de las víctimas y reintegración comunitaria del victimario se encuentran presentes en la regulación que el Código Penal realiza del instituto de la suspensión ordinaria de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículos 80 y ss), suspensión especial de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículo 87) y sustitución de las penas privativas de libertad (artículo 88).

Los mentados instrumentos jurídicos constituyen sustitutivos penales, adoptando, para tal identificación, el sentido restringido de la expresión sustitutivo penal. Tal y como afirma Barquín, el término sustitutivo penal, en su vertiente restringida,

⁵⁵ En concreto, los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, delitos de agresión y abuso sexual a menores y delitos de prostitución y pornografía infantil cuando la víctima sea menor de trece años.

⁵⁶ Estamos ante una nueva manifestación del Derecho Penal de la seguridad dado que el precepto estima que la comisión de determinados delitos conlleva una peligrosidad del sujeto que no puede ser contenida a través de las normas generales del cumplimiento de las penas. Así, M. M. González Tascón, «El período de seguridad» en F. J. Álvarez García y J. L. González Cusaac, *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 94.

⁵⁷ En el sentido del texto, J. L. Fuentes Osorio, «El período...cit.,» p. 747. Estimando que son los criterios de prevención especial los que deben informar la decisión judicial, J. Baucellos Lladós, «El artículo... cit., p. 438.

hace referencia a las posibilidades concretas previstas por la norma para dejar sin cumplir en todo o en parte la pena de prisión⁵⁸.

La suspensión ordinaria de la ejecución de la pena privativa de libertad⁵⁹ es factible, tal y como se regula en los artículos 80 y 81 CP, cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- la pena de prisión impuesta o la suma de las impuestas no exceda de dos años de duración, reacción jurídica acorde con el paradigma de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho cometido;
- no exista una peligrosidad criminal del sujeto⁶⁰, exigencia ínsita en el paradigma de protección de las víctimas al imponer la evaluación de los riesgos de nueva victimación⁶¹;
- el penado sea delincuente primario y haya satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, elementos inherentes al paradigma de resocialización o reinserción comunitaria⁶².

⁵⁸ J. Barquin Sanz, «Sistema de sanciones...», cit., p. 286.

⁵⁹ E. Marín De Espinosa Cevallos, «Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal de 1995», *Actualidad Penal*, 35, 2000, p. 762 y ss. M. Poza Cisneros, «Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal», *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Manuales de Formación Continuada*, 4, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 256 y ss.

⁶⁰ La LO 15/2003 introdujo una mención a la existencia de otros procedimientos penales contra el condenado a una pena de prisión cuya ejecución puede suspenderse. Este criterio no debería fundamentar una denegación de la suspensión de la ejecución cuando la suspensión y las reglas de conducta son medidas idóneas para neutralizar el riesgo de recidiva y la imposición de la pena sea suficiente para manifestar el reproche penal. A juicio de Mir Puig, esta previsión legal puede tropezar con el principio constitucional de presunción de inocencia, por lo que no bastará una consideración automática de procedimientos no concluidos con condena ejecutoria, sino sólo en cuanto aporten concretos y suficientes indicios de peligrosidad criminal del sujeto. S. Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 685. El juicio de peligrosidad se articula en dos momentos: la comprobación de la peligrosidad específica (diagnóstico de peligrosidad) y la verificación de la relación entre dicha peligrosidad y el futuro criminal del sujeto (prognosis criminal).

En la *fase de diagnóstico* procede determinar si el sujeto reúne, con base en datos contrastables, los requisitos que indiquen una peligrosidad. Diagnosticar precisa recoger y analizar datos para evaluar la concurrencia de una situación de riesgo para la víctima.

En la *fase de prognosis* se formula un pronóstico de comportamiento futuro que, de forma apriorística, se ha formulado con arreglo a los siguientes métodos: el método intuitivo, que se basa en las apreciaciones subjetivas del juez sin apoyo científico ni técnico; el método científico, que se funda en el estudio de la personalidad del sujeto por especialistas y técnicos mediante procedimientos científicos; y el método estadístico, que se articula en torno a la aplicación de tablas de predicción elaborados por la ciencia criminológica. El único método incompatible con la racionalidad que debe presidir todo juicio judicial es el intuitivo, en la medida que se funda en razones no contrastables.

⁶¹ Sostiene Cid Moliné que la decisión respecto a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión se funda en un juicio individualizado sobre la peligrosidad del infractor y la idoneidad de la suspensión, con las reglas de conducta, para tratar la peligrosidad. En todo caso, señala este autor, para una consideración adecuada de la situación de la persona condenada es preciso un informe psico-social del infractor, tarea sobre la que el Código Penal guarda silencio. J. Cid Moliné, «Las penas alternativas a la prisión en la reforma penal de 2003», *Cuadernos Penales José María Lidón*, 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 150-151. Este informe, que debe abarcar el riesgo de reincidencia y los factores criminógenos presentes en el penado, debe ser confeccionado por un criminólogo. J. Cid Moliné, *La elección...*, cit., pp. 37,96-97,131-132, 142. La propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, a las medidas cautelares personales, elaborada por el Grupo de Política Criminal prevé que, con carácter previo a la imposición de una pena sustitutiva a la pena privativa de libertad, el juez de ejecución postule un informe psico-social de la persona condenada. Este informe deberá analizar el riesgo de reincidencia de la persona y la posibilidad de que el peligro de reincidencia, de existir, pueda ser neutralizado con la imposición de un sustitutivo penal que incluya un contexto rehabilitador y/o un control de la libertad de la persona condenada. El artículo 28 del Real Decreto 515/2005 contemplaba que los servicios sociales penitenciarios, a petición de la autoridad judicial, confeccionasen informes sociales que fueran tenidos en cuenta, entre otras materias, en el ámbito de la sustitución de las penas privativas de libertad o la suspensión de la ejecución de las mentadas penas. El vigente Real Decreto 840/2011, de 17 de junio— que ha derogado el anteriormente mencionado— no contiene una disposición equivalente.

⁶² El artículo 81.3 CP configura como una de las condiciones necesarias para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad la reparación del daño a las víctimas, salvo que el propio juzgador, tras oír al Ministerio Fiscal y a los interesados, declare la imposibilidad total o parcial de reparación por parte del condenado. La referencia a la imposibilidad total o parcial pone de manifiesto la concepción económica que el legislador tiene de la reparación, obviando que la reparación puede ser incluso simbólica, razón por la cual el victimario siempre puede hacer algo para reparar el daño.

- La suspensión especial de la ejecución de la pena privativa de libertad es factible, según establece el artículo 87CP, cuando concurren los siguientes requisitos:
- la duración de la pena impuesta no exceda de cinco años, reacción jurídica conforme con el paradigma de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho;
- el penado carezca de peligrosidad criminal o la misma, de existir, tenga su fuente exclusiva en la dependencia del condenado al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, exigencia vinculada al paradigma de protección de las víctimas dado que trata de contener riesgos de reincidencia mediante la constatación de la falta de peligrosidad criminal o la enervación de la fuente de peligrosidad criminal existente⁶³;
- el condenado, que ha cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a alguna de las sustancias anteriormente referidas, presente un certificado suficiente, emitido por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, de que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin. Para valorar la idoneidad de este extremo el juez o tribunal solicitará un informe del médico forense⁶⁴. Constituyen un conjunto de exigencias vinculadas al paradigma de resocialización en la medida que, garantizándose un tratamiento eficaz de la dependencia tóxica, se cercena de forma significativa un factor criminógeno de especial relieve. En otras palabras: en estos casos, el contexto terapéutico implementado, cualquiera que sea su modalidad asistencial, constituye un marco de contención eficaz del riesgo de reincidencia anudable a la adicción al consumo de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o productos estupefacientes⁶⁵.

Para dotar de contenido rehabilitador a la suspensión, en cualquiera de las modalidades referidas, el legislador ofrece al operador judicial un conjunto de herramientas jurídicas directamente encaminadas a evitar la producción de nuevas situaciones victimizantes. En concreto, pone en sus manos las denominadas reglas de conducta, recogidas en los artículos 83 y 87 CP.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad con imposición de reglas de conducta constituye una vía de aproximación a la *probation* anglosajona que intensifica la orientación resocializadora de la pena suspendida⁶⁶.

De esta forma se vincula la reparación a la capacidad económica del victimario y se diluye la valoración del esfuerzo del victimario para mejorar la situación de las víctimas, dificultando su consideración como criterio preventivo-especial.

⁶³ Cuando el condenado sea reincidente establece el artículo 87.2 CP que el juez o tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor. Si las características del hecho delictivo cometido y las condiciones de su autor ponen de manifiesto que la drogodependencia constituye el factor criminógeno exclusivo o preferente, procederá la suspensión de la ejecución de la pena con contenido rehabilitador, dado que, en tal caso, no existe un menoscabo del paradigma de protección de las víctimas.

⁶⁴ El médico forense elaborará, a instancias del juez o tribunal, un informe que se extenderá a los extremos referidos a la dependencia del consumo de sustancias tóxicas y la existencia de un tratamiento de deshabitación iniciado o culminado. I. J. Subijana Zunzunegui, «Una visión jurisprudencial de los delitos de tráfico de drogas», *Revista del Poder Judicial*, 74, 2004, p. 89.

⁶⁵ La STC 222/2007, de 8 de octubre, tiene ocasión de reseñar, haciendo referencia al artículo 87 CP, que «A la finalidad genérica de rehabilitación que persigue la institución del beneficio de suspensión de la ejecución de las penas (...) se une, en el caso especial del art. 87.1 CP, la de propiciar que quienes han cometido un delito no grave por motivo de su adicción a las drogas —caso habitual del llamado traficante/consumidor— reciban un tratamiento que les permita emanciparse de dicha adicción con carácter preferente a un ingreso en prisión que, lejos de favorecer su rehabilitación, pudiera resultar contraproducente para ella».

⁶⁶ J. L. de la Cuesta Arzamendi, «Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995», *Estudios Jurídicos en Memoria de Jose María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 131. También J. Cid Moliné, *La elección...*, cit, pp.79 y ss.

Las reglas de conducta constituyen específicos deberes u obligaciones que se imponen al condenado para su cumplimiento durante el período de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad⁶⁷. Las reglas de conducta, por lo tanto, sirven para crear las condiciones precisas para la disminución del riesgo de comisión de nuevos delitos y la promoción de circunstancias dúctiles para la reintegración comunitaria del infractor. Con esta finalidad común cabe diferenciar cuatro tipos de reglas de conducta⁶⁸. A saber:

- las que tratan de crear un espacio de reducción de las oportunidades de delinquir (prohibiciones de aproximación y comunicación con las víctimas y prohibición de acudir a determinados lugares);
- las que persiguen garantizar un contacto del penado con las instituciones (obligación de comparecencia ante el juzgado o tribunal o servicios de la Administración, para informar de sus actividades y justificarlas y prohibición de ausentarse sin autorización judicial del lugar donde resida);
- las que tratan de permitir la realización de hábitos o actitudes prosociales (participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial o sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de animales u otros similares, o cumplir los deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado);
- las que pretenden neutralizar el factor criminógeno (en el caso de la suspensión especial, la falta de abandono del tratamiento de deshabitación⁶⁹ durante el período de suspensión⁷⁰).

El incumplimiento de las reglas de conducta permitirá, previa audiencia de las partes, la sustitución judicial por otras reglas o la prórroga del plazo de suspensión sin

⁶⁷ El plazo de suspensión de la ejecución de la pena de prisión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves. El plazo suspensivo, dentro del marco legal, se fijará por los jueces o tribunales, previa audiencia de las partes, atendiendo a las circunstancias personales del victimario, las características del hecho y la duración de la pena impuesta. Así lo estipula el artículo 80.2 CP.

⁶⁸ R. García Albero, J. M. Tamarit Sumalla, *La reforma de la ejecución penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 101.

⁶⁹ En el ámbito de la Salud Pública conviven las estrategias de rehabilitación, centradas en la desintoxicación, con los programas de «reducción de riesgos y daños», que pretenden tutelar la salud de las personas consumidoras de drogas. Su finalidad se centra en minimizar los efectos primarios relacionados con los abusos de sustancias psicoactivas, reducir los costos y daños secundarios generados por el consumo y disminuir la inserción en la adicción. Responden a una política preventiva que aspira a la reducción de los delitos cuya comisión tiene que ver con el consumo de drogas ilegales por parte del autor, fundamentada en la disminución de las oportunidades de delinquir. En el plano asistencial, la política de reducción de riesgos está orientada a minimizar el potencial efecto negativo del uso de drogas, mientras la política de reducción de daños tiene como objetivo la minoración de las consecuencias negativas derivadas del uso de drogas para el individuo consumidor y la comunidad en la que se inscribe. Un análisis de su contenido, J. A. del Cerro Esteban, «Programas para la reducción de riesgos y daños derivados de las drogodependencias. Aspectos jurídicos», *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, pp. 10-14 y X. Arana, I. Germán, «Programas de testado de sustancias: intervención en reducción de riesgos y daños como estrategia de prevención en materia de drogas», *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, pp. 153-195. En relación a la difícil convivencia entre la política prohibicionista a nivel legal y una política de reducción de daños a nivel asistencial, J. Muñoz Sánchez, «Problemas legales de las políticas de reducción de daños», *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, pp. 45 y 46. Una aplicación estricta del principio de coherencia en la actuación de los poderes públicos, que abarque los planos preventivos, asistenciales y reactivos, justificaría realizar una exégesis amplia del término tratamiento de deshabitación, en aras a posibilitar la inserción en su ámbito de las estrategias de mantenimiento o sustitución —el caso paradigmático es el programa de metadona— y de los programas de reducción de daños.

⁷⁰ El periodo de suspensión oscila entre los tres y los cinco años. Para fiscalizar el cumplimiento de la condición rehabilitadora se establece la obligación del centro o servicio responsable del tratamiento de facilitar al juez o tribunal sentenciador la información precisa para comprobar el comienzo del tratamiento, su evolución, las modificaciones que puede experimentar así como su finalización. Esta información se suministrará en los plazos que reseñe el juez o tribunal sentenciador y, en todo caso, de forma anual.

que, en este último caso, la duración total exceda de los cinco años (artículo 84.2 a y b CP). La reiteración en el incumplimiento justificará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículo 84.2 c CP), lo que conlleva la ejecución de la pena suspendida (artículo 85.1 CP).

Existen, sin embargo, dos supuestos en los que el incumplimiento de la regla de conducta, aun no siendo reiterado, conlleva la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

En el seno de los delitos relacionados con la violencia de género⁷¹ (una de las modalidades de victimación familiar), la infracción por el victimario de la prohibición de acudir a determinados lugares o de aproximarse o comunicarse con las víctimas, (deberes de imposición obligatoria en este tipo de victimación), determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículo 84.3 CP⁷²).

En el ámbito de la suspensión especial, el incumplimiento de la obligación de seguimiento del tratamiento de deshabitación conlleva la revocación de la suspensión (artículo 87.5 párrafo primero CP). Si transcurrido el plazo de suspensión no se ha acreditado la deshabitación del penado, se ordenará el cumplimiento de la pena de prisión de ejecución suspendida, salvo que el juez o tribunal, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento. En este último supuesto podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años (artículo 87.5 párrafo segundo CP).

Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin que el sujeto haya delinquido y, cumplidas, en su caso, las reglas de conductas fijadas por el juez o tribunal, se acordará judicialmente la remisión de la pena (artículo 85.2 en relación con el artículo 87.5, ambos del CP).

La diversidad de opciones normativas en materia de suspensión de la ejecución de la pena de prisión contrasta con una praxis judicial caracterizada por el automatismo en su concesión y la ausencia de verdadero contenido en su ejecución⁷³. La verificación de la presencia de los requisitos normativos imperativos y la intuición respecto a la prognosis de comportamiento criminal futuro fundamentan, en la mayoría de las ocasiones, una decisión judicial; lejanas se encuentran todavía las aportaciones científicas que permitan conferir cuerpo argumental a conceptos —como la peligrosidad criminal— de indudable contenido criminológico⁷⁴.

3.4. La sustitución de las penas privativas de libertad

El artículo 88.1 CP estipula que los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o, posteriormente, en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año

⁷¹ En el tratamiento jurídico de la suspensión y la sustitución de la pena privativa de libertad, Pérez-Olleros distingue entre la violencia de género, por una parte, y la violencia doméstica y asistencial, por otra. F. J. Pérez-Olleros, «Cuestiones y respuestas sobre la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género», *La Ley*, 6273, 2005, pp. 6 y 7.

⁷² El legislador, con una opción político criminal que no deja margen de maniobra para la ponderación judicial, estima que el incumplimiento de estas específicas reglas de conducta conlleva un riesgo de recidiva que únicamente puede ser neutralizado mediante la ejecución penitenciaria de la pena de prisión. Más ampliamente, I. J. Subijana, «La igualdad en...*cit.*», «, pp. 1-24.

⁷³ Fundadamente crítico se muestra al respecto Tamarit Sumalla quien refiere que a menudo el propio juez tiene una insuficiente conciencia del papel que ejerce en un sistema en que las normas jurídicas relativas a la imposición y la ejecución de las sanciones penales constituyen manifestaciones específicas de una discrecionalidad jurídica en la que los operadores judiciales están llamados a efectuar una tarea de desarrollo y concreción del Derecho. J. M. Tamarit Sumalla, «Sistema de Sanciones...», *cit.*, pp. 4-5. M. Poza Cisneros, «Las nuevas tecnologías en el ámbito penal», *Revista del Poder Judicial*, 65, 2002, p. 111.

⁷⁴ J. Cid Moliné, haciéndose eco de la reflexión de Sanz Morán, indica que el método intuitivo en el que predomina en la práctica judicial para la predicción de la peligrosidad criminal. J. Cid Moliné, *La elección...», cit.*, pp.65-66.

por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad. Como novedad de la LO/2010, se contempla que, en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también se podrá sustituir por la pena de localización permanente⁷⁵. Las mencionadas sustituciones se permiten aunque el delito cometido no contemple estas penas⁷⁶ y se fundará en las circunstancias personales del reo⁷⁷, la naturaleza del hecho⁷⁸, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño⁷⁹ así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales⁸⁰.

Excepcionalmente podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social⁸¹.

La sustitución, en cualquiera de los dos casos mencionados, permite la imposición de una o varias de las reglas de conducta pergeñadas en el artículo 83 CP por tiempo que no exceda de la duración de la pena sustituida, siempre y cuando no se hayan establecido como penas en la sentencia.

En el caso de comisión de un delito relacionado con la violencia de género, la sustitución de la pena de prisión se realizará por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad⁸² y conllevará la imposición de tres reglas de conducta:

- prohibición de acudir a determinados lugares;
- prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos;
- sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico.

⁷⁵ La localización permanente se prevé, además como una pena autónoma en las faltas, como una pena sustitutiva de las penas de prisión que no excedan de seis meses (artículo 88.1CP). La regla general es que su cumplimiento tenga lugar en el domicilio o lugar fijado por el Juez con la utilización, en su caso, de medios mecánicos o electrónicos que permitan su localización (artículos 37.1 y 4 CP). Como regla especial se prevé su cumplimiento en el Centro Penitenciario más próximo al domicilio del penado los sábados, domingos y días festivos siempre que concurren cuatro requisitos: la pena esté prevista como pena principal, lo prevea el precepto aplicable, exista una reiteración en la comisión de la infracción y lo decida el juez (artículo 37.1 CP)..

⁷⁶ La regla de conversión legal es la siguiente: cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por día de localización permanente.

⁷⁷ Inequivoca referencia a la existencia de un contexto— integrado por variables de crecimiento personal, vinculación familiar e inserción laboral y social— que posibilite un proyecto vital en libertad sin delinquir.

⁷⁸ Mención a las razones de prevención general articuladas en torno al mensaje de reafirmación del valor de la norma penal como pauta válida de convivencia social.

⁷⁹ Es un factor de inserción social constructiva muy potente que el penado restañe el daño causado pues, de esta manera, además de restaurar lo causado por él, reconoce la validez de la norma penal como instrumento de protección de bienes jurídicos. Así, P. Galain, *La reparación de daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 333.

⁸⁰ Define el artículo 94 CP los reos habituales como aquellos que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años y hayan sido condenados por ello. Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 CP y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad

⁸¹ Lo excepcional de esta sustitución debe vincularse al surgimiento de lo que la Criminología del desarrollo denomina narrativa del cambio. Es decir, la modificación de los factores personales— tratamiento de distorsiones cognitivas o adicciones, gestión eficaz de las emociones vinculadas a la frustración— o relacionales —aparición o reforzamiento de vínculos familiares, introducción en el espacio laboral— que actuaban como potenciales y eficaces factores criminógenos. Este esquema reactivo tiene como premisa el modelo del triple riesgo delictivo que sugiere que el riesgo delictivo de una persona depende de la interacción y la combinación de tres fuentes etiológicas diferenciadas: las disposiciones y las capacidades personales; el apoyo prosocial recibido y las oportunidades para el delito. S. Redondo Illescas, «Individuos, sociedades y oportunidades en la explicación y prevención del delito: Modelo del Triple Riesgo Delictivo (TRD)», *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 7, Número 6, 2008, p. 9.

⁸² Se excluye la sustitución de la pena de prisión por la pena de multa para evitar que el pago de la multa, al suponer un detrimento del patrimonio del condenado, repercuta negativamente en las víctimas que dependan económicamente del obligado al pago. J. Muñoz Sánchez, *Comentarios al Código Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 154.

La sustitución de la pena de prisión también está presidida por los paradigmas de adecuación a la significación antijurídica del hecho, protección de las víctimas y reintegración comunitaria del victimario. Su limitación a penas privativas de libertad que, en todo caso, no excedan de dos años constituye una aplicación concreta del paradigma de adecuación de la intensidad respuesta a la significación antijurídica del hecho. La contemplación del esfuerzo para reparar el daño como un criterio jurídico de la sustitución y la implementación de reglas de conducta para reducir las posibilidades de comisión de nuevos delitos y consiguiente creación de nuevas víctimas supone una plasmación del paradigma de protección de las víctimas. La introducción de la frustración de los fines de prevención y reinserción social como el objetivo jurídico que permite la sustitución de penas de prisión de duración superior a un año e inferior a dos, conlleva un reconocimiento del paradigma de reintegración comunitaria.

La regulación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y la sustitución de la pena de la misma naturaleza permite constatar que, en muchas ocasiones, el juzgador, ante unas mismas circunstancias factuales y normativas, puede acudir a una y otra institución⁸³. A falta de criterios normativos explícitos para justificar la opción jurisdiccional, (situación difícilmente compatible con las exigencias del principio de legalidad⁸⁴), en aquellos casos en los que se encuentran presenten las notas que permiten la incardinación del supuesto sujeto a la decisión jurisdiccional en las normas reguladoras de la suspensión y la sustitución⁸⁵, son las necesidades preventivas —generales y especiales— las que determinan la idoneidad de acudir a una inejecución condicionada o a una ejecución sustitutiva. En otras palabras: procederá acudir al remedio jurídico que, de la manera menos aflictiva, permite contener de la forma más eficaz el riesgo de reincidencia (interés comunitario), asistir, proteger y reparar a la víctima (interés de la víctima) y rehabilitar al infractor (interés del penado). Si se opta por la sustitución, la elección de la pena sustitutiva atenderá, por una parte, a las alternativas legales existentes —disímiles en atención a la clase de injusto cometida y a la duración de la pena impuesta—, por otra, a la existencia de un consentimiento del penado que abarque a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad —esta pena, ex artículo 49 CP, no puede imponerse sin el consentimiento del penado— y, finalmente, por otra, a las específicas necesidades de reinserción social del obligado al cumplimiento.

El incumplimiento de la pena sustitutiva⁸⁶ conllevará la ejecución de la pena de prisión inicialmente impuesta, descontando la parte de tiempo al que equivalgan las cuotas satisfechas —si se trata de la pena de multa— las jornadas de trabajo realizadas —si es la pena de trabajos en beneficio de la comunidad— o los días cumplidos— si se trata de la pena de localización permanente.

3.5. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión de los migrantes irregulares

Desde el CP 1995 la legislación positiva conoce un nuevo sujeto destinatario de una respuesta punitiva específica: el extranjero no residente legalmente en España⁸⁷.

⁸³ J. Barquín Sanz, «Sistema de sanciones...», cit, pp. 281 y 309.

⁸⁴ J. Barquín Sanz, «Sistema de sanciones.....», p. 281.

⁸⁵ Ello no acaecerá cuando el condenado sea delincuente primario, pues, en tal caso, únicamente cabe la sustitución.

⁸⁶ No se contemplan las consecuencias que se asignan al incumplimiento de las reglas o deberes de conducta impuestas por el juez o tribunal. No cabe entender que se produce el incumplimiento de la pena sustitutiva pues ello conllevaría conferir, en perjuicio del penado, a los términos empleados por el legislador una significación que va más allá del tenor literal posible, lo que constituye una aplicación analógica prohibida por el artículo 4.1 CP. En el sentido del texto, M. García Arán, «Artículo 88» en *Comentarios al...cit.*, p. 733.

⁸⁷ La Criminología de la alteridad o «del otro» ha construido sobre el migrante una categoría de sujeto potencialmente incardinable en narrativas de riesgo dado que aparece en el discurso público, de forma explícita o de manera más taimada, como responsable del desorden público y la inseguridad ciudadana. En este sentido, se han identificado hasta cinco prejuicios negativos sobre los migrantes

Primero de forma potestativa⁸⁸ y, ulteriormente, a partir de la LO 11/2003, de forma imperativa⁸⁹, el artículo 89.1, en la redacción conferida por la LO 5/2010, determina que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del penado, del ministerio fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. También podrá acordarse la expulsión, en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del ministerio fiscal y de las demás partes personadas.

El precepto es tributario de la denominada administrativización del Derecho Penal, en la medida que, ayuno de todo referente político criminal (es decir, de principios que se anuden a los objetivos preventivos de la intervención penal), persigue, únicamente, reforzar la política de fronteras mediante la exclusión de quien no reside legalmente en España⁹⁰. En otras palabras: lo significativo no es que se cometa un delito —pues la expulsión no es un efecto derivado de la comisión de un ilícito penal— sino una circunstancia exógena al injusto culpable cometido: que quien lo cometa sea una persona extranjera que no resida legalmente en España —que es lo que determina que deba ser expulsado—. De ahí que, en el plano doctrinal, se haya defendido que el artículo 89 CP es la muestra de una inadmisibles instrumentalización del Derecho Penal al servicio de las políticas migratorias⁹¹.

Una apuesta por la autonomía del Derecho Penal —es decir, un reconocimiento de su valor intrínseco— exige ubicar en el plano exegético la potenciación de los criterios teleológicos que vinculan la expulsión —como reacción jurídica impuesta por un juez del orden penal— al cumplimiento de las finalidades propias de toda sanción penal: la reafirmación normativa, la prevención general disuasoria y la prevención especial resocializadora⁹².

que justifican su consideración como responsables de los plurales males sociales. A saber: el mito del migrante invasor del territorio propio; el mito del migrante delincuente; el mito de los migrantes como responsables del desempleo creciente o de la reducción significativa de los salarios; el mito del migrante como consumidor voraz de las ayudas, y, finalmente, el mito del migrante como inadaptado social. Así, A. Daunis Rodríguez, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2009, pp. 25 y ss. y M. Pajares, *Inmigración y mercado de trabajo*. Informe 2010, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, pp. 135 y ss.

⁸⁸ El artículo 89.1 CP, en su versión original, establecía que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del ministerio fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que se haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado.

⁸⁹ El artículo 89.1 CP, tras la reforma operada por la LO 11/2003, establecía que las penas privativas de libertad inferior a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del ministerio fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

⁹⁰ Esta exclusión responde a un comunitarismo defensivo que, frente a la visión universalista que estructura la pertenencia en torno al sujeto o la persona igual en derechos, estima que el sentido de pertenencia se construye en torno a la identidad, lo que legitima la expulsión del distinto. A. Tourain, *Después de la crisis*, Paidós, Madrid, 2011, pp. 93 y 116. Por lo tanto, las políticas públicas de rechazo al migrante obedecen tratan de calmar la angustia generada por lo que se siente como una pérdida de posición en el sistema social de especial importancia cuando se vive una situación de profunda crisis económica. E. Morin, *La vía para el futuro de la humanidad*, Paidós, Barcelona, 2011, p. 70.

⁹¹ Díaz Y García Conlledo (Dir), cit., p. 692; Rodríguez Mesa, «El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina. Funciones instrumentales y simbólicas», en Pérez Alvarez (ed.), *Serta in Memoriam Alenxandri Barratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. p. 859 y ss.; Souto García, cit., p. 313 y Terradillos Basoco, «Inmigrantes, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina», en Faraldo Cabana (dir.), *Puente Aba y Souto García (coords.)*, cit., pp. 276 y ss.

⁹² Un fundamento político criminal compatible con los principios del sistema penal de un Estado de Derecho precisa que toda reacción penal responda a finalidades de prevención general, anclados en la reafirmación normativa, y a objetivos de prevención especial, estructurados en torno a funciones resocializadoras. Ajenos a esta concepción se encuentran fines como la incapacitación o segregación del migrante condenado, la utilización de la sanción penal como un instrumento de refuerzo de la política de fronteras y, finalmente, el empleo de la expulsión como un medio de reducir la población carcelaria extranjera.

Tal y como ha quedado referido el universo subjetivo de la expulsión lo constituyen los extranjeros no residentes legalmente en España. Se trata de los migrantes irregulares⁹³, es decir, aquellos que carezcan de autorización de residencia —temporal o de larga duración, artículos 30 bs y ss. LOEx— o de estancia (artículo 30 LOEx). Respeto a los mismos el artículo 89.1 CP estipula que las penas privativas de libertad inferiores a seis años les serán sustituidas por la expulsión del territorio nacional. Esta obligatoriedad presenta dos excepciones, una de naturaleza normativa y otra de orden jurisdiccional. En el plano normativo, el artículo 89.7 CP dispone que la expulsión no será de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a los que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código. Por lo tanto, se excluye de la expulsión a los extranjeros condenados por delitos relacionados con las migraciones irregulares: las infracciones contra los derechos de los trabajadores vinculados al tráfico ilegal de mano de obra o a fenómenos migratorios (artículos 312 y 313 CP), y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis CP)⁹⁴. En el orden jurisdiccional el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada puede rechazar la sustitución⁹⁵ si aprecia razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Entre las mismas cabe destacar las siguientes: que la naturaleza del delito justifique que la reafirmación normativa —prevención general positiva— y la disuasión de la motivación delictiva —prevención general negativa— únicamente se cumpla con la ejecución de la pena privativa de libertad; que las circunstancias personales del penado— su arraigo social, su específica situación familiar o la existencia de menores dependientes— permita concluir que la expulsión conlleva una injerencia intolerable en el derecho a la vida privada y familiar del penado al ostentar un perfil hondamente excluyente y desocializador⁹⁶; que la expulsión frustre de forma definitiva el derecho a la reparación de la víctima; que existan riesgos definidos de que la persona expulsada pueda ser sometida a torturas o tratos degradantes en su país de origen, y, finalmente, que, atendiendo al grado de cumplimiento de la privación de libertad— por haber sufrido, por ejemplo, la prisión provisional como medida cautelar— la acumulación sucesiva de la ejecución parcial de la pena de prisión y la medida de expulsión provoque que la respuesta sancionadora incurra en desproporción por incurrir en la prohibición de exceso punitivo⁹⁷. Por lo tanto, la denegación jurisdiccional de la sustitución de la

⁹³ Consideramos muy atinada las observaciones de Brandariz referidas al empleo de la expresión migrante irregular para referirse al extranjero que no reside legalmente en España. La opción migrante es preferible a la de inmigrante e emigrante dado que centra su perspectiva de análisis en el sujeto, definiéndolo por su movilidad, frente a las otras expresiones que se aproximan a esta realidad colocando el centro neurálgico de la valoración en el Estado al que se llega o del que se parte. La mención a la irregularidad deja constancia de que los seres humanos no son «ilegales» sino que, más bien, pueden encontrarse, conforme a determinados parámetros definidos por la legislación de fronteras, en un contexto de residencia irregular. Brandariz García, *Sistema penal y control de los migrantes*, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 6-7.

⁹⁴ En estos delitos suelen darse modalidades de delincuencia internacional en los que la expulsión es un riesgo mínimo asumible por los responsables, quienes, una vez expulsados, pueden seguir cometiendo los mismos delitos desde otro país. M. García Arán, «Artículo 89» en *Comentarios* cit., p. 740.

⁹⁵ Que en todo caso debe ser solicitada por la acusación, tal y como explicita la STS 791/2010, de 28 de septiembre.

⁹⁶ Las SSTS 901/2004, de 8 de julio, 906/2005, de 17 de mayo y 498/2009, de 30 de abril, entre otras muchas, argumentan que es preciso realizar una lectura en clave constitucional del artículo 89 del Código Penal, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado.

⁹⁷ Las SSTC 145/2006, de 8 de mayo, y 110/2009, de 11 de mayo, entendieron que la acumulación de una pena de prisión parcialmente cumplida y de una expulsión supone una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva-artículo 24.1 CE— al obedecer a una interpretación no razonable del artículo 89 CP. Por su parte, Díaz y García Conlledo señala que si, por falta de medios, la expulsión no puede llevarse a cabo en el momento de inicio del cumplimiento de la pena, tampoco podrá hacerse más adelante, cuando se haya cumplido una parte relevante de ella, pues esto supondría una infracción del principio *non bis in idem*. Díaz y García Conlledo (Dir), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, Las Rozas, 2007, pp. 684 y ss.

pena privativa de libertad por la expulsión puede descansar en razones de prevención general, de prevención especial, de protección de las víctimas o de respeto al principio de proporcionalidad punitiva⁹⁸.

Además de en la sentencia, puede acordarse la sustitución de la pena de prisión por la expulsión en un auto motivado posterior (artículo 89.1 CP). La autonomía del Derecho Penal exige que todos los elementos que configuran el hecho que determina la sanción penal se produzcan en el momento de su comisión. Es decir, que tanto los elementos que integran el injusto penal —los que justifican la imposición de la pena de prisión inferior a seis años— como los que delimitan la irregularidad del migrante— que legitiman la sustitución de la pena de prisión por la expulsión— deben estar presentes en el momento de la comisión del hecho. Y ello con independencia de que la sustitución se acuerde en la sentencia o en un auto de ejecución. Por lo tanto, no cabe la expulsión penal del migrante que siendo su situación regular en el momento de la comisión del hecho delictivo deviene la misma irregular en el momento de la sentencia o de su ejecución⁹⁹. Ahora bien, si con posterioridad a la fecha de comisión del hecho el migrante —de residencia irregular en tal momento— adquiere la residencia regular, no será factible la expulsión, dado el carácter unitario del orden jurídico y la significación de *última ratio* del Derecho Penal¹⁰⁰.

La expulsión conlleva una prohibición de regreso a España que oscila entre los cinco y los diez años desde la expulsión. Será, por tanto, el juez o tribunal quien fije el tiempo de la prohibición de regreso, atendiendo, según dispone el artículo 89.2 CP, a la duración de la pena de prisión —razones de prevención general— y las circunstancias personales del penado —razones de prevención especial—. De esta forma se atenúan, si desaparecer del todo, las severas dudas de compatibilidad con el principio de proporcionalidad que se derivaban de la imposición imperativa, antes de la última reforma, de un plazo de prohibición de regreso de diez años, cualquiera que fuera la duración de la pena de prisión sustituida y, consecuentemente, la gravedad del injusto cometido¹⁰¹.

De forma complementaria, el artículo 89.3 CP dispone que la expulsión provocará el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviese por objeto la

⁹⁸ El principio de proporcionalidad punitiva resulta severamente cuestionado cuando se plantea que el penado sea expulsado cuando acceda al tercer grado penitenciario o cumpla las tres cuartas partes de la condena, tal y como dispone el artículo 89.5 CP. En este precepto el legislador ha determinado que, sea cual fuere la duración del pena de prisión impuesta, la expulsión ha de producirse en una fase avanzada de la ejecución. Por ello se ha resaltado que esta modalidad de expulsión tiene que acordarse con todas las cautelas necesarias para evitar que constituya un ejercicio *ne bis in idem* prohibido. Brandariz García, *Sistema penal*, cit., p. 205. Tal y como establece la STS 949/2009, de 28 de septiembre, no parece muy compatible con las razones y los fines del Derecho penal que, tras haber cumplido el período más importante de la pena privativa de libertad, se acuerde de forma automática la expulsión del territorio nacional del penado sin atender a las consecuencias que de ello se derivan para su situación personal y social y su influencia en el objetivo de una posible reinserción. Con lo cual, al cumplimiento real de la pena privativa de libertad se le suma al final una medida aflictiva que poco tiene que ver con el tratamiento de reinserción precedente y que, como norma general, viene más bien a añadir una nueva pena a la que ya tiene cumplida.

⁹⁹ En tal sentido, Brandariz García, *Sistema penal* cit., p. 177. En sentido contrario, M. García Arán, «Artículo 89» en *Comentarios...cit.*, p. 738.

¹⁰⁰ Sería contrario a tales principios que lo que no es factible en el Derecho Administrativo Sancionador —expulsar a quien tiene una residencia o estancia regular— sea posible en el Derecho Penal. En el sentido del texto, Sánchez García De Paz, «Artículo 89», en Gómez Tomillo, M (DIR.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2010, Valladolid, p. 402; Brandariz García, *Sistema penal*, cit., p.178. Como afirma Díez Ripollés el principio de unidad del ordenamiento jurídico es un efecto derivado de los principios de intervención mínima y edificación de los ilícitos penales sobre los ilícitos no penales, lo que justifica concluir que, a partir de ilícitos específicos direccionalmente coincidentes en el plano valorativo, no caben soluciones divergentes entre los diversos sectores jurídicos concernidos en lo atinente a la definitiva consideración como lícita o no de una misma conducta. J. L. Díez Ripollés, *La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2ª edición, 2011, pp. 111-112.

¹⁰¹ Cugat Mauri, «La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros (art. 89 CP)», en Quintero Oliveros (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 104; Daunis Rodríguez, cit., p. 245; Sánchez García de Paz, cit., 404; Souto García, «Algunas notas sobre la función del Derecho Penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión» en Faraldo Cabana, *Derecho Penal de excepción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 310.

autorización de residencia o de trabajo. Además, y como específica novedad, el artículo 89.6 CP establece que en los casos en que, habiéndose acordado la expulsión, el migrante condenado no esté o no quede privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el órgano sentenciador puede disponer su ingreso en un centro de internamiento, a los efectos de asegurar su expulsión. Se vuelve a producir una penetración de instituciones administrativas en el orden penal, provocando que el internamiento sea, además de una medida cautelar que se puede adoptar en un procedimiento administrativo sancionador, un recurso jurídico que puede implementarse en un proceso penal para garantizar un espacio de privación de libertad de estricto aseguramiento.

El regreso antes del cumplimiento del período de expulsión conllevará la expulsión por la autoridad gubernativa, si fuera sorprendido en la frontera, o el cumplimiento de la pena sustituida, si no fuera así, según dispone el artículo 89.4 CP.

Si no se acuerda la expulsión o, acordada ésta, no fuere factible ejecutar la misma, el migrante condenado queda sujeto al régimen general de los condenados a una pena de prisión. A saber: su ejecución penitenciaria, su inejecución condicionada o su sustitución por una pena no privativa de libertad. Si bien el artículo 89.6 CP limita esta respuesta a los supuestos en los que no puede llevarse a efecto la expulsión acordada en sustitución de la pena privativa de libertad impuesta, la misma respuesta merecen los casos en los que el Juez o Tribunal aprecie razones para no sustituir la pena de prisión por la expulsión, dado que, en tal caso, procede la aplicación del régimen general de ejecución de la pena de prisión— que prevé las tres modalidades ejecutivas antedichas— sin que sea obstáculo para ello la dicción literal del artículo 89.1 CP ¹⁰².

¹⁰² Así Brandariz García, *El Sistema Penal*, cit., p. 207; Díaz y García Conlledo (Dir), *Protección*, cit., p. 680; Encinar Del Pozo, «Extranjeros y prisión: valoración crítica del artículo 89.1 del Código Penal», *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, CGPJ, 2006, pp. 296 y ss.

CUESTIONES DE ORDENAMIENTO JUDICIAL

La consolidación del modelo de escuela como centro de capacitación judicial

Pascual ORTUÑO

1. El papel de la formación judicial en la modernización de la justicia

El proceso de globalización ha traído como consecuencia la necesidad de reformar y modernizar las estructuras de la justicia en todo el mundo. El papel que juega el derecho en el proceso de cambio es fundamental y, sin embargo, como ha puesto de manifiesto Martin F. Böhmer¹, las propuestas de reforma de la justicia no pueden prosperar si se limitan a la promulgación de un aluvión de leyes y decretos, y no se acompañan con una política decidida de formación de los juristas para los nuevos paradigmas. Los centros de capacitación judicial han de jugar un papel central, puesto que los nuevos métodos de trabajo requieren nuevas destrezas profesionales.

Las Escuelas judiciales tienen que dejar de ser meros instrumentos para que unas personas, seleccionadas para impartir la justicia entre la ciudadanía, se formen en el mundo especulativo de los silogismos jurídicos contenidos en un repertorio de fórmulas legales aprendidas memorísticamente, puesto que después las han de aplicar a una realidad mucho más compleja de lo que incluso el legislador más perspicaz pudo imaginar, como destacaba J. Derrida² al hablar de la enorme fuerza del acontecimiento real frente a la representación, a lo simulado. Para quien desde el estudio de los textos legales entra de alumno a una EJ como la española, la Justicia es meramente un concepto abstracto.

En España, desde la publicación del Libro Blanco de la Justicia, en 1997, estamos viviendo un proceso de modernización de la justicia que, pese a sus altibajos y las incongruencias de los gestores políticos de la justicia (muchos de ellos no creen en él), es asumido por todos los programas políticos. Las reflexiones que siguen sobre la pequeña historia de la construcción de un centro de capacitación de jueces en España, puede servir de muestra de las dificultades que se derivan de que, desde la judicatura pero sin contar con el entusiasmo del colectivo judicial que ve cuestionada su propia carrera y su propio estatus, se pretenda incidir en las políticas públicas de reconstrucción del sistema judicial mediante el incremento de la calidad del proceso de formación de los jueces.

El cambio de métodos de trabajo en la administración de justicia se está produciendo en un momento en el que la crisis de las instituciones políticas ha atribuido a los tribunales el papel de gendarme de los intereses partidistas. Las mismas personas, grupos de comunicación y *lobbies* económicos e ideológicos, que solicitan amparo de

¹ Martin Böhmer: *La Enseñanza del Derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona 1999.

² J. Derrida. Citado por Jürgen Habermas en *¡Ay Europa!*, Trota, Madrid, 2009, página 27.

los jueces cuando les interesa, cargan contra ellos y los desprestigian sin ningún recato cuando quieren esconder sus desmanes.

Mientras tanto, en el contexto actual se exige a los jueces que sean institucionalmente responsables y que, «*además de cumplir con sus obligaciones específicas de carácter individual, asuman el compromiso activo en el buen funcionamiento del sistema judicial*» (Artículo 42 del Código Iberoamericano de Ética judicial, aprobado por la Cumbre de Presidentes de Tribunales y Cortes Supremas de Iberoamérica).

En el ámbito más doméstico de la organización judicial, para quienes ocupan responsabilidades de gestión en materia de formación, la tarea de consolidar el centro de formación para los jueces del futuro es todavía más difícil, puesto que se trata de una planificación a largo plazo, cuando los intereses de los gestores políticos de la justicia suelen requerir resultados inmediatos y, además, no han asumido que invertir en la mejora de la formación de los jueces es fortalecer su independencia, su integridad y su capacidad para ejercer correctamente la función constitucional que tienen encomendada que es, en definitiva, profundizar en la calidad del Estado de Derecho, en la libertad.

2. Formación judicial y calidad de la justicia

Una de las claves más fiables del grado de evolución de una determinada sociedad y de la seriedad de sus instituciones es, precisamente, el papel que desempeña en ella la administración de justicia, tomando como base diversos indicadores: la independencia de los jueces respecto de los partidos políticos y de los poderes fácticos (los *lobbies* empresariales, religiosos, la banca, los sindicatos, los medios de comunicación y otros grupos de presión), la eficacia de su sistema para la pacificación de los conflictos sociales y el respeto y consideración que los ciudadanos tienen hacia sus jueces .

El presupuesto esencial para que la calificación del sistema de justicia sea elevada es, sin duda alguna, el sustrato legislativo, desde la configuración de la justicia en el marco constitucional, hasta el propio entramado de leyes sustantivas y procesales, entre las que tiene una primordial importancia el «derecho judicial», es decir, los mecanismos de administración y control del funcionamiento de los tribunales, los medios económicos que se destinan en cada Estado a tales fines y la administración de los mismos.

Los estudios que ha realizado la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia del Consejo de Europa (CEPEJ)³, que está desarrollando una extraordinaria labor en el estudio de las estructuras y mecanismos judiciales en todo su ámbito de actuación es que, con independencia de los modelos legales de acceso a la función judicial, la calidad de la justicia está directamente vinculada al mayor o menor grado de formación de los jueces. A jueces más sabios, más sólidamente formados, con un mayor control de las competencias profesionales que requiere la función que han de desempeñar, y con una mayor experiencia, se corresponde una justicia más valorada y respetada por los ciudadanos.

La formación del juez también está íntimamente ligada a su independencia de criterio, no en el sentido de su adscripción a un nebuloso limbo ideológico que algunos propugnan, sino a la que se refiere e incide en su tarea jurisdiccional cotidiana. Franco Ippolito⁴ vincula la competencia profesional del juez a su capacidad de dictar sus resoluciones sin estar condicionado cultural ni profesionalmente por otros, y ello requiere una solidez intelectual que únicamente la pueden garantizar una formación técnica y humanística adecuada y una amplia experiencia profesional.

Como consecuencia de esta preocupación por la calidad profesional de los jueces, en el seno de la CEPEJ se ha creado una red de centros de formación judicial, la Red

³ Vid: CEPEJ en: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/thematiques/Au_dela_rapport/

⁴ Franco Ippolito, «La formación de los magistrados», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n.º 50, 2004, página 21.

de Lisboa, que a pesar de los problemas prácticos en su estructuración y puesta en funcionamiento⁵, está llamada a ser un referente en todo el continente, y puede decirse que en todo el mundo (La «Venice Commission» prepara una conferencia mundial de Justicia Constitucional a la que ya se han adherido 33 cortes constitucionales). Esta red es diferente a la más conocida EJTN (*European Judicial Training Network*), que es una asociación de centros de formación judicial exclusivamente del ámbito de la Unión Europea, que centra su actividad en la gestión de los fondos comunitarios dedicados a la formación judicial en derecho comunitario europeo.

De los informes realizados hasta ahora por el Consejo de Europa, de sus recomendaciones en materia de justicia, del trabajo de profundización en los paradigmas de la ética judicial y, obviamente, de las sentencias del TEDH, se pueden extraer las líneas esenciales de lo que debe comprender básicamente la formación judicial, si se opta decididamente por dotar a nuestras sociedades de un sistema de justicia eficiente.

En materia de formación en derecho europeo, la Comisaria de Justicia de la UE, Vivian Reding al presentar la Resolución (2011) 551, de 13.09.2011⁶, ha destacado que: *«Un cuerpo judicial independiente, bien formado y eficaz es esencial para el buen funcionamiento del espacio judicial y del mercado único europeo. Garantiza resoluciones judiciales correctas y ágiles y seguridad jurídica. Dado que el Derecho europeo forma parte de la vida diaria, ciudadanos y empresas quieren saber que pueden contar en toda la Unión con un cuerpo judicial competente y bien formado que les permita ejercer sus derechos y obtener justicia».*

3. Hacia un modelo de juez universal

Para sentar las bases metodológicas de lo que debe constituir el núcleo de la formación de los jueces, es importante reflexionar sobre el contenido de la función judicial: qué han de hacer los jueces en las sociedades del siglo XXI, qué servicio prestan los tribunales a la ciudadanía, qué papel juegan en el equilibrio institucional de la división de poderes y cómo han de garantizar los derechos individuales de todas las personas. Este punto de partida implica un posicionamiento intelectual muy diferente al que ha primado, desde el siglo XXI el modelo de juez o, como se denomina por la ciencia del derecho, el «sistema de juez». Como modelo que puede servir a cualquier Estado de lo que llamamos la cultura occidental, Malem Seña⁷ ha realizado una aproximación muy interesante de las áreas esenciales de la formación judicial compartidas por ese perfil de juez reconocible en cualquier modelo cultural.

Como nota diferenciadora del papel que los jueces han desempeñado en las sociedades rurales e industriales de los siglos XIX y XX, destaca Malem que la era postindustrial y la revolución que se ha producido con la cultura de la informática, facilita el inmediato conocimiento de las resoluciones de los jueces, (y de su motivación), por cualquier ciudadano, lo que también favorece la posibilidad de crítica y evaluación del trabajo jurisdiccional. Ello exige una mayor calidad en el ejercicio profesional y una mayor claridad argumentativa, puesto que sus decisiones afectan a la vida privada de

⁵ La Red de Lisboa aglutina a los 47 Estados que integran el Consejo de Europa, por lo que sus trabajos pueden ser de suma utilidad para los Estados emergentes del Este, y para los que tienen en situación de crisis sus sistemas judiciales. La línea de trabajo hacia una justicia independiente y garante de los Derechos Humanos despierta los recelos, por una parte, de los propios gobiernos, que no quieren interferencias ni controles en el ejercicio de su poder y, por otro lado, del corporativismo judicial que reacciona a las ideas de cambio con actitudes de defensa del estatus y de los privilegios que ostentan.

⁶ La UE mediante la resolución COM (2011) 551, de 13.09.2011 «Una Nueva Dimensión de la Formación Judicial Europea», presenta un ambicioso programa para la formación común de jueces, fiscales y juristas de la Unión Europea, consecuente con los objetivos del Programa de Estocolmo, mediante el que se pretende que 700.000 juristas europeos realicen una al menos de las actividades de formación en derecho de la Unión.

