

Editado por el Secretariado de Jueces para la Democracia

Especial 2014

## EDITORIAL

### CARTA DE LA DIRECTORA

Lo de ver el vaso medio lleno o medio vacío siempre fue cuestión de voluntad. Aunque reconozcamos que hay temporadas en que conservar la visión optimista exige ponerle lentes de color a la vida. Pasa también en el ejercicio profesional. Algunos tiempos pasados, que entonces criticábamos, se ven claramente como mejores por primera vez y eso resulta sumamente preocupante, sobre todo para quienes ni tenemos cerca la jubilación ni soportamos con ecuanimidad la derrota.

Si nos ponemos a hacer inventario, el vértigo está asegurado: sometidos a inciertos (o tal vez demasiado ciertos) cambios en la organización y gobierno judiciales que prometen más control y menos independencia, nos bombardean con modificaciones legislativas de gran calibre (cuantitativo y cualitativo) que no hay tiempo a estudiar cuando ya han sido nuevamente objeto de cambio. Eso sin hablar de sesgos o derivas. En el día a día, lidiamos con una importante reducción de efectivos y empezamos cada semana rogando que nadie enferme (una incluida) o que, dentro de lo malo, si lo hace, acierte con una enfermedad que no descuente en la nómina. Mientras vamos cubriendo bajas y vacantes, más por obligación que por inexplicable devoción, a base de restarle horas a la familia y al descanso, haciendo equilibrios en una cuerda floja sin arnés de seguridad.

Pero no sólo esos “pequeños detalles” son preocupantes. La obligación, impulsada desde arriba, de agilizar la respuesta para mantener “el ritmo del baile” se ve aderezada por tendencias interpretativas que señalan al enemigo común sin posible réplica. Entre tanto, persisten y parecen ganar batallas hábitos de la cultura judicial poco respetuosos con derechos que nos comprometimos, al menos “de boquilla”, a guardar y hacer guardar. Y todo ello está presente en el día a día de nuestros Tribunales. No es la única realidad pero, sin estadísticas fiables, quién se atrevería a calificarla como minoritaria...

Paralelamente “disfrutamos” de nuestras trincheras, repletas de papeles pero donde las cosas, a veces y con mucho esfuerzo, salen, si no bien, sí menos mal. Porque el compromiso con una manera de ser y de hacer nos interpela y es extremadamente contagioso. Entre discursos vacuos y complacientes o políticamente correctos donde podía esperarse mucho más, a veces salta alguna chispa. Sólo hace falta arrimarle paja y soplar suavemente. Tal vez prenda. Leí en algún lugar que en chino “crisis” se escribe mezclando las grafías de “riesgo” y “oportunidad”. Estamos rodeados de estructuras y concepciones sobre el ejercicio del poder, en su más amplio sentido, que han demostrado su inutilidad desde el punto de vista de los valores que dicen defender, potenciando en cambio clientelismos, desprestigio y mediocridad. Pero, en la misma medida, pueden motivar convulsiones, hasta el momento mal calibradas, y potencialmente peligrosas para esas mismas estructuras.

Incluso si por el momento sólo cabe la supervivencia, aguardando el movimiento pendular de la historia, ese que siempre regresa, parece obligado recordar la necesidad de asumir un compromiso no meramente interno. Comprometámonos, pues. Combatamos la apatía, el asombro, la incredulidad y la esencia misma de los tiempos que vivimos, ratificando una alianza con la vieja idea de humanidad que a todos y todas nos debería ser común. Y con suerte, tal vez nos quepa aún elegir junto a quien nos batiremos.

María Calvo López, Magistrada

## SUMARIO

### • Editorial

### • Actualidad y Carrera Judicial

#### EXTERIOR:

Dos hipótesis sobre el “Nuevo” Consejo Ejecución y efectos de las penas privativas de libertad  
P300: Inhumanizando la Justicia

#### INTERIOR:

Jueces para la Democracia y el Anteproyecto de Reforma de la LOPJ

### • Internacional

Independencia personal de la judicatura en unos países centroamericanos y en Alemania