⁷ Malem Seña, Jorge F., *El error judicial y la formación de los jueces*, Gedisa, Barcelona, 2008.

las personas, a las cada vez más complejas relaciones económicas locales e incluso internacionales, y a todos los ámbitos de la vida política y social. Los jueces tienen la capacidad del control de los poderes públicos y, en ese sentido son actores principales de los conflictos de intereses políticos, que en muchos casos acaban decidiendo.

La actuación de los jueces es vista cada vez con mayor interés y cautela. El respeto de sus decisiones por los ciudadanos ya no puede basarse únicamente en el acatamiento coercitivo que dimana de la ley, sino de la legitimidad del ejercicio de su función, que deriva de su competencia profesional. En los litigios de carácter internacional, cada vez más frecuentes, las sentencias judiciales tienen proyección más allá de las fronteras del propio Estado, por lo que esta figura del juez, como profesional universalmente reconocido, requiere también de la construcción de un modelo que se aparte de los localismos de antaño.

Lo anterior no está exento de problemas, puesto que la administración de justicia ha permanecido siempre en el reducto fundamentalista de la soberanía nacional. Incluso en los Estados federales, como EEUU., Brasil, Méjico, Suiza o Alemania, la construcción de sus estructuras políticas en el siglo *xxi*, preservó para los poderes de los cantones, provincias, regiones o estados infranacionales la organización de los tribunales, incluidos los sistemas de elección o reclutamiento de jueces (y, consiguientemente, la formación de los mismos). Muestra de ello es que en la construcción de Europa han desaparecido las fronteras para la circulación de personas, de capitales y mercancías, y se están configurando instituciones políticas propias de la Unión, pero sin embargo cada Estado conserva intacto su control sobre la administración de justicia.

En contraste con lo anterior, caminar hacia perfiles profesionales que sean modelos válidos para cualquier área geográfica o cultural es algo que es consustancial con la sociedad actual. La equivalencia profesional más allá de las propias fronteras del Estado de origen es una realidad normalizada en profesiones técnicas e incluso en profesiones especulativas como filósofos, escritores, pensadores, historiadores, cineastas, y artistas en general. La dogmática jurídica también es internacional, como lo son cada vez más los estudios y gabinetes jurídicos. Mas el cuerpo judicial permanece en el ámbito de lo doméstico, en otras palabras, de lo que es susceptible de ser controlado por el poder político local.

Existe una obsesión antigua y arraigada de los denominados poderes fácticos para no perder la capacidad de influencia sobre los tribunales a través de múltiples sistemas. El análisis de la larga travesía hacia la construcción de una carrera judicial profesional e independiente en España pone de manifiesto que, frente a los postulados del constitucionalismo desde Cádiz en 1812 hasta nuestros días, y los discursos oficiales de los sucesivos gobiernos, el sistema no se puso en funcionamiento normativamente hasta la dictadura de Primo de Rivera⁸, con el Decreto Ley de 14.10.1926, que creó el Consejo Judicial, reservándose el gobierno, paradójicamente, importantes poderes de control, desde la concesión de licencias, permisos y traslados, hasta la potestad administrativa y disciplinaria, que comprendía la facultad del Consejo de Ministros de suspender el efecto de las sentencias, o la del Ministro de Justicia del traslado forzoso de los jueces.

Este afán por el control de los tribunales subsiste y se extiende con frecuencia más allá de lo que resulta razonable en el sistema de frenos y contrapesos propio del principio de división de poderes. Para quiénes se instalan en el poder político, no es suficiente que la sujeción del juez a la ley sea la garantía para que los tribunales no se erijan en un poder exorbitante. La dependencia económica y financiera de los tribunales respecto del ejecutivo, que administra y controla el personal auxiliar de la justicia (incluida la policía judicial) y los medios materiales, es otra vía indirecta de delimitar el ámbito de actuación del tercer poder del Estado, sin olvidar los mecanismos de participación en

⁸ Vid: Antonio Argúndez, *Historia, estructura y actividad del poder judicial en España*, Editora Nacional, Madrid, 1974.

la actividad administrativa de la carrera judicial mediante los sistemas de designación de consejeros (vocales) de los órganos de control administrativo de la actividad jurisdiccional, la gestión de los nombramientos y provisión de vacantes y el control sobre la formación judicial.

Frente a esta realidad, que hoy todavía está consolidada en muchos países, con sus diferentes matices y grados, surge en las últimas décadas la figura de un modelo de juez universal como consecuencia de la labor realizada por los organismos internacionales, como la ONU, el Consejo de Europa, La Corte Interamericana de Derechos Humanos (creada en la esfera de la OEA)⁹, las Cortes y Tribunales Internacionales para crímenes de guerra, y la Conferencia de la Haya¹⁰, que ponen de manifiesto la necesidad de construir un sistema de cooperación jurídica transfronteriza en el mundo globalizado, (lucha contra el crimen internacional, el terrorismo, las consecuencias de los procesos migratorios, las crisis de la familia, las herencias, la internacionalización de la economía). Este modelo de juez es común en el sentido de que el trabajo que ha de desarrollar profesionalmente va a ser similar en cualquiera de los países en los que desempeñe su concreta actividad jurisdiccional, y presupone una capacitación de alto nivel que le confiera la seguridad y la capacidad de decisión necesarias.

Para dotar de contenido este modelo hemos asistido al nacimiento de códigos éticos judiciales internacionales al amparo de organizaciones internacionales, como el Código de Bangalore, o el Código de Ética Judicial iberoamericano, (fruto del sistema de Cumbres), y del florecimiento de redes de formación judicial, cuya finalidad no sólo es la de propiciar vínculos de amistad e intercambios de información, sino también la generación de un tipo de juez que se caracteriza por su posición de servidor, en la sociedad que le ha designado para tal función, como «juez de la ciudadanía», y como garante de los derechos inviolables y fundamentales de la persona, fruto de las tradiciones constitucionales comunes que están en la base de los Estados modernos. Señalaba Jean François Thony, con motivo del cincuentenario de la ENM, que *«aquella magistratura tradicionalista, semejante a una hermandad clerical, estrecha y cerrada como el ejército, con la apertura al mundo de hoy, en medio de una sociedad que reclama cada vez más el arbitraje jurídico, el rol de la justicia y de los jueces se ha transformado»*¹¹.

En consecuencia, en este ámbito radica una de las áreas de mayor importancia para la formación profesional de las personas que van a ejercer, o que están ejerciendo la judicatura. Desde nuestra perspectiva occidental, el trabajo de reflexión sobre la jurisprudencia del TEDH o de la Corte Interamericana, y la adquisición del conocimiento del derecho comparado, y de competencias para dar respuesta a lo que la sociedad demanda de los jueces hoy, debe estar en los programas de preparación y reciclaje profesional de todos los centros de formación e institutos de la judicatura de cada uno de nuestros países.

En este sentido se pronuncia también el documento sobre fortalecimiento de la Integridad y capacitación de los jueces, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen (UNODOC), de octubre de 2009¹², en el que se abordan los principios esenciales relativos al reclutamiento, formación y evaluación profesional continua de los jueces, destacando la función que desempeñan a nivel mundial para la protección de los derechos de las personas, para lo que considera necesario reforzar su independencia a través de incrementar sus competencias, su formación y su autodisciplina para afrontar el papel complejo que han de desarrollar en la sociedad, y atender los nuevos retos que exigen un alto grado de calidad y eficacia. Para este fin

⁹ Página web de la Corte Interamericana: <http://www.corteidh.or.cr/>

¹⁰ Página web de la conferencia de la Haya: http://www.hcch.net/index_es.php

¹¹ Jean François Thony, director de la Escuela Nacional de la Magistratura (ENM) de Francia, *Pour une vraie réforme de l'ENM*, DALLOZ-ENM-2008 pág. 7 a 9.

¹² UNODOC (United Nation Office on Drugs and Crime): " Guide on Strengthening Judicial Integrity and Capacity, (October 2009): <http://www.unodc-org/>

considera esencial la capacidad de innovación en el «managing courts», es decir, en el funcionamiento de los tribunales y la gestión de los procesos judiciales.

En el ámbito del Convenio Europeo de 4/11/1950, la Resolución (2002) 12 del Consejo de Europa, que creó la CEPEJ, expresa en su exposición de motivos que «*El Estado de derecho sobre el que se asientan las democracias europeas no puede ser asegurado sin sistemas judiciales justos, igualitarios, eficaces y accesibles*». Para ello se ha de respetar, promover y proteger la independencia e imparcialidad de los jueces, asegurando su eficacia y su competencia. Al plantear los principios generales de los sistemas judiciales, se refiere específicamente a la formación del cuerpo judicial (europeo)¹³, y dice: «*I) La formación inicial y continua es un derecho y un deber para todas las personas implicadas en el servicio de la justicia, y una condición esencial para que la justicia pueda cumplir sus funciones; II) La formación de los jueces debe garantizar, en particular, el conocimiento de los instrumentos jurídicos internacionales aprobados por el Consejo de Europa*».

La ENCJ (Red Europea de Consejos del Poder Judicial)¹⁴ constituyó en el año 2008 el grupo de trabajo «Minimum Judicial Standards», que está elaborando un perfil común para definir al juez europeo. El primer acuerdo alcanzado es el documento de Londres de 2010 sobre el perfil deontológico de los jueces y magistrados. En este sentido es significativo que, dentro del ámbito de la profesionalidad, se considera la obligación deontológica de procurar mantener el mayor nivel de formación jurídica posible como una de las exigencias éticas de mayor trascendencia de ese modelo de juez nacional europeo, en su consideración de juez comunitario.

4. La génesis de la formación judicial especializada: la creación de la Escuela Judicial Española

La creación de centros específicos para la formación de los jueces es relativamente reciente. Históricamente los institutos o escuelas netamente judiciales han sido desconocidos en los países de sistema anglosajón y en el norte de Europa, puesto que en la tradición instalada desde las revoluciones burguesas del siglo xvii, se implantó el sistema de que los jueces fueran elegidos entre juristas de una experiencia y prestigio contrastados. La necesidad de asegurar una formación específica a los jueces, diferenciada de la del resto de los juristas y fundamentalmente de los abogados, surge hacia la segunda mitad del siglo xxi en los países herederos del sistema judicial consecuente con la revolución francesa, como mecanismo para mitigar el excesivo peso teórico que se había ido otorgando a las pruebas de acceso que son típicas del sistema que se denomina «burocrático» (frente al «profesional» anglosajón), como analiza Carlos Gómez en su artículo «Las razones de la formación inicial del juez»¹⁵.

Es ilustrativo analizar la trayectoria española, puesto que ha marcado una similar tendencia en las repúblicas latinoamericanas. La provisión de cargos judiciales ha sido gestionada históricamente por el poder ejecutivo. La tarea, por delegación real, siempre ha estado encomendada al Ministerio de Justicia¹⁶, hasta la creación del CGPJ,

¹³ La Resolución (2004) 12, del C.E., que crea el Comité para la eficacia de la Justicia (CEPEJ), incluye como anexos esenciales para la formación de los jueces europeos, además del tratado constitutivo y la jurisprudencia del TEDH, la Recomendación (1994) 12, sobre la independencia, la eficacia y el papel de los jueces en la sociedad.

¹⁴ La ENCJ (*European Network of Councils for the Judiciary*): <http://www.encj.eu/>, nacida en el seno de la Unión Europea, ha publicado el Documento de Londres (2010), que recoge diversos modelos de acceso a los cargos judiciales, los mecanismos de formación de jueces y el borrador de un futuro Código Ético.

¹⁵ Gómez Martínez, Carlos. «Las Razones de la Formación Inicial del Juez», analiza los sistemas de Francia, con el «concurso», en Alemania las «pruebas de grado», en Portugal, o en Italia con el requisito del diploma académico. *Poder Judicial*, n.º 64, 2001, páginas 247-269.

¹⁶ El de «Gracia y Justicia» hasta su moderna denominación, que en determinadas etapas delegó la realización de las pruebas a las Audiencias Territoriales, al igual que las de Registros y Notarías.

en 1984. No existió carrera como la conocemos hoy hasta 1926 (por Real Decreto de 20.10.1923 se creó la Junta Organizadora del Poder Judicial, que la puso en marcha). La convocatoria y la consiguiente designación de jueces se realizaba para ocupar un cargo concreto en un determinado juzgado o tribunal, (sistema que es el común todavía en el área anglosajona y en muchos países sudamericanos). La posibilidad de ascenso a un cargo diferente o de superior categoría, o incluso el traslado a otra circunscripción, requería participar en un nuevo concurso en el que los candidatos oponentes (de ahí el término oposición), podían incluso realizar preguntas directas a sus contrincantes para descubrir sus carencias formativas.

En España todos los gobiernos liberales desde la Constitución de Cádiz de 1812, llevaron en sus programas de gobierno la creación de un cuerpo judicial independiente, para desterrar la influencia del caciquismo localista en la designación de los jueces por el Ministerio de Justicia, pero no se concretó hasta la dictadura de Primo de Rivera. El Decreto de 22 de septiembre de 1836 creó la «Junta calificadora de magistrados y jueces», curiosamente «*para preparar la organización judicial, para cuando sea dable hacerla sobre el principio de la inamovilidad*», pero la norma no estuvo en vigor ni siquiera un año (aunque dio lugar a que un buen número de Colegios de Abogados emitieran informes sobre los jueces de su territorio). Una vez promulgada la Ley Orgánica de 1870, e implantado el sistema de acceso por oposición en 1882, hubo en España diversos proyectos gubernamentales que contemplaban la creación de una Escuela Judicial para preparar a los jueces, y como garantía del buen servicio a los ciudadanos.

La instauración del sistema de oposición para acceso a la carrera (Reforma de la LOPJ de 14.10.1882), exigió inicialmente la experiencia profesional previa, y de esta forma en sus primitivas versiones se requería para presentarse al concurso ser letrado y haber desempeñado funciones como abogado o fiscal cuando menos durante dos años previos a la convocatoria de la oposición, lo que garantizaba un cierto rodaje en el trabajo en el foro¹⁷. Por otra parte, al estar generalizada la incorporación a la función judicial, bien a través de la fiscalía, o a través de juzgados rurales, de pequeño tamaño y escaso trabajo, o como auxiliares de los tribunales¹⁸, permitían al juez realizar un rodaje formativo que no hacía necesaria otra actividad formativa inicial.

Con el devenir del tiempo el sistema de oposición fue evolucionando hacia un sistema de cooptación, en el que pasan a ser los propios jueces, generalmente magistrados de tribunales colegiados, los que dirigen la preparación de aspirantes que, al igual que en el actual sistema de notarías y registros. Los candidatos no obtenían el «placet» para concurrir a la oposición hasta que no alcanzaban un grado de preparación adecuado, lo que por una parte es una garantía para el tribunal (conocedor de la calidad del preparador), y por otra situaba al opositor en el entorno de la propia jurisdicción.

En cuanto a los mecanismos de reciclaje profesional y especialización de los jueces, además de la formación autodidacta y del estímulo personal, que nunca han faltado, la judicatura ha tenido presente a una buena parte de sus mejores activos en el área de la investigación jurídica. La ciencia del derecho se fomentó durante todo el siglo **xxi** y primera parte del **xx** en torno a las Facultades de Derecho y las Academias de Jurisprudencia y Legislación, en las que se integraron los jueces en términos de igualdad

¹⁷ Antonio Argúndez, obra citada, página 150. Eduardo Dato ocupaba el Ministerio de Justicia y publicó el Decreto de 22 de diciembre de 1902, que modificó la prueba de acceso a la función judicial (dando mayor importancia a los ejercicios prácticos que al examen oral), y estableciendo la adscripción de los aspirantes a los tribunales por un periodo de tres años en concepto de auxiliares. Al mismo tiempo fijó como sistema de acceso el de antigüedad y excluyó los sistemas de elección, por cuanto «*da origen a rápidas carreras y origina injustificadas postergaciones, acostumbrando a los funcionarios, cuya constante de vida debe ser el derecho, a esperar del favor mejoras y ascensos*».

¹⁸ La categoría de los juzgados venía determinada por la recaudación que realizaban en concepto de arancel, toda vez que su gestión estaba delegada, al igual que en el sistema actual de notarías y registros, a los secretarios judiciales, que pagaban al personal a su servicio (no se crearon los cuerpos de funcionarios judiciales hasta 1947). Ver ponencia de Ortuño Muñoz, Pascual: «Los antecedentes históricos de la Oficina Judicial», en materiales del Curso de Formación de Formadores del CGPJ sobre la NOJ, febrero 2009, CENDOJ.

con otros jurisconsultos. Además, en el ejercicio de la jurisdicción había un ir y venir de juristas, que alternaban periodos de ejercicio de la abogacía, la universidad o los cargos políticos como letrados de instituciones o corporaciones, con otros de ejercicio jurisdiccional, de forma muy condicionada por el color de quienes ocuparan en cada momento la cartera ministerial.

Por lo que se refiere a la provisión de vacantes, y antes de que se impusiera como único criterio el de la antigüedad, estaba generalizado el sistema de ternas que proponían las Audiencias Territoriales de entre los jueces que ocupaban cargos en la primera instancia, lo que implicaba una cierta garantía de la preparación técnica e intelectual del candidato, aun cuando también se fomentaba por otra parte dar cabida al favoritismo que, a la larga, desprestigió el sistema. A pesar de la instauración de la oposición, la administración de justicia alcanzó sus niveles más bajos de credibilidad en el primer tercio del siglo XXI. El catedrático de Derecho Mercantil Roig i Bergadá, (presidente de la Academia de Jurisprudencia de Cataluña, y exalcalde de Barcelona), ministro de Gracia y Justicia en el último gobierno de Maura, al exponer ante el congreso de los diputados las líneas de su Ministerio en 1918, decía: *«la justicia es lenta, cara, complicada, de escasos rendimientos en sus resultados, dura y poco humana, viniendo sujeta a la influencia de la política, que si en las altas esferas es de escasa importancia, por el prestigio y la elevada preeminencia de los primeros puestos de la magistratura, desgraciadamente en los puestos de inferior grado, sobre todo en los juzgados rurales, el juez sufre la influencia directa, cercana e inmediata del cacique y de los parlamentarios de la comarca, ya no tan grosera, ya no tan coactiva, pero no menos cierta»*.

Estas deficiencias llevaron a que desde diversos ámbitos se empezase a pensar seriamente en la creación de un centro superior de preparación y formación de los jueces. En el primer gobierno de la II República, el ministro de Justicia Fernando de los Ríos impulsó con carácter urgente los estudios previos para una reforma en profundidad de la justicia. Tal vez sea la de mayor importancia que nunca se ha producido a nivel teórico, que no práctico, puesto que la mayor parte de sus propuestas no se tradujeron posteriormente al derecho positivo por los avatares históricos que sucedieron. Se creó la Comisión Jurídico Asesora que dictaminó, entre otras cosas, la mejora del ingreso en la carrera judicial mediante oposición, seguida de un periodo de prácticas y otro de adjuntías y la creación de una escuela judicial. Este dictamen dio origen al Proyecto de 1933 del ministro Sánchez Albornoz, que preveía la configuración de la carrera judicial con ascensos por antigüedad acompañados de una prueba de suficiencia y el análisis de la calidad de sus sentencias, el establecimiento del sistema inglés de tribunales de circuito y la supresión del arancel. La reforma contemplaba medidas de racionalización, el trabajo por módulos de unidad y producción, una justicia municipal con jueces profesionales en las capitales para descargar las materias policiales y la jurisdicción voluntaria, la instauración de consultorios jurídicos ciudadanos, y una reorganización del personal auxiliar que comenzó a producirse con el Decreto de 2 de junio de 1933. La guerra civil destruyó el sistema judicial, poniéndolo al servicio de la política de guerra y represión, y resucitando la jurisdicción militar que se instalaría durante una buena temporada.

La creación efectiva de la Escuela Judicial no se produjo hasta la Ley de 26 de mayo de 1944 (BOE 27/5/1944), como centro de formación de jueces y fiscales, dependiente del Ministerio de Justicia y de la Universidad Complutense de Madrid. Su primer director fue Plaza Navarro, que la calificó como «una prudente reacción contra el ingreso por oposición». En la exposición de motivos de la norma que la creó se explicita que *«la oposición puede servir para contener los desmanes del favor, pero no basta para garantizar la formación completa de los futuros titulares para una función que exige virtudes probadas»*. La primera promoción fue la de 1950¹⁹.

¹⁹ Entre los requisitos que se establecen para el ingreso en la EJE están los de ser español, varón, seglar, tener 21 años y conocer, además del español, uno de los idiomas de «alguno de los países más adelantados en el dominio de las ciencias jurídicas».

Es evidente que junto a estas razones políticas existían otras menos confesables, puesto que la época en la que se crea no era precisamente de esplendor de la democracia ni holgada económicamente. Son los años en los que se crean los cuerpos de funcionarios de justicia (hasta entonces empleados del secretario judicial), y en la que se realiza el proceso de desmilitarización de la jurisdicción. También se procede a la cobertura total de la planta judicial, muy diezmada en la guerra y la posguerra por razones que todavía están pendientes de ser estudiadas²⁰, pero que dieron lugar a unas generaciones de jueces reclutados en las que se denominaron «oposiciones patrióticas»²¹, en las que se valoraban más otros méritos que los de los conocimientos jurídicos²². La necesidad de impartir unos cursillos de formación acelerados a aquellas promociones de jueces, fiscales y secretarios judiciales fue lo que justificó, en definitiva, el nacimiento de la primera institución europea dedicada a la formación especializada de jueces y fiscales²³.

Con el devenir de los años la institución se convirtió en el centro de estudios e investigación del Ministerio de Justicia, y amplió su quehacer con la formación también de forenses y de los cuerpos de funcionarios. La planificación de la docencia se basaba, sobre todo, en la organización de las prácticas en los juzgados de Madrid durante unos periodos que iban de un mes a seis meses, y a la impartición de conferencias magistrales por las tardes por parte de profesores universitarios y jueces de las más altas instancias de la magistratura. Nunca se realizó evaluación del aprovechamiento, y para la mayor parte de los alumnos, era una etapa de solaz y descompresión después del esfuerzo de la preparación de la oposición.

Cuando comienzan a masificarse las pruebas de acceso y la actividad de preparación deja de ser gratuita, comienza a ser una fuente de ingresos importante para quienes se dedican a la misma. La metodología de las pruebas, donde los ejercicios prácticos y los escritos van perdiendo importancia (finalmente han desaparecido), determina que se produzca una deriva del sistema de oposición hacia el conocimiento teórico a través de la repetición oral de los textos legales, en menoscabo de otras habilidades de la práctica forense²⁴. La preparación común con los ingresados a la carrera Fiscal era desequilibrada en los aspectos prácticos, puesto que éstos se incorporaban a unas oficinas en las que se trabajaba en equipos, y con una estructura jerárquica, mientras que los jueces accedían a unos juzgados cada vez más complicados, masificados y desbordados de trabajo, especialmente después de la integración en la carrera judicial del cuerpo de jueces de distrito, en 1988. Es de destacar la labor de algunos de sus directores, de entre los que merece especial mención Carlos García Valdés, catedrático de derecho Penal de la universidad de Alcalá de Henares, que introdujo elementos de modernización en el sistema docente, y que ha pasado a la historia por su protagonismo en la primera reforma del sistema penitenciario español.

Con motivo de la reforma de la LOPJ de 1994 se adoptó la trascendental decisión de escindir la formación inicial de los jueces de la de los fiscales²⁵, encomendando

²⁰ Durante la guerra civil hubo asesinatos y purgas de jueces en las dos zonas, y tras la caída de la República hubo una depuración ideológica muy importante, puesto que a muchos de los jueces que siguieron en sus destinos respetando la legalidad republicana, fueron acusados de «auxilio a la rebelión».

²¹ Hasta 1976 subsistió el preceptivo informe del servicio de información de la Guardia Civil, sobre la afección del aspirante al régimen, informe que se había instaurado durante la Dictadura de primo de Rivera, y que se extendió después a todos los jueces en activo.

²² Durante la guerra no se pudieron seguir los estudios de derecho en las facultades por la interrupción de la vida académica y, gran parte de los estudiantes, por la franja de edad en la que se encontraban, se incorporaron a los reclutamientos del ejército, algunos como alféreces provisionales siguieron después de terminada la contienda.

²³ Varios Autores, *Diez años de la escuela judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1961.

²⁴ Tuvo un gran impacto la evolución de la oposición al sistema de cooptación, toda vez que un gran número de magistrados del TS y de las Audiencias Territoriales, con eficaces contactos en los tribunales de oposición, se dedicaron a la preparación para completar de esta forma sus ingresos.

²⁵ Medida que separa el sistema español de la mayor parte de los europeos (en Francia, Italia y Alemania es conjunta). En el último país mencionado es compartida incluso con los abogados, cuya eficacia ha sido puesta en cuestión por el Ministro Caamaño, puesto que secciona prematuramente la formación de los jueces de las de otros juristas, cuyo trabajo incide también en la administración de

aquella al CGPJ, que se dotó así de la competencia exclusiva en materia de formación de los jueces. En 1995 se elabora el Reglamento n.º 1/1995, de la Escuela Judicial, y en febrero de 1997 abre sus puertas la actual EJE, cuya sede se establece en Barcelona. El ideario de esta nueva etapa, en la que el director fue el prestigioso magistrado Jesús Corbal, de amplia experiencia universitaria y en la preparación de opositores, se refleja de forma clara y precisa en uno de sus objetivos destacados, que fue el de «conectar la formación de los jueces, con el derecho de tutela efectiva del artículo 24 de la Constitución», como describe quien fuera su primer jefe de estudios, Francisco Blasco²⁶, junto con los de ejercitar determinadas habilidades que no se adquieren con el sistema de preparación de la oposición. No fueron fáciles los primeros años de la EJ, por cuanto el cuerpo de opositores rechazó la imposición de un proceso formativo de dos años, cuando anteriormente bastaba la superación de la prueba memorística, y el sector más conservador expresó su temor a que se utilizara el periodo formativo para «adoctrinar» a los jueces.

Cuando la responsabilidad de la dirección recayó en el magistrado Carlos Gómez Martínez²⁷, se produjo el impulso hacia la consolidación de un modelo de EJ europeo, abierto, estructurado en dos fases diferenciadas, pero conectadas entre sí, la del trabajo presencial y la de las prácticas en los juzgados y tribunales, y fundamentalmente se optó por el «método del caso» como base metodológica, cuya validez para la formación de los jueces españoles ya la había sostenido Lavilla Rubira²⁸ años antes. En esta etapa se diseñan actividades que conectan al profesional juez con las problemáticas sociales más diversas, y se elaboró el primer plan docente estructurado en una programación coherente con las necesidades de los juzgados típicos de los primeros destinos. Al mismo tiempo se integró a la institución en las estructuras europeas, jugando un papel central en la creación de la EJTN, en el año 2000, a la vez que se impulsó la creación de la Red Iberoamericana de Formación Judicial. Carlos Gómez fue cesado tras la toma de posesión del CGPJ de mayoría absoluta de José María Aznar, cuando apenas habían transcurrido dos años desde que se hizo cargo de la institución.

A partir de este momento se abrió una época de incertidumbre, bajo las direcciones de Valls Gombau²⁹ y Nuria Basols, con proyectos oscuros de supresión de la institución o su inmediato traslado a Madrid, por ser la capital del reino, que es una aspiración del subconsciente del núcleo más integrista de la carrera judicial. El magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, publicó un memorable artículo en la prensa *¿Qué modelo de Juez?*, en el que lamenta la añoranza de algunos por un centro que no es de formación, sino de «confirmación», de profesionales que solo precisarían el aprendizaje de algunas rutinas burocráticas, y de algunos recetarios, sin el aprendizaje necesario del discurrir operativamente con categorías jurídicas. Desde estas páginas pedía al entonces nuevo Consejo que, «antes de poner en riesgo lo que seguramente es la más feliz aportación a la mejora de la justicia en España, de todos estos años, abra un espacio público de reflexión a muchas voces, exponiendo con transparencia el modelo alternativo que propone».

justicia, contribuyendo a crear un espíritu elitista y corporativista muy acusado. Además del dispendio económico que representa y la pérdida de autonomía como institución de enseñanza, en beneficio de las ansias de control que sobre la EJ ejerce el CGPJ, cuyo presupuesto administra.

²⁶ Francisco de Paula Blasco (catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, y primer jefe de estudios de la EJE: «Sobre la necesidad de formación de los jueces». En *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n.º 38, páginas 18 a 32. Madrid, julio 2000.

²⁷ Carlos Gómez (magistrado presidente de la Audiencia Provincial de Baleares): son muchos sus trabajos relacionados con la formación judicial, «El modelo constitucional de Juez», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 135, Madrid 208 (páginas 38 a 69»).

²⁸ Lavilla Rubira, Landelino. (Master of Laws en Harvard y letrado de las Cortes) «Sobre el Case-Method» para la enseñanza del derecho: la experiencia de la Harvard Law School». Publicado en *Revista de Administración Pública*, n.º 117. Septiembre-diciembre 1988, páginas 433 a 444.

²⁹ Valls Gombau, José Francisco, (Magistrado TSJ de Cataluña), coordinador de la obra colectiva *Los sistemas de acceso a la carrera judicial*, editada por el CGPJ en 2008, en la colección Estudios de Derecho Judicial.

El cambio de signo político en el gobierno en 2004 evitó el que entonces se veía como inexorable punto final de la institución. No obstante la EJ, en manos de un CGPJ que no creía en ella, se mantuvo en un letargo que tampoco el nuevo consejo que entró en noviembre de 2008, teóricamente de mayoría progresista, ha podido remontar. En este contexto el autor de estas líneas asume la responsabilidad que le atañe al haber tenido a su cargo la dirección de la Institución en dos promociones (la 61ª y 62ª), y haber dimitido de tal función, con la frustración por no haber conseguido los objetivos mínimos propuestos, que eran la reforma del sistema de acceso, la modernización en los métodos pedagógicos, y la introducción en la formación continua de los instrumentos de calidad que los jueces necesitan, y que habían sido concretados ya en «El Libro Blanco de la Formación Continua» aprobado por el CGPJ en 2007³⁰. No obstante, dejo también constancia de que el camino emprendido lo ha sido gracias a un excelente claustro de profesores que llevarán a buen fin los proyectos de modernización para conseguir una Institución de capacitación de alta calidad, que el esfuerzo de la inmensa carrera judicial está en condiciones de apoyar.

5. La formación judicial en el derecho comparado: las redes internacionales

De la tradición anglosajona se extendió a otros países la costumbre de pertenecer a sociedades de estudios legales, o a las academias de legislación y jurisprudencia, que han proliferado como focos activos del estudio del derecho, o la vinculación de los jueces a las cátedras de leyes en las universidades. El acceso a las más altas magistraturas siempre ha requerido un nivel de prestigio científico alto, junto a una carrera profesional sólida y dilatada. Algo similar a la exigencia, vigente todavía en la República de Irlanda, de que los candidatos a la High Court sean escogidos de entre los socios de la «Law Library» (que únicamente admite a juristas prestigiados), o del «Judicial Study Board, de Gales». Pero este sistema basado en el prestigio de los altos tribunales que tenían a su cargo la revisión de las sentencias de la primera instancia (cuyas resoluciones quedaban automáticamente suspendidas en cuanto a su eficacia cuando se apelaba a la superioridad, y que las confirmaba o revocaba³¹), es propio de una sociedad en la que los conflictos sociales y económicos no demandaban la urgencia y eficiencia que necesitan las sociedades modernas, que precisan un servicio público de la justicia de calidad desde los primeros grados de la jurisdicción.

Esta es la principal razón por la que surge la necesidad de crear los centros de formación especialmente diseñados para jueces. Las instituciones dedicadas a la formación de los jueces son relativamente recientes en todo el mundo, y su peso específico en cuanto a la aportación de conocimientos, de técnicas o de habilidades y competencias profesionales, tampoco ha sido ni todavía es exponente de lo que están llamadas a ser en el futuro. Con la eclosión de la formación judicial especializada, y la necesidad de que los tribunales trabajen con dinámicas de equipos complementarios, llega también a la justicia la división del trabajo en aras a la mejora de la calidad de sus resoluciones. Estamos asistiendo al desarrollo de un fenómeno cuya importancia se habrá de analizar en los próximos años, tanto en lo que se refiere a las condiciones que lo han hecho surgir, como a las consecuencias que puede tener en la configuración futura de una profesión caracterizada históricamente por su individualismo. En este proceso, los centros de formación judicial tienen un papel muy importante que desempeñar.

³⁰ El libro blanco de la formación continua (www.poderjudicial.es), desarrolla los principios básicos (incluso el de obligatoriedad de seguimiento de un plan de formación individual por cada juez), que fue elaborado por el anterior consejo bajo la dirección de los vocales Fernando Salinas (vicepresidente) y Martínez Lázaro, y que el actual ha dejado en el cajón del olvido.

³¹ El «doble efecto» suspensivo y devolutivo de los recursos es una muestra de la desconfianza que tenía el legislador en los jueces del primer nivel (y en su formación), y que perduró hasta la reforma de la LEC en el año 2000.

La diversidad, complejidad y magnitud de los conflictos que llegan a la jurisdicción exigen que los tribunales dispongan de jueces y magistrados cada vez más especializados y mejor preparados técnicamente, para hacer frente a los retos de la sociedad del conocimiento, a los avances en las ciencias del derecho, a la necesidad de dar respuestas efectivas a la variedad y multiplicidad de los litigios que se plantean, y cumplir el rol de autoridad jurídica (magistral), ante el nivel alcanzado por los estudios científicos en las Universidades y la consiguiente mejora de la capacitación técnica de la abogacía. En este sentido nos aporta una perspectiva interesante la visión del estado de la cuestión en el derecho comparado.

Existen diversos factores que han hecho que surja la necesidad de compartir la formación, para la aplicación homogénea y más efectiva de los tratados de cooperación judicial, policial y conflictos de ley aplicable. Es una exigencia, entre otras circunstancias que antes eran desconocidas o anecdóticas, de la internacionalización de la economía, el tráfico aéreo, el desarrollo del Derecho Internacional Privado, la necesidad de la cooperación judicial en la persecución de la delincuencia internacional, la proliferación de tratados bilaterales o regionales en materia de colaboración de autoridades judiciales. Se ha de destacar la labor que en este sentido han realizado organizaciones internacionales como la ONU, la OEA, la Unión Europea, el Consejo de Europa, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Liga Árabe. Aun cuando todavía se está en fase de construcción, y ninguna de las redes de formación de jueces internacional ha cumplido todavía los diez años, las redes internacionales de jueces han sido muy importante como factor de progreso, especialmente, en materia de formación judicial y, por consiguiente, de incremento de la calidad de la justicia. No obstante, la realidad de la formación judicial es muy heterogénea, puesto que lo son los sistemas judiciales, las clases de tribunales, las vías de acceso, la configuración de lo que se denomina (también con significados diferentes), la carrera judicial, y el grado de evolución de las instituciones democráticas. Hacer una semblanza de las principales redes de formación judicial nos muestra esta realidad.

En un trabajo realizado por la Escuela española para la VI Asamblea de la RIAEJ (Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales)³², se han obtenido algunos datos relevantes sobre las instituciones que la integran: el promedio de los 15 años de existencia apenas lo alcanzaban el 37 % de las instituciones dedicadas a la formación de jueces, siendo las más antiguas la española, creada en 1947 (y refundada en 1997), el Centro de Estudios Judiciarios de Portugal, creado en 1979, y el Instituto de Estudios Judiciales de Méjico DF³³, creado en 1985. La propia red iberoamericana se creó en el año 2001. Del total de instituciones que respondieron al cuestionario, resulta que se dedican exclusivamente a la formación de jueces un 20 %, mientras que el 70 % también tienen por finalidad la formación de fiscales, procuradores, defensores públicos y funcionarios de la administración de justicia. Un 10 % más también realiza cursos para abogados. Un 59 % dependen de la Corte Suprema, un 20 % del Consejo de la Judicatura, y el resto de Asociaciones de jueces, del Ministerio de Justicia o de la Cámara legislativa. El área de formación inicial únicamente funciona en 6 países: Argentina, Costa Rica, España, Perú, Portugal y República Dominicana. Es curioso el dato de que existen pedagogos especializados en el 63 %, y precisamente España no se encuentra entre ellas. La formación *on-line* se realiza en el 50.9% de las instituciones.

³² Agrupa la RIAEJ a instituciones de 22 países latinoamericanos, y más de 80 centros (puesto que los Estados de naturaleza federal, como es el caso de Argentina, México o Brasil tienen instituciones diferentes en cada provincia o estado infranacional). El estudio se encuentra con el resto de los materiales de la asamblea, en el *Web-site*: «www.riajej.com».

³³ La experiencia mejicana ha sido recogida en el libro «25 voces en la educación judicial», publicado por la editorial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal de Méjico, con motivo del 25 aniversario de la institución, en el que se incluye un trabajo del autor de este artículo, que se titula «Reflexiones sobre la formación de los jueces en Iberoamérica».

En el ámbito de la Unión Europea, la EJTN (*European Judicial Training Network*)³⁴, agrupa a centros de los 27 Estados de la Unión, (también es miembro, en correspondencia a los servicios prestados en el desarrollo del derecho europeo la European Right Academie de Trier (ERA), y algunas escuelas de Fiscales (en Austria, Francia, Rumania y Francia la formación depende del mismo centro, mientras que en otros países, como España, o el Reino Unido, depende del Ministerio de Justicia o del interior). El análisis de los diversos centros e instituciones³⁵ ha sido objeto de una interesante publicación coordinada por el anterior secretario general de la red, de la que resulta que la institución más antigua de formación de jueces (y fiscales) fue el Centro de Estudios Jurídicos de España (en 1947), puesto que la institución de referencia, la escuela francesa no fue creada hasta 1959, y refundada en 1972 con la estructura actual, en Burdeos. La mayor parte de los centros de formación de jueces de los 27 Estados miembros, tienen una antigüedad inferior a 12 años³⁶.

En los países europeos también hay una gran diversidad de estructura y funciones de los centros, dependiendo del sistema de acceso y del sistema judicial. Cuando existe la posibilidad de ingresar en la carrera sin previa experiencia profesional, las escuelas imparten formación inicial. Tal es el caso de seis Estados: Bélgica, Francia, España, Grecia, Polonia, Portugal y Tchequia. En otro segundo grupo en el que están Alemania, Holanda, Italia, Luxemburgo, los tres Estados bálticos, Eslovenia y Eslovaquia, para el acceso ya se exige una cierta práctica profesional (entre tres y seis años), y existe un periodo de formación inicial tutelada ya en los tribunales. En el resto de países, fundamentalmente de tradición anglosajona, el ingreso precisa una experiencia previa como abogados y/o funcionarios de justicia mínima de diez o doce años, por lo que los institutos de formación judicial tienen su quehacer principal en la especialización, la formación continua y sobre todo el derecho europeo³⁷. Destaca el sistema inglés donde los «Judicial Studies Board» de E & W, Escocia e Irlanda del Norte, datan de 1994, y tienen consolidadas estancias obligatorias de formación en años alternos.

Dentro de las actividades de formación de carácter internacional se han de inscribir también las organizadas por las asociaciones de jueces y magistrados, que realizan una interesante actividad en cuanto a la configuración del estatuto del juez y de los códigos deontológicos. La más importante es la IAJ-UIM (Unión Internacional de Magistrados)³⁸, que fue fundada en 1953 y de la que forman parte la mayoría de las asociaciones de jueces de los cinco continentes, que en conjunto representan a los principales colectivos judiciales. En este sentido se ha de reseñar que en muchos países existe una única asociación judicial, que tanto por la antigüedad de la IAJ-UIM, como por el carácter neutral de la misma desde el punto de vista ideológico, pertenecen a la misma, siendo, desde luego, el principal referente mundial.

Con otro carácter, existe desde fecha más reciente MEDEL (Magistratura Europea para la Democracia y las Libertades), de carácter más progresista, pero de implantación más reducida, especialmente activa en Bélgica, Francia, España, Italia, Polonia,

³⁴ EJTN puede ser consultada en «www.ejtn.net», en cuanto a sus estatutos, miembros, documentos y actividades.

³⁵ Gilles Charbonnier, *Panorama des systèmes judiciaires dans l'Union Européenne*, Emile Bruylant, S. A, Bruselas, 2008.

³⁶ El CEJ de España, 1947, el CNT de Francia 1959, Grecia, Inglaterra y Gales 1994, Escocia 1997, Suecia 2001, Tchequia 2002, Bulgaria 2003, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, Letonia, y Lituania 2004, Hungría, Italia y Polonia 2006. En otros Estados la formación judicial ha consistido en actividades organizadas por Universidades, el Ministerio de Justicia, la Corte Suprema u otros tribunales regionales, como es el caso de Alemania, Austria, Bélgica hasta 2007, Finlandia, Estonia, Chipre, Malta Irlanda o Luxemburgo.

³⁷ El pasado mes de septiembre se hizo público un informe elaborado por la ERA, por encargo del Parlamento Europeo, accesible en la web www.ejtn.eu, que pone de relieve las deficiencias más importantes en la planificación, y destaca la importancia de coordinar las acciones formativas con la abogacía, el notariado y otras profesiones forenses.

³⁸ Es muy completa (y poliglota), la web: www.oij-aim.org, habiendo ejercido la presidencia recientemente el magistrado español José María Bento.

Portugal y Rumanía, que ha tenido en los últimos años una fuerte expansión en América Latina, y realiza una gran cantidad de actividades de formación especialmente dirigidas a fortalecer el modelo de juez como garante de los derechos humanos, de las que han sido impulsores los magistrados españoles Antonio Doñate (hoy jubilado) y Miguel Carmona Ruano que ha dejado escritos algunos estudios en este campo³⁹. Por su carácter reivindicativo de la independencia judicial, sus actividades no han sido del agrado de algunos gobiernos no democráticos, y algunas de sus asociaciones nacionales han tenido que optar por su disolución.

Como conclusión a este epígrafe sobre la visión internacionalista de la formación judicial, se puede afirmar que el trabajo en red de carácter supranacional en materia de formación está dotando a la judicatura de todo el mundo de una conciencia de profesionalidad que nunca antes había existido. El conocimiento del derecho comparado que facilitan es un aliciente para elevar la calidad del trabajo judicial, y para facilitar el derrumbe de muchos mitos que han mantenido a la justicia en una situación de debilidad, aislada en las fronteras de la soberanía de las diferentes naciones que, en algunos casos, es buscada de propósito para tener una magistratura dócil, constreñida por las amenazas a su independencia.

6. Los diversos ámbitos de actuación en los centros de formación judicial

En el modelo mayoritario en Europa y América Latina, las instituciones que con una u otra denominación, tienen por objetivo las actividades de formación de los jueces, tienen cinco ámbitos de actuación muy precisos, que están, lógicamente, interconectados. Básicamente son: a) la sistematización de la jurisprudencia, el tratamiento de las fuentes legales (documentación), y los estudios judiciales; b) el reciclaje profesional, la formación continua y las actividades de formación dirigida a las especialidades; c) el proceso de formación y adaptación al puesto de trabajo tras el acceso a otras jurisdicciones; d) las prácticas en los tribunales, y d) los procesos de reclutamiento y selección de aspirantes. Con las restricciones de espacio de este trabajo, haremos después una mención somera a cada una de ellas.

El objeto de las funciones jurisdiccionales no radica en un sistema de conocimiento cerrado, autárquico y aislado de la ciencia jurídica en general, sino que está plenamente inmerso en el ámbito de las ciencias sociales, de la filosofía y, más concretamente, de las ciencias que tienen por objeto la conducta social humana, bien sea para analizarla y conocerla (sociología), o bien sea para incidir en la orientación de la misma en el sentido que se considere adecuado (psicología social, y justicia). En el orden jurídico el juez no está solo, a pesar de la tendencia al aislacionismo que propicia la función que ejerce, sino que comparte sus preocupaciones, especialmente en cuanto a su legitimación social y en cuanto a sus conocimientos técnicos, con la universidad, con otras categorías de juristas, como notarios, registradores, letrados y, especialmente, con otros funcionarios judiciales, como el cuerpo de secretarios, los fiscales, el ministerio público, los defensores de oficio y la abogacía en general.

En todos los ámbitos de las profesiones jurídicas los procesos de estudio, análisis y formación se generan materiales jurídicos de diferente naturaleza, pero de enorme valor, por lo que es necesario que exista un alto grado de coordinación entre el ámbito de la formación judicial y el equivalente área de las otras profesiones, fundamentalmente de la universidad que aporta una perspectiva académica a la práctica jurisdiccional que refuerza la calidad del trabajo de los jueces y que, al mismo tiempo, debe tener por objeto de estudio las necesidades de la práctica forense. Establecer los mecanismos necesarios para que el flujo de información sea óptimo entre todos estos ámbitos es

³⁹ Miguel Carmona: «El papel de las asociaciones y sindicatos en la formación de los magistrados» *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n.º 38, páginas 12 a 17.

esencial para que el colectivo judicial pueda extraer de todos los materiales que se producen el máximo provecho formativo.

7. La sistematización de la jurisprudencia, la documentación y los estudios legales

La primera de las tareas de análisis científico del derecho, desde el punto de vista de su utilidad en la mejora de la calidad del trabajo judicial, y el primer ámbito desde un punto de vista cronológico, surgió de la necesidad de dar soporte teórico a la actividad jurisdiccional, y de esta manera se constituyeron los órganos de letrados, asesores y expertos que elaboraban la sistematización de la jurisprudencia, los estudios doctrinales destinados a ilustrar el trabajo de los órganos de la jurisdicción, especialmente de las más altas instancias⁴⁰. De ahí deriva que los gabinetes técnicos, servicios de documentación y de publicaciones, estén íntimamente conectados a los centros de formación. En España el TS cuenta con su propio servicio de letrados, que en los últimos años está elaborando unos dossiers de las temáticas más frecuentes. Precisamente el Reglamento n.º 1/1995, de Escuela Judicial, ubica el servicio de documentación y publicaciones dentro de la estructura de la Escuela Judicial⁴¹, aunque en la práctica, la ubicación del primero en la sede jurisdiccional (el tribunal) y la segunda en la sede del órgano administrativo (el Consejo), ha favorecido su incomunicación, sin que hasta ahora se hayan establecido mecanismos de colaboración eficaces⁴².

En este ámbito se ha de destacar el ingente trabajo por las universidades y por las editoriales jurídicas, tanto en lo que se refiere al tratamiento de la jurisprudencia, como en la producción de estudios legales y doctrinales. Por ello es imprescindible que, con los medios técnicos actuales se potencien los servicios de bibliotecas judiciales, no solo en lo que se refiere a la creación y dotación de las mismas, sino especialmente a su proyección virtual, favoreciendo el acceso de los jueces a las novedades bibliográficas, incrementando el manejo de las bases de datos, fomentando la suscripción a los resúmenes jurisprudenciales y a las reseñas de los artículos insertos en las revistas especializadas⁴³. Otro tanto ocurre con las actividades de debates jurisprudenciales y los «conversatorios» que regularmente se organizan en Latinoamérica, aprovechando la presencia de juristas de prestigio, que se ha convertido en una tradición muy consolidada en Argentina y en el Perú.

8. La formación continua: el esfuerzo autodidacta

El segundo ámbito es el más importante, y es el de la formación continua. En este aspecto los estudios metodológicos relativos a la formación judicial son concluyentes en el sentido de que la formación del jurista en general, y del juez en particular,

⁴⁰ En algunos países, como el Reino Unido, Eslovenia, Holanda, Suecia, Hungría, Perú y Uruguay, los aspirantes a ingresar como jueces han de trabajar durante años en los servicios de estudios de los tribunales, y desde allí optan a los concursos cuando tienen suficiente experiencia.

⁴¹ A pesar de las previsiones reglamentarias, por el reparto de competencias que, en la práctica, vienen gestionando los vocales de los sucesivos consejos, estas funciones se realizan, en ámbitos diferenciados, no siempre eficazmente coordinados.

⁴² En la práctica internacional, es frecuente que los tribunales, de diferentes niveles y ámbitos, organicen, participen y potencien actividades formativas autónomas, o conectadas con las academias locales o las asociaciones de abogados y juristas. Las consecuencias de estas iniciativas son muy positivas respecto a la repercusión que tienen en el incremento del nivel y la calidad técnica del colectivo profesional, en su conjunto, y de los jueces en particular.

⁴³ Desde la Escuela Judicial española se lanzó a partir del año 2009 la iniciativa de organizar una actividad denominada «Tarde de Libros en la Escuela», que con periodicidad mensual presentaba las novedades editoriales, con la presencia de algún autor, abriendo la actividad a todos los profesionales del derecho. El proyecto se amplió a la posibilidad de retransmitir «on line» esta actividad, en colaboración con entidades y editoriales.

es esencialmente autodidacta. Tras la enseñanza en la universidad, cada persona pasa a ser protagonista del desenvolvimiento de su propia carrera profesional. Después del ingreso en la judicatura, cada vez son más los jueces que prosiguen su formación en el ámbito de la investigación, realizando masters de especialización o doctorados en universidades nacionales o internacionales, o que se mantienen vinculados a la universidad o a las escuelas de práctica jurídica de la abogacía. La dedicación personal al estudio y reflexión de los textos legales, de la doctrina y la jurisprudencia, es insustituible para quien pretende llegar a adquirir una sólida base teórica y científica. Por otra parte, hoy también debe ampliarse esta exigencia en lo que se refiere al manejo de las herramientas propias de la sociedad del conocimiento en la que vivimos. En consecuencia con lo anterior, la primera tarea de un centro de formación especializada es la formación en nuevas tecnologías, y la facilitación al juez el acceso a la documentación que se produzca en la propia Escuela Judicial, a los textos legales, la jurisprudencia, las bases bibliográficas y los estudios doctrinales⁴⁴.

La siguiente actividad en el ámbito de la formación continua es la generación de espacios de reflexión colectiva, llámeseles cursos, jornadas, encuentros, seminarios o congresos, según la modalidad metodológica que resulte más apropiada para los fines que pretenda. Ello implica un trabajo de campo previo y complejo para la detección de necesidades, que debe pasar por la constatación de las carencias observadas por los tribunales superiores en cuanto a la actividad jurisdiccional que les llega en revisión, y que en muchos países se nutre de las consultas que se realizan a las asociaciones de abogados, que suelen tener una visión cercana de la litigiosidad que precisa de mayor clarificación doctrinal. Obviamente el estudio de las estadísticas judiciales es indispensable para conocer los ámbitos que se han de cuidar especialmente, como lo es el mantener una conexión constante con las cámaras legislativas, las áreas de política legislativa del ejecutivo y la actividad de los organismos internacionales, para la previsión de las reformas legislativas en debate, para preparar los materiales correspondientes. Por último, aporta una información de incalculable valor la consulta directa a los destinatarios, tanto a través de las asociaciones judiciales, como individualmente por medio de cuestionarios en la web.

El elevado coste económico que conlleva la realización de las actividades formativas exige que se prevea la optimización de los recursos intelectuales y materiales. En diez años se ha revolucionado el sistema, y la tecnología nos permite hoy a un coste mucho más económico y con posibilidades de difusión mucho mayor, la realización de actividades de formación con sistemas *e-learning*. Por otra parte se deben aprovechar los materiales de los cursos para hacer diversas ediciones de los mismos e, incluso, para instaurar cursos clásicos que perduren actualizados a través del tiempo en las áreas o materias más básicas y habituales.

Desde el punto de vista de la obtención de un conocimiento más profundo y completo de los problemas jurídicos que son cada vez más complejos y pluridisciplinarios, es necesario compartir la formación con otros colectivos como fiscales, abogados, procuradores, forenses, psicólogos, mediadores o sociólogos. Estas actividades, denominadas de socialización profesional, son indispensables para que la judicatura conozca los problemas reales de la sociedad. Por otra parte, y como acciones formativas propias de los tribunales regionales o provinciales, la CEPEJ señala en su II informe sobre la eficacia de la Justicia, presentado en 2008, la utilidad de los encuentros verticales, entre los órganos de la jurisdicción revisores y los de primera instancia, puesto que redundan directamente en la eficacia de la tarea jurisdiccional.

Las acciones formativas deben ser diseñadas y ejecutadas por los mejores profesionales de la justicia y del derecho en general, en base a las herramientas metodológicas

⁴⁴ En este capítulo, la acertada medida de los responsables políticos del CGPJ español de suprimir la edición de todos los materiales de los cursos de formación en formato libro de papel, no ha sido seguida, lamentablemente, de su edición en formato digital. El CENDOJ se limita, en el mejor de los casos, a «colgar» las ponencias de algún curso, pero sin ningún trabajo de edición previo.

contrastadas por los especialistas en sistemas pedagógicos. No pueden ser fruto del voluntarismo de los propios jueces, improvisando el papel de profesores de universidad, ni de la inspiración de los gestores políticos de los consejos de justicia. La gestión debe ser absolutamente transparente, y el proceso de evaluación ha de estar presidido por paradigmas contrastados de eficacia, es decir, tienen un valor relativo las encuestas de satisfacción del usuario, si no van acompañadas de otros indicadores que a veces son más complejos, como el nivel de asistencia y participación, la calidad de los materiales preparados, la actividad docente previa al evento y posterior al mismo evidenciada por comunicaciones de los asistentes, y especialmente con la comprobación (más compleja), de que la actividad formativa ha repercutido en la calidad de la actividad profesional.

Mención aparte precisa la necesidad de evaluación del juez-alumno que asiste a estos cursos, devaluada en muchos casos por la mecánica implantada de entregar un diploma justificativo de la mera asistencia, sin ninguna otra comprobación del aprovechamiento del seguimiento de los cursos o de las acciones formativas. En esta costumbre, fruto de la dejadez y de la ley del mínimo esfuerzo, radica uno de los elementos por los que tales certificaciones carecen de valor acreditativo cuando se trata, seriamente, de evaluar currículums profesionales. Son muchos y diversos los métodos de evaluación que han de implantarse, y que son un indicador preciso del nivel de calidad de la institución o centro de formación. La exigencia de una actividad previa de preparación en el alumnado eleva el nivel de aprovechamiento, como también la constatación de la participación activa en los debates y seminarios, la realización de encuestas y test de evaluación de la captación de los mensajes pedagógicos, y la exigencia de memorias en un plazo breve, posterior al evento, son algunos de los mecanismos de evaluación indirecta que pueden implantarse.

Aun cuando la profesionalidad y ética individual son suficientes estímulos para que los buenos profesionales mantengan durante toda su vida un alto nivel técnico jurídico, un problema que se plantea en la formación continua es el de despertar el interés de todo el colectivo. Los sistemas que no tienen vinculada la provisión de las vacantes en los juzgados y tribunales a la antigüedad en la carrera judicial, sino que los concursos y provisiones son para una plaza determinada, (que son la mayoría de los de tradición anglosajona, Alemania y Portugal, entre otros, y gran parte de los de América Latina), no necesitan de acicates para quienes pretenden acceder a puestos de categoría superior desarrollen sus potencialidades técnicas cuidando de su preparación profesional, puesto que el éxito en los concursos va a depender de ello.

La conexión entre las actividades formativas y el acceso a las especializaciones, que destacó como prioridad el Libro Blanco de la Formación Continua, editado por el CGPJ (anteriormente referenciado), es también un elemento de propicio para incrementar el interés en la participación y seguimiento de los programas docentes. En este sentido hay países en los que cada juez puede elegir desde una fase muy temprana el devenir de su propia carrera, con el consejo y asesoramiento de mentores y expertos, trazando un recorrido curricular que objetivamente le aporte conocimientos y experiencia profesional. La especialización ha de tener esos dos elementos básicos, conjugar la adquisición de conocimientos teóricos con la experiencia en el ejercicio de la jurisdicción. Incluso una vez que se tiene la oportunidad de alcanzar el grado de especialista, se exige para mantener el reconocimiento del mérito el reciclaje formativo.

En el sistema italiano se ha introducido la necesidad de seguir una planificación quinquenal individual de la formación, que se ha vinculado no solo al ascenso profesional, sino también al nivel retributivo, de tal forma que la superación de los controles conlleva un aumento de categoría, a efectos económicos, como ha señalado García Moreno⁴⁵ en su estudio sobre el tema.

⁴⁵ García Moreno, José Miguel: «La reforma de la magistratura en Italia» *Jueces para la Democracia. Información y debate* N.º 60 y 61.

9. La complejidad de establecer modelos comunes a los diversos sistemas de acceso

El ámbito de la formación inicial es complejo y heterogéneo. De entrada, el propio hecho de hablar de formación inicial es equívoco, puesto que se parte de la base de que todo aspirante que accede a las funciones judiciales dispone ya de una sólida preparación, al menos teórica, del sistema jurídico. La heterogeneidad procede de los dos sistemas antagónicos que funcionan en occidente: el de la tradición anglosajona y el de la tradición continental europea, que se basan en puntos de partida radicalmente opuestos. El sistema anglosajón (su exponente más radical sería el del Reino Unido), se basa en la elección de jueces entre juristas de prestigio con más de 15 años de profesión jurídica y con más de 40 años de edad, que son propuestos por asociaciones de abogados, por sus propias ciudades o por los propios tribunales, y que son elegidos por el Parlamento después de un expediente en el que se analiza su trayectoria profesional y se somete a información pública.

En los países de tradición continental europea, entre los que se encuentran también los latinoamericanos, coexisten diversos sistemas de acceso. En todos ellos el aspirante debe acreditar una formación cultural y jurídica previa. Como elemento común, se exige formación universitaria en derecho, (con alguna excepción, como Francia, donde se puede concursar desde otros títulos universitarios). La formación del inicial del juez radica esencialmente, en la Universidad, por lo que su paso por la misma no debe ser un trámite neutro previo, por cuanto la dedicación de un periodo de tiempo que comprende entre cuatro y seis años en los que se está sometido a las disciplinas académicas, es suficientemente importante para que tenga un peso determinante en la formación del juez, especialmente a nivel teórico. Bien es cierto que las deficiencias de los estudios de licenciatura (o grado), no han contado a veces con el prestigio necesario, pero es indudable que para el órgano de selección de los jueces es de suma importancia el nivel de calidad de los estudios universitarios de derecho⁴⁶, y en tal sentido se debería incidir en la planificación y control de calidad de los mismos, puesto que a un mayor nivel de cultura jurídica de los juristas (abogados y jueces), se corresponde un mayor nivel de calidad de la justicia. En algunos países, la graduación en una determinada universidad es ya una garantía de preparación jurídica, mientras que el bajo nivel intelectual, técnico y científico de otras instituciones son sinónimo de deficiente preparación y, por consiguiente, de escaso rigor dogmático. Es indudable que si el rendimiento universitario tuviera una mínima repercusión en el sistema de acceso⁴⁷, y si la homologación del título académico fuera objeto de evaluación en cuanto a su calidad por un órgano independiente, el esfuerzo de los aspirantes y la calidad de los centros de enseñanza se incrementaría

10. Los procesos de reclutamiento, selección de aspirantes

Después de los estudios universitarios básicos, a nivel de licenciatura o de grado (en la terminología del proceso de construcción del Espacio Europeo de Educación Super-

⁴⁶ En España el rendimiento y dedicación al estudio en la etapa de formación universitaria, carece de toda trascendencia para el ingreso en la carrera judicial. El único requisito es la posesión del título, y no importa si éste se ha conseguido con una calificación máxima o mínima. Se ha postulado como idea para la reforma del sistema de acceso la reconsideración de este elemento, pero es lo cierto que para la superación de la prueba de acceso en el sentido en el que actualmente viene configurada la oposición libre, en la que la repetición oral de los temarios es lo fundamental, una formación en derecho basada en el estudio profundo y reflexivo de las instituciones jurídicas sería incluso contraria a las técnicas de estudio más eficaces para superar la prueba memorística.

⁴⁷ En este sentido el que fuera ministro de justicia español Mariano Fernandez Bermejo (2006 a 2008), incluyó en su propuesta de reforma del acceso, buscar a los mejores estudiantes de la universidad, al considerar que el sistema de oposición actual desalienta a los más capacitados ante la inseguridad y los años de preparación.

rior, conocido como el plan de BOLONIA) es necesaria una preparación específica para el trabajo en el foro, en general («Descriptor de Minimum Standard DUBLIN-2004», en materia de organización educativa). España, una vez más, deja la reforma del acceso a la judicatura para mejor ocasión. La Abogacía, aun con una «vacatio» de cinco años ha hecho la reforma del acceso con la Ley 34/2006 y el Reglamento 775/2011. La práctica totalidad de los estados europeos han adaptado sus sistemas con fórmulas muy variadas: los hay que potencian la formación práctica que es consecuente con el trabajo en los tribunales como funcionario judicial (gestor procesal, secretaría judicial, asesoría letrada, etc....) o con el ejercicio de la abogacía en sus variados ámbitos. De hecho en la configuración del nuevo marco europeo de formación superior, se exige la realización de un posgrado o de un máster para el acceso al ejercicio de cualquier profesión.

El trabajo más completo y sólido sobre el sistema de acceso formación inicial publicado en España es el titulado «El acceso a la carrera judicial en España: algunas propuestas», del que fuera profesor de la EJ y en la actualidad catedrático de derecho constitucional Alejandro Sáiz Arnáiz⁴⁸, que pone de relieve las enormes deficiencias de nuestro sistema, uno de los más obsoletos de los implantados en el mundo occidental, y las razones que sostiene la posición numantina de un sector anacrónico de la judicatura española. Las conclusiones que se formulan en este trabajo son suficientemente elocuentes, claras y precisas.

Los sistemas de acceso a la judicatura han experimentado un proceso de modernización en los últimos años⁴⁹, que ha sido consecuente con la exigencia general de que el acceso a la función pública esté regido por los principios de igualdad, mérito y capacidad, elevados en muchos Estados a rango constitucional⁵⁰. En esta materia se han fijado criterios a nivel internacional que se refieren específicamente al modo de garantizar tales principios, puesto que la igualdad se desglosa, por una parte, en habilitar medios para que no dependa el derecho de optar a las pruebas de acceso de los medios económicos de los aspirantes ni de ninguna otra circunstancia familiar ni social y, por otra, en las garantías de objetividad en la apreciación de los méritos, con el fin de evitar desviaciones por preferencias subjetivas, de los miembros del tribunal, por razones de diversa índole⁵¹, puestas de manifiesto por el grupo de investigación que dirige el estadístico Manuel Bagüés. El mérito, por su parte, es incompatible con los sistemas que no garantizan la homogeneidad en el contenido de la prueba o del examen, formulando a cada aspirante preguntas diferentes, como es el caso de las entrevistas valorativas o los ejercicios en los que la elección de temas a desarrollar se realiza por un mecanismo en el que la suerte es decisiva⁵². Finalmente la capacidad debe estar focalizada en la demostración por el aspirante de las condiciones exigibles

⁴⁸ Alejandro Sáiz Arnáiz. Editorial Fundación Alternativas acceso en [http://: www.falterantivas.org](http://www.falterantivas.org)

⁴⁹ El sistema español no solo no se ha modernizado, sino que ha sufrido en los últimos años incluso un enorme retroceso al haber suprimido los ejercicios prácticos en el turno más general (el de la oposición libre), quedando reducida la prueba a la demostración de la capacidad de repetición memorística de un temario cada vez más esquemático y dogmático, ajeno a la complejidad de lo que en el siglo XXI debe exigirse de entrada a una persona que opta a ejercer funciones jurisdiccionales. El CGPJ de la mayoría absoluta de Aznar propició incluso la supresión del III turno, y el CGPJ de los gobiernos de Rodríguez Zapatero, además de reducir el IV turno, reservando 1/3 a aspirantes procedentes de las secretarías judiciales, ha sido incapaz de diseñar una alternativa de mejora del sistema, lo que está provocando la huida y deserción de muchos magníficos opositores hacia otras salidas profesionales, ante la inseguridad de que su esfuerzo pueda obtener una recompensa proporcional a los años invertidos en la preparación (una media de 6 años después de finalizar la carrera en las últimas 4 promociones).

⁵⁰ Artículo 43.2 de la CE.

⁵¹ Manuel Bagüés, científico español integrado en un equipo internacional, ha coordinado un trabajo sobre los factores que inciden (en la práctica) en el cumplimiento de estos principios. Concretamente la prueba de demostración oral de la capacidad de repetición de un temario, ante un tribunal presencial, ha obtenido una descalificación muy severa. Las desviaciones estadísticas en seguimiento realizado de las oposiciones a judicatura durante los últimos diez años, ponen de relieve la influencia de factores de muy diversa índole, entre los que la suerte es, en gran medida, determinante. Vid FEDEA (Federación de Estudios de Economía Aplicada) *Qué determina el éxito en unas oposiciones?* Barcelona, 2005.

⁵² En el sistema español los temas a desarrollar por cada candidato se extraen de forma similar a los sorteos de la lotería, sacando una bola de un «bombo».

para el ejercicio de la función, lo que requiere la posesión de las competencias imprescindibles para el ejercicio profesional, entre las que no son únicamente los conocimientos teóricos los que han de ponderarse, sino también la capacidad de análisis, de razonamiento, de gestión y dirección de los procesos, de manejo de fuentes legales y jurisprudenciales, y de compromiso deontológico para el ejercicio del cargo.

En cuanto al tema de la formación inmediatamente posterior a la prueba de acceso, el derecho comparado en nuestra área geográfica y cultural (Europa, Latinoamérica y los Estados de tradición islámica), pone de relieve la diversidad de sistemas para el reclutamiento y el acceso a los cargos judiciales⁵³. Es difícil realizar una clasificación según su menor o mayor acierto, puesto que todos ellos cuentan con una larga tradición, el diseño legal ha sido atemperado por normas consuetudinarias⁵⁴ y, lógicamente, con ventajas e inconvenientes. Podemos decir que lo importante no es el sistema en sí, sino que se cumplan unos requisitos mínimos, señalados por la ENJC en su documento «Minimum Standards»⁵⁵, que son, además del respeto a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad en el acceso, que el sistema garantice a elección de los más aptos para las funciones que se han de desarrollar, y que no incida en la garantía de la independencia de los tribunales respecto al poder ejecutivo, los partidos políticos, los grupos de presión, y el poder económico; que la persona elegida goce de un estatuto de inamovilidad como juez durante el mandato preestablecido legalmente, (con la salvedad del *impeachment* por hechos indignos que han de ser objeto de un juicio con garantías reforzadas⁵⁶); y, por último, la previsión de la profesionalización de la función, mediante un sistema que garantice la permanencia y promoción profesional basado, también, en criterios de igualdad, el mérito y la capacidad.

11. El contenido de la formación inicial

Concluido el proceso de selección se ha generalizado en el último tercio del siglo XXI una fase de inserción profesional previa a la toma de posesión en el tribunal. No se debe confundir este espacio formativo con los cursos que algunos centros realizan para preparar las pruebas de acceso o, por decirlo de otra forma, en los cursos preparatorios los alumnos no son todavía jueces en prácticas, mientras que en la denominada (impropiamente) formación inicial, ya han superado las pruebas que suelen ser más difícil y de mayor intensidad selectiva, o han sido designados por el órgano competente, pero han de seguir una estancia formativa adicional que, con menor intensidad, también se ha de superar para ingresar definitivamente en la carrera judicial.

⁵³ En los sistemas más habituales en el área de influencia del sistema inglés (Commonwealth, norte de Europa) está generalizada la elección parlamentaria, previa propuesta que puede proceder del ejecutivo, de las instituciones y entidades públicas (municipios) o privadas (asociaciones de abogados, academias de jurisprudencia), o de los propios tribunales. Esta elección requiere un expediente muy elaborado para la comprobación de méritos con un sistema de encuesta (investigación) público y abierto a toda la ciudadanía. Anecdóticamente existen sistemas de elección popular, especialmente en grados de la magistratura de nivel menos elevado. En los sistemas de tradición continental europea suelen existir diversas vías de acceso, mediante el mecanismo de los concursos de méritos gestionados por el ejecutivo (ministerios de justicia), a través de tribunales independientes con una fuerte presencia de miembros del cuerpo judicial (Bélgica, Francia, Italia, Polonia, Hungría, Rumanía, Portugal, algunas repúblicas latinoamericanas, algunos países de tradición islámica y España). En un tercer grupo es el ministerio de justicia el que efectúa la selección.

⁵⁴ Un ejemplo de ellas es, en España, el respetar que una de las plazas del V turno para el acceso al TS se reserve a catedráticos de la Universidad de gran prestigio, o la práctica más reciente, de guardar la proporcionalidad étnica, geográfica e incluso de género.

⁵⁵ Puede consultarse el texto original (en inglés y francés, en la web de la ENJC: http://www.encj.eu/images/stories/pdf/workinggroups/encj_report_project_team_minimum_standard

⁵⁶ El enjuiciamiento de los jueces corresponde al parlamento o cámara de representantes, cuando se trata de elección parlamentaria (Reino Unido, EEUU), pero exigiéndose mayorías cualificadas. En otros casos corresponde el enjuiciamiento a jurados especiales (tal era la previsión de la Ley del Jurado de 1881), o a la Corte o Tribunal Supremo. En todo caso, la garantía de la independencia exige procedimientos especiales.

Esta fase suele consistir en estancias más o menos prolongadas en escuelas o centros de capacitación judicial, y en estancias como jueces adjuntos, a modo de prácticas, en los tribunales⁵⁷. Con carácter previo a este momento, y si es posible conociendo el perfil de los aspirantes, se ha de realizar el trabajo previo y esencial de establecer cuál es el contenido de este proceso formativo, (lo que se conoce como plan de estudios o plan docente). Dicho de otra manera se ha de planificar: a) qué es lo que ha de constituir el objeto de la formación (qué enseñanzas se han de transmitir); b) cómo ha de impartirse la enseñanza (la metodología); c) quiénes son las personas que ejercerán la docencia (el profesorado). El término inglés es más ilustrativo, incluso para hispanohablantes, puesto que se habla de «training» (entrenamiento).

Para delimitar el contenido de la planificación docente en esta fase se han de apreciar, a su vez, dos elementos que lo condicionan de forma absoluta: a) el primero es tener en cuenta la procedencia profesional, el bagaje de cultura jurídica acumulado previamente, en término medio, por los aspirantes, y el grado de experiencia alcanzado por los mismos en caso de que tengan alguna; b) el segundo es la necesidad de focalizar el tipo de tribunal en el que se ha de insertar profesionalmente el aspirante en su primer destino jurisdiccional, puesto que es muy distinto si se integra en un órgano colegiado de primera instancia, donde el trabajo en equipo implica que va a trabajar con otras personas y va a estar arropado por compañeros que ya tienen una experiencia amplia, que si se le asigna directamente la responsabilidad de un tribunal unipersonal, que puede ser más o menos complejo según la especialidad de que se trate. Dependiendo de estos factores la llamada «formación inicial» tendrá una u otra función, unos y otros objetivos y contenidos. El equilibrio entre la estancia presencial en un centro de formación y la de las prácticas en los tribunales se ha de ajustar a las necesidades de la tipología de los aspirantes.

12. La planificación docente: puntos de partida

Puede establecerse como principio general, que los centros de capacitación, las escuelas y las academias judiciales, en cualquier parte y en cualquier sistema, no deben tener por objeto la formación teórica de los aspirantes. La formación teórica corresponde a otras instituciones y ha de ser previa al acceso⁵⁸. Las deficiencias formativas en este terreno, que siempre las habrá, han de ser solventadas por el propio profesional, que ya ha de conocer necesariamente el sistema de fuentes legales, y que tiene a su alcance una extensa bibliografía de consulta. De hecho, por más completa que pueda ser la preparación teórica previa, la práctica jurisdiccional presentará una casuística que no siempre será conocida ni en su esencia, ni mucho menos en su complejidad.

⁵⁷ Según la modalidad de acceso y el país de que se trate, estas estancias varían. En España, en el acceso por el turno de juristas experimentados (con al menos diez años de profesión jurídica), la estancia presencial en el centro es de un mes, y la de prácticas en tribunales dos meses, mientras que la del turno libre es de nueve meses la presencial y de seis a ocho meses las prácticas. En Holanda e Italia no hay fase presencial (únicamente seminarios y cursos cortos), pero las prácticas en tribunales son, al menos, de tres años. En Francia consisten en seis meses iniciales de prácticas en bufetes de abogados, nueve meses de curso presencial en la ENM, seis meses de prácticas en tribunales, seguidos de otros dos meses presenciales, ya específicamente planificados para el destino al que se irá destinado, y posteriormente se integran en un tribunal de instancia colegiado, donde su trabajo sigue siendo supervisado. En otros países depende del perfil del candidato, pues se adapta a su origen profesional, toda vez que no es lo mismo si se ha trabajado con anterioridad en las secretarías de los tribunales, o en los equipos de letrados, o en la universidad o en la abogacía litigante.

⁵⁸ Es curioso que en la República del Perú la razón por la que la Corte Constitucional ha considerado contrario al texto constitucional la existencia de una escuela preparatoria previa, es porque vulneraría el principio de igualdad de los ciudadanos. En la mayoría de los países esta preparación se realiza por las propias universidades (grados o masters), por academias o centros de estudios jurídicos específicos o, como es el caso español, a través de la tradicional institución del «preparador» que suele ser un juez (actuando privadamente), que no hace propiamente de profesor, sino de «entrenador» personal del aspirante, marcándole el ritmo y la disciplina de estudio y haciendo un seguimiento semanal del esfuerzo formativo del aspirante.

Es un error en el que se incurrió en España, el de construir los planes docentes de la formación inicial, (y también de la formación continua) reiterando, con otra metodología, la perspectiva teórica de las instituciones jurídicas. Para eso están las universidades y academias jurídicas. En la etapa universitaria (de cuatro a seis años), se analizan las instituciones jurídicas desde sus fundamentos hasta su completa construcción teórica. En la fase de preparación de la prueba de acceso (de tres a seis años), se reduce la materia a un temario comprensivo de las instituciones básicas de cada disciplina que, además, se compendian en unos desarrollos de no más de quince o veinte minutos cada una de ellas (habida cuenta de que en el ejercicio básico de la oposición se tiene que repetir de memoria el contenido básico de la institución en un espacio temporal muy limitado, y a contrarreloj). Finalmente, en la Escuela Judicial se somete el objeto de estudio en la misma a otro proceso selectivo, al objeto de trabajar sobre la casuística más frecuente en los tribunales.

El resultado no es muy alentador, y el joven profesional se presenta en su primer destino con unas altas dosis de inseguridad (existen muchas lagunas en su acervo de cultura jurídica, y respecto de las que domina teóricamente desconoce aspectos prácticos esenciales). La enseñanza de las habilidades prácticas es muy secundaria. En cierta medida está parcialmente desarmado, y se le coloca en un medio de máxima exigencia «sólo ante el peligro», en el decir cinematográfico. Los funcionarios de la oficina judicial le requieren con consultas muy diversas sobre temáticas que es la primera vez de las que tiene noticia, mientras los abogados experimentados le exigen el manejo de un oficio que nunca han ejercido, los tribunales de apelación le recriminan que no conozca la «doctrina del tribunal»⁵⁹, y el ciudadano, finalmente, le exige que le haga justicia, cuando esta persona lo que puede ofrecerle es el conocimiento teórico de un puñado de «temas», que en todo caso se los recitará en una sentencia (siempre bajo la amenaza de la inspección de tribunales).

Por esta razón es tan importante que la planificación de la actividad docente de los centros de capacitación judicial se realice previo un estudio de campo serio y científicamente organizado, en el que se tengan en cuenta las opiniones de: a) quiénes han sido alumnos de las últimas promociones y están ocupando sus primeros destinos en la jurisdicción; b) los magistrados que ejercen de tutores en la fase de prácticas (y viven de cerca las preocupaciones y las carencias más habituales); c) quiénes ocupan puestos en los tribunales de apelación y revisión de las resoluciones; d) el profesorado del centro; e) un importante grupo de pedagogos experimentados y técnicos en herramientas metodológicas (desde el diseño hasta la evaluación); f) profesores universitarios que desempeñen o hayan desempeñado funciones en planificación docente de materias jurídicas. Las comisiones pedagógicas son esenciales para el funcionamiento de una institución destinada a la formación de profesionales y, sin embargo, suelen estar configuradas legal o reglamentariamente como órganos honoríficos que realizan un control formal del proceso de planificación pedagógica⁶⁰.

A diferencia de otros campos del derecho que son salidas típicas de los egresados universitarios, el ejercicio de la judicatura requiere, además de los conocimientos teóricos, el dominio de todo un conjunto de técnicas y habilidades de intervención social, que no se

⁵⁹ En contraste, en las secciones de las Audiencias suele haber especialización, mientras que los juzgados de entrada tienen competencias en todas las materias civiles y penales.

⁶⁰ En las encuestas de evaluación realizadas tanto por la RIAEJ, a nivel latinoamericano, como de la EJTN ponen de manifiesto que la inmensa mayoría de los centros de formación judicial trabajan con pedagogos internos (como es el caso de Francia, con cuatro profesionales fijos), o colaboradores externos (como Colombia, Costa Rica o Argentina), mientras que en España parece que existe una gran desconfianza a que, desde «fuera de la carrera» se aporten ideas. Quiénes intervienen en estas comisiones son un representante de cada asociación profesional y un representante de cada jurisdicción, que son convocados a una reunión anual de un par de horas de duración. Pero el peso específico y la capacidad de decisión la tienen en este aspecto metodológico, los cinco «vocales» que forman la comisión de EJ del CGPJ, entre los cuales en el órgano de mayoría absoluta de Aznar únicamente había un profesor de universidad, y ninguno en el de mayoría de Rodríguez Zapatero, careciendo el resto de toda experiencia docente en absoluto, razón por la cual suelen calificar a los pedagogos de «ignorantes».

adquieren con el estudio, sino únicamente con la experiencia y la reflexión. Hay que tener presente que las personas que comienzan a ejercer la judicatura pasan a desempeñar, al mismo tiempo que su labor técnica, uno de los poderes esenciales del Estado, por lo que la trascendencia de su actuación en el funcionamiento de la sociedad es de suma relevancia. La legitimación del juez no viene dada sólo por su origen (el sistema de acceso), sino también por el ejercicio del poder que la sociedad le otorga. En consecuencia, es importante la formación en lo que se ha venido en denominar competencias profesionales.

13. La formación en competencias

En el proceso de formación para el ejercicio de determinadas profesiones que inciden directamente en los comportamientos sociales de la ciudadanía, adquieren una especial dimensión las habilidades profesionales básicas. Algunas se cultivan con los hábitos de estudio, la capacidad de sacrificio, el estudio teórico y la investigación. Otras habilidades se adquieren principalmente a base de experiencia, de madurez personal y de años de trabajo. En los sistemas de acceso que requieren como condición una andadura profesional dilatada, se parte de la base de que una buena parte de estas herramientas ya se han adquirido y demostrado (de hecho se evalúan en el proceso de selección). Sin embargo en sistemas en los que es posible acceder sin experiencia profesional previa⁶¹, estas competencias se han venido adquiriendo tradicionalmente a lo largo de la vida profesional. En la actualidad, la complejidad de la vida social, y la estructura demográfica de las ciudades implica que los jueces jóvenes se incorporan, ya de entrada, a destinos con una desmesurada carga de trabajo y de una gran dificultad, han de enjuiciar una delincuencia cada más sofisticada e internacionalizada, situaciones personales y familiares que presentan dimensiones extrajurídicas. En estos primeros destinos les corresponde enjuiciar litigios de una gran importancia personal, económica o social⁶², algunos de ellos de con una trascendencia mediática que notoriamente sobrepasa incluso las capacidades de los profesionales más experimentados.

Ante este reto, ciertamente histórico pues nunca antes la profesión había tenido tal nivel de complejidad, los centros de formación judicial deben procurar las herramientas formativas necesarias para que la función judicial pueda desarrollarse con el nivel que la sociedad requiere. Por esta razón, desde el ámbito de las escuelas profesionales más avanzadas, como es el caso de las de formación de directivos en ciencias políticas, administración pública, la dirección de empresas, la gestión de conflictos y la psicología social, se han importado, primero a las escuelas de práctica jurídica de la abogacía, a nivel internacional, fundamentalmente en EEUU., y desde allí a los centros de formación judicial, las técnicas de formación en competencias.

Es indudable que el proceso de formación de todo buen profesional contiene una síntesis de conocimientos, aptitudes profesionales, capacidad de reflexión, manejo de herramientas y experiencia. Para un buen juez, además, es necesaria la solidez de los valores y principios deontológicos que configuran su función. El problema radica en concretar cómo se enseñan estas materias. Podemos tener experiencia en la transmisión del conocimiento técnico, pero carecemos por completo de los instrumentos metodológicos para la enseñanza del resto de las competencias.

⁶¹ En las últimas 10 promociones de la Escuela Judicial española, únicamente habían trabajado antes de su ingreso en la misma un 1.5 % de los alumnos (con una media de edad de 30 años). Otro 93 % nunca habían puesto los pies en un juzgado o tribunal.

⁶² Ejemplo de ello han sido casos como la catástrofe del «Prestige», las tramas de corrupción urbanística en pequeñas ciudades de la costa, o litigios matrimoniales de personas adultas donde se ha de decidir el futuro de unos hijos menores de edad, que han de ser juzgados por jóvenes sin ninguna experiencia profesional, e incluso personal en este terreno.

14. Identificación de las competencias

Contamos ya con trabajos de una gran categoría científica en cuanto a la definición e identificación de las competencias que debe tener un buen juez. La propia Escuela Judicial española ha incluido en su último plan docente, el de la promoción n.º 63ª, (la que permanecerá en fase formativa desde septiembre de 2011 hasta junio de 2013), un detallado análisis de las principales competencias que se incluyen en la programación (que puede consultarse en abierto en la web del CGPJ⁶³). Para la programación pedagógica se ha de partir de la presunción de que el aspirante dispone, con carácter previo al ingreso en el centro, de una parte de estas competencias, y que existe otro grupo respecto de las cuales no existe constancia que las posea. Para ello ha sido de suma utilidad el trabajo realizado en el año 2005, por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada de la Generalidad de Cataluña con la colaboración de un buen número de jueces y magistrados⁶⁴, y otros de profesores de la Escuela Judicial, como el de Javier Pereda⁶⁵ sobre la «competencia decisoria».

De igual forma han sido de un gran valor los propios trabajos realizados por un grupo de investigación creado desde la EJ para tal fin, y la opinión de las comisiones pedagógicas y expertos de las asociaciones profesionales en materia de formación.

15. Las competencias de mayor relieve para el ejercicio de la función judicial.

Junto con una sólida formación teórica, se ha de situar una profunda formación en valores, en los principios y cualidades que han de caracterizar a las personas que ejercen la magistratura. La prioridad de la formación en este ámbito presenta dos problemas: de una parte la opinión de un amplio sector de jueces que parten de la base de que tales principios ya se entienden asumidos por la persona que opta a la judicatura, y en todo caso se aprenden desde la infancia, en el seno de la familia. Otra importante opinión discrepante es la que no concibe cómo se enseña la ética, qué métodos pedagógicos pueden ser útiles, cuando ya están las normas legales que tipifican las conductas sancionables en las que pueden incurrir los jueces. La consecuencia es que se mantiene esta materia prácticamente fuera de los programas docentes. Sin embargo, la declaración de los *Minimum Judicial Standards* aprobados por la ENCJ, incluye en su epígrafe n.º 4, la recomendación de que se trabaje en todos los ámbitos judiciales y, especialmente, en las actividades de formación judicial, el proyecto de *Judicial Ethics* elaborado por el grupo de trabajo de la misma⁶⁶.

Aun siendo cierto que los comportamientos éticos del ser humano pertenecen al ámbito de la personalidad, y forman parte del bagaje cultural individual, no es ocioso el método de trabajo propuesto por la Red de Consejos de Justicia europeos,

⁶³ http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Formacion_Judicial/Formacion_inicial/

⁶⁴ Son de destacar aquí los trabajos sobre competencias elaborado por el CEJFE, y los del grupo de investigación en metodologías de la enseñanza judicial que ha estado trabajando para la EJ en los años 2009 y 2010, dirigido por el catedrático de Pedagogía de la Universidad de Oviedo Mario de Miguel, en el que han participado figuras destacadas como el catedrático de Evaluación de la Facultad de Pedagogía de la Universidad de Barcelona Joan Mateo, los profesores de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia, José García Anón, y de la de Barcelona, Antonio Madrid, entre otros, y los magistrados Carlos Gómez (que fue director de la EJ), Javier Pereda y Manuel Bellido (que habían sido jefes de estudio de la EJ), así como el claustro de profesores de la EJ de las promociones 61ª y 62ª. Los trabajos del grupo de investigación forman parte de una publicación digital del área de Formación Continua de la Escuela Judicial, y están incluidos en el material docente del curso de formación de formadores del Aula Iberoamericana del año 2010 (financiado por la AECID y la Generalitat de Cataluña).

⁶⁵ Pereda Gámez «Reflexiones sobre las competencias, y sobre la competencia decisoria de los futuros jueces en la Escuela Judicial Española». En *Revista de educación y derecho*, n.º 3, octubre, 2010.

⁶⁶ http://www.encj.eu/images/stories/pdf/workinggroups/encj_report_project_team_minimum (pág 25): «Judicial Ethics: Principles, values and Qualities» (Documento de Londres 2010).

en el mismo sentido que lo hizo la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas Iberoamericanas, al aprobar el Código Ético, y que se inscribe en el movimiento propiciado por la ONU con el Código de Bangalore. Es evidente que existen comportamientos de jueces prevaricadores que no precisan de glosa ni de especial dedicación formativa. Sin embargo, el análisis y debate de casos complejos que presenta la casuística, que cada vez más están en los medios de comunicación, y que pertenecen a ese territorio que está en la frontera de la moral, en el límite entre lo que es ético y lo que es rechazable en una sociedad determinada, es una herramienta muy útil para la comprensión de los valores a los que se refieren los textos internacionales aludidos, como se ha puesto de manifiesto por muchos autores, entre otros por el profesor Manuel Atienza⁶⁷. Examinar desde estas perspectivas casos límite en los que se cuestione la independencia judicial, o la imparcialidad de quién ha de juzgar en base a normas que pugnan incluso con las convicciones morales del juez, o el alcance de valores como el de la integridad, la dignidad o el respeto a los ciudadanos, es un ejercicio que debiera ser obligatorio en la fase de formación inicial de todos los aspirantes a ejercer la jurisdicción, en cualquiera de los sistemas de acceso.

Junto a los principios éticos, y formando parte de su esencia, como defienden algunos autores, está el deber de motivación de las resoluciones judiciales. Es ésta una competencia básica y fundamental del trabajo judicial. El principio de «luz y taquígrafos» que se proclamó como elemento ínsito del proceso judicial en el siglo XXI, en contraposición con el oscurantismo de las jurisdicciones especiales que tanto lastraron la implantación del sistema judicial moderno, se traslada hoy por la filosofía del derecho en cuanto a su importancia vértice del sistema, a la necesidad de motivar. Cuando se discute por las partes un determinado hecho o las características del mismo, no basta con decir que se considera probado del examen conjunto de la prueba, (en la fórmula magistral ancestral que ha justificado tantas resoluciones injustas), sino que se han de explicar las razones en base a las cuales el tribunal tiene por cierta una determinada circunstancia fáctica. Cuando se trata de interpretar la norma, o de la utilización de un silogismo para llegar a una conclusión determinada en cuanto al alcance de un precepto legal o de una cláusula contractual, o al sentido que las partes dieron a una palabra determinada, es necesario explicarlo. Este trabajo, esencial en la función judicial, implica la posesión de unas competencias analíticas que es preciso desarrollar y ejercitar en los procesos formativos.

En íntima conexión con la anterior se encuentran las competencias instrumentales, tales como la capacidad de comprensión de textos, la capacidad de síntesis, la capacidad de observación y análisis de los hechos (la psicología del testimonio), el dominio de las técnicas narrativas y de la escritura, para poder expresar con claridad lo que resulta necesario explicar, así como el manejo de las bases de datos legales y jurisprudenciales, de la informática, de las fuentes del derecho nacional o extranjero.

El juez, además, es un personaje público, que actúa en un determinado escenario, el del tribunal. Allí ha de saber comportarse, ha de saber ser respetuoso, y exigir respeto sin ser prepotente. Debe ser humano, en el sentido de comprender la trascendencia que para los ciudadanos tiene un proceso judicial, desde la primera comparecencia hasta la ejecución de la misma, y debe controlar las técnicas necesarias para dirigir actos orales, para presidir interrogatorios, para imponer de forma hábil las reglas del juego sin que ningún derecho a alegar o a probar sea vulnerado.

Finalmente, la figura del juez profesional adquiere cada vez más una dimensión y un perfil internacional, pues los valores que representa son propios de las tradiciones constitucionales comunes. En las democracias avanzadas, el papel de garantizar los derechos civiles y fundamentales de las personas, el garantizar el acceso a la justicia, la integridad física y moral, así como la libertad de las personas, trasciende del papel

⁶⁷ Manuel Atienza, «Las Virtudes Judiciales», en *Claves de la razón Práctica*, n.º 86, páginas 32 y scs

meramente técnico (pero sumiso a los poderes fácticos) que se ha desempeñado en el pasado, especialmente en sistemas autoritarios como los que han soportado muchos países de nuestro entorno.

16. La metodología docente

Los centros de capacitación judicial, tanto en la formación inicial, como en la continua, deben ser pioneros en la utilización de las técnicas metodológicas que en la actualidad están a nuestro alcance. De aquellos centros de formación o aquellos cursos en los que el método consistía en que el alumno soportaba desde su puesto escolar una serie de conferencias magistrales durante días, semanas o meses, a las técnicas pedagógicas avanzadas que hoy se están desarrollando en la formación y reciclaje profesional, hay un abismo. La «pasarela» de conferenciantes que tanto se ha utilizado en nuestro sistema clásico de formación, ya no la soporta nadie, ni aun cuando se les pague una escapada de turismo judicial en alguna ciudad atractiva, o se les regale un viaje desde las Américas. La perspectiva desde la que se aborda el proceso formativo para el ejercicio profesional, hay que otorgar más valor a los procesos de aprendizaje, que a los de enseñanza, a los *outputs*, más que a los *inputs*, como señala el profesor Joan Mateo⁶⁸

Una investigación realizada por el National Training Laboratories Institute de Bethel (Estado de Maine), EEUU., pone de relieve que, por lo que se refiere a los métodos que se utilizan en la enseñanza, la asistencia a clase reporta un 5% de materias retenidas por el alumno, mientras en la lectura es el 10 %, el 20 % en las herramientas audiovisuales, el 30 % en los procesos demostrativos, sube al 50 % cuando se utilizan grupos de discusión, que se incrementan hasta el 75 % cuando se practica un ejercicio simulado, y alcanza el 90 % en la enseñanza directa de un mentor a un único alumno. Las conclusiones de este trabajo deben hacer reflexionar sobre la importancia que tiene la utilización de técnicas y métodos adecuados para transmitir conocimientos y, esencialmente, experiencias. El trabajo patrocinado por el Ministerio de Educación y coordinado por el profesor Mario De Miguel, ha sido básico para la renovación metodológica en las enseñanzas profesionales⁶⁹.

La eficacia de las acciones formativas dependerá mucho de la capacidad técnica y el dominio de la materia, pero también la preparación pedagógica del profesorado. Esta faceta ha sido tradicionalmente secundaria, y está viviendo en los últimos años una transformación importante por el empuje de las redes internacionales. La EJTN, en el seno de la Unión Europea creó un grupo de trabajo sobre metodologías que viene desarrollando sus protocolos desde el año 2008. En la primera semana de octubre se ha celebrado en Bélgica un seminario de formadores en materia civil. En el ámbito latinoamericano, el impulso dado por los cursos de formación de formadores del Aula Iberoamericana, ha cristalizado en una corriente de búsqueda de la excelencia metodológica, que se ha puesto de manifiesto en la VI Asamblea General de la RIAEJ, celebrada en Cartagena de Indias los días 10 y 11 de octubre de 2011. En la Escuela española, el grupo de investigación de metodologías que, centrado en la formación inicial, realizó su trabajo en 2009 y 2010, ha tenido su continuidad con otro grupo de investigación sobre metodologías de la formación continua, que ha comenzado sus trabajos en 2011. La evidencia de que se pretende estar en la vanguardia de los sistemas pedagógicos es que en este grupo, que los responsables políticos del CGPJ han decidido que se convertirá en «Aula Pedagógica» permanente, no solo está integrado por los letrados y especialistas del área de la EJ, sino por investigadores de la Universidad española

⁶⁸ Pereda Gámez, Opus cit, (con cita de Joan Mateo), página 5.

⁶⁹ Mario De Miguel (coordinador), *Modalidades de enseñanza centradas en el desarrollo de competencias*, Ministerio de Educación y Ciencia - Universidad de Oviedo, 2006.

en el ámbito del *e-learning*, como Manuel Area, de la Universidad de Canarias, en metodologías de la enseñanza del derecho, como Antoni Font Riba, especialistas en sistemas de evaluación, como Pilar Pineda, catedrática de evaluación de la UA de Barcelona, así como responsables de la formación continua de la abogacía.

La rentabilidad de las acciones formativas, es también una exigencia ética profesional, máxime cuando las disponibilidades económicas no son las de antaño, y hay que rentabilizar los recursos. Ello implica: a) que los cursos de formación se estructuren en lo posible con una base informática, incorporando los sistemas *e-learning*, de tal manera que una buena parte de los materiales y del trabajo a realizar por el alumno se realice virtualmente. De esta forma se facilita que la participación del alumno sea más activa y provechosa y, por otra parte que la base del alumnado sea más amplia y la acción formativa pueda llegar a más personas; b) que los materiales sean reutilizables, puesto que un curso para treinta personas, con diez ponentes, es un verdadero derroche, no ya económico, sino también de esfuerzo intelectual del profesorado. Es más lógico que el contenido del curso, el temario, forme parte de un módulo que se repita en otras ediciones actualizando los materiales; c) que si se puede introducir una sesión presencial, ésta sea muy bien diseñada para la obtención del máximo provecho, y preferiblemente que los alumnos con carácter previo a asistir a las mismas, tengan que elaborar y remitir trabajos; d) que exista una evaluación final para comprobar el grado de aprovechamiento, y para que la calificación o certificación que se entregue responda a la realidad del aprendizaje.

La principal apuesta metodológica de la EJ española en los últimos años ha sido la implantación del «método del caso», que tanto en su dimensión conceptual primigenia, importada de Harvard⁷⁰, de articular toda una materia compleja y completa a través del trabajo por parte de los alumnos en un solo caso real, secuenciado, como en su modalidad de «resolución de problemas» articulados en casos cortos, o en la de la clínica jurídica, a través del seguimiento de casos en tiempo real, con la colaboración del juzgado en el que se están tramitando el litigio (con el que se está conectado vía telemática), puede significar un salto cualitativo muy importante. La primera característica de esta metodología es que el protagonista de la formación ya no es el profesor (que hace una labor de acompañamiento y provocación), sino que es el alumno, que en base a técnicas colaborativas y reparto de roles con otros compañeros, abordan en toda su dimensión y complejidad el caso, que sirve de estructura sistemática para abordar toda la problemática que puede generarse en torno a él⁷¹. El índice de atención y dedicación es máximo, y la similitud de la problemática con la que se encontrarán en los juzgados incorpora un plus de utilidad.

17. Las prácticas jurisdiccionales

Desde antiguo, el más experimentado método para el acceso a una profesión es la del contrato de aprendizaje. El aspirante se ubica junto a un profesional veterano, y al tiempo que le sirve de ayudante, va observando y captando las habilidades prácticas del maestro. En la abogacía ha sido tradicional la realización de «la pasantía», a la que el joven abogado dedicaba los dos o tres primeros años de su carrera profesional, antes de asumir la responsabilidad de la dirección letrada de un proceso. En el oficio

⁷⁰ En la adaptación del método del caso a la planificación de la Escuela española, se ha partido de estudios realizados por juristas y pedagogos, como Landelino Lavilla, (doctorado en Harvard, después de su graduación en España), que fue el primero que destacó las ventajas de este sistema para el universitario español, puesto que es un complemento ideal de la dogmática cartesiana con la que tradicionalmente se enseña el derecho. El alumno español tiene el esquema teórico, pero adolece del sentido práctico del funcionamiento de las instituciones jurídicas, y en especial, del juego de las reglas procesales y de la trascendencia social y personal de los litigios.

⁷¹ Juan Antonio Pérez Lledó. *La Enseñanza del Derecho: dos modelos y una propuesta*. Universidad de Alicante. 2005. El promotor del método en España fue Landelino Lavilla Rubira (obra citada).

judicial estas prácticas se han venido realizando en España desde la primera promoción de la EJ, en el año 1950, aun cuando se carecía de todo atisbo metodológico, y cada magistrado colaborador, improvisaba sobre la marcha su peculiar plan docente.

En este terreno se ha producido una verdadera revolución metodológica. La base del sistema ha sido la realización de cursos presenciales de formación de formadores (de una semana de duración), en los cuales los tutores experimentados se dividen en mesas de trabajo, y exponen sus puntos de vista avalado por la experiencia en los años precedentes. A estas sesiones se invita a alumnos de las últimas promociones que expresan su parecer, en general crítico, y de esta forma los profesores de la EJ han ido elaborando unas guías de buenas prácticas que, curso tras curso, se han ido discutiendo con los tutores (antiguos y nuevos), hasta generar una cultura que ha alcanzado cotas muy altas de eficacia.

Antes de comenzar las prácticas, los profesores de la etapa presencial elaboran un perfil con las características de cada alumno, para que el tutor pueda trabajar más en los aspectos que sean más necesarios. El tiempo de permanencia se gradúa, de tal manera que la inserción en el trabajo del juzgado sea paulatina, pero con la mayor intensidad posible. Paralelamente se ha elaborado una tabla de objetivos que, tanto el tutor como el alumno conocen, y que se han de ir alcanzando. Las prácticas se realizan en distintos juzgados y con diferentes tutores, para que el alumno pueda apreciar que no existe un único modelo de ejercicio profesional, sino que éste se modela según la personalidad de cada uno. La evaluación de la etapa de prácticas se realiza con suma rigurosidad, al objeto de garantizar la adquisición de las competencias profesionales esenciales.

A lo largo de la vida profesional, las prácticas jurisdiccionales marcan los hitos de cada uno de los cambios que un juez pueda experimentar, tanto al acceder a una jurisdicción distinta, como al acceder a un órgano judicial especializado, o al integrarse en un tribunal colegiado⁷². En los últimos años, los programas de intercambios internacionales que ha propiciado la EJTN, la Red de Lisboa y la RIAEJ están aportando un gran valor añadido, puesto que al mismo tiempo que se fortalece el modelo de juez con vocación internacionalista, garante de las garantías y de la defensa de los derechos civiles, se abren las perspectivas de evolución de los sistemas nacionales hacia una convergencia en los principios procesales, y hacia el incremento en la confianza mutua que debe instalarse en la cooperación judicial internacional, en un mundo en el que las fronteras están dejando de ser muros infranqueables y son, cada vez más, puntos de encuentro entre los pueblos.

18. Epílogo

Poner en funcionamiento una institución del carácter y con el papel que ha de desempeñar un centro de formación de jueces no es una tarea fácil, como muestra la propia historia de la Escuela Judicial Española. El ámbito de actuación de las personas que se incorporan a la judicatura está en la base del Estado de Derecho, y es a su vez la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos incluso frente a los poderes públicos. Al mismo tiempo son los tribunales de justicia los que ejercen el control jurisdiccional del respeto a la ley en el funcionamiento adecuado de los demás poderes del Estado.