### • Entrevista

Hablando con ..... Tomás Vives Antón

## BOLETÍN INFORMATIVO JUECES PARA LA DEMOCRACIA

Redacción: Secretariado de JpD

Directora: María Calvo

Coordinación: José Rivas, Urko Giménez y Fátima Mateos

# ACTUALIDAD Y CARRERA JUDICIAL

## EXTERIOR

### DOS HIPÓTESIS SOBRE EL "NUEVO" CONSEJO

*DIEGO ÍÑIGUEZ . Magistrado (1)*

1. Del Consejo General del Poder Judicial lo sabemos todo, gracias a que el general incumplimiento de la regla del secreto en las deliberaciones de los órganos colegiados alcanza en él una de sus cimas cómicas. Claro que, tras la reforma de 2013 (por la Ley 4/2013, de 28 de junio), es dudoso que siga siendo un órgano colegiado: el cambio lo ha dejado reducido a la condición de una oficina de apoyo a un único ejecutivo. Es dudoso que así vaya a resultar más eficaz en su función constitucional, o que procurar que lo sea haya inspirado una reforma que bebe de varias fuentes: el régimen preconstitucional del gobierno judicial, el reforzamiento de los poderes ejecutivos característico del neoconservadurismo y las políticas antijudiciales del *berlusconismo* político y académico.

***La valoración del CGPJ, hasta ahora, es unánime: ha fracasado en su función constitucional y como órgano.***

***Sufre problemas de legitimidad, responsabilidad e identidad y es dudoso que haya resultado efectivo para sus fines***

2. Desde su origen, el Consejo ha conocido **modelos sucesivos** de designación de sus integrantes, alcance de sus poderes y articulación interna. Ninguno ha tenido éxito. El primero, porque la mayoría conservadora copó los nombramientos y lo convirtió en un instrumento corporativo de altiva e inútil reivindicación frente al gobierno. El segundo, porque su composición ha reflejado la de las cámaras y convertido

al Consejo en un teatro secundario de la confrontación política general – salvo durante la etapa del de 2008 en que una mayoría formada por vocales de los dos sectores habituales produjo algunos resultados y una insólita independencia, hasta que su efímero segundo presidente devolvió las aguas a su estanque.

**La valoración del CGPJ, hasta ahora, es unánime: ha fracasado en su función constitucional y como órgano.** Sufre problemas de legitimidad, responsabilidad e identidad y es dudoso que haya resultado efectivo para sus fines instrumental (apartar los nombramientos, ascensos y disciplina de los jueces de la influencia del Gobierno para preservar la independencia interna de aquellos); sustantivo (proteger la independencia judicial frente a amenazas o presiones externas); e ideal: la difusión de una "cultura de la independencia judicial" (Pizzorusso) en el conjunto de la sociedad.

El Consejo sirve de poco al juez que se ve en la vorágine de un caso político o morboso. Y, en vez de alejar la política del trabajo judicial, alimenta la impresión de que el conjunto de los jueces y tribunales está politizado: injustamente, porque los criterios políticos, o sencillamente clientelares, afectan solo al nombramiento de ciertos cargos judiciales. Apenas ha contribuido a resolver los problemas constantes en la historia del poder judicial español. Y produce un constante efecto desmoralizador entre sus gobernados.



(1) Magistrado, doctor en Derecho con la tesis: "Separación de poderes y gobierno del poder judicial" (2005) y autor de "El fracaso del autogobierno judicial", Thompson-Civitas, 2008.

3. Sin embargo, **la reforma de 2013** no lo ha hecho más efectivo: **ha utilizado su ineficacia anterior para justificar un vaciamiento de sus competencias y un proceso de oligarquización.** En su nueva versión es menos plural e intensamente presidencialista, con un predominio absoluto de la mayoría, vocales de primera, segunda, tercera y cuarta y menos poderes para cumplir su función constitucional.

**El contexto** es conocido: los juzgados españoles tienen un problema de **desorganización**, “el número de profesionales es francamente insuficiente; la infraestructura burocrática permanece en sus constantes galdosianas, tan castizas como inoperantes. Tal conjunto de factores contribuye, además, a proyectar sobre los jueces una presión social y mediática difícil de soportar (Andrés Ibáñez). Jueces y magistrados sufren las consecuencias de **la crisis**, las rebajas y la congelación salariales, el incremento de la carga de trabajo por el despido de sustitutos y magistrados suplentes. El **malestar**, magistralmente analizado por Alejandro Nieto permanece, aunque las huelgas y protestas de los años han dejado paso al desánimo.

Un problema nuevo es el del número de **jueces y magistrados en regímenes de provisión no permanente, ni claramente reglados, en probable contravención del principio del juez ordinario predeterminado por la ley y del de inamovilidad** como garantía de la independencia. De los cinco mil en activo, cuatrocientos jueces de las promociones 63 y 64 se encuentran sin puesto, porque el Ministerio de Justicia no los crea, y en torno a doscientos magistrados, en comisiones de servicio inestables y dependiente de unos créditos del Ministerio que no es exagerado calificar como oscuros, por la inseguridad con que aparecen o desaparecen. La línea que une estas formas de provisión con el mandato constitucional de un "juez ordinario predeterminado por la ley" resulta cada vez más tenue.