Para esta finalidad se requiere una judicatura independiente, imparcial, íntegra, que disponga de una formación adecuada, de una solidez en sus comportamientos

⁷² La Escuela española ha puesto en marcha en los planes de formación continua de 2009 y 2010 unos cursos especiales para el acceso a los tribunales colegiados. De forma similar a los cursos de tutores, se elabora en los mismos una guía metodológica de buenas prácticas para el trabajo colaborativo, en el que se ha de combinar el contraste de opiniones y pareceres, con la toma de decisiones conjunta, así como el trabajo individual del ponente, con la deliberación colectiva que enriquece y garantiza el proceso de racionalización y motivación de las resoluciones judiciales.

que la sitúen en el nivel de prestigio que debe tener como tercer poder del Estado, con el máximo respeto por parte de la sociedad a la que sirve. Una democracia avanzada necesita de un cuerpo judicial que sepa utilizar el poder que le otorga la sociedad para contribuir a la paz social, en la sociedad compleja del siglo XXI. La función de estas instituciones es de enorme importancia para la ciudadanía, y por esa razón su funcionamiento democrático, que atienda las necesidades de una sociedad abierta y plural, y sea un instrumento participativo, querido, respetado y útil para todo el colectivo judicial, es un reto del futuro.

TEORÍA/PRÁCTICA DE LA JURISDICCIÓN

La pretendida agilización procesal en el Orden Civil, Ley 37/2011

Ana A. YRAOLA
Raquel BLÁZQUEZ
Rafael FLUITERS
Asunción LORANCA

INTRODUCCIÓN

Se analizan en este artículo las principales reformas introducidas en el orden jurisdiccional civil por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, cuyo preámbulo sustenta la misma en que la Constitución reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Tribunales dentro de un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, y el derecho de los ciudadanos a una tramitación ágil de los asuntos que le afecten. Se parte de la premisa de que los datos estadísticos más recientes acreditan que en los últimos tiempos se ha producido una subida exponencial de la litigiosidad, con un crecimiento que en el orden jurisdiccional civil ha doblado la entrada de asuntos en esa misma década lo que —se dice— ha puesto de manifiesto la necesidad de introducir profundas reformas para asegurar la sostenibilidad del sistema y garantizar que los ciudadanos puedan disponer de un servicio público de calidad, introduciendo mejoras en la legislación procesal que permitan agilizar los distintos procedimientos, sin merma de las garantías para el justiciable.

Como se analiza en este artículo, es muy discutible que tales fines de agilización sin merma de garantías se hayan logrado.

Como reformas más relevantes, analizamos la calificación de la tasa judicial como costas del proceso, con su consecuencia de ser repercutible al litigante vencido en costas, lo que supone hacerle abonar el importe de la tasa sin ser sujeto pasivo del tributo ni haber realizado el hecho imponible, con la peculiaridad de que en muchas ocasiones incluso es una persona exenta del pago de tal tributo.

Es también destacable que se extiende el sistema del juicio monitorio a los juicios de desahucio por falta de pago, de modo que, en el caso de que el arrendatario no desaloje el inmueble, enerve o formule oposición tras el requerimiento, se pasa directamente al lanzamiento, cuya fecha, junto a la del eventual juicio y de notificación de sentencia para el caso de oposición, se le comunica en el mismo requerimiento en una única, larga y compleja comunicación procesal con requerimientos, notificaciones y citaciones; esta reforma es el último eslabón de una cadena de restricciones en los derechos procesales del arrendatario de bienes inmuebles iniciada con las reformas de 2003 y de 2009, que centra la resolución contractual y el desahucio en el control exclusivo del secretario judicial, con el grave riesgo de un particular sistema de notifi-

caciones por edictos si a la primera comunicación el demandado no es hallado en la finca objeto del contrato, de forma que, ante la más que previsible falta de oposición del demandado, podrá llevarse a cabo el lanzamiento no ya sin óírle, sino sin haberle dado posibilidad real de defenderse.

En el sistema de recursos se introducen dos grandes restricciones, al excluirse el recurso de apelación en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros, que —se dice— se fundamenta en el uso a veces abusivo y muchas veces innecesario de instancias judiciales; y se procede a una modificación en cuanto a las resoluciones recurribles por la cuantía en casación, dejando esta en 600.000 euros, siempre que el recurso presente interés casacional. Es evidente que una ley que se autodenomina de «medidas de agilización procesal» debe tener como motor la reducción de los tiempos procesales y que es una opción de política legislativa legítima, aunque es discutible que la supresión de la segunda instancia en determinados procesos de escasa cuantía económica pueda incidir en la racionalización de unos medios personales escasos, y con la reducción de las posibilidades de casación lo previsible es que la disparidad de criterios encuentre cada vez menos cauces para minorar sus negativos efectos sobre la seguridad jurídica.

1. LA TASA JUDICIAL, NUEVO CONCEPTO A INCLUIR EN TASACIÓN DE COSTAS

1.1. Reintroducción de la tasa judicial, regulación inicial y modificaciones

La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social reintrodujo en sus artículos 35 y 36 la figura de la tasa judicial, con la denominación de «Tasa por el ejercicio de la función jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso administrativo¹». Sin perjuicio de otros antecedentes más remotos, los Decretos números 1034/1959 y 1035/1959, de 18 de junio de 1959 (que refunden las normas reguladoras de las tasas judiciales²) y el Decreto de 5 de noviembre 1959, que complementaba los anteriores, establecieron un sistema que estuvo vigente hasta que fue suprimido por la Ley de 24 de diciembre de 1986, en cuyo Preámbulo se expresaban los motivos de la reforma. Dichos motivos pueden sintetizarse en dos: primero, el mantenimiento del principio constitucional de igualdad a fin de que todas las personas puedan tener acceso a la justicia con independencia de su situación económica, y segundo, las dificultades de la gestión de la tasa que obligaba al Secretario Judicial a realizar tareas que le impedían dedicarse a sus funciones procesales. La Ley 53/2002 no explicita las razones de la reinstauración de la tasa, limitándose su Exposición de Motivos a decir que «De otra parte se crean entre otras las siguientes tasas y cánones...», sin citar siquiera a la tasa judicial entre ellas. Su hecho imponible está constituido por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil o contencioso administrativo, devengándose con carácter previo a tal ejercicio en todas aquellas actuaciones de parte que manifiesten una pretensión y en la formulación de recursos. Los sujetos pasivos de la tasa son las personas jurídicas, quedando excluidas no sólo las personas físicas sino también las jurídicas que estén total o parcialmente exentas del impuesto de sociedades y entidades de reducida dimensión³.

¹ El art. 36 modifica además la regulación del art. 13 de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, incluyendo un nuevo apartado m), que dice «Podrán establecerse tasas por la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho Público consistentes en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a instancia de parte en los órdenes civil y contencioso-administrativo».

² Cerrato Guri, Elisabet, «La tasa judicial, algunos problemas prácticos», *Justicia: revista de derecho procesal*, 2005, nº 3-4, p.164.3. Señala que dicha tasa difiere poco del arancel, se impone en todos los órdenes jurisdiccionales e interviene de forma importante el secretario judicial.

³ Juan Martín Queralt, «La tasa judicial o la reviviscencia de la regla solve et repete», *Tribuna Fiscal*. Mayo 2011, p. 4-8

La tasa judicial fue seguramente reintroducida con finalidad recaudatoria, concibiéndose al propio tiempo como un mecanismo tendente a que los sujetos que más acudieran a los tribunales, es decir, que más usaran este servicio público, contribuyeran especialmente a su financiación. La tasa va dirigida a los grandes consumidores del servicio público de justicia, como entidades bancarias, crediticias, financieras, de seguros, grandes distribuidoras y otras similares, que son además los que obtienen un mayor aprovechamiento económico de la existencia de un sistema judicial eficiente. Se ha señalado que además conlleva un elemento disuasorio a fin de reducir la litigiosidad⁴. Este argumento no puede compartirse ya que se trata de grandes empresas y no parece que el pago de la tasa vaya a constituir una razón de peso para dejar de litigar, pudiéndolo incluso deducir como gasto fiscal o repercutir el coste a sus clientes⁵. Pero es que además resulta menos creíble si se tiene en cuenta que en la redacción original de la ley, la tasa judicial no se aplicaba a los procedimientos monitorios, a través de los que las grandes empresas formulan reclamaciones de pequeña cuantía individualmente considerada, pero de elevado volumen atendido el número de asuntos. La Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía, supuso una profunda alteración ya que para reclamar una deuda utilizando el procedimiento monitorio, independientemente de su cuantía, introduce que será preciso abonar la tasa. En su Exposición de Motivos se dice que la medida se adopta para evitar que se canalicen a través del monitorio reclamaciones que no cumplen los requisitos de este tipo de procedimiento con el fin de eludir el pago de la tasa. No se entiende esta afirmación ya que si una reclamación monitoria no se ajusta a lo exigido en la LEC, la consecuencia es su inadmisión a trámite. Ahora bien, el establecimiento de la tasa en el procedimiento monitorio parece en principio susceptible de producir algún efecto disuasorio para las reclamaciones de deudas de muy escasa cuantía ya que la tasa no puede ser repercutida de ningún modo al deudor, al no existir condena en costas en tal clase de procedimientos.

La Ley 37/11, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, en su disposición final segunda, reforma el artículo 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social estableciendo que la tasa judicial por formulación de una petición monitoria será de un importe fijo de 50 € para el caso de reclamaciones superiores a 3.000 €, cualquiera que sea su cuantía, no siendo necesario abonar tasa alguna cuando lo reclamado sea inferior a dicha cantidad. Y la tasa, mediante la modificación del artículo 241.1 LEC, pasa a ser considerada gasto procesal, lo que permite su repercusión al contrario. Esta modificación puede suponer un aumento de reclamaciones de escasa cuantía no sólo a través del procedimiento monitorio, en el que no se deberá abonar tasa, sino también acudiendo al juicio verbal, donde sí existe la regla general de condena en costas y, en consecuencia, la posibilidad de repercutir su importe en tasación de costas. Es por ello que no parece que con esta medida puedan alcanzarse los objetivos expresados en el Preámbulo de la Ley, esto es, la introducción en la legislación procesal de mejoras que permitan agilizar los distintos procedimientos. El citado Preámbulo se limita a señalar que se incluye expre-

⁴ Sebastián Lastra Liendo y Mar Gómez Cintas, *Régimen Jurídico de la Tasa Judicial. Análisis desde su perspectiva procesal*, Madrid, Colex 2003, p. 17. La obra fue prologada por Alberto Dorrego, Director General para la Modernización de la Justicia y dice que la tasa es un elemento integrante del programa general de modernización del sistema judicial español, destacando que España era el único país de nuestro entorno jurídico político que carecía por completo de instrumentos de co-participación en los costes del servicio público de la justicia por parte de sus usuarios y que el sistema tributario puede y debe ayudar a articular una distribución equitativa de las cargas financieras de la justicia entre los contribuyentes en general y los usuarios efectivos de este servicio público. Resalta la exención absoluta de las personas físicas como sujetos pasivos de la tasa a la que únicamente estarán sometidos las personas jurídicas con dimensiones suficientemente relevantes desde el punto de vista económico, es decir, usuarios potencialmente masivos.

⁵ Navarro Sanchís, Francisco José. «Reflexiones sobre la tasa judicial», *Revista del Poder Judicial*, Madrid, Consejo General Poder Judicial.- n.º 77, 2005, p.120.

samente dentro del concepto de costas del proceso el importe de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, al tratarse de un gasto necesario para demandar, sin explicitar en modo alguno cómo puede conseguirse el objetivo de agilización, máxime cuando en el párrafo final del tan citado Preámbulo se dice que el proceso monitorio se ha convertido con mucho en la forma más frecuente de iniciar reclamaciones judiciales de cantidad⁶.

1.2. Consecuencias derivadas de la falta de pago de la tasa judicial

Se plantea la cuestión de si el obligado al pago de la tasa no la abona, y tampoco subsana el defecto una vez requerido para ello, resulta o no procedente la inadmisión a trámite de la pretensión y si, en caso de inadmisión, ello puede suponer vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La Orden del Ministerio de Hacienda 661/2003 de 24 de marzo entendió que ante el impago y falta de subsanación, sería el Secretario Judicial quien debía comunicarlo a la delegación de la agencia estatal de la administración tributaria para que procediese a su liquidación de oficio, continuando el procedimiento. La cuestión no resulta pacífica, existiendo resoluciones discrepantes. Entre las que consideran que a los efectos de admisión a trámite de la demanda o recurso el pago de la tasa no puede ser considerado requisito procesal de procedibilidad, cuyo incumplimiento impida el acceso a la jurisdicción, pueden citarse los AAPP de León, sección 2, de 16 de enero de 2004; de Murcia, de 24 de abril de 2004; de Barcelona, sección 11.^a, de 29 de marzo de 2004; de Lleida, sección 2.^a, de 19 de enero de 2004; de Madrid, sección 20.^a, de 16 de julio de 2004 y de Barcelona, sección 14.^a, de 26 de junio de 2008. Y entre las de signo contrario y como más reciente, puede citarse el AAP de Zaragoza, sección 5.^a, de 3 de diciembre de 2008, que cita en su apoyo el auto del TS de 16 de diciembre de 2003.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de A Coruña planteó cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 35, apartado 7.2 de la Ley al considerar que la inadmisión del recurso de apelación podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. Dicha cuestión fue admitida a trámite, siendo registrada con el número 744/2004. También han sido admitidas a trámite las números 2223/04, 1389/2005, 1585/2005 y 5583/2005, igualmente referidas a la admisión de recursos de apelación. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en sendos autos de fecha 21 de diciembre de 2010, recaídos en las cuestiones números 5583/2005 y 2223/2004, ha decidido elevar al pleno la cuestión interna de inconstitucionalidad respecto del artículo 35, apartado 7.2, suspendiendo el plazo para dictar sentencia, entendiendo que su establecimiento puede vulnerar el artículo 24.1 CE «en cuanto el pago del tributo configurado en ella se torna en un obstáculo insalvable y desproporcionado para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva⁷».

⁶ Antes de entrar a analizar las consecuencias derivadas de la falta de pago de la tasa, conviene decir que la Ley 53/2002 ha sido objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad, en concreto, números 1756/2003, 1851/2003 y 1870/2003, pendientes de resolución.

⁷ Martín Queralt resalta que el análisis de la constitucionalidad del precepto habrá de realizarse a partir de otros casos similares sobre los que se ha pronunciado el Tribunal, en concreto en relación a dos condicionantes fiscales a la eficacia de determinados actos jurídicos, en concreto, SSTC 141/1988, relativa al artículo 57.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, precepto que limitaba la aportación de documentos al proceso al subordinar su admisibilidad y eficacia a la declaración o pago del impuesto correspondiente y que declaró la inconstitucionalidad del mismo al considerar que «las limitaciones impuestas al ejercicio de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no sólo han de responder a una finalidad legítima, sino que han de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo pretendido y no han de afectar al contenido esencial del derecho. Pues bien, en el supuesto considerado existe, sin duda, una falta de proporcionalidad entre el objetivo que se persigue- la recaudación del impuesto- y el modo en que se opera». Y también la STC n.º 133/2004, de 22 de julio de 2004, relativa al segundo inciso del apartado primero del art. 37 TRLITAJD, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que exige que la letra sea extendida en efecto timbrado correspondiente a la cuantía y en caso de no ser así, carecería de fuerza ejecutiva, que desestima el

1.3. Inclusión de la tasa judicial en la condena en costas

La Ley 37/11, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización procesal añade un ordinal 7.^a al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 241 de la LEC, con la siguiente redacción: «La tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuando ésta sea preceptiva». Esta modificación pone fin a la polémica suscitada acerca de si era o no posible considerar la tasa como un gasto necesario a efectos de incluirla en la tasación de costas, existiendo posiciones doctrinales y de jurisprudencia menor contradictorias. La modificación zanja la cuestión y si bien ha de agradecerse la seguridad jurídica que ello conlleva, no puede, sin embargo, dejar de señalarse que la solución adoptada no parece que vaya a influir en una mayor agilización de la justicia.

Los partidarios de la tesis de la inclusión de la tasa en la condena en costas sostenían que la tasa era un gasto vinculado al proceso y por lo tanto incardinable en el concepto de costas, sin que ello conllevara el traslado de la condición de sujeto pasivo del impuesto. Se trataba de mantener el criterio indemnizatorio o de resarcimiento de la condena en costas.

Los partidarios de la no inclusión alegaban que la Ley no preveía la posibilidad de reembolso cuando la pretensión fuera estimada y que el tributo grava a los sujetos que realizan el acto impositivo, que en ningún caso serían personas físicas que no hubieran promovido la actividad judicial. Resaltaban que el efecto práctico del reembolso a través de la tasación de costas por unos sujetos distintos de los previstos legalmente supondría trasladar al condenado en costas la obligación tributaria que correspondería al sujeto pasivo. De forma sintética puede decirse que los defensores de la no inclusión de la tasa en la condena en costas consideraban que la «*mens legislatoris*» había querido que con la imposición de la tasa determinadas personas jurídicas que van a acceder a un servicio público y con una capacidad económica determinada, soporten con el ejercicio de su acción un plus de onerosidad, al considerar que tienen mayor capacidad económica que los exentos, y dado que el sujeto pasivo de la tasa no era universal (como sería el establecimiento de un sistema de copago por todos los usuarios de la justicia), no era posible repercutir el pago en personas diferentes al efectivo sujeto (como sucede en los casos de suministro de energía eléctrica, otorgamientos de licencias urbanísticas y derivados de recogidas de basura).

Tras la reforma, la tasa, en caso de condena en costas, en lugar de ser abonada por el sujeto pasivo, que son las grandes empresas, correrá a cargo de personas físicas, o jurídicas de escasa capacidad económica, que vendrán obligadas a sufragar la tasa cuando sean demandados o recurridos; por el contrario, si fueran demandantes o recurrentes, aunque fueran condenados en costas, no tendrían que abonar importe alguno, al no ser sujetos pasivos del tributo. Parece un contrasentido y veremos qué dice finalmente el Tribunal Constitucional.

2. LA REFORMA DEL JUICIO DE DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: UNA VUELTA MÁS DE TUERCA SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA DEL ARRENDATARIO

La ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal que entró en vigor el pasado 31/10/2011 es el último eslabón de una cadena de restricciones en los derechos procesales del arrendatario de bienes inmuebles que se ha venido justificando en el confesado recelo del legislador hacia la buena fe y voluntad de cumplimiento

recurso al considerar que su finalidad es legítima al ser la privación de eficacia ejecutiva el único medio apropiado de que dispone la Administración tributaria para lograr un alto grado de cumplimiento espontáneo de la obligación de pagar impuesto y además es proporcionado ya que se deniega una particular protección jurisdiccional, pero no la posibilidad de reclamar en juicio ordinario.

contractual de al menos una parte significativa de la ciudadanía que vive o trabaja «de alquiler» (véase la exposición de motivos, en sus referencias a los intentos de los demandados de dilatar la ejecución y a la calificación genérica de «innecesaria» de la vista en los juicios de desahucio) y en la intención no confesada de agilizar el mercado inmobiliario de alquiler mediante el reforzamiento de la posición jurídica de los arrendadores. Todo ello supone un auténtico reto para los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar la norma, quienes han de establecer los máximos controles para que sean efectivas las escasas garantías que les restan a los «potenciales desahuciados», vigilando en especial el régimen de notificaciones, que es el que en definitiva puede garantizar la proscripción de indefensión y los frecuentes riesgos de que ésta se produzca.

Es cierto que la crisis económica y otros factores sociales han dado lugar a la aparición de abusos por parte de personas que alquilan inmuebles, principalmente viviendas, sin la intención de pagar la renta, que se aprovechan de la lentitud del sistema judicial para permanecer en los mismos durante meses o años, con claro perjuicio para el arrendador, pero, con independencia de que esa circunstancia no puede considerarse generalizada, es lo cierto que tales supuestos, fácilmente detectables por la fecha del contrato, no justificaban la aplicación indiscriminada de normas tan restrictivas como las que ahora analizamos, con evidente riesgo de utilización torticera o fraudulenta del proceso por parte de arrendadores sin demasiados escrúpulos, sobre todo en los casos de arrendamientos regidos todavía por la ley de arrendamientos urbanos de 1964, (Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre y DT 2.ª de la LAU de 1994).

Evolución: Como decíamos, el que nos ocupa es el último eslabón de una cadena de restricciones, puesto que la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción original del año 2000, ya recogía la previsión antes contenida en el artículo 1575 de la LEC de 1881 relativa a que «*de no comparecer a juicio el demandado, se declararía el desahucio sin más citarlo ni oírlo*»; pero, a continuación, y mediante reforma de 2003 (Ley 23/2003, de 10 de julio), además de introducirse la posibilidad de condonación de toda o parte de la deuda arrendaticia a cambio del desalojo voluntario (artículo 437 LEC), se añadió que en la propia admisión a trámite de la demanda ya había que fijar, prejuzgando de alguna forma el resultado del juicio, «*día y hora para que tuviese lugar el lanzamiento*», que se decía podría ser inferior a un mes; esto fue ampliado en 2009 (Ley 19/2009, de 23 de noviembre), que, en contra de la propia dinámica de funcionamiento de los juzgados, decía ahora que el lanzamiento «*debería producirse*» antes de un mes desde la fecha de la vista, pero estableciendo además que al convocar al demandado a dicha vista quedaba también citado para recibir la notificación de la sentencia, de suerte que si no comparecía en los seis días siguientes al juicio, la sentencia se notificaba por edictos en el tablón del juzgado. Y, lo que es más importante, esta reforma determinó y determina un nuevo régimen de notificaciones en esta clase de juicios, ya que, por la conjugación de los arts. 155 y 164 LEC, se vino a establecer que si en el contrato no se había fijado otro domicilio para notificaciones, se entendía que todas las comunicaciones se deberían hacer en la finca arrendada, pero con la grave consecuencia de que, de no hallarse al arrendatario en la misma, la notificación debía hacerse por edictos en el tablón de anuncios, lo que en la práctica supone dejar al albur de la diligencia y profesionalidad del funcionario encargado de la notificación, del horario del inquilino o de otras muchas e imprevisibles circunstancias, la efectividad de la notificación sobre la que, recordamos, se asientan todas las garantías de defensa del demandado.

Última vuelta de tuerca: Insatisfecho al parecer el legislador con el funcionamiento de una norma a la que sólo se ha dejado año y medio de vida, y al parecer entusiasmado con el resultado del proceso monitorio, establecido inicialmente en la LEC de 2000 sólo para la «*protección rápida y eficaz el crédito dinerario líquido de muchos justiciables y, en especial, de profesionales y empresarios medianos y pequeños*», la reforma de 2011 modifica la regulación del juicio de desahucio «*extendiendo al mismo el sistema del juicio monitorio*», pero lo hace, como se ha dicho, indiscriminadamente y

sin adoptar las necesarias cautelas que puedan evitar no ya supuestos de indefensión, sino la generalizada desprotección de los derechos de los arrendatarios y favoreciendo el abuso por parte de los arrendadores.

Establece ahora el artículo 440.3 de la LEC que al admitirse la demanda de desahucio se requerirá al demandado para que adopte una de las siguientes posturas: 1ª *desalojar el inmueble*, en cuyo caso el procedimiento termina, pero se configura un título ejecutivo para que el arrendador pueda exigir en vía de apremio todas las cantidades que reclamaba, ya que presume injustificadamente la ley que el desalojo equivale a la aceptación como cierta de toda la deuda; 2ª *pagar*, aunque aquí olvida la ley fijar la consecuencia jurídica de dicho pago, salvo que el mismo tenga por finalidad enervar la acción, a lo que se refiere la postura siguiente, de forma que debe entenderse que el pago sin más de la suma reclamada en la demanda no evita el lanzamiento del inquilino, cuya fecha se ha tenido que fijar en la admisión de la demanda; 3ª *enervar la acción*, al pagar o poner a disposición en el tribunal o notarialmente el importe total de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago, que recordamos sólo puede realizar el inquilino una sola vez durante la vida del contrato; en este caso se archiva el procedimiento previo pago de las costas por el demandado (artículo 22.5 LEC); y 4ª *comparecer y oponerse*, (con abogado y procurador si la cuantía excede de 2.000 euros) pretendiendo no deber todo o parte o afirmar poder enervar la acción si dicha posibilidad le era negada en la demanda por el arrendador, y siendo ésta la única de las ocasiones en las que se mantiene el señalamiento de la vista acordado al admitir la demanda, dándose al Tribunal la oportunidad de oír al arrendatario, de lo que en todos los demás casos resulta privado.

Pero lo grave es que, a diferencia de lo que ocurre en el proceso monitorio, en el cual, y con la sola excepción de las reclamaciones de deudas de propiedad horizontal, se prevé como esencial garantía del derecho del interpelado el que el requerimiento de pago al presunto deudor sólo cabe hacerlo *personalmente*, siendo precisamente su silencio o ausencia de oposición lo que confirma la presunción de ser cierta la deuda y posibilita la generación del título ejecutivo, en el juicio de desahucio, y como consecuencia del mantenimiento de la redacción de los artículos 155 y 164 LEC antes citados, resulta que si al intentar practicar el requerimiento no se encuentra al inquilino en la finca, (o en otro domicilio estipulado al efecto en el contrato) el mismo se llevará a cabo por edictos en el tablón del Juzgado, de forma que, ante la más que previsible falta de oposición del demandado, se llevará a cabo el lanzamiento no ya sin oírle, sino sin haberle dado posibilidad real de defenderse.

Así las cosas, como ni el control de los requisitos formales y materiales de la admisión de la demanda ni el régimen de notificaciones, requerimientos y citaciones forman ya parte de las funciones del juez, la reforma posibilitará que permanezca ajeno a las incidencias del procedimiento de desahucio, del que, salvo oposición expresa del demandado, sólo tendrá conocimiento cuando se le pida que despache ejecución. En ese momento deberá resolver sobre el lanzamiento y el pago de rentas u otras cantidades reclamadas, teniendo sólo a la vista el decreto dictado por el Secretario judicial dando por terminado el juicio de desahucio. Desde esta perspectiva, es preciso llamar la atención sobre la necesidad de adoptar desde la admisión de la demanda las máximas cautelas a fin de comprobar, por un lado, la efectividad de las garantías procesales que aún perviven, especialmente las relativas a notificaciones y requerimientos, y, por otro, que en la conformación del título ejecutivo se han observado todos los requisitos y garantías. Y precisamente porque el listón de esas garantías ha ido decayendo progresivamente, es especialmente importante conjurar los riesgos que impone la rutina del trabajo diario, ya que, en definitiva, la decisión de privar a alguien de la vivienda que habita o del local de negocio en el que desarrolla su trabajo tiene una transcendencia social y personal que no puede quedar al margen de la aplicación del proceso ahora reformado.

Como reflexión final cabe indicar que aunque ciertamente la reforma no supone una restricción mucho mayor del derecho de defensa del arrendatario que la ya acontecida en 2009, sí resulta especialmente criticable la generalización de la reforma a todos los arrendamientos, cualquiera que sea la fecha del contrato, ya que con la hasta ahora imprescindible celebración de vista era mucho más fácil evitar el intento de utilización torticera del procedimiento para desahuciar a inquilinos de renta antigua, y debiéndose significar que fácilmente habría podido combatir el legislador el abuso de los que arriendan una vivienda con intención de no pagar la renta limitando por ejemplo la aplicación de la nueva normativa a los contratos regidos por la LAU de 1994 o celebrados a partir de una determinada fecha.

3. LAS REFORMAS RELATIVAS AL SISTEMA DE RECURSOS

3.1. El recurso de apelación

3.1.1. *La supresión del recurso de apelación contra las sentencias dictadas en los verbales tramitados por la cuantía si ésta no supera los 3.000 euros*

No es nada original abordar el análisis de una reforma con la justificación que la exposición de motivos contiene de la norma en cuestión. Las modificaciones que la Ley 37/2011 introduce en el sistema de recursos tienen especial calado en dos aspectos muy concretos: la supresión del recurso de apelación contra las sentencias dictadas en los juicios verbales tramitados por razón de la cuantía siempre que ésta no supere los 3.000 euros, y el aumento de la cuantía del recurso de casación. Sobre la primera modificación, resulta casi imposible introducir la cuestión sin aplicar una cierta ironía a la justificación ofrecida por la exposición de motivos: la supresión del recurso de apelación trata de «*limitar el uso, a veces abusivo, y muchas veces innecesario, de instancias judiciales*». Es evidente que una ley que se autodenomina de «medidas de agilización procesal» debe tener como motor la reducción de los tiempos procesales y que es una opción de política legislativa legítima, aunque discutible, la supresión de la segunda instancia en determinados procesos de escasa cuantía económica en cuanto pueda incidir en la racionalización de unos medios personales escasos. Pero no parece muy acertado que la razón nominal de la eliminación del recurso en un sistema judicial en el que la doble instancia civil ha sido una tradición sea que se trata de un recurso a veces abusivo y con mucha frecuencia innecesario.

Cuando un recurso de apelación es abusivo, las consecuencias son evidentes: se desestima dicho recurso, se imponen las cosas al apelante y se pierde el depósito constituido para recurrir⁸. La valoración sobre la necesidad o innecesidad de una apelación tiene tintes siempre subjetivos y está mezclada con un análisis de ponderación que tanto puede provocar que siendo viable la estimación del recurso no compense su interposición, por los costes de tiempo o de dinero que ello implica, como que siendo inviable interese dilatar la finalización del procedimiento. Pocas conclusiones objetivas pueden obtenerse al respecto, pero es obligatorio recordar que la interposición del recurso de apelación devenga una tasa, en su cuantía fija de 300 euros⁹, a la que debe añadirse el 0,5% de la cuantía del procedimiento. Y, según los últimos datos estadísticos publicados sobre el año 2010, el porcentaje global de recursos de apelación se mantiene en cifras tan alejadas del abuso como el 15%, y genera la revocación total en el 16% de los casos y la revocación parcial en un porcentaje

⁸ El importe del depósito son 50 euros, según la Disposición Adicional 15.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁹ Artículo 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

de casi el 20%¹⁰. El coste medio en tiempo de la segunda instancia civil está cifrado en 5,4 meses, frente a los 8,3 de la primera instancia¹¹.

Puede entenderse, por tanto, la necesidad de seguir optimizando los medios disponibles para la segunda instancia civil, pero no es en absoluto previsible que la supresión del recurso de apelación en este tipo de verbales vaya a producir un efecto realmente apreciable sobre la carga de trabajo de las Audiencias Provinciales, máxime cuando la reforma del artículo 82 de la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, dispuso que las apelaciones del juicio verbal por razón de la cuantía serían resueltas por un solo magistrado¹². Si realmente se produce una reducción sustancial del número de asuntos ingresados, la perspectiva cortoplacista no debería hacernos perder de vista el importante coste que supone el menoscabo de una siempre precaria seguridad jurídica castigada por la imposibilidad material de aplicar criterios uniformes en los Juzgados de Primera Instancia.

Por otro lado, aunque es de todos conocido que el derecho a los recursos en el ámbito civil no afecta al derecho a la tutela judicial efectiva¹³, porque el TC ha reiterado que el acceso a los recursos no tiene una relevancia constitucional parangonable al acceso a la jurisdicción que pudiera justificar su inclusión en la protección reforzada del artículo 24 de la Constitución Española, resulta difícil digerir este aspecto concreto de la reforma sin poder evitar un cierto regusto a esa *merma de garantías del justiciable* que la exposición de motivos pretende imponer como límite infranqueable en el propósito de *agilizar los distintos procedimientos*. La limitación del derecho a recurrir conlleva siempre el riesgo de que se instrumentalice como recorte del derecho a la tutela judicial efectiva. Las limitaciones de la segunda instancia, además de infrecuentes en el sistema judicial civil, no han provocado mejoras ni en el tiempo ni en la calidad de respuesta a medio o largo plazo. Por ejemplo, el régimen de irrecurribilidad de algunos juicios verbales en la LEC de 1881, vigente entre 1992 y 2001, provocó tal disparidad de criterios en múltiples cuestiones resueltas en las sentencias no recurribles que a la larga fue mucho peor el remedio que la enfermedad.

La Fiscalía General del Estado advertía en su informe al anteproyecto de ley que la limitación del recurso de apelación tal y como estaba prevista entonces —afectaba a todos los juicios verbales por la cuantía, esto es, a los inferiores a 6.000 euros— no contaba con ningún referente en nuestro derecho histórico y dejaba sin posibilidad de tutela ordinaria al litigante que entienda que se ha producido un vicio en el procedimiento. El balance final se equiparaba a una limitación considerable de los derechos de los ciudadanos.

El alcance de la limitación del derecho a recurrir no es ajeno al hecho innegable de que en diez años de vigencia la LEC ha sufrido veintitrés reformas legislativas¹⁴ y que en estos pocos años de crisis económica hemos cambiado nuestro sistema procesal hasta el punto de que las demandas de cuantía superior a 3.000 euros, que inicialmente se consideraban dignas del juicio ordinario como proceso garantista por excelencia, ahora quedan en el límite del derecho a la segunda instancia, se tramitan como juicios verbales hasta 6.000 euros y en todo caso el recurso de apelación no lo

¹⁰ Fuente: La justicia dato a dato, 2010. Puede consultarse el informe íntegro en www.poderjudicial.es.

¹¹ Datos correspondientes al segundo semestre de 2011. Fuente: Informes periódicos: indicadores clave del conjunto nacional, segundo trimestre de 2011. Sección de Estadística del CGPJ. Disponible en www.poderjudicial.es

¹² Está aún reciente esta reforma y con ella la Audiencia Provincial ha dejado de funcionar, a estos efectos, como órgano colegiado con el propósito confesado de reducir el tiempo de respuesta en la segunda instancia en conflictos que, por tratarse de asuntos que no revisten especial complejidad, no precisan ser resueltos por tres magistrados.

¹³ El TC se ha pronunciado ya en varias ocasiones sobre esta cuestión. Vid. SSTC 37/1995, de 7 de febrero; 211/1996, de 17 de diciembre, y 132/1997, de 15 de julio; 236/1998, de 14 de diciembre 184/2000, de 10 de octubre; y 181/2001, de 17 de septiembre.

¹⁴ Pérez Daudí, V.: Reflexión crítica sobre el intento de agilización de la Justicia. Publicado en www.elderecho.com en el boletín de 5 de octubre de 2011. El Derecho, Grupo Francis Lefebvre.

resuelve la Audiencia como órgano colegiado, sino uno de sus magistrados actuando como tribunal unipersonal.

3.1.2. *El régimen transitorio del derecho al recurso*

La disposición transitoria única de la Ley 37/2011 establece que los procesos que estuvieran en trámite en cualquiera de sus instancias a la entrada en vigor de la ley, continuarán sustanciándose hasta que recaiga sentencia en dicha instancia conforme a la legislación procesal anterior. Ello implica que los juicios verbales de cuantía inferior a 3.000 euros en los que la sentencia sea dictada con posterioridad a la entrada en vigor el 31 de octubre de 2011 quedan privados del recurso de apelación.

La situación que genera el régimen transitorio es cuando menos peculiar. Aún cuando en nuestro derecho procesal civil no abundan ejemplos de reformas supresoras de recursos o instancias, el régimen transitorio debería estar presidido por una regla de sentido común: los procesos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley continúan tramitándose conforme a las normas vigentes en el momento de su iniciación,¹⁵ respetando el derecho al recurso que la pretensión ejercitada tenía cuando se presentó la demanda. El Tribunal Constitucional, consciente de los riesgos que implica devaluar el derecho al recurso, por más que no sea equiparable en su rango constitucional al derecho a la jurisdicción, se ha encargado de alertar que una vez diseñado el sistema de recursos por las leyes de enjuiciamiento de cada orden jurisdiccional, el derecho a su utilización pasa a formar parte del contenido de la tutela judicial¹⁶. No obstante, se ha convertido en una tradición someter el régimen de recursos a los efectos más crudos de la temporalidad, de modo que el derecho al recurso depende de la fecha en que se dicte la sentencia¹⁷.

El plazo para dictar sentencia en el juicio verbal es de diez días hábiles (artículo 447) que suele convertirse en unos catorce días naturales. Piénsese en una sesión de juicios celebrados el 27 de octubre de 2011. El plazo para dictar sentencia en los verbales vence el 14 de noviembre, sentencia que sólo será recurrible si se dicta antes del 31 de octubre y no en otro caso, quedando la decisión exclusivamente en manos del juez. Las consecuencias, que atentan directamente al principio de igualdad, son más graves en los supuestos en que la vista ya se ha celebrado, ha transcurrido el plazo para dictar sentencia y ésta aún no ha sido dictada, por acumulación de asuntos en el mismo estado, sobrecarga de trabajo u otras circunstancias. La pregunta en este caso es: ¿debe la ciudadanía soportar que las disfunciones de la Administración de Justicia, además de provocar dilaciones indebidas, le priven del derecho a la segunda instancia que tenía reconocido cuando presentó la demanda?

3.1.3. *Las modificaciones en la tramitación del recurso de apelación*

La supresión del trámite de preparación del recurso, que introducía, a cambio de nada, un tiempo adicional de unos dos meses en la tramitación de la apelación, era ya un lugar común en todas las peticiones de reforma que ha tenido su fruto en la modificación del artículo 457, ya vacío de contenido.

No obstante, no se ha aprovechado la reforma, que se limita a modificar los plazos de interposición y de personación ante la Audiencia (ahora veinte y diez días, respectivamente) y el contenido mínimo del escrito de recurso, para mejorar las posibilidades de control del Juzgado de Primera Instancia sobre el régimen de admisibilidad del recurso que, salvo iniciativa de la parte contraria (nueva redacción del artículo 458, que prevé que pueda discutir la admisibilidad del recurso en el trámite de

¹⁵ Véase la DT 1.ª de la ley 10/1992, que suprimió también el recurso de apelación en algunos juicios verbales

¹⁶ SSTC 37/1995, de 7 de febrero y SSTC 55/1993 y 28/1994.

¹⁷ Así lo previó también la reforma de la Ley 10/1992 (DT 2.ª): Las resoluciones judiciales del orden civil que se dicten después de la entrada en vigor de esta Ley sólo serían recurribles en casación o en apelación si reúnen los requisitos que para ello establece la presente Ley.

oposición del artículo 461) queda limitado a un tímido control de oficio del Secretario Judicial —traducido en una diligencia de ordenación irrecurrible— sobre el carácter apelable de la resolución y el cumplimiento del plazo de interposición. Sería mucho más agilizador, en línea con el propósito de la reforma, regular con más rigor el contenido del escrito de interposición y ampliar el control de admisibilidad a otros requisitos (postulación, competencia, legitimación y gravamen¹⁸) para no diferir las eventuales consecuencias de su incumplimiento a la decisión de la Audiencia Provincial y, en la misma línea, modificar el régimen de admisibilidad de la impugnación del recurso, clarificar que la impugnación sólo puede dirigirse contra la parte apelante y no contra el resto, y ofrecer una redacción más clara al artículo 465 en su referencia a las infracciones procesales que, en su texto actual, genera interpretaciones absolutamente contradictorias.

La supresión del trámite de preparación obliga a concordar el régimen de la ejecución provisional (artículos 527 y 535) para determinar la posibilidad de presentar la demanda desde la resolución en que se tenga por interpuesto (no ya por preparado) el recurso¹⁹. Pero, por otra parte, amplía en quince días el plazo de firmeza de la sentencia cuando finalmente ésta no es apelada.

3.2. El recurso de casación

La elevación de la cuantía del proceso a efectos de casación de 150.000 a 600.000 euros es otra de las modificaciones más relevantes (artículo 447.2), por el significativo incremento del importe —al multiplicar por cuatro la cuantía del pleito- y porque incide en el inacabado debate sobre las técnicas de unificación de doctrina y de interés casacional. La elevación de la cuantía reduce, evidentemente, las vías objetivas de acceso a la casación y amplía el ámbito del no siempre pacífico interés casacional. De hecho, se calcula, sobre los datos de 2009, que el Tribunal Supremo ha inadmitido a trámite el 85% de los recursos de casación presentados²⁰.

La doctrina del Tribunal Supremo²¹ sobre los cauces de acceso al recurso de casación ha seguido manteniendo que las tres posibilidades establecidas en el apartado 2 del artículo 477 de la LEC 2000 son distintas y excluyentes, lo que implica que la vía de acceso procedente en los asuntos seguidos por razón de la materia es la del apartado 3, siempre que se acredite el interés casacional, lo que requería acreditar en fase de preparación la existencia de ese interés, según criterio reiterado no sólo del Tribunal Supremo, sino también del Tribunal Constitucional²², que ha considerado que tal criterio, adoptado en Junta General de Magistrados de 12 de diciembre de 2000, no supone vulneración del artículo 24 de la Constitución Española.

Esta interpretación, divergente de la aplicada por algunos Tribunales Superiores de Justicia, que consideraban que los motivos del recurso de casación debían entenderse con independencia de que el proceso se hubiera tramitado por razón de la cuantía o de la materia, es la que se instala ya en la realidad legislativa con la reforma del artículo 477-2.3.º, que reformula el acceso a la casación en sede de interés casacional en los siguientes términos: «*Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional*». La nueva

¹⁸ Carril Pau, Antonio «Aspectos criticables del recurso de apelación», *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil: propuestas de mejora*, CGPJ, Madrid, 2004

¹⁹ No se ha atendido una reivindicación ya antigua: la posibilidad de que la ejecución provisional pueda solicitarse desde la notificación de la sentencia. Pérez Daudí, V., en el artículo ya citado

²⁰ Fuente: La Justicia dato a dato, ya citada.

²¹ Vid, entre otros muchos, ATS de 13 de Septiembre del 2011 (ROJ: ATS 8492/2011)

²² Autos 191/2004, de fecha 26 de mayo , 201/2004, de fecha 27 de mayo y 208/2004, de 2 de junio y en Sentencias 150/2004, de 20 de septiembre , 164/2004, de 4 de octubre , 167/2004, de 4 de octubre y 3/2005, de 17 de enero.

redacción de este apartado debe ponerse en relación con la reforma del artículo 481, que abona la tesis de los motivos excluyentes del artículo 477.2 al exigir de forma taxativa que en el escrito de interposición se exprese el supuesto (en singular), *de los previstos por el artículo 477.2*, conforme al que se pretende recurrir la sentencia. El interés casacional, por otra parte, verá reducida una porción de su ámbito natural de actuación tras la reforma del recurso de apelación. Lo previsible será, pues, que la disparidad de criterios encuentre cada vez menos cauces para minorar sus negativos efectos sobre la seguridad jurídica. No obstante, la exposición de motivos de la reforma sigue confiando en que la nueva regulación sirva para que el Tribunal Supremo pueda cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos.

Por otra parte, el recurso de casación, al igual que el extraordinario por infracción procesal, se ven afectados por las mismas modificaciones ya explicadas sobre la supresión del trámite de preparación y otras cuestiones menores, pero, sin que se entienda bien el motivo, el término del emplazamiento ante el Tribunal Superior de Justicia o ante el Tribunal Supremo no se reduce, sino que se mantiene en treinta días.

3.3. Otras modificaciones

El sistema de recursos se ha visto también afectado en reformas ya de menor calado, en los cambios introducidos en la regulación del recurso de revisión contra las decisiones del Cuerpo de Secretarios Judiciales (artículo 454 bis). A partir de la reforma, contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno y no podrá ya reiterarse la cuestión al recurrir la resolución definitiva, sin perjuicio de reproducir la cuestión, necesariamente, en la primera audiencia ante el tribunal tras la toma de la decisión. Si no fuera posible por el estado de los autos, se podrá solicitar mediante escrito antes de que se dicte la resolución definitiva para que se solviente en ella. De lo que se trata, en definitiva, es de limitar el ámbito de la decisión al Juzgado de 1.^a Instancia, sin posibilidad alguna de trasladarla a la Audiencia Provincial.

El recurso de queja, por su parte, simplifica también su tramitación, ya que se elimina la previa reposición y se interpondrá directamente ante el órgano al que corresponda resolver el recurso no tramitado, en el plazo de diez días desde la notificación de la resolución que deniega la tramitación de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación. Aunque el párrafo segundo del artículo 495 prevé que el tribunal resolverá sobre el recurso de queja en el plazo de cinco días, mediante auto no recurrible, lo cierto es que el generalizado incumplimiento de este plazo aconsejaría prever un sistema de comunicación entre los órganos judiciales afectados para que el órgano inferior tenga conocimiento de que se está tramitando un recurso de queja. Puesto que la ley nada prevé al respecto, lo más práctico será pedir a las partes, al inadmitir al recurso de que se trate, que comuniquen al órgano a que la admisión de un eventual recurso de queja.

Apuntes sobre la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer*

Antonio DEL MORAL GARCÍA

PRELIMINARES

Como se quiere subrayar en el título que encabeza estas líneas no se pretende un estudio sistemático exhaustivo. Tan solo ofrecer unas pinceladas y referencias jurisprudenciales sobre algunos concretos temas de frecuente aparición práctica en esta enrevesada materia. Son unas notas que quieren hacerse eco de los problemas que han ido surgiendo y las soluciones que con mayor o menor aceptación vienen asumiendo nuestros juzgados y Tribunales. En algunos casos se está lejos de llegar a criterios pacíficos: persisten las discrepancias entre juzgados aunque, al menos desde el observatorio que representa a estos efectos del Tribunal Supremo se percibe que ha disminuido el grado de conflictividad. La abultada cifra de cuestiones de competencia que se suscitaron en los primeros años de rodaje de la ley ha menguado con el paso del tiempo, seguramente por existir ya criterios más o menos asentados sobre los puntos más frecuentes o discutibles.

Las limitadas pretensiones de estas líneas aconsejan prescindir del aparato bibliográfico que necesariamente sería muy prolijo: los estudios sobre esta materia han proliferado en los últimos años hasta límites insospechados. Primaré las referencias jurisprudenciales, aunque en todo caso sin afán recopilatorio, sino tan solo de indicación de los pronunciamientos más significativos o actuales. Eso no obsta a la inclusión de una breve reseña bibliográfica final.

La llamativa abundancia de estudios, comentarios, artículos, conclusiones de seminarios... no ya sobre esta temática en general; sino también en particular sobre la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer es signo de su complejidad. Lo enrevesado del régimen legal es campo bien abonado para provocar frecuentes controversias que hacen dilapidar inútilmente muchos esfuerzos procesales encaminados a aclarar esas dudas de competencia generadas por una ley confusa que rompe con los criterios competenciales generales. Más valiera emplear esas energías en acometer la solución de fondo de la cuestión sometida a conocimiento del órgano judicial. Las discrepancias sobre competencia con las idas y vueltas del proceso nunca son buenas¹.

* Obedecen estas notas con adaptaciones y actualizaciones, en sus líneas esenciales a sendas ponencias de contenido semejante expuestas primero en el seminario sobre Violencia sobre la mujer celebrado en Ceuta en septiembre de 2009 en el marco del plan descentralizado de formación del Consejo General del Poder Judicial para jueces y magistrados y coordinado por los Ilmos. Sres. D. Luis Columna y D. Francisco Manuel Gutiérrez Romero; y posteriormente en el Colegio de Abogados de Sevilla en la jornada sobre el mismo tema celebrada el 4 de febrero de 2010.

¹ Un elocuente ejemplo ilustra la idea que se expone. En dos ocasiones, al menos, me he enfrentado en mi trabajo profesional a sendas cuestiones de competencia que en lo sustancial contenían iguales ingredientes: extensa denuncia de la mujer ante la Policía relatando una historia densa de malos tratos acacidos durante diversos años de convivencia, descendiendo a detalles y explayándose en circunstancias. Remisión al Juzgado donde como primera diligencia se llama a declarar a la mujer. Única pregunta: «¿Dónde tiene su domicilio?». Dos palabras por respuesta; fin de la declaración automáticamente sin el más mínimo interés por los hechos y, acto seguido, inhibición al Juzgado correspondiente a ese domicilio. El nuevo órgano judicial acuerda una nueva declaración. Interrogatorio también muy breve: ¿Vivía ya en esta localidad el día en que acacieron los hechos más graves? ¿cuándo ha establecido aquí su residencia? La mujer responde que se ha mudado definitivamente después de los hechos. Rechazo de la inhibición; planteamiento de la cuestión por el primer juzgado al Tribunal Supremo que resolverá unos meses después. Había pasado un año desde la denuncia y todavía ningún órgano judicial se había interesado por el fondo de los hechos. Es sabido que legalmente esas cuestiones de competencia no deben suspender la investigación. Pero tampoco revelo nada que no se sepa si aludo al casi generalizado (y puede ser que disculpable en ocasiones por exceso de asuntos) incumplimiento de esa norma.

Por eso cuanto más clara y uniforme sea la ley al establecer los fueros, mejor. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, no ha acertado en ese punto: la regulación se puede tildar de procelosa. En una futura reforma no estaría mal replantear el ámbito de competencias de los Juzgados de Violencia creados por la referida Ley, para clarificarlas, simplificar y homogeneizar los criterios suprimiendo peculiaridades. Seguramente sería muy conveniente restituir a los Juzgados de 1.ª Instancia (de familia, en su caso) las competencias en el ámbito civil. La opinión generalizada es que no está siendo una buena experiencia esa faceta civil de los Juzgados de Violencia contra la Mujer.

En dos grandes bloques se ordenan estas reflexiones: competencias penales; competencias civiles. En el primer gran apartado a su vez pueden abrirse dos epígrafes: competencia objetiva (juzgado de violencia sobre la mujer frente a juzgados de instrucción); y competencia territorial (distribución entre los distintos juzgados de violencia sobre la mujer).

En el campo civil abordaré tan solo algunos supuestos problemáticos puntuales: los límites a la pérdida sobrevenida de competencia del Juzgado de 1.ª instancia; algún tema de tramitación; y el problema de la competencia para conocer de la liquidación del régimen económico matrimonial.

Antes dos premisas previas comunes que tienen interés en mi opinión y que operan a modo de principio general en el territorio que se va a explorar.

1. COMPETENCIA OBJETIVA HORIZONTAL Y NULIDAD

Aunque la competencia de los Juzgados de Violencia contra la Mujer (JVM a partir de ahora) frente a los Juzgados de Instrucción (JI) o, en su caso, Juzgados de 1.ª Instancia (JPI) se fija en virtud de criterios materiales u objetivos no es totalmente asimilable a la competencia objetiva. Al tratarse de delimitación entre órganos de la misma clase y rango no estamos ante competencia objetiva *stricto sensu*, lo que tiene repercusiones nada desdeñables. En especial puede afirmarse a mi juicio que no habrá nulidad cuando actúa quien no es competente a diferencia de lo que se derivaría en otros casos: art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En ese plano de horizontalidad el régimen se asemeja más al de la competencia territorial. El conocimiento por un órgano incompetente no determina necesariamente la nulidad de lo actuado, como sucedería si se tratase de órganos situados en un plano de verticalidad, sino la necesidad de inhibición al competente.

Esa relevante singularidad es especialmente predicable en el ámbito penal. La instrucción realizada por un JVM cuando correspondería a un JI o viceversa no deviene nula. Además como la infracción se agotará normalmente en la fase de instrucción las consecuencias de una errónea asignación de competencias se atenúan mucho (vid. al respecto las interesantes consideraciones de la sentencia 757/2009, de 1 de julio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo).

De cualquier forma y como premisa general ha de reputarse técnica poco acertada la de distribuir la competencia entre órganos encuadrados en el mismo grado por criterios objetivos vinculados a la naturaleza del delito. Así se hace en materia de jurado, en el ámbito de la Audiencia Nacional y ahora en los JVM. Esa forma de repartir la competencia obliga a anticipar a los primeros momentos un debate que solo estará en condiciones plenas de ser resuelto tras la correspondiente investigación y práctica de prueba². De esa forma también parece condicionarse la solución de fondo a través de la respuesta —que necesariamente debiera ser precaria y provisional— al problema competencial. Repárese en los casos en que tras la práctica de la prueba o se modifican conclusiones o el juez o Tribunal toma una decisión de fondo que no

² Un ejemplo de lo que se dice: el Auto del TS de 12 de mayo de 2011: para decidir la competencia en esa fase inicial hay que pronunciarse sobre una discutible tipicidad.

concuera con la competencial. Pensemos en la Audiencia Nacional que opta por condenar por un delito de uso de documento falso (que no es de su competencia) cuando se acusaba de un delito de falsificación de tarjetas de crédito cometido por grupo organizado (cuya competencia sí le está atribuida); en la Audiencia Provincial que acaba entendiendo que el delito de tenencia ilícita de armas que acompañaba a la acusación por homicidio y que había determinado la exclusión del Jurado no está probado, y solo subsiste el delito consumado contra la vida; o en el magistrado-presidente que excluye del objeto del veredicto el delito de allanamiento de morada por no existir pruebas de la falta de consentimiento, quedando constreñido el debate a la acusación por las lesiones subsiguientes. En el ámbito de las competencias de los JVM, como indicaba hace un momento, el problema se ve muy menguado pues no se altera normalmente el órgano de enjuiciamiento: será la Audiencia Provincial o el Juzgado de lo Penal según la penalidad. Pero no desaparece totalmente: la conceptualización como delito competencia de los JVM puede arrastrar un cambio de fuero territorial que se proyectará en el órgano de enjuiciamiento (competentes serán el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial no del lugar de comisión de los hechos, sino del lugar donde tenga su domicilio la víctima³). Por eso si se desvanecen en el curso del proceso —particularmente en el desarrollo de la prueba en el acto del juicio oral— los elementos que han llevado a esa catalogación (se excluye que la relación sea análoga a la conyugal, se comprueba que no existía esa vinculación a la situación endémica de asimetría; se retira la acusación por el delito que determinaba esa competencia subsistiendo otros...), surgirá el problema competencial en avanzados estadios del proceso. En general para todos esos casos la solución ha de venir de la mano de la aplicación analógica del art. 48.3 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado: criterio de la *perpetuatio iurisdictionis*. No habrá lugar a modificar la competencia pese a que desaparezca la base que la determinaba (se mantendría la competencia, que por tanto no sería una competencia *secundum eventum litis* sino absoluta desde que se ha entrado en el juicio oral). De cualquier forma la normativa no es clara (la existencia de esa norma permite también argumentar en dirección contraria: *inclusionis unius...*). Ningún argumento contundente impide apoyar otra solución con las secuelas tan perversas desde el punto de vista práctico que arrastra una modificación de la competencia en esas fases finales del proceso.

2. IN DUBIO PRO JVM

El art. 87 ter 4 LOPJ establece un régimen de carga de la prueba en materia de competencia que inclina a resolver las dudas a favor de los JVM. Cuando la cuestión es dudosa hay *vis* atractiva de este Juzgado que para rechazar la competencia necesita que *notoriamente* no se trate de actos de violencia contra la mujer.

³ Otro ejemplo de lo que se apunta lo hallamos en la sentencia del Tribunal Supremo 785/2010, de 30 de junio. La competencia de la Audiencia Provincial se determinó en virtud del domicilio de la víctima, no coincidente con el del lugar de comisión de los hechos. Además había un problema sustantivo implicado: la mera relación de noviazgo, ¿suponía la aplicabilidad de ese fuero especial? La sentencia resuelve la cuestión minimizando su alcance en línea con lo que antes se ha apuntado: «En este caso la víctima había sido poco antes de la agresión novia del acusado, («había mantenido una relación sentimental», dice el Hecho Probado), por lo que su domicilio determinaba la competencia y no el lugar de comisión del hecho. Se trata además de una cuestión ya resuelta por la Audiencia Provincial de Oviedo que aplicó el criterio legal del art. 15 bis de la LECrim para desestimar el recurso de apelación interpuesto contra el Auto inhibitorio de Llanes a favor del Juzgado de Instrucción de Guernica-Luno. Y esta Sala tiene dicho que la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia sobre los órganos de la jurisdicción penal ordinaria no constituye infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley (Sentencia de 15 de febrero de 2010). Por otra parte el desplazamiento de la víctima a Llanes para trabajar allí durante el verano era una residencia transitoria que no integra la idea de domicilio reservado por el art. 40 del Código Civil al lugar de la residencia habitual, que precisamente por exigir esta última característica no puede confundirse con la simple residencia temporal».

A nivel de enjuiciamiento rige el principio contrario: la duda ha de solventarse aplicando lo más beneficioso, que será normalmente la exclusión de esa normativa especial.

De esa forma lo procesal y lo sustantivo han de resolverse con un criterio opuesto. Si se tienen dudas, por ejemplo, sobre la equiparabilidad de una relación concreta a la conyugal a efectos de aplicación del régimen de la Ley Orgánica 1/2004 para fijar la competencia la solución será afirmarla respecto de los JVM puesto que no se puede hablar de *notoria* falta de competencia. Pero en trance de tipificar los hechos emergerá el genuino *in dubio* probatorio o el paralelo principio *pro libertate* para determinar la calificación más benigna que seguramente hubiese excluido la competencia del JVM. La fijación de la competencia en virtud de criterios sustantivos —tipo de delito, modalidad comisiva, naturaleza machista de la infracción—, obliga a adelantar provisionalmente los temas de fondo a los solos fines de determinar la competencia; pero con un criterio antagónico con el que ha de regir en el momento del enjuiciamiento. Las dudas se ventilarán inclinándose por de la competencia del JVM. Piénsese en temas dudosos desde el punto de vista probatorio —no está clara la asimilabilidad a una relación conyugal—; o sustantivo —personas del mismo sexo; relaciones adulterinas; agresiones recíprocas en un marco de igualdad según, de forma más que discutible, ha venido a admitir alguna reciente jurisprudencia (sentencias 654/2009 de ocho de Junio y 629/2009, de 24 de noviembre). En los comienzos del procedimiento, al no tratarse de supuesto de manifiesta incompetencia del JVM, éste ha de conocer del mismo⁴. Planteada la cuestión en el momento de dictar sentencia el criterio será el contrario: las dudas probatorias se resuelven a favor del reo (si no consta la mínima estabilidad de la relación se excluye el tipo específico); y los tipos penales (arts. 153 así como todos lo que hacen referencia a las relaciones análogas a la conyugal para agravar la penalidad) se interpretan restrictivamente. El canon de solución se invierte según estemos ante un problema de competencia (se da prevalencia a la solución favorable a etiquetar los hechos como «violencia de género»); o un problema de fondo (tesis contraria: en la duda habrá que optar por excluir esa catalogación)⁵.

⁴ Esa orientación parece inspirar la decisión adoptada por el Auto del TS de 13 de enero de 2010: no había debate sobre el lugar de comisión de los hechos, ni sobre el lugar donde estaba domiciliada la víctima. Lo que se discutía es si un matrimonio de conveniencia podía entenderse comprendido en el marco protector de la Ley Orgánica 1/2004. El TS sostiene que en ese momento procesal no puede plantearse esa cuestión y estando formalmente ante una relación conyugal es de aplicar el criterio competencial especial.

⁵ Y eso lleva a soluciones no fáciles cuando la discrepancia entre los dos Juzgados es de fondo y no de simple competencia. El supuesto resuelto (¿resuelto?) por el Auto del TS de 14 de octubre de 2010 es un buen ejemplo. El Juzgado del domicilio de la denunciante entiende que la relación existente entre víctima y agresor no era tan intensa como para determinar el presupuesto que sirve para convertir en delito una agresión constitutiva en principio de falta. Declara falta los hechos y como lógica consecuencia remite el proceso al Juzgado del lugar donde se había producido la agresión. Este Juzgado rechaza la inhibición obteniendo el refrendo del TS en la cuestión suscitada. Ya la causa definitivamente en el Juzgado del domicilio, ¿qué puede hacer el órgano? Si atiende a su criterio sobre el fondo (sería una falta del art. 617) no es competente. Pero tampoco es correcto que opte por la calificación como delito de forma indeclinable si no es esa su opinión. ¿Deberá una vez firme el auto que declare los hechos falta inhibirse al Juzgado del lugar de comisión de los hechos? En definitiva viene a decirse: a efectos de competencia existe una relación análoga a la conyugal; pero a efectos sustantivos, no. El argumento final del Auto citado pone de manifiesto que en último término la conveniencia del caso concreto es lo definitorio más que criterios dogmáticos generalizables: «Por otra parte, la denunciante tiene su domicilio en El Astillero (Cantabria), el denunciado lo tiene en Polanco (Cantabria) —hay una distancia aproximada de 20 Km. entre ambas localidades— y el denunciado admite haber pasado tiempo en el domicilio de ella. No tiene mucho sentido, además, atribuir la competencia al Juzgado de Instrucción de Carrión de los Condes, en cuyo partido judicial se produjo la denuncia por motivos de viaje. Efectivamente, cuando la pareja se dirige por la carretera N-6 11 (Santander-Palencia) a Osorno la Mayor (Palencia) para dirigirse luego por la autopista A-23 1 (Burgos-León) a León a visitar a unos amigos, estalla la crisis y es cuando Aída Verónica aprovechando la parada en una gasolinera formula la denuncia, que muy bien pudo presentarla en la localidad de su residencia. Por lo expuesto y de conformidad con lo peticionado por el Ministerio Fiscal ante esta Sala la competencia corresponde al Juzgado de Santander». El supuesto inverso aparece en el Auto de 11 de diciembre de 2009: la denunciante que residía en Sagunto, había conocido por *Internet* al agresor. Se desplaza a Madrid y conviven durante veinte días allí. La agresión se produce en el momento de despedirse. El conflicto entre los dos Juzgados de Violencia sobre la Mujer (Valencia y Madrid) es zanjado por el Tribunal Supremo con una decisión salomónica: ni uno ni otro. Ha de conocer el Juzgado de Instrucción

3. COMPETENCIAS DE LOS JVM FRENTE A LOS JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN

Como es sabido los criterios delimitadores aparecen recogidos en el art. 87 ter 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se prescinde, en sintonía con el método prefijado, de un estudio de todo el precepto. Me limito a algunos puntos que han sido objeto de controversia.

a) Los delitos de *quebrantamiento de condena* por incumplimiento de las órdenes de alejamiento o prohibiciones de aproximación o comunicación que hayan podido darse no son competencia de los JVM. Tan solo por vía de conexidad —cuando sean medio para cometer uno de los delitos que sí les están atribuidos o para procurar su impunidad: arts. 17.3º y 4º LECrim— podrá afirmarse esa competencia (Auto de 22 de marzo de 2010 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo). Tras unas iniciales dudas, esa opinión se ha asentado en la práctica y es relativamente pacífica.

b) Subsiste sin embargo la polémica y conviven soluciones divergentes en materia del delito de *impago de pensiones* del art. 227 del Código Penal. El hecho de que los delitos contra los derechos y deberes familiares aparezcan expresamente mencionados en la relación contenida en el art. 87 ter 1 ha favorecido la opinión favorable a la inclusión que continúan sosteniendo algunas Audiencias Provinciales. No es ese el criterio del Tribunal Supremo plasmado en el Auto de 5 de noviembre de 2008: «...como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal ante esta Sala, la regla general es que los delitos del art. 227 C.P. no se incluyen en las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la mujer, por lo que para resolver esta cuestión de competencia habrá de estarse a las normas generales del art. 14 LECrim». A continuación recuerda el Auto algunos de sus criterios tradicionales para resolver esta cuestión: «...al tratarse de un presunto delito de impago de pensiones alimenticias ha de determinarse cuál es el lugar de comisión del delito y, en concreto, si este ha de ubicarse en el domicilio del obligado al pago de esas pensiones (...) o en el del receptor de las mismas (...). Existe una consolidada doctrina de esta Sala contenida, entre otros, en Autos de 17 de junio de 1996, 12 de febrero y 6 de noviembre de 1998, 4 de febrero del 2000, 14 de febrero, 30 de mayo y 22 de julio de 2003, 30 de marzo de 2007 y más recientes de 28/05/08 cuestión de competencia 20613/07 entre otros, que vienen a coincidir en que «...al constituir el delito de impago de pensiones un delito de omisión, la competencia viene determinada por el lugar donde debe cumplimentarse la obligación...» que, en estos supuestos, no es otro que el fijado en convenio o resolución judicial al respecto y, en su defecto, el del domicilio de quien debe de recibir las cantidades adeudadas (que coincide con lo dispuesto en el art. 1171 C.Civil) como en este caso consta en resolución dictada por el Juzgado de S... que la cantidad establecida como pensión de alimentos será ingresada en la cuenta de la Caixa de la sucursal sita en M..., así las cosas procede resolver esta cuestión de competencia a favor del Juzgado de Instrucción de M... (art. 14.2 LECrim)».

de Madrid pues no estamos ante una relación análoga a la conyugal. El tema de fondo resuelto ya por el máximo órgano jurisdiccional al decidirse en los comienzos del procedimiento un problema de competencia. Existe una tendencia a enfrentarse a la interpretación del art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004 («relaciones de afectividad» similares a la conyugal) de forma muy amplia queriendo comprender el noviazgo y otras. Creo que es una orientación exegética bienintencionada para ampliar el efecto protector de la ley, pero frente a la que hay que manifestarse prudentes y cautelosos, especialmente por los efectos colaterales no siempre bien pensados que arrastra. No podemos interpretar aquí una cosa y leer la misma expresión de forma diferente al encontrarla en otros pasajes legales (art. 416 LECrim, arts. 268 o 454 CP): si decidimos que el noviazgo aunque sea efímero está comprendido en esa fórmula, la conclusión será que también ahí jugará la excusa absolutoria en los delitos patrimoniales o en el encubrimiento. Pienso que el tema se está desenfocando en la práctica. Hay dos notas esenciales de la relación conyugal que no pueden diluirse so pena de convertir en irreconocible la institución: un cierto compromiso (consentimiento matrimonial) y una vocación de estabilidad (el matrimonio permanecerá salvo decisión exteriorizada en sentido contrario). Esas dos notas, con mayor o menor fuerza, no pueden faltar para establecer la analogía. Una relación esporádica no es análoga a la matrimonial. El componente sexual no es lo que caracteriza primordialmente la relación conyugal. Pienso que si se quiere extender el manto protector de la ley a otros supuestos que manifiestan la dominación del hombre sobre la mujer —finalidad correcta— hay que explorar unas vías diferentes que no sean el ensanchamiento de la analogía hasta límites en que lo semejante es solo la presencia de hombre y mujer, sin nada más característico de la relación conyugal.

El Auto de 28 de mayo de 2008 insiste en que no es posible la aplicación analógica del art. 15 bis a los delitos del art. 227 del Código Penal. No sobra reseñar aquí que el Tribunal Supremo trasluce algunos titubeos a la hora de determinar la competencia de estos delitos fijándose en el domicilio de la víctima pero no por razón del art. 15 bis que a lo más es invocado como argumento analógico de refuerzo (Autos de 17 de junio de 1996, 21 de enero de 1998, 12 de febrero, y 6 y 20 de noviembre de 1998, 4 de febrero de 2000, 14 de febrero, 30 de mayo y 22 de julio de 2003, 8 de octubre de 2004 y 24 de abril o 28 de junio de 2007). Frente a ello hay que insistir en que el delito de impago de pensiones es un delito de omisión. El lugar de comisión será aquél en el que el sujeto hubiera podido y debido desplegar la conducta omitida (teoría de la acción esperada: sentencia de 5 de junio de 1982 y Autos de 15 de julio o 20 de noviembre de 1998). En el caso de la infracción que define el art. 227 del Código Penal hay que indagar en qué lugar debía producirse el pago, lo que conduce a lo establecido en la sentencia o auto judicial y, en su defecto, al domicilio del deudor (art. 1171 del Código Civil). Como se expresa en el Auto de 30 de enero de 2003 el dato clave es el lugar donde el obligado tenía que actuar lo que conducirá normalmente a su lugar de residencia habitual. Así se proclama igualmente en el Auto de 23 de septiembre de 2004: *«En estos supuestos, como hemos declarado reiteradamente, por todos Autos de 30 de mayo de 2003, 14 de febrero de 2003, o 21 de enero de 2004, el extremo esencial a dilucidar, al tratarse de la persecución de un presunto delito de impago de pensiones alimenticias, no es otro que el del lugar de comisión del ilícito y, en concreto, si éste ha de ubicarse en el domicilio del obligado al pago de esas pensiones o en el del receptor de las mismas»* y a este respecto existe ya una consolidada doctrina de nuestra Sala, contenida, por ejemplo, en Resoluciones como las de 17 de Junio de 1996, 12 de Febrero y 6 de Noviembre de 1998, 4 de Febrero de 2000 o 14 de Febrero de 2003, que viene a coincidir en que *«...al constituir el delito de impago de pensiones un delito de omisión, la competencia viene determinada por el lugar donde debe cumplimentarse la obligación... «que, en estos supuestos, no es otro que el del lugar de residencia del obligado al pago donde omite el deber impuesto»*. El Auto de 18 de junio de 2010 también parece arrancar de ese criterio aunque introduce algún matiz: *«La cuestión de competencia ha de resolverse a favor del Juzgado de Instrucción de Fuengirola, pues en los delitos de omisión tiene dicho la jurisprudencia de esta Sala que el lugar de comisión del delito es aquél en que se omitió la conducta que el agente debió desplegar. Se sopesa, igualmente, que si bien el carácter autónomo del derecho penal no impone someterse a criterios civilísticos referentes al lugar de cumplimiento de la obligación de pago, en este caso la naturaleza del delito concreto objeto de la controversia está integrada por el incumplimiento criminalizado de una obligación civil, por lo que es factible, según criterio asentado en la jurisprudencia, acudir como referente competencial a la ubicación del lugar de cumplimiento de la obligación. En efecto, en el auto dictado por este Tribunal el 21 de enero de 1998 se entendió, en un caso similar, que el lugar de cumplimiento es el correspondiente a la cuenta bancaria que designa la actora, ya que otra solución no haría más que generar una grave inseguridad jurídica al hacer depender en cada caso la ubicación de la competencia del lugar en que se hallase el obligado al pago en la fecha del cumplimiento de la obligación, lugar que puede ser desconocido o de difícil comprobación. Esta situación se complica todavía más al tratarse de un tipo delictivo que se consume por varias omisiones. En consecuencia, conforme al art. 1171 del C.Civil, el lugar de cumplimiento es el determinado en el contrato, en el que se le otorgaba a la mujer la facultad de designar cuenta corriente donde debía abonársele mensualmente la cantidad a pagar por el sujeto activo del delito. Estando acreditado y así lo ha declarado el denunciado que la pensión debía ingresarla en la Caixa oficina de Mijas, partido judicial de Fuengirola, le corresponde a éste la competencia para conocer de los hechos»*.

c) La competencia por *conexidad* es resuelta por la Ley con un criterio restrictivo similar al adoptado en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado: los JVM solo atraen la

competencia de aquéllos delitos que no le estén específicamente atribuidos y que sean conexos cuando la conexidad se base en la relación de medio a fin entre uno y otro delito; o uno de los delitos se haya perpetrado para encubrir al otro (supuestos de los números 3 y 4 del art. 17 de la LECrim: art. 17 bis). El principio general es la tramitación por separado de todos los delitos que no estén conectados por alguna de esas vías, aunque estén ligados estrechamente. Sin embargo esa norma no puede ser atendida cuando existe riesgo de romper la continencia de la causa. De ahí que, al igual que sucedió en el cuadro de atribuciones del Tribunal del Jurado, se haya impuesto la regla de que los delitos habrán de investigarse y enjuiciarse conjuntamente en una misma causa cuando exista ese peligro real de ruptura de la continencia. Particularmente sucederá eso en los casos de denuncias cruzadas por hechos sucedidos simultáneamente o en un breve espacio temporal (acometimientos mutuos, riña conjunta, agresiones al policía o al tercero que trata de mediar...). Aunque las normas que disciplinan las situaciones son idénticas, en este campo la práctica (y a la cabeza la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2005) se ha decantado por otorgar *vis atractiva* a los JVM frente a los Juzgados de Instrucción y ello con independencia de la gravedad de cada una de las infracciones (Auto del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2007). Si uno de los delitos es competencia del JVM, todos habrán de seguir ese camino. En materia de jurado, sin embargo, la solución venía siendo la opuesta: se entendía que era la Audiencia Provincial la que recuperaba su competencia extrayéndose así del Tribunal del Jurado aquellos delitos cuyo enjuiciamiento le está asignado cuando concurren con un delito no competencia del Jurado cuyo enjuiciamiento conjunto venga impuesto por la necesidad de no romper la continencia de la causa y siempre que la relación de conexidad no sea de las previstas en los núms. 3.º y 4.º del art. 17 LECrim. (Acuerdos no jurisdiccionales del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1999 y 29 de enero de 2008 y de 21 de enero de 2010).

4. COMPETENCIA TERRITORIAL: DISTRIBUCIÓN DE ASUNTOS ENTRE LOS JVM

El nuevo art. 15 bis LECrim sustituye el *forum delicti commissi* por el fuero del domicilio de la víctima. Está ya plenamente afianzado el criterio a tenor del cual el domicilio ha de ser el que se tenía en el momento en que se llevaron a cabo los hechos. Las ulteriores modificaciones de residencia no pueden incidir en la competencia pues dejarían en las manos de la víctima la elección del juez por esa vía indirecta, amén de que se generaría inseguridad jurídica y el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley padecería en términos no asumibles. Tal criterio, enunciado inicialmente por la Fiscalía General del Estado, goza del refrendo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Acuerdo de 31 de enero de 2006).

La finalidad de ese nuevo criterio competencial es muy clara: facilitar a la víctima la tutela judicial, minimizando la victimización secundaria al establecerse un fuero que ordinariamente supondrá una mayor cercanía o proximidad entre la agredida y el órgano llamado a conocer de los hechos. Esa finalidad es un criterio interpretativo teleológico de importancia. Pero no puede llegar hasta contradecir la literalidad de la ley aunque padezca la finalidad. Lo definitivo es el domicilio en el momento en que sucedieron los hechos, aunque la víctima se haya instalado con posterioridad en un lugar lejano precisamente para poner distancia entre ella y el agresor.

Son muy abundantes los Autos de la Sala Segunda que insisten machaconamente en ese criterio. Baste transcribir dos de ellos que contienen una literatura, más que similar, clónica y presente de forma cansina en estas resoluciones. El Auto de 11 de noviembre de 2008 establece: «*La denunciante A..., atribuye al denunciado... una serie de insultos y golpes cuando ambos se encontraban en un domicilio de la ciudad de Alicante. En la denuncia A expresó que había tenido una relación estable de afectividad con el denunciado que había finalizado. El Juzgado de Alicante incoa*

las correspondientes Diligencias Previas y se inhibe en favor del Juzgado de Violencia sobre la mujer de Madrid al estimar que el domicilio habitual de la denunciante radicaba en esta ciudad. Madrid rechaza la inhibición en base a que en las actuaciones los únicos domicilios que obraban de la denunciante estaban en Alicante. El artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorporado por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, dispone que «En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima...» norma que trata de favorecer la situación procesal de la víctima en su relación con el órgano jurisdiccional y que puede suponer una excepción a la norma general del forum delicti comisi. Hay que decidir lo que se entiende por domicilio de la víctima ya que el nuevo precepto no precisa si se está refiriendo al domicilio de la víctima en el momento en el que se producen los hechos punibles o el que tenga al tiempo de presentar la denuncia. Esta decisión ha sido sometida a un Pleno no jurisdiccional de esta Sala que, en reunión celebrada el día 31 de enero de 2006, ha acordado que por domicilio de la víctima habrá que entender el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles, en cuanto responde mejor al principio de juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio y es el criterio que coincide con el expuesto por el Ministerio Fiscal, aplicando el mantenido por la Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado. Por lo expuesto, en el presente caso, debe resolverse la cuestión de competencia negativa atribuyendo la misma al Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Madrid, al ser en ese partido judicial donde tenía la víctima su domicilio en el momento de la comisión de los hechos, pues ha quedado acreditado que la propia denunciante (folios 80-81) manifestó que: «ella reside habitualmente en Madrid, pero cuando ocurrieron los hechos estaba aquí (en Alicante) de vacaciones, porque era época de reyes. Que su domicilio era y sigue siendo Madrid».

El Auto de 12 de noviembre de 2008 reproduce términos casi idénticos: «El artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorporado por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, dispone que «En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima...» norma que trata de favorecer la situación procesal de la víctima en su relación con el órgano jurisdiccional y que puede suponer una excepción a la norma general del forum delicti comisi. Hay que decidir lo que se entiende por domicilio de la víctima ya que el nuevo precepto no precisa si se está refiriendo al domicilio de la víctima en el momento en el que se producen los hechos punibles o el que tenga al tiempo de presentar la denuncia. Esta decisión ha sido sometida a un Pleno no jurisdiccional de esta Sala que, en reunión celebrada el día 31 de enero de 2006, ha acordado que por domicilio de la víctima habrá que entender el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles, en cuanto responde mejor al principio de juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio y es el criterio que coincide con lo expuesto por el Ministerio Fiscal, aplicando el mantenido por la Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado. Nos encontramos con un delito de detención ilegal, competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, conforme al art. 14.5 a) más los hechos ocurrieron en el domicilio de la víctima en la C/ Iglesia n.º 1 de Nerja donde compartía piso con el presunto agresor, independientemente que con anterioridad y en el DNI de la víctima figurase el domicilio en Barcelona, así las cosas procede resolver la cuestión de competencia negativa atribuyendo la misma como propugna el Ministerio Fiscal a favor del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Torrox al ser en ese partido judicial donde tenía la víctima su domicilio en el momento que se cometieron los hechos y en cuyo domicilio acaecieron».

Un último botón de muestra: el auto de 28 de enero de 2009. Aunque aquí concurre una peculiaridad: la víctima es una menor y por tanto se atiende al domicilio de quien tenía su custodia legal. «El Juzgado de Instrucción n.º 47 de Madrid, incoó

las D.Previas 84/08 por denuncia de la menor E, contra su compañero sentimental M C, declarando con fecha 19 de enero y entre otras, manifestó: «con domicilio en esta capital calle Viento 3, 1.º B», tras recibirle declaración y regularizar la situación del detenido, el Juzgado de Madrid se inhibe a favor de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer n.º 3 de Madrid, que incoó las D.Previas 94/08 y acordó la inhibición al de igual clase n.º 8, que a su vez incoó las D.Previas 13/08 y al desprenderse que la menor tenía su domicilio en la localidad de Villanueva de la Cañada, se inhibe a favor de Móstoles n.º 1 de Violencia sobre la Mujer, que había incoado las D.Previas 152/08, por denuncia de la madre de la menor sobre su desaparición del domicilio de Villanueva, ya que tenía otorgada la custodia de la misma. El Juzgado de Móstoles se inhibe a Figueras, donde la menor partió con su compañero sentimental a Roses, perteneciente aquel partido judicial y donde la menor presentó denuncia contra su compañero sentimental por agresión y quebrantamiento de medida cautelar, dando lugar a las D.Previas 291/08 de Figueras n.º 7. El artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorporado por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, dispone que «En... (aquí sigue una reproducción exacta de los párrafos ya transcritos presentes también en los autos precitados) ... En el presente caso, la cuestión a dilucidar es cual era el domicilio de la menor en el momento en que sucedieron los hechos. Así nos encontramos que la primera denuncia presentada en Móstoles por la madre de la menor (víctima) denunciando la desaparición de esta de su domicilio en Villanueva de la Cañada, partido judicial de Móstoles, ya que la denunciante está separada de su marido que vive en Madrid, y es ella quien tiene la custodia de la menor. Luego la menor tenía su domicilio en Móstoles. Cuando la menor denuncia en Madrid las agresiones por parte de su pareja, dice tener el domicilio en Madrid en casa de su padre y posteriormente parte con su pareja a Figueras, donde vuelve a denunciar a su compañero sentimental por agresiones y quebrantamiento de medida otorgada por el Juzgado de Móstoles, por tanto en el momento en que ocurrieron los hechos la menor tenía su domicilio en Villanueva de la Cañada, domicilio legal al tener su custodia la madre, así la cuestión de competencia ha de resolverse a favor de Móstoles al ser en ese partido judicial donde la víctima tenía su domicilio cuando sucedieron los hechos conforme propugna el Ministerio Fiscal ante esta Sala».

Los Autos de 14 de septiembre de 2009, 14 de enero, 21 de abril, 16 de junio, 23 de septiembre y 21 de octubre de 2010, y de 19 de enero, 4 y 18 de febrero, 27 de mayo o 30 de junio de 2011 insisten en esa doctrina.

El examen de los supuestos de hecho examinados pone de manifiesto que no es infrecuente que la víctima haya modificado su domicilio tras los hechos. Esa realidad sociológica desbarata la finalidad tuitiva de la ley: muchas veces es la víctima la que ve tramitarse el proceso en un lugar distinto del de su actual residencia. La previsión legislativa modificando el fuero territorial no solo no ha alcanzado su bienintencionado propósito, sino que además ha introducido un factor de confusión que lastra a veces el inicio del proceso con problemas de competencia: para decidir el Juzgado encargado de conocer del asunto hay que combinar criterios de fondo (¿es un delito de los incluidos en el art. 1 de la Ley?), manejar un concepto de domicilio que no aparece siempre con nitidez, y contar con la movilidad de la víctima antes y después de los hechos.

5. IRRETROACTIVIDAD DE LA COMPETENCIA DE LOS JVM

La competencia de los JVM solo viene referida a hechos posteriores a la entrada en vigor de la ley que tuvo lugar el 29 de abril de 2005. Todos los hechos cometidos con anterioridad han de ser conocidos por los órganos competentes con arreglo a la normativa previgente, sea cual sea la fecha de incoación del procedimiento.

La Disposición Transitoria primera de la ley sienta esa regla para todos los procedimientos pendientes en el momento de la entrada en vigor. En mi opinión la irretro-

actividad ha de ser máxima (por virtud del derecho al juez ordinario *predeterminado* por la ley). Es decir, que los nuevos criterios competenciales no podrán afectar a ningún hecho acaecido con anterioridad, aunque el procedimiento se incoe ya vigente la ley⁶.

Ese es el criterio de la jurisprudencia (autos de 3 de abril de 2006 o 5 de febrero de 2007), aunque en alguna resolución parece darse a entender que la fecha clave sería la de la judicialización y no la de comisión de los hechos (Auto de 13 de junio de 2008).

Además de los citados se adhiere a ese criterio el Auto de 16 de abril de 2009: *«la cuestión de Competencia negativa debe ser resuelta como propugna el Ministerio Fiscal ante esta Sala a favor del Juzgado de Carlet, ya que los hechos objeto de la denuncia, que tuvo entrada en el Juzgado del Prat de 10 de febrero de 2005, ocurrieron en fecha del 4 al 6 de enero del mismo año, no siendo aplicable la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género que dispuso su entrada en vigor en lo que se refiere a lo dispuesto en los títulos IV y V, a los seis meses desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 29 de junio de 2005, contemplándose en dichos títulos la creación de los Juzgados de Violencia sobre la mujer y la inclusión del artículo 15 bis de la LECr, por lo que ateniendo no sólo a la fecha de comisión de los hechos objeto de denuncia (4 a 6 de enero de 2005), sino a la fecha de incoación de las correspondientes Diligencias previas, en fecha 10 de febrero de 2005, la competencia para la instrucción de los mismos corresponde, con arreglo a lo establecido en el artículo 14 de la LECr, al Juzgado de Instrucción del lugar de comisión de los hechos delictivos, desprendiéndose de lo manifestado por la víctima que los mismos tuvieron lugar en el domicilio conyugal que compartía con el denunciado en la localidad de Benifayó, correspondiente al Partido Judicial de Carlet».*

Sin embargo el Auto de 3 de abril de 2009, aplica el art 15 bis pese a contemplar hechos anteriores: pero parece que estamos ante un desliz y no ante una decisión consciente y deliberada.

6. CONCURRENCIA DE VARIOS DOMICILIOS

Se repiten bastante los casos en que puede hablarse de pluralidad de domicilios de la víctima en el momento de comisión de los hechos. Esa situación puede originarse por dos órdenes de razones:

a) Porque la víctima simultanee diversos lugares de residencia habitual (vive temporadas en uno y en otro; está en fase de cambio: sin haber abandonado definitivamente el domicilio anterior, ha iniciado un proceso de asentamiento en el nuevo con vocación de sustituir a aquél, pero sin que se haya consumado el cambio...: son situaciones que ofrece la realidad siempre rica, y que surgen como consecuencia de que el concepto de domicilio es más fáctico que normativo: no se trata de averiguar el lugar de empadronamiento, sino el lugar de residencia efectiva con cierta vocación de estabilidad). El domicilio es algo más que un paradero puramente interino o esporádico. Pero desde el mismo momento en que una persona se ubica en un lugar con una vocación, aun no consolidada, de establecerse allí eso ha pasado a ser uno de sus domicilios que puede coexistir con el anterior no totalmente abandonado. Hay que atender a un concepto más fáctico que burocrático en sintonía con el art. 40 del Código Civil. Desde el primer instante de la instalación en una ciudad, desde que se comienza a desarrollar la vida habitual en un lugar, aunque no se hayan roto totalmente los lazos con el domicilio anterior y aunque inicialmente no exista una decisión clara,

⁶ Criterio diferente ha adoptado el TS al analizar la modificación de competencias de la Audiencia Nacional en materia de falsificación de moneda operada por la LO 5/2010: afecta a los procedimientos en trámite según una ya nutrida serie de autos que tampoco se adentran en demasiadas justificaciones y dan por indiscutible lo que no lo es en absoluto.

irrevocable y firme de permanecer indefinidamente en tal ciudad puede hablarse de domicilio. El lugar de residencia efectiva, seguido con más o menos claridad de la voluntad de establecerse allí debe ser tenido por domicilio (vid. sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1992 y 13 de julio de 1997, así como Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado).

b) Porque en la causa se ventilen diferentes hechos sucedidos en fechas diversas pero investigados conjuntamente por virtud del art. 17.5º (todos ellos competencia de los JVM, y denunciados en fases que hacen viable la acumulación), siendo así que la víctima durante ese tiempo ha cambiado de domicilio. Por ejemplo, se denuncia un delito de maltrato habitual en el seno de un matrimonio que abarca conductas acaecidas en diversos domicilios compartidos por los cónyuges a lo largo del tiempo. En este segundo supuesto la primera cuestión a dilucidar es si los diversos delitos (si es un único delito no hay duda) han de enjuiciarse conjuntamente. Respondido ese interrogante de manera afirmativa surge la segunda pregunta: ¿a cuál de los diversos domicilios sucesivos habrá que estar?

En esos casos de pluralidad de lugares de residencia habitual, el criterio legal ha de completarse con otros. Podemos acudir al art. 18 que llevaría al Juez del domicilio en el momento en que hayan sucedido los hechos más graves penalmente (si son domicilios sucesivos); o, subsidiariamente, al primero que haya conocido de los hechos. Puede acudirse igualmente al art. 14 (lugar donde sucedieron los hechos si coincide con uno de los domicilios). O a los fueros subsidiarios del art. 15 (lugar donde fue detenido el imputado —art. 15.2— o donde venía residiendo —art. 15.3— ... para elegir de entre los diversos domicilios aquél que además coincida con uno de esos criterios).

En mi opinión hay que estar de entre los diversos domicilios que pueden concurrir a aquél donde tenga la víctima mayor arraigo. Ese es el criterio que mejor responde a la finalidad del art. 15 bis. Sería un sinsentido que se obligase a víctima y acusado a desplazarse una distancia nada despreciable para la celebración de un juicio, en aras sarcásticamente de una mayor protección a la víctima y de una aligeración de las molestias derivadas del seguimiento del proceso. A veces, aunque con argumentos sinuosos, se opta de entre los diversos domicilios por aquél que siga manteniendo la víctima si es que ya dejó uno de ellos de manera definitiva.

La realidad es rica en variados matices que al final tienden a solventarse por criterios de sentido común, más voluntaristas que de estricto rigor jurídico. La facilidad para la instrucción y el ocasionamiento de las menores molestias a la víctima sirven en caso de duda para decidir la cuestión cuando, pese a que pueda hablarse de que el criterio del domicilio en el momento de los hechos aparejaba otro fuero, existen poderosas razones de conveniencia para soslayar ese «detalle». Un ejemplo de ello puede encontrarse en el Auto de 16 de enero de 2008. Aunque el domicilio de la víctima en el momento de los hechos radicaba en Alcalá de Henares pues según había dicho en febrero de 2007 había decidido trasladarse a vivir a esa localidad abandonando el domicilio conyugal, el hecho de manifestar más de seis meses después (septiembre de 2007) su intención de regresar a ese lugar, hace decantarse por éste pese a que los hechos habían sucedido en mayo de 2007. Ya el Fiscal se había expresado así: «... la víctima de los hechos indica que su estancia en la localidad de Alcalá de Henares se ha producido de forma circunstancial, por cuanto pretende regresar a su domicilio en Cilleros, una vez que termine su contrato de trabajo... Si, como parece, a la fecha del presente dictamen, M^a del Carmen P. se encuentra en la localidad de Cilleros, resulta más adecuado para lograr los fines señalados en la citada Ley de Violencia de Género que asuma la competencia para la instrucción de la causa el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Coria, por cuanto allí reside la víctima, y en ese lugar se han cometido los hechos delictivos, lo que, sin duda facilitará su enjuiciamiento». Y el Tribunal Supremo asumiendo ese subterfugio razona: «la cuestión de competencia negativa atribuyendo al Juzgado de Instrucción de Coria el conocimiento de las diligencias que han determinado esta cuestión de competencia, al ser en ese partido judicial donde tenía la víctima su

domicilio en el momento de la comisión de los hechos y donde ocurrieron los mismos, siendo meramente accidental (¿?), como declara la víctima, la residencia en Alcalá por trabajo, regresando a su domicilio en Coria en septiembre pasado. (art. 15 bis y 17 bis LEcrim.)».

Orientaciones similares inspiran los Autos también de la Sala Segunda de fecha 10 de diciembre de 2007, 15 de febrero de 2008 («Por lo expuesto, en el presente caso debe resolverse la cuestión de competencia negativa atribuyendo al Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Palma de Mallorca el conocimiento de las diligencias que han determinado esta cuestión de competencia, al ser en ese partido judicial donde tenía la víctima su domicilio en el momento de la comisión de los hechos y donde ocurrieron los mismos, siendo meramente accidental como declara la víctima la residencia en Gijón que simultaneó durante un tiempo, viajando a la ciudad el 28.02.06 y regresando a Calvía (Palma) el 11.03.06 (art. 15 bis y 17 bis LEcrim)»; o 13 de mayo de 2008 («En el caso concreto de dualidad de lugares de residencia como pone de manifiesto el Ministerio fiscal ante esta Sala, debe darse primacía al fuero que responde con más fidelidad a la finalidad que buscaba el legislador al introducir el 15 bis, a aquel en que la víctima tenga mayor arraigo, lo que nos conduce a Madrid pues no se trata de una mutación de domicilio posterior a los hechos, sino un domicilio preexistente que tras los hechos se ha convertido en el único efectivo»).

Diferente es el criterio del Auto de 25 de marzo de 2009: como el domicilio oficial en el momento de comisión de los hechos estaba en Talavera, aquél debe ser el juzgado competente para conocer de unos hechos acaecidos en Madrid, pese a que allí venía residiendo esporádicamente la víctima y pese a que allí se ha establecido después de manera definitiva («en el caso que nos ocupa, los hechos se perpetraron en Madrid,

novedad estrotta

LUIGI FERRAJOLI

Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia

ERNESTO GARZÓN VALDÉS

Propuestas

CESARE BECCARIA

De los delitos y de las penas

PAOLO BECCHI

Muerte cerebral y trasplante de órganos. Un problema de ética jurídica

JUAN-RAMÓN CAPELLA

Sin Ítaca. Memorias: 1940-1975

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

EDITORIAL TROTTA

Tel. 34 91 543 03 61

Ferraz 55 - 28008 Madrid

editorial@trotta.es

www.trotta.es

pero la víctima tenía su domicilio en Talavera, además consta una nota de la Policía Municipal de Madrid, en la que se indica que la perjudicada no tiene en Madrid domicilio conocido, siendo su domicilio en Talavera, así parece que la víctima se desplaza a Madrid para tratar de cortar la relación que mantenía con el denunciado, residente en Madrid. Por ello la cuestión de competencia debe resolverse a favor de Talavera, al ser en ese partido judicial donde tenía su domicilio la víctima en el momento de la comisión de los hechos». El Auto de 14 de enero de 2010 despreciará lo que califica de domicilio puramente «transitorio», en lo que de forma incidental viene a coincidir la sentencia del Tribunal Supremo 785/2010, de 30 de junio: «una residencia transitoria...no integra la idea de domicilio reservado por el art. 40 del Código Civil al lugar de la residencia habitual, que precisamente por exigir esta última característica no puede confundirse con la simple residencia temporal».

El Auto de 3 de julio de 2008 muestra las vacilaciones de nuestro Alto Tribunal y su forma extremadamente casuística de resolver cada caso con criterios difícilmente generalizables o extrapolables: «En el caso concreto debemos destacar que los hechos ocurrieron y se denunciaron en Alfaro, La Rioja, partido judicial de Calahorra, donde víctima y agresor convivían temporalmente no obstante, en las actas de declaración de la denunciante y en los partes de asistencia médica figura como domicilio Mahón. Sin embargo, cuando declaró en el Juzgado no expresó que éste fuera su domicilio y por el contrario precisó que su madre vive en Mahón. En los casos de dualidad de lugares de residencia (lo que no es caso infrecuente) el criterio legal debe ser completado con otros. Se puede dar prevalencia al órgano judicial que empezó primero (18.2 LECrim.), o cuando existan dudas o alguna indefinición aplicar el principio de ubicuidad criterio corroborado por el Pleno no jurisdiccional de fecha 3/02/05, o al lugar que a la vez pueda ser residencia del imputado (art. 15,3) o el lugar donde sucedieron los hechos (art. 14 LECrim.) lo que en todo caso nos lleva a resolver esta cuestión de competencia negativa atribuyendo la misma al Juzgado de Calahorra, al ser en ese partido judicial donde tenía la víctima su domicilio en el momento de la comisión de los hechos, Juzgado que conoció en primer lugar, lugar donde sucedieron los hechos, residencia en ese momento del imputado».

Otro buen exponente del voluntarismo que a veces preside las decisiones sobre competencia del Tribunal Supremo es el Auto de 3 de abril de 2009. Pese a ser un delito de abusos sexuales de padrastró contra menor acaecido en el momento en que ésta tenía su domicilio en Sevilla y pese a tratarse de hechos sucedidos antes de la entrada en vigor del art. 15 bis, cuestiones que pasan inadvertidas a los Magistrados, se asigna la competencia al lugar donde la víctima tiene en la actualidad su domicilio por puros criterios proteccionistas, de difícil defensa desde un prisma dogmático: «El Ministerio Fiscal por escrito de 28 de enero pasado, dictaminó: «El Juzgado de Instrucción n.º 14 de Sevilla incoó las D.Previas n.º 4681/08 por denuncia formulada por D. por abusos sexuales por parte de su padrastró, iniciados en el año 1991, cuando ella tenía 8 años y vivía en Cerro del Águila, Sevilla. Siendo así que en dicha denuncia se afirmaba que las agresiones de su padrastró continuaron tras trasladarse a vivir a Madrid y que la denunciante temía que hiciera objeto de las mismas a su propia hija menor que ahora vive en Fuenlabrada, el Juzgado n.º 14 de Sevilla decidió inhibirse al de Madrid que por turno de reparto correspondiera. ...el Juzgado de Instrucción n.º 14 de Sevilla plantea cuestión de competencia ante esta Sala. Por auto de fecha 9 de diciembre de 2008 así acuerda hacerlo. Estimando que el art. 15 bis de la LECrim. en relación con el art. 14.1º) y 18.2 del mismo texto determinan la competencia en atención al domicilio de la víctima... En el presente caso debe resolverse la cuestión de competencia negativa atribuyendo al Juzgado de Madrid n.º 6 el conocimiento de las diligencias que han determinado esta cuestión de competencia, nos encontramos con un delito de abusos sexuales por parte del padrastró a la denunciante, que conforme al art. 14.5 a) la competencia corresponde a los juzgados de Violencia sobre la mujer, cuya atribución de la misma queda establecida en el art. 15 bis como acabamos de exponer, si bien es en Sevilla donde tenía la víctima el domicilio al iniciarse los hechos estos continúan por mayor espacio de tiempo en

Madrid donde se traslada el domicilio familiar, y donde actualmente continua residiendo la víctima, por ello en esta ciudad sus derechos serán mejor atendidos».

El Auto de 6 de marzo de 2009 atiende al domicilio actual, pese a que allí no han sucedido los hechos y que en la fecha de los mismos no podía hablarse de concurrencia de domicilios. Se minimiza ese dato (era una residencia esporádica) para dar prioridad al domicilio vigente.

En el Auto de 23 de abril de 2009, sin embargo, será el criterio de los hechos de mayor gravedad el que finalmente se considera concluyente para desconcierto del intérprete, máxime cuando el razonamiento parece que va a llevar a otra conclusión: *«En los casos de dualidad de lugares de residencia (lo que no es infrecuente) el criterio legal debe ser completado con otros que, en este caso, apuntan en diversas direcciones. Se podría dar prevalencia al órgano judicial que empezó primero (art. 18.2 LECrim.) al lugar que a la vez pueda ser residencia del imputado (art. 15.3) o al lugar donde sucedieron los hechos (art. 14). Pero frente a esas pautas, parece que en los casos de coexistencia de varios lugares de residencia más o menos obligados por las circunstancias, debe darse primacía, por suponer el fuero que responde con más fidelidad a la finalidad que buscaba el legislador al introducir el art. 15 bis, a aquel lugar en que sucedieron los hechos primeros donde la víctima tenía su arraigo, pues los hechos segundos derivan de aquéllos y son conexos, lo que nos conduce a Santiago de Compostela. No se trata de una mutación de domicilio posterior a los hechos, sino de un domicilio preexistente que tras los hechos se abandona (ver auto de 22.11.07). Por lo expuesto, en el presente caso debe resolverse la cuestión de competencia negativa atribuyendo al Juzgado de Instrucción n.º 3 de Santiago de Compostela el conocimiento de las diligencias que han determinado esta cuestión de competencia, al ser en ese partido judicial donde tenía la víctima su domicilio en el momento de la comisión de los hechos primeros que guardan conexidad con los acaecidos en Madrid»⁷.*

Los Autos de 8 de abril y 9 de junio de 2010, o 27 de mayo y 30 de junio de 2011, sin embargo, afirmarán que hay que estar al domicilio que se tenía en el momento de los primeros hechos⁸, aunque la denuncia se haya formulado en el domicilio posterior y

⁷ Sintoniza con esa idea el Auto de 11 de diciembre de 2009: el lugar donde han sucedido los hechos de mayor gravedad y donde se han repetido más hechos. Aunque al examinarse el supuesto de hecho no deja de nuevo de aparecer la honda impresión de que no se quiere establecer un criterio general, sino que en el caso concreto se estima que va a ser más conveniente optar por ese lugar y que no habría obstáculo para otra solución si algunas de las circunstancias específicas fuesen distintas: *«Así las cosas, teniendo el domicilio familiar en Sevilla donde fue objeto de los malos tratos psíquicos y físicos continuados y prolongados en el tiempo y además agresiones sexuales, como consecuencia de la última (24 de febrero pasado) se marchó a casa de un amigo en Xiribella (Valencia) donde recibió por teléfono amenazas de muerte el 2 de mayo siguiente. La casa de Sevilla que constituía el domicilio común del matrimonio, es propiedad de los padres de la víctima y con ellos dejó a su cuidado al único hijo del matrimonio. Por lo expuesto, habiendo ocurrido la mayor parte y más grave de los hechos en Sevilla, localidad que constituía el domicilio de la víctima y habiendo acaecido en Xiribella sólo las amenazas, localidad donde se traslada la víctima a casa de un amigo, domicilio meramente ocasional y transitorio, la cuestión de competencia corresponde a Sevilla».* Da la sensación de que lo decisivo no es que en Sevilla hubiesen acaecido los hechos más graves, sino que allí está la vivienda que es propiedad de los padres de la víctima y que si está siguiese residiendo en Xiribella la decisión hubiese sido la contraria.