4. Pese a la crítica unánime y a las promesas electorales, **la renovación de 2013 se ha hecho como siempre:** los dos partidos mayores se han repartido los vocales por cuotas y convidado a algunos de los otros - tres, en este episodio. Cada uno ha propuesto a sus candidatos sin opinar sobre los demás. El Congreso y el Senado han examinado a los que no son jueces en comparencias de quince minutos y resuelto que son idóneos. Los nuevos vocales han elegido luego como presidente al que los medios llevaban semanas anunciando. El elegido, que fue director general en el ministerio de Justicia durante dos legislaturas y bajo tres ministros del partido que ha aprobado la reforma y ha participado en la comisión que la preparó, asegura que su nombramiento no se debe a decisión externa o pacto previo.

***El Consejo sirve de poco al juez que se ve en la vorágine de un caso político o morboso. Y, en vez de alejar la política del trabajo judicial, alimenta la impresión de que el conjunto de los jueces y tribunales está politizado: injustamente, porque los criterios políticos, o sencillamente clientelares, afectan solo al nombramiento de ciertos cargos judiciales***

Entre los doce jueces nombrados hay nueve de las asociaciones tradicionalmente privilegiadas (cuatro de la A.P.M. y cinco de J.P.D.) solo tres no asociados y **ninguno de las asociaciones Francisco de Vitoria y Foro Judicial Independiente, que representan en torno al veinte por ciento de los jueces.** Aunque la Constitución dice que tiene que haber vocales de cada una de las tres categorías judiciales, **no hay** entre los nuevos ninguno de los 648 **jueces**, los magistrados a secas están infrarrepresentados (9 de 4.455) y los magistrados del Tribunal Supremo (4 de 83), sobrerrepresentados. También **pesa la jerarquía:** cinco son presidentes de tribunales, salas o audiencias. La cuestión no es menor, por la previsión constitucional expresa incumplida y porque la pluralidad es imprescindible en un órgano que será más sensible a los problemas de cada categoría o ideología si forman parte de él personas de cada una de ellas.

5. Con la nueva ley, el Consejo **ha perdido su autonomía económica, la parte sustancial del poder reglamentario, el control de su acción internacional y otros poderes**, que van a parar sobre todo al Gobierno, del que la Constitución quería alejarlos; pero también a los que los defensores del proyecto han llamado, con metáfora de legión romana, *los veteranos*.

***Con la nueva ley, el Consejo ha perdido su autonomía económica, la parte sustancial del poder reglamentario, el control de su acción internacional y otros poderes, que van a parar sobre todo al Gobierno, del que la Constitución quería alejarlos; pero también a los que los defensores del proyecto han llamado, con metáfora de legión romana, los veteranos***

El nuevo Consejo **concentra sus poderes en una comisión permanente** de seis miembros, los únicos que tendrán dedicación y sueldo completos. A los demás les quedan un pleno desangelado una vez al mes y unas dietas. Habrá, por tanto, vocales de primera (los de la comisión permanente), segunda (los demás de la mayoría), tercera (los de la minoría) y **de cuarta: los vocales de**

**provincias que no forman parte de la comisión permanente**, que necesitan una comisión de servicio para desplazarse a la sede del Consejo sin abandonar el servicio y sin pagar de su bolsillo el viaje, lo que dificulta que participen en las reuniones informales que nutren la colegialidad de un órgano o que utilicen los recursos de éste. Los vocales de provincias *no liberados* quedan así configurados como una curiosa especie de vocales rogados, cuyo llamamiento queda reservado al presidente por medio de las comisiones de servicio, sin las que acudirían al Consejo en la poco envidiable situación de pagar por trabajar. El presidente y los letrados de su confianza "serán los que gobiernen realmente el Poder Judicial" (Lucas Murillo de la Cueva).

El empeño en eliminar esos quince sueldos busca seguramente producir un efecto, pero causará no pocos problemas como consecuencia del **inusual régimen de (in) compatibilidades**. Argumentar que el nuevo modelo será más barato no es muy convincente: lo barato sale caro si no cumple su función. Los defensores del nuevo modelo insisten en loar su **austeridad**, de la que el Diccionario de la Real Academia recoge dos acepciones: la "cualidad de austero" y la "mortificación de los sentidos y pasiones". Descartada la segunda, la primera tampoco resulta muy atractiva: ser austero vale por "severo, rigurosamente ajustado a las normas de la moral; sobrio, morigerado, sin ninguna clase de alardes; agrio, astringente y áspero al gusto; retirado, mortificado y penitente". Predicar cualidades humanas de instituciones es una confusión deliberada, que seguramente encubre un propósito ideológico. Pero, sobre todo, **la austeridad no es un fin constitucional**: ni la eficiencia sustituye a la eficacia, ni ésta puede definirse sin tener en cuenta la medida en que el órgano satisface su finalidad constitucional.