⁸ Argumenta así el segundo: *«Mayores pretensiones de establecer un criterio generalizable presente el Auto de 9 de junio de 2010: «En los casos de dualidad de lugares de residencia (lo que no es infrecuente) el criterio legal debe ser completado con otros que, en este caso, apuntan en diversas direcciones. Se podría dar prevalencia al órgano judicial que empezó primero (art. 18.2 LECrim.) al lugar que a la vez pueda ser residencia del imputado (art. 15.3) o al lugar donde sucedieron los hechos (art. 14). Pero frente a esas pautas, parece que en los casos de coexistencia de varios lugares de residencia más o menos obligados por las circunstancias, debe darse primacía, por suponer el fuero que responde con más fidelidad a la finalidad que buscaba el legislador al introducir el art. 15 bis, a aquel lugar en que sucedieron los hechos primeros donde la víctima tenía su arraigo, pues los hechos segundos derivan de aquéllos y son conexos, lo que nos conduce a Madrid. No se trata de una mutación de domicilio posterior a los hechos, sino de un domicilio preexistente que tras los hechos se abandona (ver auto de 22.11.07 y de 13.5.08 cuestión de competencia 20671/07 entre otros). Por lo expuesto, en el presente caso debe resolverse la cuestión de competencia negativa atribuyendo al Juzgado Violencia sobre la Mujer n.º 5 de Madrid el conocimiento de las diligencias que han determinado esta cuestión de competencia, al ser en ese partido judicial donde tenía la víctima su domicilio en el momento de la comisión de los hechos primeros que guardan conexidad con los acaecidos en Cedillos del Condado (Toledo)».*

subsistente (lo que no es trascendente, como hemos visto) y aunque también en aquél lugar se hayan llevado a cabo hechos incluidos en el marco de aplicación de la norma, como amenazas (lo que sí debiera resultar relevante).

7. DOMICILIO «ITINERANTE»

Utiliza esa noción el Auto de 6 de mayo de 2010. Las víctimas —madre e hija— carecían de domicilio fijo: residían en una furgoneta-caravana con la que iban desplazándose. Esa furgoneta es «domicilio» proclama el Auto (seguramente confundiendo el concepto de domicilio a efectos del art. 18 de la Constitución; y el más administrativo que alude a una referencia geográfica más que a una «vivienda»). En esos casos habrá que recuperar el criterio general: lugar de comisión del delito. Y si son varios, por haberse sucedido diversas agresiones en lugares diferentes como consecuencia de la movilidad del «domicilio» por aplicación del criterio establecido para los casos de ubicuidad, habrá que estar al Juzgado que haya conocido en primer lugar de los hechos: *«Consta en el atestado... que se persona como denunciante M. I. y tras anotar su filiación, en la parte del domicilio se dice que «carece». Así mismo, en su declaración alega expresamente que el denunciado «se personó en la furgoneta en la que ellas viven, la cual estaba aparcada en la plaza Sol y Luna de Granada». Ello indica que tanto en la fecha en que ocurrieron los hechos como en la que fueron denunciados, el domicilio de ambas víctimas era una furgoneta, toda vez que los hechos se producen una vez que la denunciante ha abandonado el domicilio de Alcira sin intención de volver al mismo, y mientras la denunciante y su hija pernoctan en el vehículo citado.*

Al respecto, ha entendido esta Sala que en el caso de que se trate de una furgoneta-caravana, que tiene en su parte habitable todo lo necesario para el establecimiento en ella de la morada de los pasajeros —dormitorio, cocina, aseo, mobiliario— es apta para constituir el domicilio de una persona, como soporte básico del derecho a la intimidad personal y familiar, si ésta decide usarla a tal fin y sin que, en la actual concepción cultural de movilidad de las personas, su carácter itinerante pueda excluir tal condición domiciliaria (STS de 21 de abril de 1994). Y también es jurisprudencia de esta Sala la que considera que el concepto de domicilio debe recibir una interpretación extensa aplicándose a todo ámbito de intimidad personal, concepto de más amplitud que los de habitación o morada, y que incluye lugares cerrados en lo que, aún temporal o accidentalmente, se desarrollen los aspectos íntimos de la vida individual o familiar, teniendo así el carácter de domicilio los remolques o automóviles en los que se habite (SSTS de 27 de febrero de 1997 y 15 de abril de 1998, entre otras).

Por tanto, nos hallamos ante un supuesto en el que se ha abandonado el último domicilio fijo conocido y el domicilio de la víctima es itinerante, en la medida en que su morador puede desplazarse con el mismo. En tales casos, a pesar de ello, cabe la aplicación de lo dispuesto en el art. 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la cuestión debe resolverse aplicando el criterio correspondiente al del lugar donde se encuentra el domicilio aunque sea itinerante. Ahora bien, en el supuesto de que el itinerante no pudiera ser determinado, entonces ha de aplicarse el criterio general de atribución de competencia (que por ser el general, puede tenerse como subsidiario) y considerar que la competencia corresponde a los órganos judiciales del lugar donde se han cometido los hechos. Y, para el caso hipotético en el que haciendo uso de tal domicilio itinerante se produjeran los hechos en más de una localidad distinta, porque la víctima se desplaza en el mismo a distintas localidades y en varias de ellas se cometen hechos delictivos contra ella, entonces la cuestión deberá resolverse conforme al principio de ubicuidad, en consonancia con el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 3 de febrero de 2005...».

En términos casi idénticos, Autos de 18 de diciembre de 2009 o 24 de septiembre de 2010: lugar donde sucedieron los primeros hechos.

8. SUPUESTOS CON PRESENCIA DE ELEMENTO EXTRANJERO

En cuanto a los delitos cometidos en el extranjero cuando la víctima no tiene domicilio en España pudiera parecer que no cabe más solución que hacer entrar en juego a los Juzgados Centrales de Instrucción y Audiencia Nacional. La Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado anima a buscar algún tipo de relación con un JVM (último lugar de residencia en España, por ejemplo) para no sustraer tampoco la instrucción de esas infracciones a esos órganos especializados. En los supuestos de ausencia de domicilio o de no constancia del mismo, lo lógico sería decantarse por el lugar de comisión del delito. El Auto de 11 de noviembre de 2010 de la Sección 26ª de la Audiencia Provincial de Madrid no ve obstáculo en atribuir la instrucción a los Juzgados Centrales. La competencia fue rechazada por éstos. El Tribunal Supremo ha resuelto por Auto de 19 de mayo de 2011 atribuyendo la competencia a los juzgados de Madrid, pero sin entrar a analizar la posibilidad de que en algún caso un Juzgado Central pueda ser el competente, pues resuelve en virtud del acaecimiento de hechos en España⁹

El caso inverso —delito cometido en España contra víctima que tiene su domicilio en el extranjero— es analizado por el Auto de 9 de julio de 2010. Se discutía entre el Juzgado correspondiente al domicilio del denunciado y el Juzgado del lugar donde sucedieron los hechos. Se da preferencia al *forum commissi delicti*, criterio que se refuerza con una alusión a que ese fuero conducía al Juzgado que había conocido en primer lugar de los hechos (principio de ubicuidad y art. 18 LECrim). Como tantas otras veces al leer el auto se intuye que primero se toma la decisión y luego se invocan entre la pluralidad de criterios que manejan los arts. 14 a 18 aquellos que justifican la opción preestablecida.

9. PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS

Tema también discutido el del procedimiento de *Habeas Corpus*, que se ha planteado en Sevilla dando lugar a un pronunciamiento de la Audiencia Provincial de esa Capital resolviendo una cuestión de competencia suscitada entre un JVM y un JdI. El art. 62 bis, 2 y 3 sirvió de referente normativo a la Sección Cuarta de la AP de Sevilla para en su Auto 660/2009 de 30 de septiembre considerar que es el JVM el que ha de conocer de los procedimientos de tal naturaleza instados por detenidos en razón de los delitos relativos a violencia de género. El criterio ha sido criticado con muy atendibles razones por algún especialista en la materia¹⁰.

⁹ Se razona en el Auto basándose en la comisión de hechos en Madrid y reproduciendo una argumentación que es tomada de otros autos casi literalmente: «En los casos de dualidad de lugares de residencia (lo que no es infrecuente) el criterio legal debe ser completado con otros, así dar prevalencia al órgano judicial que empezó primero (art. 18.2 LECrim.) al lugar que a la vez pueda ser residencia del imputado (art. 15.3) o al lugar donde sucedieron los hechos (art. 14.2). Pero frente a esas pautas, parece que en los casos de coexistencia de varios lugares de residencia más o menos obligados por las circunstancias, debe darse primacía, por suponer el fuero que responde con más fidelidad a la finalidad que buscaba el legislador al introducir el art. 15 bis, a aquel lugar en que sucedieron los hechos primeros donde la víctima tenía su arraigo, pues los hechos segundos derivan de aquéllos y son conexos, lo que nos conduce a Madrid. No se trata de una mutación de domicilio posterior a los hechos, sino de un domicilio preexistente que tras los hechos se abandona (ver auto de 22.11.07 y 23.4.09 cuestión de competencia 2002/09 y de 18/12/09, cuestión de competencia 20495/09, entre otros muchos). Por lo expuesto, en el presente caso debe resolverse la cuestión de competencia negativa atribuyendo al Juzgado de Violencia sobre la mujer n.º 8 de Madrid el conocimiento de las diligencias que han determinado esta cuestión de competencia, al ser en ese partido judicial donde tenía la víctima su domicilio en el momento de la comisión de los hechos primeros que guardan conexidad con los acaecidos en Estados Unidos y últimos en Madrid».

¹⁰ Gutiérrez Romero, F. M., *El procedimiento de habeas corpus: competencia del juzgado de instrucción o del juzgado de violencia sobre la mujer* (texto facilitado por el autor). El problema surge en los Partidos Judiciales, escasos, donde existe servicio de guardia de los Juzgados de Violencia sobre la mujer. La dicción del art. 87.1ª.d) LOPJ modificada por la Disposición Adicional décima de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de protección integral contra la Violencia de Género, es a su juicio un argumento poderoso para discrepar de la decisión de la Audiencia de Sevilla: se sigue mencionando expresamente sin matización alguna el procedimiento de *habeas corpus* entre las competencias de los Juzgados de Instrucción, cuando al hablar de sus atribuciones en materia de instrucción

10. COMPETENCIAS EN EL ORDEN CIVIL

No son menos los puntos problemáticos que presenta la novedosa atribución de competencias civiles a los JVM. Aquí solo abordaré unos pocos.

Como premisa previa es pertinente hacerse eco de lo que se ha convertido en una opinión generalizada asumida en diversos foros de profesionales: la elección legislativa tratando de unificar en un mismo juzgado todos los conflictos de una pareja —tanto los penales como los civiles— no ha dado los frutos esperados. En los JVM los asuntos civiles tienden a postergarse ante la urgencia de los problemas penales y en general se piensa que sería más eficaz y rápida la respuesta proveniente de los Juzgados de 1.^a Instancia y singularmente de los especializados de Familia. Unos adecuados mecanismos de coordinación bastarían para paliar los problemas de desconexión entre los dos órdenes jurisdiccionales —civil y penal— que se apuntaban como razón de ser de esa unificación de las competencias en los JVM.

Como es conocido presupuesto de la competencia civil de los JVM será la competencia penal. Solo cuando tengan competencia para conocer de un procedimiento penal con los mismos protagonistas podrán atraer la competencia de los procedimientos civiles a que se refiere el art. 87 ter 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El conocimiento de un procedimiento penal entre las partes atraerá los procedimientos civiles incoados antes de que se dicte sentencia absolutoria o sobreseimiento provisional firme o en caso de condena, antes de que se pueda considerar extinguida la responsabilidad penal (por cumplimiento o prescripción de la penal o por cualquier otra causa), según el criterio que estableció en su conocida Circular la Fiscalía General del Estado y que ha sido asumido en la práctica.

La absolución o sobreseimiento cancelan las eventuales competencias civiles por procedimientos posteriores, pero no por los ya incoados. El criterio es justamente el inverso al plasmado legalmente para el caso opuesto en el art. 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil: la incoación de un procedimiento penal entre las partes por delito relacionado con la violencia de género comportará la pérdida sobrevenida de competencia del Juzgado civil sobre los procedimientos en trámite que deberán ser objeto de inhibición a favor del correspondiente JVM «salvo que se haya iniciado la fase de juicio oral» (art. 49 bis 1).

Ese confuso inciso fue objeto de una viva controversia. Algunos órganos judiciales (y entre ellos la Audiencia Provincial de Madrid) y algunos comentaristas, venían entendiendo que se refería al proceso penal seguido en el JVM. Era mayoritaria la opinión que estimaba que se estaba pensando en el proceso civil pese a la terminología más propia del proceso penal.

Esta segunda tesis se ha impuesto finalmente. Un Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de fecha 16 de diciembre de 2008 lo ha asumido como propio. Los Autos del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 29 de septiembre de 2006, 18 de octubre de 2007, 22 de julio de 2008, 24 de septiembre de 2008 o 25 de marzo de 2009 reflejan ese criterio. Dice el citado Auto de 22 de julio de 2008: *«De acuerdo con el artículo 87 ter 2.b de la LOPJ en su redacción dada por la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se atribuye competencia exclusiva a los Juzgados de Violencia sobre la mujer para conocer de las demandas de nulidad del matrimonio, separación y divorcio siempre que concurren los requisitos del punto tercero de dicho artículo. En el presente caso el Juzgado de Getxo conoce de unas diligencias previas por actos de violencia contra la mujer, y el procedimiento civil no ha alcanzado la fase de juicio oral puesto que ni siquiera se encuentra iniciado, por lo que debe afirmarse la competencia para conocer*

el legislador se ocupa de excluir las causas competencia de los JVM (art. 87.1^a.a). El Auto citado en el texto de la Audiencia de Sevilla se apoya en la consideración de que los JVM tienen en el ámbito penal el carácter de auténticos Juzgados de Instrucción en relación a los delitos objeto de su conocimiento.

de la demanda de separación a favor del Juzgado de primera Instancia n.º4 de Getxo ya que de otra manera se rompería el tratamiento procesal conjunto de las causas civiles y penales en los casos de violencia contra la mujer. Ello de conformidad con el informe emitido por el Ministerio Fiscal y los Autos de esta Sala de fechas 18 de octubre y 19 de enero de 2007».

Cuando, pese a no existir causa penal, el Juzgado Civil aprecia indicios de una infracción competencia de los JVM el art. 49 bis impone un extraño trámite para dar cuenta al Ministerio Fiscal en una comparecencia cuyo objeto no se entiende muy bien. El Juez tendrá un papel un tanto desairado. No se comprende por qué no se sigue el mecanismo general establecido en el art. 40 de la Ley Procesal Civil.

La competencia en el orden civil del JVM lo será para el asunto principal y para sus incidencias (medidas provisionales, ejecución...). Han surgido algunas dudas en relación a los procedimientos para la disolución del régimen económico matrimonial y las soluciones tanto en la doctrina como en la práctica son dispares.

Al no recogerse expresamente en el art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial la competencia para conocer de los procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial, los Jueces de Violencia contra la Mujer rechazaron en un primer momento esa competencia. Sin embargo en diversos foros de especialistas de la materia y en diversas Audiencias —Madrid (sentencias de 13-9-07 o 22-11-07); Alicante (sentencia 28-3-07) o Valencia (sentencia de 29-5-08) entre otras— se abrió paso la opinión contraria: la competencia para conocer de la liquidación del régimen económico matrimonial corresponde a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer cuando el mismo haya conocido del previo proceso de nulidad, separación o divorcio por virtud de diversas razones entre las que destaca el principio general del art. 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: es competente para conocer del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, el Juzgado de 1.ª Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil.

El problema surgirá en los casos en que la sentencia de separación, nulidad o divorcio haya sido dictada por un Juzgado de 1.ª instancia y con posterioridad se haya producido la incoación de diligencias penales por delitos competencia de los JVM. Aquí las opiniones se diversifican.

Para algunos también en ese caso la competencia recaerá sobre el JVM. Si existe un procedimiento penal abierto ante el mismo entre los excónyuges una interpretación correcta de las pretensiones del legislador al crear dichos Juzgados conduce a esa solución. Se trae a colación en apoyo de esa tesis la *vis* atractiva de la competencia del JVM, con la que se ha pretendido no sólo evitar una descoordinación entra la jurisdicción civil y penal, que aquí también podría darse en una dispersión de actuaciones judiciales (por ejemplo con el embargo de bienes del imputado en sede penal que colisionase con los resultados de la liquidación del régimen), sino también fomentar la idea de que los JVM han de concentrar el máximo arco de cuestiones en materia de derecho de familia, al tratarse de un órgano especializado y dotado de equipos psicosociales adecuados.

Otros rechazan en todo caso la competencia en esas materias de los JVM aduciendo que no están expresamente mencionadas en el art. 87 ter de la LOPJ.

Frente a esas opiniones maximalistas es mayoritaria la idea de que ha de regir sin matizaciones lo dispuesto en el art. 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por tanto el JVM solo ha de conocer de esos procesos especiales si dictó la previa sentencia de disolución, separación o nulidad.

Nota bibliográfica

Francisco Manuel Gutiérrez Romero, *Cuestiones de organización y de competencia en la nueva LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de género: los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer* en «Revista del Poder Judicial», n.º 79, tercer trimestre de 2005, págs. 57 a 104.

Pilar Alhambra Pérez, *Cuestiones de competencia objetiva, subjetiva y funcional* en «Aspectos Procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004», Cuadernos de Derecho Judicial, I-2007, Consejo General del Poder Judicial.

Vicente Magro Servet, *El juzgado competente para conocer de la violencia de género en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral* en «La Ley integral de medidas de protección contra la violencia de Género» Cuadernos de Derecho Judicial, XXII-2005, Consejo General del Poder Judicial.

Violencia de género. Preguntas y respuestas. Sepín, 2009. 2.ª Edición

Carles Cruz Moratones, *La Ley Integral de Medidas de Protección contra la Violencia de Género. Reflexiones sobre algunas cuestiones procesales* en II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género, 2006.

Fuentes Soriano, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Lustel, 2009.

Los juicios con jurado en Estados Unidos: joyas de la justicia*

Gregory E MIZE

Constituye un gran honor y un placer para mí poder estar con ustedes y contribuir a los debates de un público tan distinguido. Estoy especialmente agradecido al Congreso Nacional del Pueblo, al Tribunal Supremo Popular y al Ministerio de Asuntos Civiles por haber puesto en marcha esta ocasión para trabajar juntos en el diseño de iniciativas que, en última instancia, mejorarán la impartición de justicia de forma equitativa y transparente en China.

Me dirijo a ustedes desde la perspectiva de un juez encargado del enjuiciamiento, que ha presidido miles de juicios en un tribunal de primera instancia con gran carga de trabajo en Washington D.C. Después de haber sido designado juez por el Presidente George Herbert Walker Bush, en 1990, he presidido cientos de juicios con jurado, tanto en procesos penales como civiles. Las cuestiones debatidas en estos procesos abarcaron una gran cantidad de temas diversos, incluyendo acusaciones por asesinato o violación, controversias mercantiles, reclamaciones entre arrendadores y arrendatarios, y demandas de responsabilidad extracontractual, entre otros.

En 2002, me convertí en juez emérito. Desde entonces he trabajado como juez asociado (*judicial fellow*) en el Centro Nacional de Tribunales Estatales¹, dedicando mis energías a la investigación sobre el juicio con jurado, a proyectos internacionales para fomentar el estado de derecho y al desarrollo de políticas para mejorar la administración de justicia. Proporcionaré una visión general del sistema de juicios con jurado en los Estados Unidos de Norteamérica a partir de esa amplia base de experiencia. Explicaré los elementos esenciales de todos los juicios con jurado en los Estados Unidos, incluyendo cómo son convocados los ciudadanos que han de formar parte de un jurado, cómo son seleccionados los jurados que participarán en un juicio en concreto y cómo son instruidos sobre la forma en que deben alcanzar un veredicto definitivo. También expondré sumariamente algunas opiniones actuales en relación con los puntos fuertes y debilidades de los juicios con jurado en los Estados Unidos. Por último, describiré los esfuerzos en curso de cara a mejorar la tramitación y gestión de los juicios con jurado.

* Texto de la ponencia presentada por el autor el día 12 de mayo de 2011, en Suzhou (República Popular China), en el marco del «Seminario internacional sobre el sistema de Jurado» organizado por el Tribunal Supremo Popular de ese país. Traducción de José Miguel García Moreno.

¹ *National Center for State Courts (NCSC)*. Se trata de una organización sin ánimo de lucro que promueve la justicia mediante programas de dirección y servicio destinados a los tribunales estatales de los Estados Unidos. Las prioridades básicas del NCSC incluyen la promoción de la confianza pública en los tribunales afrontando problemas tales como las dilaciones procesales, el elevado coste del acceso a la jurisdicción, y las incoherencias e injusticias en los procedimientos judiciales. El NCSC ha promovido reformas en el ámbito de la justicia civil basadas en la definición de buenas prácticas en la gestión de los procesos y en el uso más eficaz de las tecnologías al servicio de la administración de justicia. La División Internacional del NCSC ha venido ejecutando en todo el mundo proyectos de formación, de consultoría, de investigación aplicada y de innovación tecnológica para apoyar el fortalecimiento de los sistemas judiciales y del estado de derecho y para mejorar la administración de justicia y la implicación de la sociedad civil en ésta. La información sobre el NCSC está disponible en el sitio web www.ncsc.org (N. del T.).

VISIÓN GENERAL DEL SISTEMA DE JUICIO CON JURADO

Como ustedes saben los Estados Unidos de Norteamérica son una federación de 50 estados con un intrincado equilibrio de poderes entre ellos. Tanto el poder federal como los poderes de los estados se estructuran al amparo de constituciones separadas aprobadas por los ciudadanos. Todos estos poderes se articulan en tres ramas que se hallan en situación de igualdad: el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial.

Aunque los Estados Unidos declararon la independencia respecto de Inglaterra en 1776, Norteamérica mantuvo la institución inglesa del jurado como la pieza central de su sistema de justicia. De hecho, la Constitución de los Estados Unidos² y las constituciones propias de cada uno de los 50 estados que componen los Estados Unidos disponen claramente que cualquier ciudadano acusado de un delito grave tiene el sagrado derecho a que su culpabilidad o inocencia sea establecida en un juicio público por un jurado imparcial compuesto por sus pares. Adicionalmente, cualquier ciudadano o persona jurídica implicada en una controversia civil clásica, como un incumplimiento contractual o una reclamación por responsabilidad extracontractual, tiene derecho a que la responsabilidad sea establecida por un jurado compuesto por ciudadanos imparciales.

Durante más de doscientos años la opinión pública en los Estados Unidos ha mantenido un sólido consenso sobre los valores positivos de los juicios con jurado. A pesar de sus diferencias en cuanto a herencia cultural o situación geográfica, los ciudadanos de Norteamérica apoyan totalmente los juicios con jurado. Particularmente en el ámbito del derecho penal los norteamericanos creen que la presencia de un jurado en la sala de vistas asegura que la conciencia comunitaria será aplicada siempre que el estado acuse a un ciudadano de un delito grave. Además, está ampliamente extendida la creencia de que la participación en un jurado proporciona a los ciudadanos la mejor oportunidad posible para comprender el sistema judicial y para alcanzar una confianza auténtica en el mismo.

Se puede apreciar la vitalidad del sistema de juicio con jurado en Norteamérica echando un vistazo a la investigación exhaustiva realizada por el Centro Nacional de Tribunales Estatales. Los datos empíricos de ese estudio (que explicaré detalladamente más adelante) indican que aproximadamente se celebran 148.000 juicios con jurado anualmente en los tribunales estatales y federales de los Estados Unidos. Más de 32 millones de ciudadanos (el 15% de la población adulta total del país) son convocados a los palacios de justicia para participar en un jurado cada año, de los que 1,6 millones son efectivamente seleccionados para formar parte del jurado en un concreto juicio penal o civil. Aproximadamente dos tercios de todos los juicios con jurado son causas penales.

Debe tenerse en cuenta, además, que Norteamérica tiene un ordenamiento jurídico extenso y bien desarrollado. Hay 1,2 millones de abogados autorizados para ejercer en uno o más de los 50 estados. Cada año se tramitan millones de asuntos en los tribunales estatales o federales. Muy pocas de esas causas acaban en un juicio con jurado. La mayoría de los asuntos se resuelven en virtud del acuerdo de las partes. Menos del 2% de todos los procesos civiles y penales acaban en juicio. Así, se podría decir que el juicio con jurado queda reservado para los asuntos que resultan más difíciles de resolver.

² El artículo 2 [3] del Título III de la Constitución de los Estados Unidos dispone que «se juzgarán con jurado todas las causas criminales, excepto las que den lugar al juicio político; y el juicio se celebrará en el estado en que se cometió el delito» (...). Este precepto se ve complementado por la Enmienda VI, introducida en 1791, según la cual «en todas las causas criminales, el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y público, ante un jurado imparcial del estado y distrito en que el delito haya sido cometido, distrito que será previamente fijado por ley» (...), y por la Enmienda VII (también de 1791) que dispone que «en los litigios en derecho común, en que el valor en controversia exceda de veinte dólares, se mantendrá el derecho al juicio con jurado, y ningún hecho enjuiciado por un jurado, será revisado por ningún tribunal de los Estados Unidos, sino de acuerdo con las reglas del derecho común» (N. del T.).

ELEMENTOS BÁSICOS DEL JUICIO CON JURADO EN LOS ESTADOS UNIDOS

Como regla general, los juicios con jurado en los ámbitos federal y estatal deben celebrarse en el distrito en que se cometió el delito o se produjo la controversia. Cada oficina judicial en un distrito debe convocar constantemente a un gran número de ciudadanos del distrito a fin de que comparezcan en el palacio de justicia para participar en los concretos juicios con jurado que están señalados para iniciarse en fechas determinadas. Todos los ciudadanos adultos de los Estados Unidos que reúnan ciertos requisitos personales mínimos están obligados a comparecer ante el tribunal de acuerdo con lo indicado en la cédula de citación, bajo apercibimiento de incurrir en la pena prevista legalmente. Los requisitos mínimos típicos para ser jurado son: haber alcanzado al menos 18 años de edad, nacionalidad estadounidense, residencia en el distrito, capacidad de hablar y comprender la lengua inglesa, plenas facultades mentales y no haber sido condenado por un delito grave.

En consecuencia, cientos de ciudadanos convocados al efecto se reúnen cada día hábil en los palacios de justicia de los Estados Unidos, donde esperan en una gran sala de reuniones hasta que son llamados a una sala de vistas determinada para formar parte del jurado en una causa concreta. Una vez que han accedido a una concreta sala de vistas, los candidatos a jurados participan en un complejo proceso de selección del jurado, denominado normalmente *voir dire*³. Para asegurar que el jurado es imparcial en cada una de las causas, el proceso de selección del jurado (*voir dire*) se inicia siempre con una breve descripción de los elementos esenciales del caso, realizada por el juez y dirigida al grupo de candidatos a jurados, quienes se hallan sentados en la tribuna de la sala de vistas. Después, el juez y los letrados de las partes formulan normalmente una docena de preguntas, o más, a los candidatos a jurados. Antes de que comience este interrogatorio, los jurados prestan solemne juramento de decir la verdad. Las preguntas del juez y de los letrados, formuladas oralmente o por escrito, están enderezadas a averiguar si, respecto de cada uno de los candidatos a jurados, existe alguna circunstancia de su historial personal que indique que están impedidos (mental o físicamente) o que tienen algún prejuicio a favor o en contra de cualquiera de las partes en la causa. Por ejemplo, en una causa penal a los candidatos a jurado se les preguntará normalmente, entre otras cosas, si alguno de ellos está tomando medicación que les pueda provocar somnolencia durante el juicio, si alguno de ellos, o un amigo íntimo o un pariente, trabaja para un cuerpo policial, si alguno de ellos ha sido acusado alguna vez de un delito, si alguno de ellos tiene un conocimiento personal respecto de las circunstancias del delito objeto de la causa, etc.. Después de que haya finalizado el interrogatorio (lo que puede llevar varias horas), cada uno de los letrados tiene la posibilidad de pedir al juez la recusación de cualquiera de los candidatos por falta de los requisitos necesarios para formar parte del jurado. Al hacerlo, el letrado debe invocar un motivo justificativo por el que cree que es probable que el jurado de que se trata no estará capacitado o no será justo e imparcial en la concreta causa. Una vez que el juez haya adoptado la resolución correspondiente respecto de todas las peticiones de los letrados para la recusación con causa de los jurados, los letrados también disponen de una posibilidad limitada de hacer valer lo que se conoce como «recusación sin causa», esto es, la eliminación de jurados sin necesidad de aducir un motivo para ello ante el juez. Dependiendo de la naturaleza del caso, cada una de las partes puede hacer valer no más de tres recusaciones sin causa (en un proceso civil prototípico) o hasta veinte o más de ellas (en un proceso por asesinato). Después de

³ Se trata de un término de origen franconormando que significa «decir la verdad». En el caso del ordenamiento jurídico de Inglaterra y Gales la expresión *voir dire* se utiliza normalmente para referirse al incidente planteado en relación con la admisibilidad en el juicio principal de algún medio probatorio, y en el curso del cual el juez encargado de presidir el juicio oral practica, fuera de la presencia del jurado, las pruebas necesarias para resolver sobre la admisibilidad del medio probatorio impugnado por alguna de las partes (N. del T.).

que se hayan hecho valer todas las recusaciones, los jurados restantes que no hubieran sido eliminados reúnen las condiciones requeridas para sentarse junto al juez en la tribuna del jurado. La tribuna del jurado, que normalmente está compuesta por 12 o más asientos, es el lugar en el que se sentarán durante el juicio los jurados que resulten finalmente elegidos. Según la naturaleza de la causa durante el juicio habrá en la tribuna del jurado no menos de seis jurados (por ejemplo, en un proceso civil simple derivado de una demanda por incumplimiento contractual) o hasta 12 o más jurados (por ejemplo, en una prolongada causa penal).

Después de que se haya concretado la composición definitiva del jurado, el juicio comienza con la toma de otro juramento a los jurados por el juez, quien, en esta ocasión requiere a los seleccionados para que juren que «estarán atentos, serán justos y resolverán la causa basándose únicamente en las pruebas practicadas en la sala de vistas y en las normas jurídicas que les hayan sido proporcionadas por el juez». Tras la prestación de juramento por los jurados, el juicio se celebra sin interrupción, de lunes a viernes, durante las horas normales de audiencia (por lo general, de 9 a 17 horas), hasta que las partes hayan practicado todas las pruebas y el juez haya impartido las instrucciones jurídicas finales. Únicamente el jurado, no el juez, resuelve sobre la culpabilidad o inocencia en un juicio penal con jurado. En una causa civil solamente el jurado resuelve si el demandado es responsable, y, si es así, la reparación debida al demandante. En cualquier caso, el acusado puede (aunque normalmente no lo hace) renunciar a su derecho a un juicio con jurado y dejar que todas las cuestiones sean resueltas por el juez.

El sistema de enjuiciamiento norteamericano es de naturaleza acusatoria, y no inquisitiva. Las pruebas son practicadas solamente por los letrados que defienden a las partes y no por el juez. El juez actúa por lo general como un árbitro imparcial, asegurándose de que los letrados sigan las normas de procedimiento establecidas. Al juez también le corresponde resolver sobre las impugnaciones planteadas por los letrados durante el juicio. En una causa penal el fiscal propone y practica la prueba testifical y documental en primer lugar. El acusado puede proponer y practicar sus pruebas después. En una causa civil a la parte que presentó la demanda (demandante) le corresponde el primer lugar, seguido por el demandado. Antes de que cada una de las partes comience la proposición y práctica de las pruebas, el letrado que defiende a esa parte puede exponer oralmente ante el jurado sus alegaciones explicativas de lo que cree que se demostrará por medio de dichas pruebas. Entonces el letrado propondrá los testigos y las pruebas gráficas (tales como documentos y fotografías), una a una, por el orden que decida. Después de que el fiscal o el demandante hayan finalizado la práctica de sus pruebas ante el jurado, se practica la prueba del acusado o, en su caso, demandado. Después de que cada una de las partes haya terminado de interrogar a sus propios testigos y antes de que se proponga otro testigo, la parte contraria siempre tiene la posibilidad de interrogar contradictoriamente a ese testigo ante el jurado. Dependiendo del volumen de la prueba y del número de cuestiones planteadas por los letrados el juicio puede durar horas, días, semanas o incluso meses. No hay suspensiones del juicio, salvo durante los fines de semana.

Tras la práctica de todas las pruebas ante el jurado, el juez instruye al jurado sobre las normas que debe seguir para resolver sobre la culpabilidad o inocencia o la responsabilidad civil (según el tipo de causa) cuando se retire a la sala de deliberación. Antes del inicio de las deliberaciones finales del jurado, los letrados pueden exponer sus informes finales ante el jurado, proporcionando a éste las razones del veredicto que debería pronunciar. De nuevo, dependiendo de la naturaleza de la causa, las instrucciones jurídicas del juez y los informes finales de los letrados pueden ser bastante complejos y prolongados.

La deliberación final del jurado tiene lugar fuera de la presencia del juez, de los letrados e incluso del personal del tribunal. Así, se habla de la «santidad» de las deliberaciones del jurado. Antes del inicio de las deliberaciones, el juez encargado de

presidir el juicio siempre instruye a los jurados indicándoles que deben discutir sobre las pruebas únicamente en la sala de deliberaciones y solo cuando todos los jurados están presentes en dicha sala. En la mayoría de las causas penales el veredicto del jurado debe ser unánime. En las causas civiles, según el estado donde se celebre el juicio, el veredicto debe ser unánime o pronunciarse por un margen mayoritario. Las deliberaciones pueden durar horas o incluso días antes de que se alcance un veredicto. En ocasiones infrecuentes el jurado puede quedar «bloqueado» (*hung jury*), lo que supone que, después de haberse esforzado, el jurado no ha podido alcanzar el margen de votos exigido para el veredicto. Si el jurado queda «bloqueado» el juez declara nulo el juicio. En ese caso queda a la discreción del fiscal o del letrado del demandante el nuevo enjuiciamiento de la causa en una fecha futura.

Los párrafos precedentes describen los elementos comunes a todos los juicios con jurado en los Estados Unidos. Es importante recordar que se están celebrando cientos de juicios con jurado cada día hábil. Dependiendo del lugar de celebración del juicio, se han podido ir desarrollando en el curso de muchos años prácticas forenses que afectan a algunos aspectos de los juicios con jurado en la localidad de que se trate. Por ejemplo, en grandes ciudades como Los Ángeles o Nueva York cabe esperar que los juicios con jurado se celebren a un ritmo más repetitivo y rápido de lo que podría suceder en una comunidad rural de montaña en Wyoming.

DEBILIDADES OBSERVADAS EN EL SISTEMA DE JUICIOS CON JURADO EN LOS ESTADOS UNIDOS

Las encuestas de opinión evidencian que el 84% de los norteamericanos consideran que la participación en un jurado es un importante deber cívico que debe ser cumplido, incluso aunque resulte ser incómodo. Más del 55% de los ciudadanos de Washington D.C. que participaron efectivamente en un juicio con jurado consideraron que la experiencia había sido tan gratificante desde el punto de vista personal, que se mostraron dispuestos a desempeñar de nuevo la función de jurado en el futuro.

No debería resultar sorprendente que una práctica institucional con una duración superior a los 200 años, como el juicio con jurado, tenga que afrontar dificultades crecientes para perdurar en la edad moderna. En este contexto se expresan algunas críticas recurrentes al sistema de jurado en Estados Unidos. Por ejemplo, las personas que han desempeñado la función de jurados critican con frecuencia a los letrados y a los jueces por no haberles tratado con más respeto y por no haberles proporcionado las herramientas para realizar su actividad como jurados de una manera más eficaz. Con frecuencia estas críticas tienen su origen en la aplicación persistente de reglas probatorias establecidas por los jueces hace muchas décadas y basadas en suposiciones y prácticas que no son coherentes con las modernas tecnologías y costumbres sociales. Muchos jueces y letrados, verbigracia, codician el control sobre el desarrollo del juicio, y con frecuencia se expresan en un jerga jurídica y exigen que los jurados sigan unos procedimientos jurídicos que no les han sido explicados. Y, en su condición de árbitros de la presentación del caso por las partes, los jueces normalmente ordenan a los ciudadanos-jurados que permanezcan en silencio y totalmente pasivos hasta el final mismo del juicio, cuando les llega el momento de emitir su veredicto.

Desafortunadamente, también es frecuente que los jurados desarrollen su importante tarea en condiciones inadecuadas y sin las herramientas de conocimiento que damos por supuestas en las escuelas. Por ejemplo, mientras que los ordenadores y la tecnología interactiva han llegado a ser algo corriente en nuestras aulas, la toma de notas o el interrogatorio de los testigos por los jurados han venido siendo habitualmente desalentados por los jueces en las salas de vistas.

Otra crítica recurrente contra los juicios con jurado se refiere a las causas civiles en las que el demandante alega que el demandado incurrió en una conducta nociva

causante de graves daños físicos o económicos. Las grandes compañías mercantiles y algunos autores se lamentan de que esas causas resultan demasiado caras y prolongadas hasta su conclusión y que los veredictos de los jurados resultan demasiado impredecibles. Algunos críticos afirman que los modernos litigios civiles, que con frecuencia se refieren a complejas operaciones económicas o a sofisticados procedimientos médicos o de ingeniería, van más allá de la capacidad de los ciudadanos comunes llamados a participar en un jurado.

Por último, recientemente se ha venido produciendo una progresiva reducción de los recursos financieros estatales destinados a los tribunales de primera instancia y una renuencia ciudadana generalizada a responder a las convocatorias para desempeñar la función de jurado. En tiempos de recortes presupuestarios los tribunales no pueden satisfacer un estipendio significativo a los ciudadanos por su participación en un jurado. Casualmente muchos ciudadanos no pueden permitirse abandonar sus obligaciones laborales para dedicar tiempo a participar en un juicio con jurado. De aquí que en muchas grandes ciudades el porcentaje de respuesta a la convocatoria para el desempeño de la función de jurado ronde el 20%.

ESFUERZOS PARA LA MEJORA DE LOS JUICIOS CON JURADO

A la luz de las críticas precedentes (ya sean basadas en hechos reales o en meras percepciones), existen campañas bien organizadas para afrontar las inquietudes de la opinión pública y de las partes en los procedimientos. Un número importante de tribunales estatales y de organizaciones jurídicas están tomando medidas para lograr un mejor funcionamiento de los juicios con jurado. Como se evidencia más adelante, esta tendencia está arraigando. Gestores creativos de tribunales, jueces valientes y directivos ilusionados de colegios de abogados están uniendo esfuerzos para conducir la institución del juicio con jurado al siglo **xxi**.

A) El liderazgo de los tribunales estatales

El movimiento de innovación del jurado en los Estados Unidos fue iniciado en 1993 por el Comité sobre la Utilización más Eficaz de los Jurados del Tribunal Supremo de Arizona. Este Comité recomendó reformas procesales enderezadas a conseguir que los juicios en Arizona fuesen cada vez más un proceso educativo para los jurados y a otorgar a los jurados un papel más activo en los procedimientos⁴. Finalmente, el Tribunal Supremo de Arizona aprobó numerosas reformas, incluyendo el reconocimiento de la posibilidad de que los jurados en causas civiles debatieran sobre las pruebas entre ellos antes de la deliberación definitiva. Arizona fue el primer estado del país que adoptó ésta y otras muchas políticas encaminadas a conferir mayores poderes a los jurados. Arizona continuó asumiendo el liderazgo en las cuestiones relacionadas con los juicios con jurado durante los años noventa. Muchos de estos esfuerzos han sido objeto de estudio y han sido divulgados en publicaciones profesionales. Entre las cuestiones emblemáticas planteadas en Arizona se incluyeron la mejora de la comunicación entre el juez y los jurados durante el juicio, la toma de notas por el jurado, el interrogatorio de los testigos por los jurados, y el incremento de la receptividad hacia las necesidades de los jurados en el proceso de deliberación. A ello le ha seguido una multitud de esfuerzos similares en otros estados.

La investigación muestra que, al día de hoy, 38 estados han emprendido formalmente medidas para analizar sus sistemas de juicio con jurado y establecer algunas

⁴ «Jurors: The Power of 12», Informe del Comité sobre la Utilización más Eficaz de los Jurados del Tribunal Supremo de Arizona (Noviembre 1994).

innovaciones. Estos esfuerzos han comprendido la organización de comisiones por los estados, conferencias sobre innovaciones en materia de jurado, e informes y estudios escritos. En general, en la mayoría de los estados estos esfuerzos han seguido un patrón «de arriba a abajo». En estos ejemplos, el tribunal supremo ha impulsado una iniciativa de ámbito estatal dedicada a los esfuerzos de innovación en materia de jurado. Con frecuencia la iniciativa ha dado origen a recomendaciones llevadas a efecto en diversos grados, según se hayan modificado consecuentemente las normas y procedimientos estatales. No obstante, también ha habido esfuerzos de innovación en materia de jurado llevados a cabo «de abajo a arriba». La innovación «de abajo a arriba» consiste más en un movimiento «de base», en el que algunos jueces de primera instancia introducen procedimientos innovadores en sus propias salas de vistas, sin recibir instrucciones o recomendaciones de una autoridad central. Aunque los esfuerzos de innovación «de abajo a arriba» ocurren con menos frecuencia, cuando se producen normalmente consiguen poner en práctica nuevos programas de forma más inmediata. No resulta sorprendente, empero, que tengan una repercusión más reducida y que resulten más difíciles de estudiar.

Una táctica concreta que merece un examen más detallado consiste en la utilización de programas piloto para poner a prueba los procedimientos innovadores antes de introducirlos en todo el territorio del estado. Con frecuencia, esta metodología de reforma es el producto de una comisión de ámbito estatal que busca conseguir el apoyo de jueces voluntarios para poner a prueba ciertas prácticas en sus propias salas de vistas e informar posteriormente a la comisión sobre la eficacia de las reformas. En otras palabras, hay una combinación de los planteamientos «de arriba a abajo» y «de abajo a arriba». Los estados que han seguido este procedimiento han podido obtener información muy útil sobre el efecto de las innovaciones en materia de jurado. Como muestra de esas ventajas echaremos un vistazo a los esfuerzos desarrollados en Massachusetts, Colorado, Nueva Jersey, Hawai y el Distrito de Columbia.

En noviembre de 1997, el estado de Massachusetts organizó una conferencia sobre innovaciones en juicios con jurado, durante la que hubo un encuentro de jueces del Tribunal Superior y de los Tribunales de Distrito para escuchar diversas ponencias sobre innovaciones en materia de jurado. La conferencia, de dos días de duración, dio lugar a la participación de 16 jueces en un estudio de prueba que duró dos años. Se pusieron a prueba 16 innovaciones, incluyendo la toma de notas por los jurados, el interrogatorio de los jurados a los testigos, las instrucciones al jurado en «lenguaje sencillo», las instrucciones previas al jurado sobre el derecho, y las reuniones entre el juez y los jurados con posterioridad al veredicto, entre otras⁵. Tanto a los jueces como a los jurados se les pidió que dieran su opinión sobre estas reformas⁶. En 150 causas, el 66% de las cuales eran penales, se recogieron cuestionarios cumplimentados por los jueces y los jurados. Se recibieron respuestas de 1.264 jurados.

Estas innovaciones fueron puestas a prueba con una frecuencia variable. Por ejemplo, la toma de notas por los jurados fue puesta a prueba en el 95% de los juicios en los que se recogieron encuestas, mientras que la posibilidad de que los jurados plantearan preguntas a los testigos fue puesta a prueba en el 41% de las causas. De manera abrumadora, los jueces recomendaron algunas innovaciones, incluyendo la toma de notas por los jurados, las instrucciones previas sobre el derecho, y las reuniones entre jueces y jurados con posterioridad al veredicto. En relación con las posibilidades de imponer restricciones temporales a las intervenciones de las partes en el juicio y de entregar al jurado copias escritas de las instrucciones finales, hubo pocas reacciones negativas sobre la eficacia de estos métodos en la mejora del proceso con jurado. Algunos jueces recomendaron todas las innovaciones que fueron puestas a prueba.

⁵ Véase, G. Thomas Munsterman y otros (editores): *Jury Trial Innovations* (1997).

⁶ Hannaford, Paula y G. Thomas Munsterman: *Massachusetts Project on Innovative Jury Trial Practices: Final Report*. Boston, Centro Nacional para la Participación en la Administración de Justicia, 2002.

En 1998, el Tribunal Supremo de Colorado inició un estudio para poner a prueba varias nuevas prácticas en los juicios con jurado, el cual incluyó una investigación piloto de ámbito estatal para evaluar los efectos de permitir a los jurados formular preguntas por escrito a los testigos en el curso de los juicios penales. El estudio obtuvo reacciones de jueces, letrados y jurados mediante cuestionarios cumplimentados con posterioridad a los juicios. Los datos resultantes incluyeron los motivos por los que los jurados plantearon sus preguntas, así como las valoraciones de los jueces y de los letrados sobre la calidad de las preguntas de los jurados. Las conclusiones resultaron abrumadoramente favorables a la innovación, ya que el 93% de los jurados contestaron a las encuestas señalando que debería ser permitida en futuros juicios. Finalmente, el informe apoyó la formulación de preguntas por los jurados bajo supervisión judicial, indicando que «tendría efectos positivos y pocos resultados perjudiciales»⁷.

De forma similar Nueva Jersey ha centrado sus esfuerzos en el interrogatorio de los jurados a los testigos. Pero, a diferencia de Colorado, ha puesto el énfasis en las preguntas formuladas por los jurados en las causas civiles. En 1998 se aprobó por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey un programa piloto para llevar a cabo una investigación sobre esta innovación en los juicios civiles. Entre enero y junio de 2000 se pidió a 11 jueces que permitieran a los jurados formular preguntas por escrito a los testigos. Esta experiencia se aplicó en 147 causas civiles, de las que se obtuvieron encuestas cumplimentadas por los letrados, los jueces y los jurados. Como consecuencia del programa piloto, se recomendó que el estado adaptase sus normas procesales para permitir a los jurados formular preguntas. Tras la finalización del programa piloto, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey aprobó las modificaciones recomendadas en el marco del programa y la reforma entró en vigor el día 3 de septiembre de 2002.

Aunque Colorado y Nueva Jersey se han centrado en gran medida en el campo del interrogatorio por los jurados, Hawai ha llevado más allá la idea de los programas piloto. El 22 de junio de 1993 el Tribunal Supremo de Hawai estableció su Comité sobre Innovaciones en Materia de Jurado para el Siglo XXI con el objetivo de «estudiar y obtener información sobre innovaciones en juicios con jurado tenidas en cuenta o adoptadas en otros estados». En su primera reunión el grupo decidió que la puesta en funcionamiento de un programa piloto en el que se vieran implicados cinco jueces de tribunales territoriales (un número ampliado posteriormente a seis) sería positiva para evaluar la eficacia de las innovaciones en los procesos civiles y penales. En el curso de un período de 15 meses «los jueces que participaron en el proyecto piloto (...) presidieron 75 juicios penales y 10 juicios civiles». Una disposición clave de la resolución del Tribunal Supremo otorgó a los seis jueces implicados facultades discrecionales respecto de las innovaciones puestas a prueba por ellos en la salas de vistas, dejando así la responsabilidad última de la prueba en las manos de seis personas.

Estos seis jueces acabaron poniendo a prueba diez innovaciones diversas, entre ellas, la autorización a los jurados para tomar notas, las preguntas de los jurados a los testigos en las causas civiles y penales, y las instrucciones previas a los informes finales de las partes. Como consecuencia del estudio, el Tribunal Supremo de Hawai dictó una resolución con efectos a partir del 1 de julio de 2000, modificando las normas procesales relacionadas con las innovaciones en materia de jurado, y asumiendo prácticamente todas las reformas puestas a prueba en el estudio.

A diferencia de las iniciativas de reforma promovidas por los tribunales y adoptadas por estos estados, el desencadenante de las innovaciones en materia de jurado en Washington D.C. se produjo en el sector privado. Aquí, una organización del sector privado, el Consejo para la Excelencia de los Tribunales, obtuvo fondos para constituir y financiar el Proyecto sobre el Jurado del Distrito de Columbia, un estudio riguroso sobre el sistema de juicios con jurado en el Distrito de Columbia. Las recomendaciones finales de

⁷ Dodge, Mary: *“Should Jurors Ask Questions in Criminal Cases? A Report Submitted to the Colorado Supreme Court’s Jury System Committee”*. Otoño 2002.

mejoras se recogieron en un informe titulado «Los Jurados para el año 2000 y más allá del 2000» (1997). El Proyecto sobre el Jurado del Distrito de Columbia ha sido único, en la medida en que ha sido financiado totalmente mediante aportaciones del sector privado y sus recomendaciones han sido recibidas y seguidas por los tribunales de primera instancia, tanto federales como similares a los estatales, en la capital de los Estados Unidos.

Es evidente que cada uno de los 38 estados que han llevado a cabo algún tipo de actuación innovadora en materia de jurado ha procedido de una manera diversa. Algunos estados han realizado estudios. Muchos otros han organizado cuidadosamente los trámites para poner en marcha las innovaciones en los juicios con jurado. Y, como se ha descrito en los párrafos precedentes, muchos de ellos han hecho uso de programas piloto. No obstante, con frecuencia ha resultado difícil obtener información sobre lo que se ha hecho realmente tras la finalización de los estudios piloto. En los estados que no llevaron a efecto estudios exhaustivos o no formularon informes, no se disponía de datos empíricos que evaluar. Esta ausencia de conocimiento exigía respuestas a algunas preguntas. ¿Cuál es la situación del sistema de juicios con jurado en cada estado? ¿Cómo podrían intercambiar entre sí información respecto de las cuestiones y las mejoras relacionadas con el juicio con jurado los jueces de primera instancia y los abogados? ¿Cómo podrían los directivos de los tribunales en los estados que no han llevado a cabo estudios de sus sistemas de juicio con jurado aprender lecciones valiosas de sus colegas de otros tribunales estatales?

Las respuestas a estas preguntas empezaron a tomar forma durante la primera Cumbre Nacional sobre el Jurado, celebrada en 2001, y organizada por el Sistema Unificado de Tribunales de Nueva York y el Centro Nacional de Tribunales Estatales. El objetivo de la Cumbre sobre el Jurado, celebrada en la ciudad de Nueva York, consistió en reunir a representantes de todo el país para estudiar el estado del sistema de jurados en Norteamérica, compartir prácticas innovadoras, y planificar una mejora continua del mismo. Asistieron más de 400 personas de más de 45 estados, incluyendo jueces federales y estatales, gestores de tribunales, secretarios judiciales, abogados, representantes de organizaciones con base en las diversas comunidades e incluso jurados. El legado de la Cumbre sobre el Jurado consistió en la expansión de los esfuerzos de los tribunales estatales para mejorar el sistema de jurados en todo el país y para activar la implicación de la sociedad civil.