La reiterada afirmación de que el nuevo Consejo representa a todos los jueces y magistrados (luego se ha aclarado que también a las juezas y las magistradas) es otra confusión semejante, porque ni su composición manifiesta un especial interés por recoger las diferentes categorías judiciales, ni forman parte de él miembros de dos asociaciones que representan a cerca del veinte por ciento de los jueces. Más allá de un cierto papel simbólico en ceremonias públicas rituales, **el Consejo no es un órgano de representación, sino de garantía**. Un órgano de representación de todos los jueces, designado además desde los

otros poderes, sería propio de los regímenes corporativos de infausta memoria.

El cambio esencial es que el Consejo nombrará por mayoría simple (en vez de la cualificada precisa hasta ahora) a los magistrados del Tribunal Supremo, a dos del Constitucional y a los cargos judiciales. Durante los próximos cinco años, la mayoría nombrará a la mitad de los magistrados del Supremo y a los presidentes de todos los tribunales superiores. Podrá hacerlo sin tener que alcanzar acuerdos con o aceptar candidatos de la minoría. Esto no simplificará su funcionamiento, como dice la exposición de motivos: lo que asegura es que **la mayoría pueda decidir sobre todos los nombramientos** sin tener que negociar con la minoría.

La reforma **no incorpora ningún avance en la transparencia o la motivación** de las decisiones del Consejo, que facilite el control del uso de sus poderes desde el punto de vista de los fines perseguidos por el ordenamiento. Tampoco le ha dotado de mecanismos nuevos que lo hagan más eficaz para defender a los jueces concretos que necesiten su ayuda. Ha creado un **"promotor de la acción disciplinaria"**, cuyo título orwelliano bien pudiera llevar la coda de "contra los jueces y magistrados", pero no un contrapeso: un "Lord Protector de la Independencia", para mantener la coherencia estilística. Y abre la puerta a una insólita intervención del ministerio fiscal para oponerse al archivo de los expedientes, en los que no es parte.

6. Lucas Murillo de la Cueva ha escrito que "disminuir el peso de más de la mitad de los vocales y reforzar la presidencia merma la colegialidad querida por la Constitución y realza el elemento monocrático. De este modo, el Consejo se aproximará a un departamento ministerial y quien lo presida, descargado de sus responsabilidades en el Tribunal Supremo por el vicepresidente, a un ministro". O, más bien, un subsecretario. Resulta inevitable preguntarse por las razones de la **concepción intensamente presidencialista** que inspira la reforma y su primera puesta en práctica. La crítica de autores como Parada Vázquez o Rodríguez Zapata, elocuente en su antipatía hacia el Consejo, no la proponía. Tampoco ha sido la experiencia anterior del órgano, ni siquiera cuando lo presidieron personalidades con la talla intelectual y



jurídica de Federico Carlos Sainz de Robles o Antonio Hernández Gil.

***El cambio esencial es que el Consejo nombrará por mayoría simple (en vez de la cualificada precisa hasta ahora) a los magistrados del Tribunal Supremo, a dos del Constitucional y a los cargos judiciales. Durante los próximos cinco años, la mayoría nombrará a la mitad de los magistrados del Supremo y a los presidentes de todos los tribunales superiores. Podrá hacerlo sin tener que alcanzar acuerdos con o aceptar candidatos de la minoría.***

La macrocefalia es una decisión extraña también desde un punto de vista político: **un gobierno personalista queda particularmente expuesto** a los rivales internos, a la oposición política y a la atención de los medios - a través de los cuales se sabe ya más sobre la carrera ministerial anterior, la actividad editorial, las posiciones religiosas o las aficiones deportivas del nuevo presidente que las que se han conocido del conjunto de los anteriores. Y esa exposición abona las semillas de su propia destrucción que lleva consigo todo sistema de poder. Un órgano tan dependiente ahora, presupuestaria y normativamente, del ministerio pudiera convertirse en un asiento incómodo con un ministro distinto al impulsor de cambio. Le vienen a uno a la memoria las viñetas del genial Ibáñez en las que Mortadelo y Filemón, con el cuerpo reducido y enormes cabezas, persiguen muy enfadados al profesor Bacterio para hacerle pagar caro el invento que les ha reducido a esa desproporción.

***Un gobierno personalista queda particularmente expuesto a los rivales internos, a la oposición política y a la atención de los medios (...) Y esa exposición abona las semillas de su propia destrucción que lleva consigo todo sistema de poder***

7. El reforzamiento de la figura del presidente realza el interés de una entrevista en un medio nacional (*El Mundo*, 17.3.2014), en la que aquel **responde a las críticas al nuevo modelo**. "La independencia de los jueces es muy importante", explica, "pero también su **responsabilidad**. (...) El Consejo tiene que asegurar el ejercicio responsable por los jueces del poder que tienen y eso mejorará también la **reputación**". No resulta claro si esa responsabilidad es la del artículo 117 de la Constitución;

tampoco que "la reputación" deba considerarse un fin constitucional comparable. Pero la explicación culmina más adelante: "el Consejo se crea para dos funciones que se considera que no pueden estar en manos del Gobierno: el nombramiento de cargos judiciales y el ejercicio de la disciplina, porque **al juez se le controla con el palo y la zanahoria**".

La del palo y la zanahoria es una de esas frases que se dicen sin pensar, o porque se ha pensado muchas veces, en la comodidad inducida por una entrevista inteligente. Pueden hacerse sobre ella toda clase de bromas: sin duda hay nombramientos que pueden considerarse un premio, y algunos que no pueden explicarse de otro modo. Pero ni los jueces ni las asociaciones la han encajado con humor y una ha pedido su dimisión: Francisco de Vitoria, a la que pertenece buena parte de los decanos, únicos cargos elegidos por los propios jueces y cuya eliminación - la de los cargos - prevé el anteproyecto de nueva LOPJ.

Lo más llamativo no es la identificación de la disciplina con "el palo", sino la imagen de **una zanahoria como culminación de los criterios constitucionales de mérito y capacidad** para acceder a cargos y funciones públicos. Una de las críticas recurrentes al CGPJ ha sido que en sus nombramientos para los cargos judiciales resultan a menudo visibles otros criterios: la pertenencia a uno u otro de los bloques - los definidos por el nuevo presidente como "conservador" y "progresista" - o, directamente, el premio a la afinidad ideológica o personal. La entrevista confirma que en el Consejo de 2013 hay, como en sus antecesores, dos bloques distinguibles, constituidos en mayoría y minoría. Y también que el modelo de Consejo lo decidió, "legítimamente", "el Gobierno". Es raro que esta concepción se manifieste tan abiertamente - y dudoso que sea la constitucional.

**Como técnica de gestión, la de la zanahoria y el palo** también despierta dudas. Las grandes empresas y organizaciones internacionales utilizan estímulos diferentes para atraer a profesionales y estimular su rendimiento y creatividad: mejores condiciones salariales y de trabajo, planes de pensión, flexibilidad horaria y más vacaciones, atención a su bienestar físico y anímico... Los análisis económicos modernos descartan su eficacia, advierten que genera más malestar que beneficios y recuerdan que suele ir unida a privilegios asociados a la posición en la jerarquía, el clientelismo o la abyección: todos ellos modos de conducirse que casan mal con la función judicial y la idea de la independencia.

8. La reforma de 2013 **acentúa la condición auxiliar del Consejo** de una política que se ocupa poco de que el sistema jurisdiccional produzca mejores sentencias y aún menos de que los jueces que investigan al presidente de una diputación, a un consejero autonómico o al tesorero de un partido se sientan protegidos si las resistencias normales se tornan presiones o amenazas.

El cambio ha supuesto, sobre todo, **una considerable transferencia de poder**, en la que convergen un afán clásico de concentración del poder, en que el Ministerio de Justicia ha neutralizado a una institución que empezaba a afirmarse como rival; otro que juega con los eternos deseos de inmunidad del poder; un tercero de autoafirmación de una parte del Tribunal Supremo; y otro, en fin, de *normalización* frente a las huelgas, las asociaciones protestantes y el Consejo de 2008, más sensible al malestar de los jueces.