B) El liderazgo innovador de las Organizaciones de la Sociedad Civil

Dos organizaciones representativas de la sociedad civil, el Consejo de la Abogacía de Norteamérica⁸ y el Centro Nacional de Tribunales Estatales, han encabezado los esfuerzos más significativos en todo el país para animar a los jueces y abogados a mejorar las prácticas en los juicios con jurado.

El Consejo de la Abogacía de Norteamérica es una de las organizaciones de voluntarios más grandes del mundo. Tiene 386.115 miembros, abogados procedentes de todo el mundo. En 2004 promovió el Proyecto sobre el Jurado Norteamericano, un grupo equilibrado compuesto por profesionales ejercientes con experiencia en juicios y expertos en materia de jurado de todos los Estados Unidos, con la finalidad de

⁸ *American Bar Association (ABA)*. La ABA es una corporación de abogados de ámbito nacional, fundada en 1878, a la que corresponde asumir la representación de la abogacía en Estados Unidos, y que, entre otras funciones, otorga la acreditación o reconocimiento a las Facultades o Escuelas de Derecho (*Schools of Law*) en las que se desarrolla la segunda fase formativa de los estudios jurídicos en Estados Unidos. La ABA también desarrolla programas de formación jurídica continua, de información sobre el derecho, y de apoyo a los jueces y abogados en su trabajo, así como iniciativas para mejorar el ordenamiento jurídico de cara al público en general. Los objetivos generales de la ABA incluyen la prestación de servicios a sus miembros, la mejora de la profesión de abogado, la eliminación de la discriminación y el incremento de la diversidad y la promoción del imperio de la ley. La información sobre la ABA está disponible en el sitio web <http://www.americanbar.org> (N. del T.).

«definir (las) aspiraciones básicas para la gestión del sistema de jurado (norteamericano)». Tras un año de intenso trabajo el Consejo de la Abogacía de Norteamérica publicó los «Principios para Jurados y Juicios con Jurado», acompañados de un comentario autorizado⁹. Estos principios constituyen hoy en día los «estándares de oro» con los que se pueden evaluar las prácticas en los juicios con jurado en los Estados Unidos. En los próximos párrafos destacaré algunos de los elementos clave de los Principios y pondré de manifiesto como están contribuyendo a incrementar la confianza pública en el sistema de juicio con jurado.

El Principio n.º 2 señala que «los ciudadanos tienen derecho a desempeñar la función de jurado y su desempeño debería ser facilitado». Para conseguir este objetivo el principio advierte que la aptitud para el desempeño de la función de jurado no debería ser restringida o denegada en virtud de la raza, el sexo, la edad, el origen nacional o la discapacidad. Se sugiere que la duración requerida del ejercicio de la función de jurado «consista en el periodo de tiempo más corto, de forma coherente con las exigencias de la justicia». Además, los ciudadanos que participan en un jurado deberían percibir una retribución razonable que les permita hacer frente a sus gastos cotidianos, tales como el desplazamiento, la manutención, y el cuidado de sus hijos menores.

El Principio n.º 7 dispone que los tribunales deberían proteger la intimidad de los jurados estableciendo prácticas, tales como el mantenimiento de la confidencialidad de la información personal de cada jurado, una vez finalizado el proceso de selección del jurado, salvo que se acredite ante el tribunal la concurrencia de una causa justificativa para proceder de otra manera. El Principio alienta a los tribunales, durante el proceso de selección del jurado, a interrogar a los candidatos a jurados fuera de la presencia de los demás jurados respecto de su previa exposición a circunstancias de las que podría derivar algún prejuicio, o si la causa se refiere a cuestiones que pudieran resultar sensibles desde el punto de vista personal.

El Principio n.º 10 recomienda a los tribunales la utilización de procedimientos abiertos, justos y flexibles en la elaboración de una lista representativa de los candidatos a jurados. En respuesta a la crítica de que demasiados jurados no reflejan la composición demográfica de la comunidad en la que está situado el tribunal, en lo que se refiere a la raza, el sexo y el nivel de ingresos, este Principio señala enérgicamente que no debería operar ninguna excusa automática de la función de jurado basada en la profesión del ciudadano de que se trate. Los médicos, los abogados, los agentes de policía, los políticos y los miembros de otras profesiones no deberían ser considerados exentos del deber de desempeñar la función de jurados. Además, los tribunales deberían convocar a los ciudadanos para el desempeño de la función de jurado utilizando fuentes diversas para las listas de candidatos, tales como los registros de permisos de conducir, los censos electorales y los registros del impuesto sobre la renta, con la finalidad de incluir en dichas listas el más amplio espectro de la comunidad a la que presta sus servicios el sistema judicial. A este Principio subyace la idea de que cuando los tribunales desarrollan una actividad eficaz de convocatoria a los palacios de justicia de la más amplia variedad de ciudadanos para el desempeño de la función de jurado incrementan la confianza pública en el hecho de que las partes son enjuiciadas por un jurado compuesto por sus pares.

En respuesta a la crítica de que los jurados carecen de la capacidad para comprender los hechos y el derecho aplicable en muchas de las causas contemporáneas (como aquéllas que se refieren a complejas operaciones económicas o procedimientos médicos especializados), algunos Principios indican a los jueces que deben ser algo más que meros árbitros y a los letrados algo más que simples contendientes. Por ejemplo, el Principio n.º 13 propugna que los tribunales y las partes «promuevan enérgicamente la comprensión de los hechos y el derecho por parte de los jurados» durante todo

⁹ Los Principios y el comentario pueden ser descargados de la siguiente dirección:
<http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/juryprojectstandards/principles.authcheckdam.pdf>

el juicio. Este Principio recomienda expresamente que a los jurados se les permita: (1) tomar notas; (2) tener cuadernos del juicio en que se contengan las instrucciones del tribunal y los documentos corrientes; (3) formular preguntas por escrito a los testigos en las causas civiles; y (4) debatir entre ellos sobre la prueba en el curso de los juicios prolongados relativos a controversias civiles. El Principio n.º 6 aconseja a los tribunales que, incluso antes de la práctica de la prueba en los juicios, proporcionen a los ciudadanos llamados a desempeñar la función de jurados programas de orientación temprana sobre los aspectos esenciales del juicio con jurado, mediante la utilización de una combinación de materiales escritos, verbales y audiovisuales. Además, este Principio insta a los tribunales a proporcionar, no solo instrucciones jurídicas exhaustivas al final de cada juicio con jurado, sino también instrucciones previas al juicio en relación con los conceptos y procedimientos fundamentales. También es importante destacar que, con la finalidad de rebatir la crítica ampliamente extendida de que los jueces, los letrados y los peritos usan con demasiada frecuencia una jerga ininteligible, los Principios aconsejan a los tribunales que instruyan al jurado «en un lenguaje sencillo y comprensible».

En respuesta a la práctica de los tribunales consistente en evitar proporcionar asistencia específica a los jurados en proceso de deliberación que se esfuerzan por emitir un veredicto unánime, el Principio n.º 16 recomienda que los tribunales, previa consulta con los letrados que intervienen en el juicio, ofrezcan asistencia detallada a los jurados «cuando se informe de que han llegado a un aparente punto muerto». Este Principio cuestiona el uso inveterado de los tribunales consistente en volverse repentinamente pasivos y propensos al silencio en cuanto un jurado en proceso de deliberación comunica que tiene problemas para alcanzar un acuerdo. El Principio n.º 16 sugiere que, durante las deliberaciones del jurado, cuando es posible que la claridad sea lo más necesario para éste, los jueces y los letrados sean generosos, y no mezquinos, con sus dotes para responder las preguntas de los jurados con claridad y precisión.

Simultáneamente a la publicación por el Consejo de la Abogacía de Norteamérica de los «estándares de oro» contenidos en los «Principios para Jurados y Juicios con Jurado», el Centro Nacional de Tribunales Estatales, una organización de la sociedad civil al servicio de un consorcio de todos los tribunales estatales de los Estados Unidos, puso en marcha un Programa Nacional para Incrementar la Participación Ciudadana en la Función de Jurado por medio de Innovaciones en materia de Jurado (el «Programa de Innovaciones»). El Programa de Innovaciones fue diseñado para promover la comprensión pública de la función de jurado y para apoyar a los tribunales estatales en: (1) mejorar la respuesta ciudadana a la convocatoria para el desempeño de la función de jurado; (2) hacer más comprensibles sus instrucciones jurídicas a los jurados; y (3) desarrollar prácticas eficaces de gestión del jurado. Para conseguir esto, el Centro Nacional de Tribunales Estatales emprendió una serie de tareas. En primer lugar, reunió en un compendio sistemático todas las prácticas de gestión del jurado vigentes en los estados, lo que se conoce como el «Estudio de la Situación de los Estados» (*State-of-the-States-Survey*). Tras su terminación en el año 2006 se convirtió en la primera estimación básica jamás realizada de las leyes, normas, usos y prácticas relativas al sistema de jurados en todos los Estados Unidos. Los datos del Estudio evalúan las prácticas de los juicios con jurado en cada estado, desde la convocatoria inicial de los candidatos a jurados hasta el veredicto definitivo. El Estudio constituye una herramienta de valor inestimable que permite al sistema judicial de cada estado evaluar sus prácticas de gestión del jurado en relación con las seguidas en otros estados y con los promedios nacionales. Esta información comparada ha despertado gran interés. Los directivos de los tribunales y de los colegios de abogados de los circuitos federales 7º y 11º, así como de California, Connecticut, el Distrito de Columbia, Florida, Illinois, Luisiana, Maryland, Minnesota, Nueva York, Ohio, Pensilvania, Texas, Virginia, Wisconsin, Washington, y Virginia Occidental, han contratado a personal del Centro Nacional de Tribunales Estatales para que instituya prácticas en las salas de vistas que promuevan la capacidad de los jurados y la eficacia de los juicios, utilizando al

efecto el Estudio. Por ejemplo, la Comisión de Servicio y Confianza Públicos del Poder Judicial de Connecticut recomendó modificaciones en las prácticas de selección de los jurados seguidas en ese estado, en virtud de que los datos del Estudio evidenciaron una duración inusualmente larga del procedimiento de *voir dire* en comparación con todos los demás estados. En Texas los datos del Estudio llevaron a la celebración de una Cumbre sobre el Jurado en Causas Civiles, en la que participaron experimentados jueces de primera instancia y abogados. El Consejo de la Abogacía de Norteamérica presentó el Estudio en el marco del Simposio Nacional sobre el Sistema de Jurado de Estados Unidos, celebrado en la ciudad de Nueva York. En la organización de la Conferencia Anual de la Asociación de Jueces de Norteamérica¹⁰ correspondiente a 2008, los directivos de la misma prestaron atención a la investigación del Estudio, la cual indica: (1) que cada año se celebran aproximadamente 148.000 juicios con jurado en los tribunales estatales y federales; (2) que cerca de treinta y dos millones de ciudadanos son convocados anualmente a los palacios de justicia para desempeñar la función de jurados; y (3) que más de 1,5 millones de estadounidenses son seleccionados efectivamente para participar en jurados cada año. Resultó evidente que los juicios con jurado suponen una magnífica ocasión para que los jueces eduquen a los ciudadanos y fortalezcan la confianza pública en el sistema judicial. De aquí que la Asociación de Jueces de Norteamérica programase una actividad de medio día de duración titulada «Los Juicios con Jurado: Ocasiones Recurrentes para Fortalecer la Confianza Pública en los Tribunales», en la que se puso de manifiesto que algunas fases de los juicios con jurado presentan ocasiones idóneas para enseñar y motivar a los ciudadanos acerca de los tribunales y la administración de justicia.

El Programa de Innovaciones del Centro Nacional de Tribunales Estatales también ha producido un ciclo de formación judicial titulado «Gestión del Jurado para el Siglo XXI»¹¹. Este ciclo formativo proporciona a los tribunales y a los formadores judiciales una amplia variedad de módulos de formación susceptibles de incorporarse de forma flexible a programas con una duración de una hora, medio día o más.

El programa formativo «Gestión Eficaz de la Selección del Jurado» contiene seis módulos con una duración de 60 ó 90 minutos: (1) «Obtención de Información Decisiva de los Candidatos a Jurados»; (2) «Resolución de las Recusaciones con o sin causa»; (3) «Colaboración entre el Juez y los Letrados durante la Selección del Jurado»; (4) «Respeto a la Intimidad del Jurado durante el Proceso de Selección»; (5) «Gestión Temporal»; y (6) «Promoción del Juez como Formador durante la Selección del Jurado».

La serie de cursos «Asistencia a los Jurados con Problemas en el Proceso de Deliberación» contiene cinco módulos de una hora de duración: (1) «Mejora del Proceso de Deliberación»; (2) «Asistencia a los Jurados para Superar la Jerga»; (3) «Respuestas a los Jurados que formulan Preguntas o Informan de un Punto Muerto en el Proceso de Deliberación»; (4) «Respuesta a las Conductas Inapropiadas/Contratiempos en las Deliberaciones»; y (5) «Respeto a la Intimidad de los Jurados y Respuesta a su estrés».

Cada módulo proporciona a los usuarios no solo contenidos formativos detallados, sino además presentaciones *power point* complementarias y exhaustivos recursos de referencia, tales como los «Principios para Jurados y Juicios con Jurado» del Consejo de la Abogacía de Norteamérica.

¹⁰ *American Judges Association (AJA)*. Se trata de una asociación judicial, fundada inicialmente en 1953, que cuenta actualmente con más de 3.000 miembros, incluyendo jueces estadounidenses de los tribunales federales y estatales, así como jueces de otros países de América del Norte y Asia (Canadá, México, Puerto Rico, Guam, Samoa Americana y las Islas Vírgenes). Tiene como objetivos principales promover y mejorar la eficacia de la administración de justicia, el mantenimiento del estatuto y la independencia de los miembros del Poder Judicial, y constituir un foro para el intercambio de ideas entre los jueces y para la formación continua de los miembros del Poder Judicial y del público en general. La información sobre la AJA está disponible en el sitio web: <http://aja.ncsc.dni.us> (N. del T.).

¹¹ Los programas formativos virtuales están a disposición de la generalidad de los jueces y de los formadores judiciales en la dirección: <http://www.icmelearning.com/jtm/>.

CONCLUSIÓN

Creo firmemente que cuando los jueces y los abogados cooperan, cuando los directivos gubernamentales y del sector privado colaboran, y cuando se llevan a cabo investigaciones empíricas bien planificadas y ampliamente difundidas, se pueden hacer grandes progresos en la administración de justicia en nuestros tribunales. Entre los resultados apreciables se pueden incluir: el incremento en la utilización de prácticas innovadoras por parte de los jueces; la reducción de la «carga» que soportan los jurados; la disminución de los casos de ausencia de respuesta de los ciudadanos a las convocatorias para el desempeño de la función de jurado; una mayor proporción de la población que participa efectivamente en los jurados; la reducción de los problemas afrontados por los jurados en el proceso de deliberación; y una judicatura mejor formada. Además, los jurados que participan en los juicios estarán mejor informados sobre sus responsabilidades jurídicas. En otras palabras, se mejorarán la capacidad de decisión y el grado de satisfacción de los jurados. Y, lo que es más importante, es previsible que exista una mayor confianza pública en los veredictos de los jurados y en los tribunales.

INTERPOL en el país de las garantías (una difusión roja «desteñida»)

Fernando MARROQUÍN GALO*

Este es un comentario académico sobre la decisión de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 24-VIII-2011, respecto a la difusión roja¹ contra militares retirados en el *Caso Jesuitas*, derivada del proceso penal iniciado en el Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de la Audiencia Nacional de España, por los delitos de Asesinato, Terrorismo y Crímenes de lesa humanidad. El *Caso Jesuitas* se refiere al asesinato de los sacerdotes Ignacio Ellacuría Beascochea, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes Mozo, Amando López Quintana, Juan Ramón Moreno Pardo, Joaquín López y López, así como de la empleada Elba Julia Ramos y su hija Celina Mariceth Ramos². Los militares a quienes se refería la notificación de INTERPOL son: Rafael Humberto Larios López y Juan Rafael Bustillo Toledo, Juan Orlando Zepeda Herrera, Francisco Elena Fuentes, José Ricardo Espinoza Guerra, Gonzalo Guevara Cerritos, Oscar Mariano Amaya Grimaldi, Antonio Ramiro Ávalos Vargas y Tomás Zárate Castillo.

Se trata, sin duda, de un caso espinoso y poliédrico, en el que una propuesta lectiva no puede, ni pretende, subestimar las delicadas responsabilidades de la magistratura. Únicamente se intenta, con el derecho de acceso a la justicia como norte, examinar los contornos argumentativos de la decisión. Para ello, después de una breve reseña de los hechos que contextualizan el pronunciamiento judicial, se exponen a continuación los principales argumentos utilizados por la Corte y enseguida se plantean algunas cuestiones sobre la fuerza argumentativa de dichas razones, a partir de su claridad, la aceptabilidad de las tesis interpretativas empleadas, su coherencia con decisiones previas y con la jurisprudencia relativa a algunos de los temas implicados. Con estos parámetros como herramientas para una lectura crítica de lo resuelto en un caso tan importante, puede llegar a ilustrarse la posibilidad de que las deficiencias argumentativas se conviertan en barreras de acceso a la justicia.

* Junto con apuntes previos, la redacción se realizó en cumplimiento de una asignación del curso «Acceso a la justicia y equidad social en América Latina» (septiembre de 2011) de la Maestría en Estudios Judiciales, organizada en forma conjunta por la Escuela Superior de Economía y Negocios, la Universidad «Dr. José Matías Delgado» y la Universidad Católica de El Salvador. La primera parte del título es una parcial imitación del tema del artículo «El Caso Naseiro en el país de las garantías», del magistrado español Perfecto Andrés Ibáñez, publicado en la *El País* en 1992. Ningún otro vínculo existe entre ambos textos. *Abreviaturas utilizadas*: *BESM*: Brigada Especial de Seguridad Militar; *CC.*: Código Civil; *Cn.*: Constitución de la República; *INTERPOL*: Organización Internacional de Policía Criminal; *Pr.Pn.*: Código Procesal Penal (vigente, de 2008).

¹ La difusión roja es una comunicación o notificación emitida por la Secretaría general de INTERPOL hacia las autoridades policiales nacionales de los países miembros de la organización (países requeridos), en la que se informa sobre la existencia de un orden de captura expedida por una autoridad competente de otro país miembro (país requerente), con el fin de obtener la asistencia y cooperación de la policía de los países requeridos, en la ejecución o cumplimiento de ese orden.

² El hecho ocurrió el 16 de noviembre de 1989 durante una agudización de la guerra civil salvadoreña, a causa de una ofensiva militar que se prolongó por varios días. En septiembre de 1991, un tribunal condenó a algunos de los acusados, pero en marzo de 1993 se emitió una ley de amnistía que suspendió la ejecución de esta sentencia. En marzo de 2000 se denunció y pidió la investigación de los autores intelectuales del delito. La Fiscalía y los jueces ordinarios (un juez de paz y una cámara de segunda instancia) coincidieron en que se declarara la prescripción de los delitos denunciados. En diciembre de 2003, la Sala de lo Constitucional rechazó una demanda de amparo interpuesta por los familiares de las víctimas en contra de dichas autoridades fiscales y judiciales, por violación al derecho de acceso a la justicia. En noviembre de 2008, organizaciones de derechos humanos (Asociación Pro Derechos Humanos de España y Centro de Justicia y Responsabilidad) interpusieron una querrela ante un juzgado de Madrid. La querrela fue admitida en enero de 2009 y el 30 de mayo de 2011 se dictó auto de procesamiento y orden de captura en contra de varios de los acusados.

Hechos

El 7 de agosto de 2011, 9 de los militares retirados procesados en España por el *Caso Jesuitas* se presentaron voluntariamente «con la finalidad de constituirse en detención preventiva» a la Brigada Especial de Seguridad Militar (BESM) de la Fuerza Armada, al haberse «enterado por sus propios medios» de una difusión roja en su contra. El 8 de agosto el ministro de la Defensa Nacional puso a disposición del juez 12º de Paz de San Salvador a los militares retirados «para los efectos legales pertinentes». Ese mismo día el juez citado: 1) realizó una inspección en la BESM «para efectos de informar debidamente a la Corte»; 2) pidió un informe a INTERPOL-El Salvador sobre la existencia de las difusiones rojas contra los militares, indicando que dicho informe se remitiera a la Corte Suprema de Justicia; y 3) reenvió a esta la comunicación del ministro, para «que designe el juzgado competente para conocer cualquier tipo de trámite que aparezca en la presentación voluntaria de los supuestos solicitados por el Reino de España».

El 10 de agosto INTERPOL confirmó la existencia de 10 difusiones rojas (incluyendo la del señor René Emilio Ponce) basadas en una orden de detención del juzgado español del 26 de julio de 2011, recibida en la Secretaría General de INTERPOL el 27 de julio y publicada a nivel internacional y activada el 4 de agosto. La Corte Plena tomó su decisión el 24 de agosto de 2011³, declarando que: a) la difusión roja «en este caso» «implica únicamente aviso de localización»; b) no existe solicitud de detención preventiva con fines de extradición en contra de los militares retirados; c) no existe detención preventiva con fines de extradición «ni ninguna otra privación, restricción o limitación de sus libertades ambulatorias» de los militares retirados; d) la Corte «es el único tribunal competente para conocer y resolver sobre las extradiciones, tanto en lo principal como en lo accesorio, auxiliar o complementario, y que, por tanto, es el filtro jurídico-político, único, supremo e ineludible en esta materia»; y e) la policía no puede capturar con fines de extradición «sin orden judicial» y ningún juez puede decretar esa detención «sin delegación expresa de esta Corte».

Argumentos de la Corte

La resolución tiene 6 apartados principales (I. Antecedentes; II. Sobre la competencia de esta Corte; III. Sobre la notificación roja; IV. Sobre la detención preventiva con fines de extradición; V. Conclusión; y VI. Resolución). La argumentación del tribunal aparece en los apartados II, III y IV. Los argumentos principales son:

- El art. 182 atribuciones 3.º y 4.º Cn. otorgan a la Corte la competencia para conocer sobre extradiciones y «todo trámite de asuntos internacionales»; esa competencia es exclusiva y se extiende tanto a «lo principal» como a «lo accesorio», «ejerciendo un control de constitucionalidad, legalidad y lo establecido por el Derecho Internacional». La Corte «es el filtro jurídico-político supremo, único e ineludible para que en el interior del país se pueda proceder a realizar actos de ejecución sobre la extradición, sobre la detención preventiva con fines de extradición y sobre la captura con la misma finalidad.»
- La difusión roja «es el aviso y requerimiento» «para la búsqueda y localización» de una persona contra quien existe una «orden de captura judicial». La difusión roja «no es judicial, sino administrativo-policia, de origen extranjero», con base en la cual la Oficina Central Nacional del Estado requerido «es la encargada de buscar y localizar al extraditable».
- INTERPOL «no ostenta la representación de Estado alguno» y su actuación «se circunscribe a la búsqueda y localización policial de personas perseguidas por

³ Hay que reconocer y agradecer que la Corte, en un valioso ejercicio de transparencia, publicó esta decisión casi de inmediato, en el sitio del Centro de Documentación Judicial, donde puede ser consultada (www.jurisprudencia.gob.sv).

la ley, mas no a la captura» de ellas «ni equivale a una solicitud de detención provisional con fines de extradición».

- La difusión roja «es una figura distinta a la regulada en el art. 10 del Tratado de Extradición entre la República de El Salvador y el Reino de España»⁴, pues la detención preventiva con fines de extradición es una privación de libertad que «no puede ser autorizada administrativamente sino sólo por autoridad judicial». Cuando la detención se origina en una decisión de un tribunal extranjero «el Estado nacional en ejercicio de su propia soberanía debe autorizar la ejecución de la orden de captura», como «una especificidad del Exequátur, cuya esencia consiste en autorizar que se ejecute una resolución extranjera en territorio nacional».
- La detención preventiva con fines de extradición, igual que la extradición, «requieren que sean solicitadas por una autoridad diplomática», «utilizando los conductos diplomáticos» «o por la vía directa entre los órganos competentes». Para la extradición con España, estos órganos son el Ministerio de Justicia español y la Corte salvadoreña.
- No consta que «el Reino de España haya presentado solicitud alguna en tal sentido», por lo que la Corte «se encuentra inhibida para decretarlas o denegarlas».
- El art. 327 n.º 3 Pr.Pn. es inaplicable porque el proceso penal «inició en España antes de la entrada en vigencia del expresado Código», que según el art. 504 Pr.Pn. «sólo es aplicable para los procesos futuros, tanto en lo principal como en lo secundario». Además, según el art. 15 Cn., «Nadie puede ser juzgado conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate».

Observaciones

Los argumentos son básicamente cuatro: una interpretación extensiva de la competencia de la Corte sobre las extradiciones; la comprensión de la Corte sobre el alcance de la difusión roja; la distinción entre la difusión roja y la solicitud de detención preventiva con fines de extradición; y la prohibición de aplicación retroactiva del artículo 327 inc. 1º n.º 3 Pr.Pn. Desde una perspectiva del acceso a la justicia pueden plantearse las observaciones siguientes:

1. *Competencia*. El argumento sobre la posibilidad de que la Corte conozca y re-suelva respecto a los efectos de una difusión roja se basa, primero, en el tópico civilista de que «lo accesorio sigue a lo principal» (*accessorium sequitur suum principale*): la Corte es competente para conceder la extradición; la captura de la persona extraditable es un elemento «accesorio» de la extradición; luego, ya que la Corte es competente para conocer sobre la extradición (lo principal), también es competente para conocer sobre la captura de la persona extraditable (lo accesorio). En segundo lugar, se establece una especie de analogía entre el cumplimiento de una orden judicial extranjera de captura y la ejecución de sentencias extranjeras, de modo que en ambos casos se necesita del *pareatis* o exequátur de la Corte.

Aunque en apariencia esta forma de razonar podría considerarse válida, no parece que el nicho argumentativo de ese brocardo de abolengo privatista (véanse por ejemplo,

⁴ «Artículo 10. Detención preventiva. 1. En caso de urgencia, la Parte requirente podrá pedir que se proceda a la detención preventiva de la persona reclamada hasta la presentación de la solicitud de extradición. La petición de detención preventiva se transmitirá a las Autoridades correspondientes de la Parte requerida, bien por conducto diplomático, bien directamente, por correo o telégrafo, a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), o por cualquier otro medio del que quede constancia escrita o que sea aceptado por la Parte requerida. 2. En la petición de detención preventiva figurarán la filiación de la persona reclamada, con indicación de que se solicitará su extradición; una declaración de que existe alguno de los documentos mencionados en el artículo 9 que permiten la aprehensión de la persona; una declaración de la pena que se le pueda imponer o se le haya impuesto por el delito cometido, incluido el tiempo que quede por cumplir de la misma, y una breve descripción de la conducta constitutiva del presunto delito. 3. La Parte requerida resolverá sobre dicha petición de conformidad con su legislación y comunicará sin demora su decisión a la Parte requirente...»

los arts. 639 y 1313 CC.) sea el de las discusiones jurídicas sobre la distribución política de las competencias de los órganos públicos. Lo «accesorio» puede encargarse por ley a un órgano distinto del que está designado para resolver lo «principal», precisamente como una estrategia antimonopólica de control interorgánico y con base en una consideración práctica de las mejores condiciones de cada órgano para el desempeño de la competencia asignada⁵. El Código Procesal Penal, la ley orgánica respectiva y la ratificación del Estatuto de INTERPOL⁶ pueden atribuir a la policía la competencia para una captura con fines de extradición o de cooperación jurídica internacional, al fiscal la competencia para solicitar al juez una detención provisional y al juez ordinario la competencia para resolver si esta procede, todo ello sin recortar un ápice de la competencia de la Corte para decidir si se autoriza la extradición. Esa distribución de poderes no parece tan vulnerable a la simple invocación de un lugar común. Después de todo, argumentar con tópicos no es precisamente la forma más segura de justificar una decisión⁷.

Por otro lado, el argumento no resiste una crítica consecuencialista contundente: el efecto de este criterio es la centralización o concentración, en la Corte Plena, de todas las decisiones relevantes vinculadas con la captura de una persona extraditable, es decir, que la policía ha perdido su capacidad de aprehensión inmediata, puesto que la captura sólo puede ser el resultado de un trámite judicial previo, delicado y complejo (nada menos que ante la Corte Plena, con un mínimo de 8 votos necesarios para decidir). La asimilación de una orden judicial extranjera de captura y una sentencia extranjera necesitada de *pareatis*, sin que se exponga la identidad relevante de los términos de comparación, es un ejemplo extremo del afán centralizador⁸.

No parece que esta configuración judicial del procedimiento de captura de personas extraditables esté en sintonía con los esfuerzos internacionales de incremento de la efectividad policial, que por regla general es la primera y la más expedita reacción estatal cuando se trata de personas buscadas por un país extranjero. Por el contrario,

⁵ Además habría que reparar en el peligroso juego semántico (tan cargado de ambigüedad) inherente al uso de tales términos (lo «accesorio» en un contexto puede ser lo «principal» en otro y viceversa). Así lo confirma la opinión siguiente: «No es fácil dar una definición exacta de lo accesorio, a pesar de la claridad del principio romano [...] Se han propuesto diversos criterios para determinar lo accesorio de lo principal, en forma teórica [...] Ningún criterio, sin embargo, es definitivo, debiendo quedar referido al arbitrio judicial la determinación, de acuerdo a las situaciones y circunstancias de hecho y de derecho que se presentan en cada caso concreto.» V. Silva, A., «Accesorio, ría», voz en: Ossorio y Florit, M. y Lerner, B. (Dirs.), *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1984, T. I, pp. 160-161.

⁶ *Código Procesal Penal*, art. 327 inc. 1.º n.º 3: «Otros Casos de aprehensión. Art. 327.- Además de los casos establecidos en este Código la policía procederá a la captura de una persona, aun sin orden judicial, en los casos siguientes: 3) Cuando respecto de la persona exista difusión o circular roja de instituciones policiales internacionales.» *Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil*: «Art. 4.- Son funciones de la Policía Nacional Civil: 6. Ejecutar las capturas en los casos previstos por la ley». *Estatuto de INTERPOL*, arts. 26 y 31: «Secretaría general. Artículo 26. La Secretaría General: (c) actuará como centro técnico y de información; (e) mantendrá el enlace con las autoridades nacionales e internacionales, tramitando las cuestiones de investigaciones criminales por conducto de las Oficinas Centrales Nacionales... Oficinas Centrales Nacionales. Artículo 31. Para alcanzar sus objetivos, la Organización necesita la cooperación permanente y activa de sus miembros, los cuales deberán hacer todos los esfuerzos compatibles con sus propias legislaciones para participar con diligencia en las actividades de la Organización.» El Salvador se adhirió a INTERPOL en 1959 (08 de diciembre), se retiró en 1984 y se reincorporó el 29 de septiembre de 1993.

⁷ Perelman, C., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 128, reconoce que para cada tópico hay un contrario que puede ser igualmente escogido por el oponente para replicar en la discusión.

⁸ Ejecutar una sentencia extranjera puede ser distinto a adoptar una medida de aseguramiento o cautela: la primera supone aplicar una limitación *definitiva* sobre derechos del vencido (lo que parece justificar una verificación judicial nacional *previa* de la validez del acto extranjero que la motiva), mientras que la segunda puede dirigirse únicamente a *prevenir* -con carácter *provisional*- la ineficacia de una eventual sentencia extranjera (en cuyo caso el control judicial ordinario y posterior -máximo 72 horas después de la captura- parece suficiente garantía o incluso puede ser mejor, si se compara su inmediatez con el lapso que podría tardar el «*pareatis* penal» instaurado por la Corte). Por otra parte, el peligro de la demora en ambos casos es muy distinto: evadir una captura puede ser un hecho simple y natural (huir y esconderse), mientras que entorpecer la ejecución de una sentencia extranjera puede implicar una estela de actuaciones jurídicas que incrementen la situación desventajosa del vencido y que, por tanto, desincentiven su realización.

la conclusión que parece más clara es que se ha levantado una importante barrera judicial contra la aplicación de procedimientos de cooperación policial ágiles y operativos en este ámbito⁹. La captura del probable autor de un delito es un presupuesto básico para el acceso a la justicia de las víctimas y la progresiva formalización de los procedimientos policiales para lograrla (añadir más trámites o volver más complejos los que existen) es una manera de dificultar ese acceso.

2. *Difusión roja*. El considerando III de la resolución transfigura la difusión roja de INTERPOL: su objetivo no es la captura de una persona, sino únicamente su «búsqueda y localización». A pesar de que esta idea sobre el objetivo de la difusión roja se repite 5 veces en sólo 3 párrafos, en todo el considerando no hay un argumento que la sostenga. En el último párrafo del considerando III se dice de INTERPOL es un «organismo que en todo caso no ostenta la representación de Estado alguno, por lo que sus actuaciones en los diferentes países, se circunscribe a la búsqueda y localización policial de personas perseguidas por la ley, mas no a la captura de las mismas». Aunque en efecto INTERPOL no representa a ningún Estado¹⁰, eso no parece tener ningún efecto concluyente sobre el objetivo de sus difusiones rojas: del hecho de que INTERPOL no representa a ningún Estado no se sigue que sus difusiones rojas deban tener un fin distinto a la captura (falacia *Non sequitur*). El conector consecutivo «por lo que» parece muy desafortunado y el intento de argumento, fallido.

En el considerando III también se insiste en que la difusión roja es una actuación que «no es judicial», sino «administrativo-policial, de origen extranjero»¹¹. Quizá se pretende indicar que una captura debe ser ordenada por un juez y no por una instancia administrativa. Si este es el argumento (es imposible estar seguro) surgirían dos reparos inmediatos: primero, que INTERPOL es sólo un canal de comunicación, no es la emisora de la orden de captura y que la fuente de dicha orden sí es judicial, aunque se trata de un juez de un país extranjero; en segundo lugar, que todos los días se priva de libertad a las personas con órdenes *administrativas* de detención y a veces incluso sin ellas, como en los casos en que la policía *crea* que hay flagrancia delictiva. Las capturas o privaciones de libertad policial sin orden judicial son parte del diseño constitucional de permisos para la limitación válida de ese derecho (art. 13 Cn.).

Si, más bien, lo que se objeta no es que INTERPOL sea una instancia administrativa, sino que la orden comunicada es «de origen extranjero», habría que decir que esa sola condición no puede mutar o cambiar el contenido de la orden. Una orden judicial extranjera de captura no se convierte en orden de «búsqueda y localización» por el solo hecho de cruzar la frontera de El Salvador. O al menos no queda claro cómo eso puede ocurrir. Parece indiscutible que una orden judicial nacional de captura tiene en principio distinta eficacia que una orden judicial extranjera de captura, pero esa no es una diferencia entre eficacia e ineficacia, sino entre eficacia inmediata y eficacia condicionada¹². Y la eficacia condicionada (sujeción a ciertos requisitos adicionales para

⁹ La altura de los muros fronterizos de los ordenamientos jurídicos nacionales (y su burocracia judicial y administrativa) es una de las principales limitaciones para una lucha transnacional fructífera en contra de la delincuencia, según: Naím, M., *Ilícito. Cómo traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando al mundo*, Barcelona, Debate, 2006, pp. 288-290.

¹⁰ Primero porque no es un Estado; segundo, porque no es un órgano representativo de un Estado; y tercero, porque es una organización formada por las oficinas de policía de los países miembros (art. 4 del Estatuto de INTERPOL).

¹¹ Como si las condiciones: no judicial, administrativo, policial y extranjero fueran estratos de una escala de validez descendiente (donde mientras más abajo se ubique un acto, menos vale) que no parece compatible con el postulado de la confianza recíproca en las actuaciones de los otros Estados y de sus órganos, que es lo que fundamenta las relaciones de cooperación jurídica y judicial internacional. (Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., «El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados miembros», en: *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Colex-UNED, Año 2006, Número 10, p. 156).

¹² La frontera no es una división con efectos alquímicos, pero tampoco es una línea para decorar mapas que carezca de sentido jurídico. La simplificación de los requisitos que determinan la eficacia condicionada de una orden judicial extranjera de captura es el propósito de los convenios de cooperación jurídica internacional (como el Estatuto de INTERPOL) y de extradición. Un imperativo de la integración y

que llegue a tener eficacia inmediata) tampoco es un gen mutante que convierta una orden de captura en una orden de «búsqueda y localización»¹³.

Se ha dicho que la tesis de la Corte, sobre la difusión roja como orden de «búsqueda y localización», es un cambio o transfiguración de dicha notificación, porque esa tesis judicial contradice la función, objetivo o propósito que la propia INTERPOL atribuye a sus difusiones rojas. Estas, según INTERPOL, «Se utilizan para solicitar la detención preventiva con miras a la extradición de una persona buscada, y se basan en una orden de detención o en una resolución judicial.»¹⁴ Las notificaciones de INTERPOL destinadas a la «búsqueda y localización» de personas desaparecidas (especialmente menores) son las difusiones amarillas. No sólo INTERPOL, sino también la propia Corte, a tan sólo 3 meses de distancia previa del criterio agostino, había ratificado la equivalencia legal entre la difusión roja y una orden de captura e incluso, una solicitud de detención provisional con fines de extradición¹⁵. La opinión de la entidad creadora del sistema de difusiones internacionales y la del propio tribunal no tenían por qué petrificar o aprisionar el criterio ulterior de la Corte, pero sí parece que reforzaban la exigencia de racionalidad práctica de que se argumentara la elección en un sentido opuesto¹⁶.

3. *Diferencia.* Según la Corte, la difusión roja no sólo *no* pretende la captura de una persona, sino que también es distinta a la solicitud de detención preventiva con fines de extradición. Las razones de la diferencia serían tres: primera, que la detención preventiva con fines de extradición es una forma de privación de libertad y esta, «para El Salvador constituye una privación o restricción a un derecho fundamental y constitucional, que no puede ser autorizado administrativamente sino solo

globalización jurídica –especialmente de cara al combate del crimen– es la progresiva parificación de la eficacia de ambos tipos de decisiones (internas y externas), o sea, que la eficacia de estas últimas sea cada vez menos condicionada. Un ejemplo es la orden de detención y entrega, destinada a superar los pactos bilaterales de extradición. Al respecto: *Ibidem*, pp. 159 y ss.

¹³ De todas formas, hablando de eficacia, cabría retomar aquí el argumento pragmático o consecuencialista: ¿de qué sirve la localización de una persona contra quien existe una orden judicial extranjera de captura si nada impide su huida? Hay algo en el sentido común que se resiste al diseño internacional de un sistema de comunicaciones dirigido a un resultado tan modesto y frágil.

¹⁴ Prosigue el documento de INTERPOL: «El fundamento jurídico de las notificaciones rojas es la orden de detención o la sentencia judicial expedida o dictada por las autoridades judiciales del país interesado. Muchos países miembros de la Organización consideran que la notificación roja de INTERPOL equivale a una solicitud de detención preventiva válida. Además, en varios convenios bilaterales y multilaterales de extradición, tales como el Convenio Europeo de Extradición, el Convenio de Extradición de la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental (CEDEAO) y el tratado modelo de las Naciones Unidas sobre la extradición, se reconoce a INTERPOL como un conducto oficial para transmitir solicitudes de detención preventiva». Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), *Notificaciones*, documento consultado el 21 de septiembre de 2011, en el sitio: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/FactSheets/GI02ES.pdf>.

¹⁵ En la resolución S/N de las 17:00 hrs., del 19-V-2011, la Corte Suprema de Justicia (con 9 votos) sostuvo que la «notificación roja» es «un mecanismo que permite la captura de una persona requerida en otro Estado a efecto de realizar las gestiones necesarias para su extradición» y que «las instituciones policiales de cada Estado están en la obligación de realizar las gestiones dentro del territorio nacional para hacer efectiva la detención requerida mediante este tipo de notificaciones» (p. 3; en idénticos términos se expresa la Sala de lo Constitucional, en la Resolución de Imprudencia del Hábeas Corpus n.º 288-2011, del 24-VIII-2011, también relacionada con el *Caso Jesuitas*). Hay que notar que la decisión de la Corte pronunciada en mayo no analiza con profundidad el nivel de suficiencia de información que el juez necesitaría para decretar la detención provisional frente a las posibilidades de una difusión roja para satisfacerlo.

¹⁶ En forma particular, el autoprocedente de mayo obligaba a una justificación específica del cambio de criterio, de acuerdo con los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley (Sentencia de Inconstitucionalidad n.º 41-2000, del 13/11/2001; Sentencia de Inconstitucionalidad n.º 63-2007, del 16/10/2006; Sentencia de Inconstitucionalidad n.º 1-2010, del 25/08/2010; y, especialmente, el Auto de Imprudencia de Inconstitucionalidad n.º 408-2010, del 27-X-2010). La diferencia de integración del tribunal no desvanece el vínculo del autoprocedente, porque la jurisprudencia es una construcción institucional coherente, una obra plural de la constancia colectiva y no un producto episódico del espíritu veleidoso de los integrantes de un colegio de jueces. La coherencia no proscribía los cambios, pero obliga a motivarlos. Incluso si esta idea se rechazara, subsistiría la observación de que dos de los magistrados que firmaron la resolución de mayo, también suscribieron la de agosto, sin que esta contenga ningún voto particular concurrente que justifique tan radical variación en la opinión de los mismos juzgadores, en un plazo tan corto y sobre una cuestión esencialmente similar.

por autoridad judicial». Segunda, que en vista del origen extranjero de la orden de captura, la soberanía del Estado nacional lo obliga a aplicar «una especificidad del Exequátur» para autorizar su ejecución. Y tercera, que la detención provisional con fines de extradición debe ser realizada por una autoridad diplomática, utilizando los conductos diplomáticos o por vía directa entre el Ministerio de Justicia español y la Corte salvadoreña.

En cuanto a la primera razón, que una detención provisional (mejor que «preventiva», pero equivalente) con fines de extradición debe ser autorizada por un juez está fuera de discusión, pero esto no justifica que el requisito de jurisdiccionalidad deba anticiparse hasta el acto policial de captura o aprehensión¹⁷, que es un presupuesto de la detención judicial y que, como ya se dijo, se cumple en la práctica con órdenes administrativas y hasta sin ellas, con respaldo en el art. 13 Cn., y el mundo ha seguido girando. Sobre el segundo criterio ya se expusieron las reservas de una analogía entre ejecución de una sentencia extranjera y cumplimiento de una orden judicial extranjera de captura, sobre todo desde la perspectiva de sus previsibles efectos impeditivos del desarrollo de un sistema de cooperación jurídica internacional más operativo y expedito. Respecto al tercer motivo, hay que notar que la decisión omite analizar por qué el texto del inc. 1º del art. 10 del tratado de extradición ya citado (que expresamente reconoce la posibilidad de que la petición de detención preventiva se transmita «a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) o por cualquier otro medio del que quede constancia escrita») es insuficiente para llegar a una conclusión distinta de la que sostiene el fallo¹⁸.

4. *Art. 327 Inc. 1.º n.º 3 Pr.Pn.* Este artículo, que regula la «aparente facultad» de captura policial sin orden judicial y con base exclusiva en la difusión roja, no es aplicable «en este caso», porque las disposiciones del código «se aplicarán desde su vigencia a los procesos futuros» (art. 504 Pr.Pn.) y porque el art. 15 Cn. establece que las personas deben ser juzgadas «conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate». En primer lugar hay dos observaciones inmediatas: una es que según los artículos 8 Pn. y 47 Pr.Pn. se podría pensar que la regla de vigencia del art. 504 Pr.Pn. tiene condicionada su aplicación a los procesos penales iniciados en el territorio nacional (criterio espacial o territorial de vigencia) y habría que argumentar más para justificar una interpretación extraterritorial o universal de esa regla. La otra idea es que la jurisprudencia parece haber consolidado la opinión de que el art. 15 Cn. garantiza la «ley previa» de contenido penal material, pues la ley procesal carece por regla general de efecto retroactivo (se aplica según el tiempo del acto procesal respectivo, no el tiempo del inicio del proceso, ni de la ocurrencia del hecho imputado)¹⁹.

En segundo lugar, la crítica más relevante al argumento sobre la inaplicabilidad de la disposición citada es su impacto en términos de coherencia argumentativa, claridad

¹⁷ Ello podría asimilarse al contendiente que abusa de la garantía de prohibición de golpes bajos en el boxeo, subiéndose los pantaloncillos a la altura del pecho. No parece que la garantía de jurisdiccionalidad de la detención provisional dé para tanto.

¹⁸ Como ya se transcribió, INTERPOL reconoce la equivalencia entre una difusión roja y una solicitud de detención preventiva con fines de extradición. Así lo entendió también la propia Corte en la resolución de mayo. Es más, las órdenes de detención giradas en este caso por el juez español referido a INTERPOL España dicen textualmente: «Le remito, adjunto al presente, Orden Internacional de Detención expedida contra ----- a fin de que procedan a su introducción en el Sistema correspondiente y su difusión internacional a efectos de entrega/extradición.» (resaltado suplido; el texto íntegro de las órdenes está publicado en el sitio electrónico: <http://www.contrapunto.com.sv/documentos/ordenes-de-arresto>). Hay que aclarar que la Corte advierte que «no se tiene certificación íntegra» «de la notificación roja», de modo que podría haber sido una cuestión probatoria o de hecho la suficiencia de la información documental recibida, al verificar si se cumplían los requisitos del art. 10 del tratado de extradición citado. Pero la Corte no argumenta semejante problema probatorio, sino que se limita a esgrimir la ausencia de una solicitud «por la vía diplomática».

¹⁹ Por ejemplo: Sentencia de Casación n.º125-CAS-2005, del 20-XII-2005; y Sentencia de Inconstitucionalidad n.º 15-96, del 14-II-1997. Si el caso analizado por la Corte es una excepción a esta regla (del carácter prospectivo y no retroactivo de la norma procesal), ello debería haberse justificado expresamente.

y precisión de los argumentos previos, que parecían los razonamientos fundamentales del fallo. En otras palabras, cuando la Corte dice que el art. 327 Pr.Pn. no es aplicable «en este caso», sin remedio está admitiendo que habrá casos en los que sí se debe aplicar dicho precepto. Concretamente, siguiendo el argumento de inaplicabilidad, la difusión roja de INTERPOL sí valdrá como orden de captura policial, y no necesitará el pareatis de la Corte Plena, cuando la orden judicial extranjera de captura tenga su origen en procesos penales iniciados a partir del 1 de enero de 2011. Entonces, la difusión roja es para «búsqueda y localización» en algunos casos (los de procesos anteriores al año nuevo 2011), pero es para captura, sin orden judicial y sin unción de la cúpula judicial nacional, para otros casos. La perentoria y rimbombante fraseología del control concentrado de lo principal y lo accesorio de la extradición parece perder gran parte de su espuma (el «filtro jurídico-político» «ineludible» deja de serlo tanto).

Conclusión

La resolución de la Corte analizada en este texto puede tener varios flancos argumentativos que merecerían un examen más profundo. En tal sentido se ha mencionado la invocación de un tópico («lo accesorio sigue la suerte de lo principal») como argumento básico para concentrar atribuciones que parecían corresponder a otros órganos, a manera de control interorgánico. También se ha esgrimido una suerte de analogía entre el cumplimiento de una difusión roja y la ejecución de una sentencia extranjera, pero sin justificar de modo suficiente la semejanza entre los términos de comparación. Estas observaciones se complementan con una opinión sobre las consecuencias del criterio judicial planteado, en cuanto al probable incremento de las dificultades para el funcionamiento expedito de las redes de cooperación policial.

Con relación a los argumentos de fondo de la decisión, resulta llamativo el criterio sobre la finalidad de la difusión roja (como búsqueda y localización), que no parece coincidir con la concepción que tiene al respecto la propia INTERPOL (como captura o detención policial), ni con lo expresado en una decisión de la Corte, tan sólo tres meses antes, sin que la justificación del cambio de criterio aparezca por ningún lado. La consecuente extensión de la garantía de jurisdiccionalidad hasta antes de la captura policial es por lo menos distinta del régimen general de aplicación de tal requisito. En la resolución tampoco se analiza, aunque parece pertinente, el texto del inc. 1.º del tratado de extradición aplicable en este caso, de donde podría interpretarse que INTERPOL está reconocida como canal de comunicación de una «solicitud de detención preventiva con fines de extradición». Y finalmente, el argumento para desplazar la disposición legal que reconoce la vinculación policial inmediata de la difusión roja podría debilitar el andamiaje de los argumentos previos de la decisión, quizá hasta salpicar su contenido de un carácter *ad hoc*.

Esta propuesta de análisis sobre las posibles debilidades en el razonamiento de la decisión no es concluyente (ni pretende serlo) sobre la corrección de un fallo distinto al que fue adoptado en dicho auto, pero puede ser relevante para formarse una opinión propia sobre ese asunto. Una decisión que impide la captura del probable autor de un delito puede tener una incidencia negativa sobre el acceso a la justicia de las víctimas de ese hecho y por ello se esperaría que esa decisión extremara sus propios estándares de justificación. Después de todo, el formalismo y la insuficiente calidad de las razones para decidir también son barreras del acceso a la justicia.

Cuestiones de Derecho Procesal Penal austríaco* (I)

Eckart RAINER

En primer lugar, debo agradecer de corazón la invitación para participar en este seminario tan prestigioso y para disertar sobre algunas disposiciones de la Ley Procesal Penal austríaca. Ni que decir tiene que por falta de tiempo no será posible exponer todo el sistema procesal penal austríaco. Aparte de esto, muchas de nuestras normas se asemejan a la regulación alemana, particularmente tras la entrada en vigor de la reforma procesal penal el 1 de enero de 2008. Por ello, me gustaría limitarme a la exposición de algunas disposiciones que podrían ser de interés desde el punto de vista del derecho comparado. Se trata de las normas relativas a la prisión provisional, a la problemática de la recusación, al derecho probatorio, y al papel de la víctima del delito.