El resultado es **una reacción contra la propia idea constitucional de un CGPJ**: un paso de vuelta hacia el sistema de gobierno del siglo XIX, con su pretensión de **apoliticidad profundamente conservadora**, su **jerarquización inductora del conformismo** y los **incentivos de una carrera** en cuyos escalones superiores —la *alta magistratura* que describe Alejandro Nieto— se hace un trabajo interesante, con tiempo para pensar y escribir, mientras los inferiores —la *baja magistratura*— sobreviven como pueden a la montaña sísifea de sentencias pendientes, a las bajadas de sueldo y a los constantes cambios legales. El Consejo ha quedado tan desnaturalizado que su función de gobierno parece reducida a procurar que los jueces produzcan más sentencias y manifiesten menos su propio criterio o su malestar.

***La reforma de 2013 acentúa la condición auxiliar del Consejo de una política que se ocupa poco de que el sistema jurisdiccional produzca mejores sentencias y aún menos de que los jueces que investigan al presidente de una diputación, a un consejero autonómico o al tesorero de un partido se sientan protegidos si las resistencias normales se tornan presiones o amenazas.***

Sensible a las críticas, el nuevo Consejo había mostrado en **sus primeros nombramientos** una deliberada moderación, distribuyendo por igual entre "progresistas" y "conservadores" (y entre mujeres y hombres) las cuatro primeras vacantes del Tribunal Supremo; y de modo relativamente equilibrado entre las asociaciones (aunque excluyendo al Foro Judicial Independiente) siete cargos judiciales. Pero **en abril de 2014**, contra la primera propuesta interna de un grupo numeroso de los vocales, **ha cubierto dos vacantes en el Tribunal Supremo con otros tantos magistrados conservadores**, uno de ellos caracterizado durante su etapa como vocal del Consejo por sus descalificaciones destempladas de posiciones sociales y morales distintas de las suyas. Los detalles, previsiblemente filtrados a la prensa, confirman que en el nuevo modelo **la preferencia presidencial es decisiva** para cualquier nombramiento.

9. Que una mayoría simple, que representa apenas a un tercio del electorado (el 44,62% del 71.69% que votó el 20.11.2011 no llega al 32%), decida por sí sola quiénes serán los más altos jueces del país revela **una concepción preocupante del poder**. **La calidad de una cultura democrática se mide precisamente** por lo contrario: **por la división y la limitación del poder, la complejidad y el pluralismo que incorpora**. Las instituciones de garantía, a pesar de las mayorías políticas, son una conquista básica del liberalismo, que parte del conocimiento de la ambición, de la tentación de abusar del poder, de la vulnerabilidad ante estímulos como los nombramientos, la postergación y las sanciones. Y busca reforzar los mecanismos de control, sabiendo que su éxito es siempre parcial y de duración limitada en el permanente conflicto con un poder que no quiere ser controlado y frente al que no todos los jueces son heroicos. Las instituciones de control y garantía existen precisamente para que no tengan que serlo.

Para ser más eficaz, el Consejo no necesitaba ser reducido a una máquina monocroma y jerárquica. Necesita **más transparencia** sobre los méritos de sus integrantes y las razones de su elección; **más pluralismo** en su composición y sus nombramientos; **más compromiso** en su funcionamiento **con los fines de la institución y con las viejas exigencias del Derecho Administrativo**: mérito, capacidad, publicidad, motivación y eficacia – para aportar algo y no restarlo al sistema de garantías de la independencia judicial. La distancia entre los elevados principios



y la triste práctica del Consejo contamina la percepción pública del entero sistema jurisdiccional, alimenta la sospecha de desigualdad ante la ley y perjudica al crédito del país en los terribles *rankings* globales. Tal como ha sido diseñado por el Ejecutivo, **es dudoso que el nuevo CGPJ sea constitucional.**

10. En la evolución del caso español influyen elementos de su historia judicial, de la cultura y el sistema políticos y hasta del carácter de los actores de la política judicial. Pero son perceptibles **las influencias del berlusconismo** (Flores D'Arcais) político y académico **y del neoconservadurismo** en boga desde los últimos años del siglo pasado, en su desacomplejada variante castiza.

***El resultado es una reacción contra la propia idea constitucional de un CGPJ: un paso de vuelta hacia el sistema de gobierno del siglo XIX, con su pretensión de apoliticidad profundamente conservadora, su jerarquización inductora del conformismo y los incentivos de una carrera en cuyos escalones superiores —la alta magistratura que describe Alejandro Nieto— se hace un trabajo interesante, con tiempo para pensar y escribir, mientras los inferiores —la baja magistratura— sobreviven como pueden a la montaña sísifea de sentencias pendientes, a las bajadas de sueldo y a los constantes cambios legales.***

Para una valoración definitiva de este "nuevo" modelo hace falta más tiempo, que permita analizar empíricamente su política de nombramientos, su práctica de la disciplina y su reacción cuando se produzcan tensiones en torno a casos concretos que afecten a la independencia. Por el momento, cabe adelantar dos hipótesis, pendientes de comprobación: (i) que la nueva regulación sea parte de un vaciamiento sustancial, para reconfigurar el gobierno judicial al servicio del Ejecutivo (**hipótesis del vaciamiento**); o (ii) que el cambio haya concluido con la poda de funciones, autonomía y número de vocales relevantes y el Consejo siga funcionando en lo esencial como hasta ahora: decidiendo conforme a bloques y cuotas y motivando luego pro forma (**hipótesis de la continuidad con recortes**).

(i) Si la acertada es la primera hipótesis, esta reforma será una **parte de una política más amplia de vaciamiento de la configuración constitucional del poder judicial**, conforme a la evidente inspiración berlusconiana de algunas de las medidas ya ejecutadas o anunciadas en el anteproyecto de nueva LOPJ: de

una involución hacia la democracia *ma non troppo* que Fassone caracteriza como una "democracia autoritaria" en el "otoño de los derechos".

(ii) Si lo es la segunda, la reforma habrá sido una reacción contra la actividad política y la holganza de una parte de sus vocales en cada periodo y contra el crecimiento del órgano conforme a la biología de las organizaciones. Y, de paso, una palmada - legislativa - en la mesa para **llamar al orden** a un colectivo crecientemente bullicioso, evitar nuevas experiencias como la del Consejo de 2008, dejar al cuidado de un **grupo dirigente más reducido y de confianza** la administración del palo y el disfrute de las zanahorias...

El nuevo presidente ha sostenido esta segunda hipótesis: "este CGPJ no es distinto del que surgió en 1985 y la sentencia del Tribunal Constitucional lo avaló". Que el de 2013 no resulta distinto al de 1985 en su designación, su funcionamiento en bloques integrados por los propuestos por los respectivos grupos parlamentarios y el reparto de los puestos con arreglo a cuotas, parece claro apenas pasados seis meses. Que el Tribunal Constitucional lo haya avalado, no tanto: hay quien considera que el modelo efectivo del Consejo ha de considerarse, sin más, inconstitucional, precisamente porque su práctica incurre en el supuesto que planteaba como antimodelo la STC 108/1986.

***Para ser más eficaz, el Consejo (...) necesita más transparencia sobre los méritos de sus integrantes y las razones de su elección; más pluralismo en su composición y sus nombramientos; más compromiso en su funcionamiento con los fines de la institución y con las viejas exigencias del Derecho Administrativo: mérito, capacidad, publicidad, motivación y eficacia (...) Tal como ha sido diseñado por el Ejecutivo, es dudoso que el nuevo CGPJ sea constitucional.***

Resulta inevitable preguntarse si para este viaje era **precisa la alforja de esta reforma** - dicho sea sin ánimo de insistir en las metáforas sobre semovientes. Porque si la práctica resulta idéntica a la del modelo anterior, lo será su valoración: ni esos criterios son los constitucionales de mérito y capacidad, ni el órgano ha ganado eficacia alguna en el desempeño de su función constitucional. El nuevo modelo de Consejo permite alimentar, en fin, **una única esperanza**: que la próxima, indefectible, reforma quizá sea la primera que no logre empeorarlo.

# EJECUCIÓN Y EFECTOS DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

JOSE MANUEL BALERDI, Magistrado

*“La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la de la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las mismas penas y porque mientras el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infringida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno. (L. Ferrajoli, Derecho y razón).*



La fase de ejecución de las resoluciones judiciales, siempre definida como una más del proceso, sometida a los mismos principios y exigencias que las fases previas, es una actividad devaluada en nuestro ámbito profesional, en los diversos países de nuestro entorno y en distintos órdenes jurisdiccionales. A ello contribuyen la escasa e imprecisa regulación, la nula evaluación de lo ejecutado (resultados reales obtenidos) respecto de lo sentenciado, como si fuera el título y no su ejecución la respuesta útil al demandante de tutela y a la sociedad. Pero la situación se explica también, a mi juicio, por la arraigada concepción extendida en nuestra cultura judicial, compartida por restantes profesionales intervinientes en el proceso, que fija en la sentencia firme el fin del proceso, generando funestas consecuencias, agravadas, por su naturaleza y efectos prácticos, en la vida de miles de personas, en el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Buena prueba de lo expuesto es el escaso interés de gobernantes judiciales y operadores jurídicos por analizar resultados de órganos judiciales con competencias específicas en fase de ejecución. Es, a mi juicio, una vía idónea para acabar con la devaluación e introducir parámetros de racionalidad en dicha fase, pero, lamentablemente, tras varias décadas de experiencia,

desconocemos, por ausencia de cualquier evaluación, la menor conclusión rigurosa.