I. DISPOSICIONES SOBRE LA PRISIÓN PROVISIONAL

I.1. Detención por las fuerzas de seguridad del estado

Solo de modo excepcional puede procederse a la detención provisional de un sospechoso de la comisión de un hecho punible por parte de los órganos encargados de la seguridad del Estado, sin que se haya dictado una orden judicial: en concreto, cuando se haya cometido un delito flagrante, sin necesidad de ningún otro presupuesto, y concorra alguno de los motivos que justifican la prisión provisional, siempre y cuando no pueda obtenerse en tiempo oportuno una orden de detención del Ministerio Fiscal al concurrir periculum in mora. El agente policial puede, en consecuencia, detener, tanto al supuesto autor que ha sido aprehendido al fracturar el escaparate de la joyería, como a cualquiera que huya del lugar de comisión del delito con las joyas robadas colgando aún de su bolsillo. En estos supuestos concurre riesgo de fuga y el funcionario policial no puede buscar la cabina de teléfono más próxima para consultar al fiscal si procede la detención, pues el delincuente se encontraría hace tiempo más allá de las montañas, al igual que las joyas sustraídas.

La autoridad policial debe dejar en libertad al detenido inmediatamente después de que se le haya recibido declaración sin dilación, siempre y cuando no concorra causa alguna que justifique el mantenimiento de la medida privativa de libertad. En el supuesto de que la autoridad policial considere, por el contrario, que concurre un motivo para la prisión provisional debe ponerlo en conocimiento del fiscal inmediatamente, ya sea por medio del teléfono, por telefax, verbalmente o por escrito. Si éste manifiesta, tras la valoración de los hechos, que no formulará ante el juez ninguna petición para la imposición de la medida de prisión provisio-

* Texto de la ponencia presentada por el autor en el seminario «La Administración de Justicia Penal en Europa» (Strafrechtspflege in Europa), organizado por la Academia Alemana de Jueces (Deutsche Richterakademie) y celebrado en la sede de Wustrau (Brandemburgo) de esta institución entre los días 17 y 22 de mayo de 2010. Traducción de Pilar Llop Cuenca y José Miguel García Moreno.

nal, la autoridad policial debe poner al detenido en libertad de modo inmediato. En cambio, si el fiscal comunicara a la autoridad policial su intención de instar la medida de prisión provisional, el detenido deberá, sin demora alguna y dentro del plazo máximo de 48 horas, ser ingresado en el depósito judicial correspondiente.

Por razones constitucionales y de sistemática jurídica la decisión del fiscal no constituye una resolución de prisión, sino, en un caso, la mera declaración negativa en el sentido de no interesar la medida de prisión provisional y, en el otro, la omisión de esa declaración negativa.

Los hechos punibles respecto de los que el fiscal no considera procedente la medida de prisión provisional ni siquiera son puestos en conocimiento del juez, toda vez que, como consecuencia del principio acusatorio, la medida de prisión provisional sólo puede imponerse por el juez a solicitud del fiscal. Sólo cuando el fiscal hubiera formulado una petición de prisión provisional, y tras recibir declaración al inculpado preceptivamente en el plazo de 48 horas, debe decidir el juez sobre la imposición de la prisión provisional, ora imponiendo la medida cautelar ora acordando la libertad del detenido.

Si la finalidad de la privación de libertad puede conseguirse por medios menos restrictivos, la autoridad policial, por orden del fiscal, puede poner fin a la detención y dejar en libertad al detenido provisionalmente, exigiéndole la prestación de promesa, imponiéndole alguna condición o retirándole su documentación de viaje o la documentación de su vehículo. Los documentos deberán ser depositados en la fiscalía dentro del plazo de 48 horas. También corresponde al tribunal resolver sobre el mantenimiento de estas medidas menos restrictivas.

Si la detención no se realiza por la propia autoridad policial por concurrir *periculum in mora*, debe efectuarse por orden del fiscal en virtud de autorización judicial.

En el caso de que la detención se haya producido por iniciativa propia de la policía, en el plazo de 24 horas deben comunicarse por escrito al detenido los fundamentos de la medida, concretando la sospecha de la comisión del hecho punible y el motivo justificativo de la privación de libertad. Si, por el contrario, la detención fue ordenada por el fiscal en virtud de autorización judicial debe notificarse dicha autorización al detenido dentro del mismo plazo.

Además, en el momento mismo de la detención o inmediatamente después de ésta, el inculpado debe ser informado de sus derechos y, en concreto, de que tiene derecho a que se comunique la detención a sus familiares y a su abogado, a solicitar la designación de un abogado defensor de oficio y a interponer recurso frente a su detención.

1.2. Prisión provisional acordada por la autoridad judicial

La prisión provisional únicamente puede ser acordada por la autoridad judicial en virtud de la solicitud del fiscal. Antes, el juez de instrucción podía imponer la prisión provisional de oficio cuando consideraba que concurrían los requisitos para ello, incluso en contra del criterio de fiscal. El argumento de que el principio acusatorio vigente en Austria exige como presupuesto de la medida cautelar la petición del fiscal, esto es, de la autoridad a la que corresponde decidir qué hechos serán perseguidos penalmente y cómo, ha acabado por imponerse a los contrarios a esta posición, que invocaban el riesgo de influencia a través de directrices políticas sobre el fiscal, quien está sujeto a instrucciones.

Cuando concorra la solicitud de prisión provisional formulada por el fiscal, el juez debe proceder dentro del plazo de 48 horas a recibir declaración al detenido puesto a su disposición, y a continuación debe resolver por medio de auto sobre la imposición de la prisión provisional. El auto debe ser comunicado al inculpado inmediatamente de forma verbal, dejando constancia en acta, y en el plazo de

24 horas debe serle notificado por escrito, algo a lo que no puede renunciar el inculpado. Se ha de entregar copia fehaciente del auto al fiscal, al defensor del inculpado y al centro penitenciario correspondiente. El auto por el que se acuerde la libertad del detenido debe ser notificado al fiscal en el plazo de 24 horas y debe ser puesto igualmente en conocimiento de la policía judicial.

Tanto el inculpado como el Ministerio Fiscal pueden interponer recurso contra el auto ante el Tribunal Superior de Justicia (Oberlandesgericht).

Los presupuestos para la adopción de la medida de prisión provisional son, además de la solicitud del fiscal, la concurrencia de indicios fundados de la comisión de un hecho punible (la mera sospecha no es suficiente a estos efectos) y, finalmente, que concurra alguno de los motivos que justifican dicha medida, como son el riesgo de fuga, de conspiración criminal, de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba, o de comisión o reiteración delictivas.

La medida de prisión provisional no puede ser acordada si no concurre alguno de estos tres presupuestos, y tampoco en el caso de que resulte desproporcionada en atención a la gravedad de los hechos o a la pena prevista (falta de proporcionalidad, como, por ejemplo, cuando se prevé que el imputado extranjero solo será condenado a una pena de multa por falsificación del pasaporte). Tampoco debe ser acordada si la finalidad de la prisión provisional puede ser lograda a través de otros medios menos restrictivos, como, por ejemplo, el juramento o promesa solemne, la fianza (en virtud de la cual debe dejarse sin efecto la prisión provisional fundada únicamente en el riesgo de fuga respecto de hechos delictivos sancionados con una pena privativa de libertad de hasta cinco años, pudiendo dejarse sin efecto en el caso de que la pena sea superior a cinco años), o la imposición de alguna condición. Por último, la prisión provisional no debe ser acordada cuando la custodia del imputado pueda ser asegurada a través de otro tipo de privación de libertad, como, por ejemplo, la medida cautelar de prisión acordada en el marco de un procedimiento de extradición o el cumplimiento de una pena privativa de libertad. El estado de salud del imputado no es motivo suficiente para no acordar su prisión provisional, pero en este caso tiene lugar el traslado del imputado preso a un centro sanitario, donde debe ser custodiado.

Desde la reforma de la Ley Procesal Penal realizada en el año 1993, todos los autos por los que se acuerda o prorroga la prisión provisional quedan sin efecto al cabo de un período máximo de tiempo determinado. La fecha de vencimiento del plazo debe ser mencionada en el auto de prisión. Antes del vencimiento del plazo debe procederse, ora a la celebración de una audiencia para decidir sobre la prorroga de la prisión provisional, ora a la excarcelación del imputado. De este modo, la prisión provisional ha de ser revisada de oficio periódicamente y la prórroga sólo se puede acordar por medio de un nuevo auto. Los plazos correspondientes son máximos y, naturalmente, no impiden la previa puesta en libertad del imputado a petición o con la anuencia del fiscal.

El primer auto por el que se decreta la prisión provisional queda sin efecto a los 14 días a partir de la detención. Antes del transcurso de ese plazo se debe resolver en el marco de una audiencia si la prisión provisional ha de ser prorrogada. El auto de prórroga queda sin efecto al cabo de un mes adicional, y antes del transcurso de éste debe verificarse de nuevo la concurrencia de los presupuestos de la prisión provisional. Este segundo auto de prórroga queda sin efecto al cabo de dos meses. En lo sucesivo debe verificarse de oficio la concurrencia de los presupuestos de la prisión provisional cada dos meses, y, por supuesto, siempre que el imputado formule una solicitud de libertad.

A partir del inicio del juicio oral el último auto de prisión provisional dictado no queda sin efecto sino hasta el momento en que se alcance el límite absoluto de duración de la medida cautelar (seis meses en el caso de delitos leves, un año para delitos graves sancionados con una pena inferior a cinco años de privación

de libertad y dos años en el caso de delitos graves castigados con pena superior a cinco años de privación de libertad). Por consiguiente, una vez iniciado del juicio oral, la revisión de la concurrencia de los presupuestos de la prisión provisional no se realiza de oficio, sino únicamente a solicitud de imputado.

Conforme al principio de que «el juicio oral tiene precedencia sobre la audiencia de prisión provisional» el tribunal puede, dentro de determinados límites, reducir las audiencias para la prórroga de la prisión provisional señalando cuando antes el juicio oral. Esto supone un acicate para señalar el juicio oral a la mayor brevedad. Si el juicio oral no se celebra con la celeridad con la que estaba previsto, debe celebrarse una audiencia para resolver sobre la prórroga de la prisión provisional. En caso contrario, la audiencia para resolver sobre la prórroga de la prisión provisional es sustituida por la verificación de la concurrencia de los presupuestos de la prisión provisional realizada en el propio juicio oral. El imputado no puede renunciar ni a la primera ni a la segunda audiencias para la prórroga de la prisión provisional, que han de celebrarse en los plazos de 14 días y un mes, respectivamente. Si puede renunciar, empero, a la tercera audiencia, en cuyo caso es suficiente el auto de prórroga de la prisión provisional dictado por el tribunal sin necesidad de audiencia.

La audiencia para la prórroga de la prisión provisional se celebra a puerta cerrada, debe ser señalada antes de que trascurra el plazo de prisión o cuando el imputado haya solicitado su puesta en libertad y el Ministerio Fiscal se haya opuesto a la solicitud o bien cuando el tribunal tenga dudas respecto de la prórroga de la medida, y es presidida por el juez en presencia de las partes. El tribunal puede, ya sea de oficio o a petición de parte, tomar declaración a testigos o practicar otras pruebas, en la medida en que resulte conveniente para resolver sobre la solicitud de prisión provisional.

Contra el auto por el que se decreta o prorroga la prisión provisional o por el que se desestima la solicitud de imposición de la medida cautelar cabe la interposición de un recurso, carente de efectos suspensivos, por el imputado o, en su caso, por el fiscal. Esto ha sido criticado, particularmente por los fiscales; ya que en el supuesto de que el juez haya denegado la prisión provisional el imputado debe ser puesto en libertad inmediatamente. Si el Tribunal Superior de Justicia competente para conocer del recurso del fiscal estima éste, el imputado deberá ser ingresado en prisión de nuevo.

Ninguna persona puede permanecer en prisión provisional más allá del plazo máximo absoluto de la medida cautelar, consistente en seis meses, un año o dos años, según los casos. Si se alcanza este plazo máximo el imputado preso debe ser puesto en libertad. No obstante, si fuera necesario acordar nuevamente la prisión provisional del imputado para garantizar la celebración del juicio oral, la duración de esta medida no podría prorrogarse más allá de otras seis semanas.

En principio, las normas relativas a la revisión de la prisión provisional introducidas por medio de la reforma de 1993 en la Ley Procesal Penal han dado buenos resultados. Sin embargo, con frecuencia los plazos de la prisión provisional y, en particular, el plazo inicial de 14 días, han sido considerados demasiado breves por jueces y fiscales. Además, la exigencia de revisión periódica de la prisión provisional ha supuesto un considerable incremento de los costes de los procedimientos y de las necesidades de personal. Inicialmente se quiso conseguir que cada fiscal asumiera en la audiencia correspondiente «sus» propias causas con preso, pero ello no ha sido posible por exigencias de una distribución eficaz del trabajo, ya que el señalamiento de un gran número de audiencias de prisión provisional en un mismo día haría necesario el continuo cambio del representante del Ministerio Público en cada una de las audiencias. Se requiere, en consecuencia, que se establezca una buena coordinación entre el fiscal encargado de la causa y el fiscal que asuma la defensa de los intereses del Ministerio Público en la audiencia de

prisión provisional, tanto antes de la celebración de dicha audiencia como después de ésta, al existir la posibilidad de que se interponga recurso.

Una de las razones para introducir una regulación más restrictiva de la prisión provisional fue el hecho de que Austria figurase a la cabeza de las estadísticas internacionales en esta materia. Tras la reforma se ha conseguido postergar esta posición.

II. RECUSACIÓN DE JUECES

El juez debe abstenerse cuando se de una de las causas previstas legalmente o cuando concurren circunstancias idóneas para hacer dudar de su neutralidad e imparcialidad (parcialidad).

El juez afectado por la causa de abstención debe abstenerse de cualquier actuación, salvo aquéllas que hayan de ser realizadas por razones de urgencia. En el caso de procedimientos contra parientes debe dejar de conocer del procedimiento sin demora.

Sobre la abstención y recusación planteadas fuera del juicio oral debe resolver el decano, o, en su caso, el presidente del tribunal al que pertenezca el juez. Si la recusación fuese dirigida contra aquél o contra todos los miembros del tribunal corresponde resolver al órgano jurisdiccional superior jerárquicamente. En el curso del juicio oral corresponde al propio tribunal que conociera del mismo resolver sobre la concurrencia de una causa que comprometa su imparcialidad. También corresponde al tribunal que conoce del juicio oral resolver sobre la recusación planteada inmediatamente antes del comienzo del juicio, siempre que su resolución por el decano o presidente del tribunal correspondiente no fuera posible sin un aplazamiento improcedente del mismo. La resolución sobre la recusación planteada en el acto del juicio oral puede ser diferida hasta el inicio de la fase de conclusiones definitivas.

La participación en el procedimiento de un juez con interés en la causa supone un motivo formal de nulidad que puede ser hecho valer por las partes por medio de un recurso de nulidad. Para ello es necesario que la parte que haya tenido conocimiento de la circunstancia determinante de la parcialidad antes del procedimiento la denuncie al inicio de éste o tan pronto como hubiera tomado conocimiento de dicha circunstancia cuando fue conocida en el curso del procedimiento.

Contra la resolución que rechaza la recusación no cabe recurso independiente alguno, ya sea antes del juicio o en el curso de éste. El juez que haya sido recusado durante el juicio resuelve sobre la concurrencia de la causa de recusación, sin que sea admisible un recurso inmediato contra su resolución. De este modo se evitan dilaciones procesales.

Tanto el acusado como el fiscal pueden impugnar la resolución por la que se rechaza la recusación por parcialidad por medio del recurso contra la sentencia, siempre que dicha resolución haya vulnerado los principios inherentes al proceso equitativo respecto de la acusación o de la defensa.

La resolución sobre la recusación por parcialidad no es una decisión de orden gubernativo, sino un acto jurisdiccional.

Es posible, igualmente, recusar a un jurado o a un escabino. La resolución sobre la recusación corresponde en estos casos al presidente del tribunal que conoce del juicio, quien resuelve unipersonalmente. Contra su resolución no cabe interponer recurso independiente.

Del mismo modo que el juez, también el fiscal debe abstenerse si él o un pariente suyo es imputado, acusador privado, defensor, perjudicado o parte privada, o si debe prestar declaración como testigo o ha actuado en la causa en calidad de policía o juez. El jefe de la fiscalía a la que pertenece el fiscal es el

competente para resolver sobre la recusación, pero si aquél fuese el recusado la resolución le corresponde al jefe de la fiscalía superior jerárquicamente. Las partes únicamente están legitimadas para poner los hechos en conocimiento de la autoridad de la fiscalía competente para resolver, pero de aquí no surge ningún derecho subjetivo y no pueden interponer recurso alguno ante el tribunal frente a la resolución que rechaza la adopción de medidas para sustituir al fiscal afectado.

La vieja cuestión polémica sobre si el mismo juez que ha dictado sentencia puede intervenir posteriormente en el recurso de revisión ha sido aclarada por la reforma de 1993 de la Ley Procesal Penal, en el sentido de excluir esa posibilidad por falta de imparcialidad. En consecuencia, el juez que hubiera intervenido en el primer procedimiento debe abstenerse de conocer, tanto del recurso de revisión, como del nuevo procedimiento derivado de la estimación del recurso.

Una resolución del Tribunal Supremo con sede en Viena ha provocado una viva controversia entre los Jueces austriacos. El acusado no compareció al juicio oral, pero sí lo hizo el testigo, que se había desplazado desde el extranjero. El juez suspendió el juicio oral, recibió declaración al testigo fuera del mismo y procedió a la lectura de la declaración en la siguiente sesión del juicio oral. El Tribunal Supremo resolvió que el juez debía abstenerse en el juicio oral, toda vez que el interrogatorio del testigo realizado fuera del mismo constituía una actividad de instrucción judicial y el juez de instrucción está excluido de intervenir como juez en el juicio oral.

III. DERECHO PROBATORIO

III.1. Inmediación y oralidad

Ambos principios son complementarios. Las pruebas deben ser practicadas ante el tribunal que conoce de la causa, y sólo un juicio oral hace posible la inmediación en la práctica de la prueba. Únicamente en casos excepcionales puede limitarse la inmediación por medio de la lectura de actas.

La inmediación tiene un aspecto formal y un aspecto material.

El aspecto formal se refiere, de una parte, al tribunal, el cual, con el objeto de realizar su propia valoración de la prueba, debe formarse por sí mismo una idea del acusado y de los testigos. De otra parte se refiere al acusado, que conforme al art. 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, debe tener la posibilidad de interrogar a los testigos.

El aspecto material hace referencia al contenido de la declaración, toda vez que debe testificar, en principio, aquella persona que ha percibido los hechos. La declaración de los testigos de referencia no está completamente excluida, pero es inadmisibles para sustituir a la fuente original de prueba cuando ésta está disponible. No obstante, la prueba inmediata por medio de un testigo presencial de la declaración resulta admisible cuando no tiene por objeto el contenido de la declaración (esto es, lo que alguien ha dicho), sino cómo se ha hecho esa declaración (qué aspecto tenía el testigo, si estaba agitado, etc.), es decir, cuando recae sobre hechos indiciarios.

La reproducción de una grabación de imagen y sonido de la reconstrucción de los hechos, realizada por la policía por medio de un aparato de vídeo, es un medio de prueba admisible.

De forma excepcional la inmediación debe ceder cuando resulta más importante la protección de otro bien jurídico. Así, en el caso de que el desarrollo de un niño víctima de un delito pudiera ponerse en peligro por una nueva declaración testifical de éste ante el tribunal, sería posible, como excepción a la regla general, dar lectura a su declaración ante la policía. La limitación de la inmediación en los

casos en los que no es posible recurrir a la fuente inmediata de prueba —como sucede, por ejemplo, cuando el testigo que reside en el extranjero se niega a comparecer ante el tribunal nacional— resulta evidente.

III.2. Pruebas personales (prueba testifical)

III.2.1. Obligaciones del testigo

El testigo tiene las obligaciones de comparecer, de prestar declaración y de prestar juramento, pudiendo ser compelido a ello bajo el apercibimiento de sanciones coercitivas (multa y arresto coercitivo). El incumplimiento de su obligación complementaria de decir la verdad puede ser sancionado penalmente como un delito de falso testimonio.

III.2.2. Exención de la obligación de declarar

Están exentas de la obligación de declarar:

- Las personas que en el procedimiento deban declarar contra un pariente, salvo que se hubieran personado como parte privada en dicho procedimiento. A estos efectos la exención del cónyuge es aplicable incluso aunque el matrimonio hubiera sido disuelto.
- La víctima menor de edad, si ya se le ha recibido declaración con sujeción al principio de contradicción.
- Las víctimas de delitos contra la libertad sexual, si ya se les ha recibido declaración con sujeción al principio de contradicción.

La exención de la obligación de declarar es absoluta, lo que significa que no cabe que el juez realice una ponderación de intereses y obligue al testigo beneficiado por la exención a prestar declaración, incluso aunque dicha declaración resultase imprescindible para el procedimiento penal por su particular trascendencia.

Esta amplia exención debe ponerse en relación con la posibilidad de dar lectura a las declaraciones testificales recogidas en acta, lo que puede efectuarse si las partes tuvieron la oportunidad de participar en un interrogatorio judicial (contradictorio) del testigo en la fase de instrucción sumarial, y ello aunque el testigo se hubiera acogido legítimamente a la exención en el acto del juicio oral.

Antes de la reforma de la Ley Procesal Penal en el año 1993 estaba vigente una regla que siempre he calificado como «cizañera». Si un testigo se acogía de forma legítima a la exención en el acto del juicio oral, tampoco era posible proceder a la lectura del acta de su declaración en la fase sumarial ante el juez de instrucción, pero sí a la lectura del acta de su declaración ante la policía, ya que ésta era considerada parte integrante de la denuncia, la cual debía ser leída inexcusablemente en el juicio oral. De esta forma se eludía el derecho a acogerse a la exención por parte del testigo, recurriendo sencillamente a la declaración ante la policía.

En consecuencia, si existe una perspectiva seria de que el pariente se acoja a la exención de su obligación de declarar en el acto del juicio oral, resulta conveniente recibirle declaración tan pronto como sea posible en el marco de un interrogatorio contradictorio realizado por el juez con la participación de la acusación, la defensa y el imputado. No obstante, esta declaración contradictoria no siempre es posible respecto de todos los testigos, ya que, por lo general, los testigos no son interrogados a presencia de las partes. Más adelante me referiré a las condi-

ciones en que es posible esta declaración contradictoria, como en el caso de los parientes. Pero, de momento, expondré las normas relativas a la dispensa de la obligación de declarar.

APUNTES*

- **Aquella «excedencia [tan] especial»**

El franquismo —habrá quien prefiera no recordarlo— sustituyó la separación de poderes (de nunca lustrosa vigencia en el marco del estado liberal) por el *universal compadreo* o el *todos revueltos*, nada teorizado pero generosamente practicado. Esto, en el campo de la judicatura y del ministerio público, abrió la puerta a interesantísimas carreras *de fondo*. En ellas, el *marchista*, luego de haber *corrido* —eso sí, al paso rígidamente marcado— durante años, sobre el alfombrado de las más diversas instancias político-administrativas, tras una última etapa (*de montaña*, pues discurría subiendo) entraba en meta judicial por lo más alto: el Tribunal Supremo. Además, transfigurado de independiente, que es lo que ya iba tocando. En realidad: ¡lo que faltaba!

Para que el lector se haga una idea, siquiera aproximada, valdrá la pena ilustrarlo con un ejemplo, tomado de la prensa madrileña de primeros de los ochenta. El protagonista, fiscal desde poco antes de la guerra civil, concluida esta, se estrenó como gobernador, ejerciendo de tal en algunas provincias españolas. Fue procurador en Cortes a lo largo de varias legislaturas, y consejero nacional del Movimiento. Durante más de dos lustros, desempeñó la dirección general de Correos. De esta pasó a la subsecretaría del Ministerio de Gobernación. Durante varios años presidió el Congreso de la Unión Postal de las Américas y España. Luego fungió de ministro de la Vivienda. Y, en fin, invertidos cuarenta años bien contados en tan sugerentes dedicaciones, merced al *abracadabra* de la «excedencia especial», fue promovido a fiscal general del Tribunal Supremo.

La «excedencia especial» era una situación administrativa, con razón, profundamente cuestionada por los profesionales de la administración de justicia, que durante o al final de sus carreras, tantas veces ejercidas con singular modestia y dedicación, se veían sobrepasados por ciertos aventajados colegas, que, «frescos como lechugas» esprintaban directos al *podio* sin haber puesto una sentencia o realizado un informe.

Tal estado de opinión tuvo un justo, sensato reflejo en la Ley de 20 de febrero de 1978, en tiempos de Suárez: la única disposición realmente respetuosa con las reglas que tendrían que regir en la materia, que dispuso el paso a la excedencia voluntaria de los judiciales que sucumbieran a los encantos, más que discretos, del «cargo político o de confianza». Cuya fascinación, es obvio, no empieza a surtir efectos en el momento del nombramiento, sino que, es natural, viene de atrás, con la también natural irradiación sobre quien todavía se halla en el ejercicio de la jurisdicción, con riesgo, por tanto, de verse compelido a empezar ya a *ganarse la confianza*. Pues, no se olvide, «la carne es débil», y esto lo sabe muy bien todo dispensador de cargos.

La nueva mayoría salida de las urnas del ochenta y dos produjo enseguida un Real Decreto-Ley, de 7 de diciembre de ese mismo año, por el que se recuperaba la excedencia especial para los miembros de las carreras judicial y fiscal que pasasen a ocupar cargos políticos o de confianza en el Ministerio de Justicia. Esta disposición (con tres destinatarios), fue declarada inconstitucional (STC 60/1986). Pero ya no importaba: la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 se había encargado de resolver todos los problemas, además en sentido generosamente ampliatorio, tendiendo un puente con dimensiones de pista de aterrizaje entre la jurisdicción y la política: *como en los mejores tiempos*. En efecto, pues los «servicios especiales» —a nuevos tiempos nuevas

* Sección a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo, J. Hernández García, A. Jorge Barreiro y R. Sáez Valcárcel.

etiquetas— cubrían ahora un espectro mucho más amplio de eventuales opciones de *servicio político* por parte de jueces y fiscales.

La ley 16/1994 de 8 de noviembre extendió el beneficio a los que, de esa misma procedencia, pasasen a formar parte de los órganos técnicos del Consejo General del Poder Judicial.

La Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, dispuso una nueva extensión. Ahora a los adscritos a los defensores del pueblo de las comunidades autónomas. Pero, seguramente, como efecto de la peculiar singladura de Garzón en la política, estableció que los judiciales electos como diputados o senadores quedarían en situación de excedencia voluntaria.

La Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, introduciría todavía alguna ampliación.

La Ley Orgánica 2/2004, extendería los supuestos de disfrute de los servicios especiales ya previstos, en el caso de los magistrados del Tribunal Supremo.

La Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, creó todavía algún nuevo supuesto, con efectos retroactivos.

Por fin, la Ley Orgánica 12/2011, de 22 de septiembre, recuperando, expresivamente, la vieja semántica, ha generalizado el beneficio de la «excedencia especial» —ahora, ya se sabe, «servicios especiales»— con efectos retroactivos, a todos los jueces, fiscales y secretarios «nombrados para cargo político o de confianza en virtud de Real Decreto o Decreto autonómico, o elegidos para cargos públicos representativos en el Parlamento Europeo, Congreso de los Diputados, Senado, Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o Corporaciones locales». *Sin cortarse un pelo*, y sin Exposición de motivos, en la evidencia incontestable de que hay motivos que no pueden exponerse en público.

Total, un paso adelante. Verdadero salto de cualidad, que, dado el modo de operar, sitúa al actual legislativo declinante, en la proximidad del italiano de las berlusconianas leyes *ad personam*. Precisamente, en la delicada materia de las cautelas de la jurisdicción frente a las contaminaciones de la política (partitocrática); consumando con audacia el retorno al momento preconstitucional. Además, por consenso: signo evidente de que el asunto pertenece al género privilegiado de las llamadas cuestiones de estado; es decir, de la *razón* no constitucional de este. De la *de partido(s)*, para que se entienda.

No se precisa (¡pena de exposición de motivos!) la clase de estado al que medidas como estas nos encaminan. Pero aclararlo es una tarea fácil, porque en el nutrido aquelarre de todas las disposiciones relacionadas, en esa auténtica jungla legislativa, los árboles sí dejan ver el bosque.

El resultado es que la oferta de puestos no-jurisdiccionales, *calentitos* por la proximidad del poder que cuenta y con garantía de retorno, dirigida a los jueces se amplía de manera sensible. En un contexto donde ya las vías de escape de la función, en los servicios del Consejo y otros, eran extraordinariamente generosa, en el número y —¡ay!— en las retribuciones. Y siempre *interesantes* por eso del reforzamiento de las expectativas de promoción, que normalmente engordan en la proximidad de algún poder. Así, no falta quien piense que aquí solo *pone sentencias* el que *no vale* para otra cosa. Y quizá incluso resulte aplicable el dicho francés: «*Tout temp passé en juridiction est perdu pour la carrière*».

• La capucha desarmada

Lo dijo muy bien un prosista prestigioso, no precisamente reaccionario, frecuentador de los *media*: el argumentario y la puesta en escena de ETA habrían dado risa de no ser por la pistola, que mete miedo. Y esta última ha sido una buena ocasión para comprobarlo, merced al trío de la capucha y la boina, en ese entorno de estética patibularia, con el ritual discurso enajenado, perdonando la vida a cuarenta y seis

millones (menos 829) de españoles y con la pretensión de escribirles parte de su futuro, después de haber ensangrentado oprobiosamente casi medio siglo de su pasado más reciente.

Ahora resulta que, gracias a ese bestial y desalmado derroche de tiros por la espalda y bombas asesinas, secuestros y extorsiones, lo que ellos y un coro —al que también y solo la sombra de la pistola ha desplazado del sainete a la tragedia— llaman *lucha armada*, es lo que nos habría hecho madurar. O puesto a su altura con la capacidad requerida para *dialogar* con ellos, con vistas a la definitiva resolución del *conflicto*. (*Conflicto*: otro mal chiste si no fuera por lo mismo).

No obstante, es cierto, la nueva escenificación de ese discurso miserable y tramposo, ha traído alivio: desalojar la muerte alevosa de nuestro horizonte de convivencia no es cualquier cosa. Y no se puede banalizar con fines electorales, como está haciendo la derecha rampante. Pero ocurre que, junto a los que trivializan lo sucedido, hay quienes están empeñados en cubrirlo todo, desde ahora mismo, con un tupido manto de *prescripción* de la memoria. Lo llaman perdón y reconciliación, pero no es cierto: se trata de olvido. Y, en este caso, no tanto de los crímenes, que no serían de su *personal* responsabilidad, como del tiempo de plomo en el que ellos ni siquiera se dieron por aludidos, mientras las bombas y las balas amenazaban y rompían las vidas de *los otros*: ¡ay! produciendo rentas políticas, oportunamente *blanqueadas* en el mercado electoral. Quieren borrar y cuenta nueva, la cancelación apresurada de decenas de años de silencio por la convergencia (solo) en los fines, de impiedad por el sufrimiento, de mirar para otro lado, de discursos y prácticas de equidistancia entre los que mataban y los que morían...

El asunto es, pues, bastante complejo y el modo de afrontarlo en esta hora no puede pasar por una nueva forma de simplificación instrumentalizadora, sino que debe ser considerado en la pluralidad de sus perfiles, afrontado en la totalidad de sus perspectivas, en busca de la imprescindible claridad del juicio, que es lo que permitiría poner todas las cosas y *a todos* (incluidos los vendimiadores «de nueces») en el lugar que les corresponde dentro de esta sucia y dramática historia.

• A quién hay que votar

Lo de ejercer el derecho de sufragio es una cosa aparentemente simple, pero, en realidad, bastante complicada. En principio, y en rigor, para que el espectro político real tuviera también un real traslado a las urnas y, así, a la dirección del país (con las distorsiones propias de un sistema electoral trucado), bastaría con expresar mediante la papeleta electoral lo que efectivamente se piensa. Pero ¡qué va! Según parece tendrían que entrar en juego otras consideraciones trascendentes, que dotan al *buen* ejercicio del derecho político fundamental de un halo de esoterismo.

Menos mal que la Conferencia Episcopal, en cada convocatoria, viene a echar una mano al votante, para que no se despiste en tablero de juego tan complicado. Es como, gracias a ella, ha podido saber que, por ejemplo, no se debe votar a los partidos responsables de la introducción del divorcio y de la despenalización del aborto en nuestras leyes, sino solo a los que luego —como ocurrió en España a partir de 1996— cuando tienen la responsabilidad de legislar, los mantienen. Con la contribución de la propia Iglesia, que aporta a la *gobernanza* de los próximos un oportuno ejercicio de caritativa, coyuntural y benéfica amnesia. *Laus Deo*.

• Digitalizar el caos

Diríase, a tenor de la experiencia, que el galdosiano «infierno de papel sellado» se resiste a abandonar el campo, soporta impertérrito informatizaciones, nuevas oficinas e incluso digitalizaciones.

Por eso, hace ya algunos años, a raíz de la entrada de la informática en ciertos órganos judiciales, resultó de lo más pertinente hablar de «informatización del caos». Como se hizo en estas páginas a propósito de una actuación de esa clase —naturalmente «piloto»— en los juzgados de guardia de Madrid. Y es que el resultado fue de lo más chusco: el «saliente» lo hacía con una ristra de listados en manos de sus funcionarios, constreñidos a teclear, una por una, las entradas registradas en ellos, por razón de la falta de compatibilidad de los correspondientes sistemas. Luego, resuelto esto —hablando siempre de Madrid—, siguieron pasando cosas chocantes. Así, cuando el espacio reservado para los dígitos de identificación de las causas resultó insuficiente; o cuando en alguna sección de la Audiencia se vio salir por la impresora una sentencia precedente de algún ordenador de la Sala Segunda del Tribunal Supremo...

Lo último, al menos por el momento, parece ser la digitalización de la Audiencia Nacional. Por lo que se habla con alarma en la calle Génova —pues información, lo que se dice información, no es que haya— se habría producido un importante descalabro: dada la relevancia de la inversión y la patética indigencia del resultado.

¡Ojalá el runrún pueda ser objeto de un buen desmentido! Pero la experiencia de este ministerio no predispone, precisamente, al optimismo.

• ¡Fiiirm... és!

Hay un presidente de sección penal de la Audiencia Nacional, que profesa una observancia auténticamente fetichista de la norma del párrafo primero del artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, cuando un acusado (generalmente de actos de terrorismo) pretende declarar o no-declarar en posición de sentado, ordena a la policía que lo levante a viva fuerza del banquillo y lo mantenga erguido por el mismo procedimiento. Si es del caso, con la nariz aplastada contra el cristal del blindaje de la «pecera», que, es razonable suponer, estará para algo.

Esto, en el marco de un ordenamiento como el español, en el que falta habilitación legal —no se dirá que sin fundamento— para acudir a procedimientos bastante menos drásticos, a fin de obtener, por ejemplo, un simple pelo con fines de determinación del ADN, incluso en causas seguidas por delitos graves. Cuando el principio de proporcionalidad recorre transversalmente el orden jurídico, muy en particular el penal, en todas las direcciones. Cuando el artículo 3 del Código Civil obliga al intérprete de las leyes a tomar en consideración la realidad social del tiempo (en que fueron escritas y el) de su aplicación. Y cuando no existe ningún principio, regla, costumbre o directiva —visto lo visto, no se dirá *usus fori*— que exija despojarse primero del sentido común e incluso del de la estética, para vestir toga.

Como la decisión a examen, no obstante su singularidad, carece de motivación expresa (¡una verdadera lástima!), resulta difícil salir de la perplejidad. Y fluyen los interrogantes. Son muchos los que sugiere el asunto, pero la muestra se reducirá a cuatro.

Uno es, si tan expeditivo presidente cumple con idéntico rigor y marcial eficacia todas las disposiciones que le conciernen, a comenzar por la que impone la lectura pública de las sentencias (artículo 160 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Otro si entiende que una actitud como la considerada favorece acaso el clima de ecuanimidad y la serenidad de espíritu que demanda la practica del enjuiciamiento. Uno más, si cree realmente, y con qué base jurídico-constitucional, que la fuerza pública del estado democrático está para semejante clase de (ab)usos o desahogos. Otro, en fin, si estima

que el respeto a que debe aspirar la administración de justicia es de los que se ganan con órdenes cuarteleras y se manifiestan en posición de firmes...

La presidenta de otra sección penal del mismo tribunal ha protagonizado, prácticamente en las mismas fechas, otro singular incidente. En este caso, por un *imaginativo* deslizamiento (realmente, uno más) de la jerga jurídica a la de la taberna. Así las cosas, y en vista de lo nutrido de la fenomenología, que no se agota ni con mucho en estos casos, habrá que preguntarse si lo de la sede de la calle Génova esquina General Castaños, donde suceden tantas cosas alarmantes, no debería ponerse en manos de epidemiólogos... Y es que en los edificios a veces pasan cosas raras: sin ir más lejos, en el también madrileño Palacio de Linares había un fantasma.

ZONA LIBRE DE DERECHO

Justicia de ojos vendados

Vi a una mujer bellísima, con los ojos vendados
erguida sobre las escaleras de un templo de mármol.
Una gran multitud pasaba ante ella,
alzando hacia su rostro los suyos implorantes.
En la mano izquierda empuñaba una espada.
La blandía,
hiriendo ora a un niño, ora a un obrero,
ora a una mujer que trataba de retirarse, ora a un loco.
Con la mano derecha sostenía una balanza;
en la balanza depositaban monedas de oro
aquellos que esquivaban los golpes de la espada.
Un hombre de negra toga leyó de un pergamino:
«No mira a nadie a la cara».
Y, entonces, un joven de gorra roja
saltó a su lado y le arrancó la venda.
Y resultó que sus cejas estaban totalmente corroídas
sobre los párpados marchitos;
las pupilas abrasadas por una mucosidad lechosa;
la locura de un alma moribunda
estaba impresa en su rostro.
Así, la multitud supo por qué llevaba la venda.

Edgar Lee Masters

El poema se titula, en realidad, *Carl Hamblin*, y comienza así: «La imprenta del Clarion, de Spoon River, fue destruida, / y a mí me embrearon y emplumaron / por haber publicado lo siguiente el día en que los anarquistas fueron ahorcados en Chicago».

El autor, Edgar Lee Master fue abogado de profesión, y cultivó en el tiempo libre su vocación poética, que le deparó un éxito importante cuando vio la luz, en 1915, su obra más célebre, *Spoon River Antology* (hay traducción al castellano de J. López Pacheco y F. L. Lázaro, con prólogo y notas del primero, *Antología de Spoon River*, Cátedra, Madrid, 3ª ed. 2007).

El texto se presenta como el comentario del periodista que le da nombre, dedicado a la memoria de los anarquistas de Chicago, a raíz de las huelgas y manifestaciones obreras de 1886. A consecuencia de esos hechos, en los que una bomba (el autor de cuyo lanzamiento se desconoce) mató a varios policías, fueron procesados ocho obreros, de los que uno se suicidó y tres morirían en la horca. Al fin, tres fueron indultados por el gobernador, que reconoció la existencia de irregularidades en el proceso.

EXTRACTOS/ABSTRACTS

REFORMA CONSTITUCIONAL Y CRISIS: CRÓNICA DE UNA REGRESIÓN

Gerardo Pisarello

La intempestiva reforma del artículo 135 de la Constitución española puede leerse como una expresión de la erosión en Europa de los elementos más garantistas del constitucionalismo de posguerra. Tanto por su contenido como por el procedimiento empleado para acometerla, su aprobación aparece reñida con principios constitucionales básicos, como el democrático, el del Estado social o el de la autonomía territorial. Asimismo, supone un golpe a la legitimidad global de la Constitución cuya reversibilidad no será sencilla.

The untimely amendment to article 135 of the Spanish Constitution can be read as an expression of the erosion in Europe of the most pro fundamental rights elements of the post-war constitutionalism. As well for its content as for the process used to undertake it, its approval appears at odds with basic constitutional principles such as the democratic, the one about the welfare state or the one referred to the territorial autonomy. It is also a blow to the overall legitimacy of the Constitution which is not easily reversible.

LEGITIMACIÓN Y CONSENSO

Pier Luigi Zanchetta

El autor reflexiona sobre el criterio de legitimación de la magistratura en el estado constitucional. Este no puede ser —en contra de lo que a veces se sugiere— el consenso en torno a sus decisiones, ya que, como institución, no representativa, sino de garantía, su cometido específico consiste en determinar hechos con rigor probatorio y valorarlos con arreglo a la ley.

The author reflects on the criterion of legitimacy of the judiciary in the constitutional state. This cannot be —in opposition to what is sometimes suggested—, the consensus on their decisions, because, as a not representative but of guarantee institution, its specific role is to determine facts and evaluate them with evidential rigour in accordance with the law.

ENTRAR DE MAYOR

Diego Íñiguez Hernández

El autor, magistrado del cuarto turno, valora positivamente la fase de formación posterior al ingreso. Aprecia el funcionamiento de la Escuela, pero ha echado de menos una reflexión filosófica, política, cultural o social sobre la función judicial, más

allá de una orientación puramente técnica, organizativa o productiva, una residencia entre las instalaciones de la Escuela y una adjudicación de las plazas que tenga en cuenta la edad y el arraigo de los seleccionados. Pero considera muy eficaz el sistema para empezar su trabajo.

The author, judge appointed through the fourth way of access to the judicial career, values positively the training period after the selection. He appreciates the functioning of the judicial school although he missed a philosophical, political, cultural or social reflection on the judicial work, beyond a purely technical, organizational or productive orientation; also, a hostel among the school facilities and an allocation of positions that would take into account the age and rooting of those selected. But, finally, he considers very effective the system to start his job.

LA DESREGULACIÓN DE LA FINANCIACIÓN ELECTORAL

Oliver Roales

En un giro de su doctrina jurisprudencial, el Tribunal Supremo norteamericano ha derogado una importante regulación en materia de financiación electoral, que para algunas cuestiones se encontraba en vigor desde hace más de sesenta años. Esta regulación respondía a la necesidad de establecer en la sociedad post-industrial límites razonables a la financiación de los candidatos al objeto de poner freno a la excesiva influencia del poder económico sobre el político. La desregulación resultante incide en el abandono progresivo de la idea de representación y deliberación política racional.

In a twist of its jurisprudence, the U.S. Supreme Court has abolished an important regulation on the area of electoral campaign financing, that for some issues were in force for more than sixty years. This regulation responded to the need to establish in the post-industrial society reasonable limits on the financing of candidates in order to curb the excessive influence of economic power over the political. The resulting deregulation affects the progressive abandonment of the idea of representation and rational political deliberation.

EL SISTEMA PENAL: SU LEGITIMIDAD AXIOLOGICA, CONTEXTUAL Y TELEOLOGICA

Ignacio José Subijana Zunzunegui

El artículo analiza la legitimidad del sistema penal en tres vertientes: la axiológica, la contextual y la teleológica. En el orden axiológico se reivindica su función de protección exclusiva de bienes jurídicos mediante la prohibición de conductas materialmente ofensivas. En el plano contextual se requiere una intervención que no sea tan tardía que excluya o debilite la necesidad de la pena. En el orden teleológico se precisa que la sanción penal garantice, con el menor nivel de aflicción posible, la vigencia de la ley, la protección de la víctima y la reincorporación comunitaria del infractor.

The article analyzes the legitimacy of the criminal justice system in three areas: the axiological, the contextual and teleological. In the axiological order it's claimed its role as an exclusive protection of legal interests and goods by the interdiction of behaviours materially offensive. In the contextual level it's required a not delayed intervention, that

excludes or weakens the need for punishment. In the teleological order it's necessary that the criminal penalty ensures, with the lowest possible level of affliction, the rule of law, the protection of the victim and the reintegration of the offender in the community.

LA CONSOLIDACIÓN DEL MODELO DE ESCUELA COMO CENTRO DE CAPACITACIÓN JUDICIAL

J. Pascual Ortuño Muñoz

La tutela judicial efectiva exige que los sistemas judiciales cuente con jueces formados para el ejercicio de su función. Por ello se ha consolidado un modelo de juez de sólida preparación técnica, garante de los derechos de los ciudadanos y sujeto a las exigencias de la ley y de la deontología, que argumente sus resoluciones y que encarne eficientemente el poder judicial, como tercera columna del Estado de Derecho. Con esta perspectiva se analiza la trayectoria histórica de la Escuela Judicial Española, que hoy necesita un fuerte impulso modernizador.

The effective judicial protection requires that the judicial systems count with trained judges to exercise its function. Therefore it has been consolidated a model of judge with a strong technical preparation, guarantor of citizens' rights and subjected to the requirements of the law and ethics, that argue their decisions and that effectively embody the judiciary as the third column of the rule of law. With this perspective it is examined the historical trajectory of the Spanish Judicial School, which nowadays needs a strong modernization impetus.

LA PRETENDIDA AGILIZACIÓN PROCESAL

Ana Álvarez de Yraola, Raquel Blázquez Martín, Rafael Fluiters Casado,
Asunción Loranca Ruilópez

Se analizan en este artículo las principales reformas introducidas en el proceso civil por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, la repercusión como costa de la tasa judicial, el régimen de recursos y el nuevo procedimiento de desahucio, concluyéndose que es muy discutible que tales fines se hayan logrado sin merma de garantías.

In this article are analyzed the main reforms made in the civil procedure by the Act 37/2011 on procedural dynamization measures: the rebound as a cost of the legal process of the court fees, the system of remedies and the new procedure for eviction; concluding that it is highly questionable whether those purposes have been really achieved without compromising the legal guaranties.

APUNTES SOBRE LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Antonio del Moral García

Se analizan los problemas ligados a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, reseñándose las decisiones del Tribunal Supremo sobre esa materia. Se concluye que no ha sido acertada ni la atribución de competencias en materia civil a esos Juzgados, ni la sustitución del criterio del territorio por el del domicilio de la víctima.

The followings are some of the problems concerning with «gender violence» courts jurisdiction, reviewing some of the spanish Supreme Court decisions in this matter. Being concluded not correct the extensión of civil jurisdiction of «gender violence courts neither the replaced territorial jurisdiction criterion by the accepted criterion of victime domicile.

LOS JUICIOS CON JURADO EN ESTADOS UNIDOS: JOYAS DE LA JUSTICIA

Gregory E. Mize

A partir de su experiencia como juez de primera instancia y juez asociado en el Centro Nacional de Tribunales Estatales de los Estados Unidos, el autor proporciona una visión general del sistema de juicio con jurado en Norteamérica. El artículo incluye una descripción de los procedimientos de convocatoria de los ciudadanos para el desempeño de la función de jurados, de selección para formar parte de un jurado en una causa concreta, y de instrucciones al jurado a fin de éste pueda emitir su veredicto definitivo. También expone de forma sumaria algunas de las opiniones comunes respecto de los puntos fuertes y debilidades de los juicios con jurado en los Estados Unidos, y describe los esfuerzos en curso por parte de los directivos de los tribunales y de los colegios de abogados estadounidenses de cara a mejorar la tramitación y gestión de los juicios con jurado en ese país.

Drawing upon his own experience as a trial judge and a judicial fellow at the National Center for State Courts, the author provides an overview of the American jury trial system. The paper includes a description of how citizens are summoned for duty, selected to sit in a particular trial, and instructed on how to reach a final verdict. It also summarizes several current views about the strengths and shortcomings of jury trials in the United States and describes the ongoing efforts by American bench and bar leaders to improve how jury trials are conducted and managed in that country.

INTERPOL EN EL PAIS DE LA GARANTÍAS

Fernando Marroquín Galo

Este es un comentario académico sobre la decisión de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 24-VIII-2011, sobre las vicisitudes de la orden de arresto cursada por INTERPOL contra militares retirados en el *Caso Jesuitas*, derivada del proceso penal iniciado en el Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de la Audiencia Nacional de España, por los delitos de Asesinato, Terrorismo y Crímenes de lesa humanidad. Se

trata, sin duda, de un caso espinoso y poliédrico, en el que una propuesta lectiva no puede, ni pretende, subestimar las delicadas responsabilidades de la magistratura. Únicamente se intenta, con el derecho de acceso a la justicia como norte, examinar los contornos argumentativos de la decisión.

This is a scholarly commentary on the decision of the Supreme Court of Justice of El Salvador, VIII-24-2011, on the vicissitudes of the arrest warrant issued by Interpol against retired military in the Jesuit case, derived from the criminal proceeding followed in Central Court of Instruction number 6 of the National Court of Spain, for the crimes of murder, terrorism and crimes against humanity. This is, without doubt, a thorny and multifaceted case in which a scholar proposal cannot, nor is it intended, to underestimate the delicate responsibilities of the judiciary. It's only tried to examine the argumentative contours of the decision, with the right of access to justice as a goal.

CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL AUSTRIACO

Eckart Rainer

La fuente principal del derecho procesal pena austriaco es la Ley Procesal Penal, (Strafprozessordnung), un texto legal que, aunque originariamente se remonta al siglo XIX, ha sido objeto de importantes reformas a lo largo de su período de vigencia. Las últimas reformas parciales se han llevado a cabo por medio de sendas leyes aprobadas en 2004 y 2005 (que entraron en vigor en 2008 y 2006, respectivamente). El autor de este trabajo expone algunas de las normas de la Ley Procesal Penal austriaca que resultan de interés desde el punto de vista del derecho comparado, centrando su estudio en la vigente regulación de la prisión provisional, la recusación de jueces, el derecho probatorio y el papel de la víctima del delito en el proceso penal en Austria.

The Code of Criminal Procedure (Strafprozessordnung) is the main source of Austrian criminal procedural law. The Code dates back from the 19th century, but has been amended several times since it came into force. The last major amendments were made by means of two Acts of Parliament adopted in 2004 and 2005, which came into force in 2008 and 2007, respectively. This paper presents some rules of the Austrian Code of Criminal Procedure of particular significance from a comparative law perspective, focusing on those regulating pre-trial custody, challenging of judges, evidence and the role of the victim in criminal proceedings in Austria.