***Las penas de prisión se mantienen como mecanismo prioritario de control social. Pese a su rango constitucional, los grados de resocialización y reinserción alcanzados en nuestro sistema son inaceptables (43% reincidencia en delitos contra la propiedad), tras décadas de haberse diagnosticado hasta la saciedad el origen estructural del fracaso y las vías y orientaciones para mejorar***

Los nuevos paradigmas, las nuevas exigencias sociales de seguridad y respuestas desde el populismo punitivo...afectan y modifican principios y objetivos clásicos del Derecho Penitenciario, y, en consecuencia, las condiciones del cumplimiento efectivo de las sentencias: los efectos de una misma pena pueden variar radicalmente, en ocasiones sin intervención judicial, dado que el abismo entre las previsiones legales y escritas y la realidad de la vida en prisión es enorme. Abismo como el vigente entre la idea de prisión como instrumento de orden y la que aprecia una posibilidad de resolver patologías habituales en la población penitenciaria (relacionadas, en su mayoría, con marginalidad y enfermedad mental) para evitar nuevos delitos, en lugar de convertir al penado primario en delincuente permanente.

Las penas de prisión se mantienen como mecanismo prioritario de control social. Pese a su rango constitucional, los grados de resocialización y reinserción alcanzados en nuestro sistema son inaceptables (43% reincidencia en delitos contra la propiedad), tras décadas de haberse diagnosticado hasta la saciedad el origen estructural del fracaso y las vías y orientaciones para mejorar. Las prioridades en una sociedad en crisis ofrecen escaso espacio a ámbitos de nula rentabilidad electoralista.

***Todavía se interpreta el muy minoritario cumplimiento de penas en medio abierto, tan científicamente recomendado para la resocialización y evitar gravosas consecuencias para entorno familiar del penado, como medio de eludir el cumplimiento de la pena, en lugar de como propio de otro modelo penitenciario, no sólo más humanista, sino mucho***

***más eficiente, justificando la escasa implantación, para variar, en la falta de medios, mientras permanecen vacantes numerosas plazas disponibles***

De entrada: todavía y pese a las décadas transcurridas desde la creación de los Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (y reconociendo el enorme avance que en lo referido al control jurisdiccional de la ejecución de la pena supuso la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/79, así como la innovadora labor garantista de JVP de nuestro entorno asociativo), falta un cuerpo procesal completo de aplicación a los incidentes de ejecución de las penas privativas de libertad o control jurisdiccional de la actuación de la Administración Penitenciaria, que dé respuesta a problemas tan esenciales como la delimitación de las competencias de los JVP y de los órganos sentenciadores, en lo que afecta a la ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad; o a las normas de procedimiento reguladoras de la actuación de los citados juzgados y de la intervención ante ellos. Y sin cauces procesales, la inseguridad frente a tanto criterio dispar, cuando no contradictorio, sobre aspectos trascendentales para la ejecución, resulta insalvable.

Subsiste la necesidad de delimitar aspectos que nos son propios: someter la realidad cotidiana en nuestros centros penitenciarios a principios y garantías ya vigentes para la ciudadanía, con las exclusivas excepciones directamente derivadas de su situación de privación de libertad judicialmente acordada; exigir la pendiente regulación específica y exhaustiva del cumplimiento de la pena; garantizar la seguridad jurídica en prisión, acabando con la arbitrariedad y reduciendo tanto poder discrecional sin control judicial; reivindicar una actuación administrativa sometida a procedimientos legalmente establecidos, poniendo fin a ejecución inmediata de decisiones que afectan al régimen de vida de personas presas con carácter previo al conocimiento del JVP competente; en suma, garantizar la permanente presencia del principio de legalidad y el control

judicial en la ejecución penal, para lo que resulta precisa, también, una plantilla de JVP (cincuenta en la actualidad) acorde a las variadas y permanentes necesidades de las personas privadas de libertad (unas setenta mil, aproximadamente, en nuestros días).

Todavía se interpreta el muy minoritario cumplimiento de penas en medio abierto, tan científicamente recomendado para la resocialización y evitar gravosas consecuencias para entorno familiar del penado, como medio de eludir el cumplimiento de la pena, en lugar de como propio de otro modelo penitenciario, no sólo más humanista, sino mucho más eficiente, justificando la escasa implantación, para variar, en la falta de medios, mientras permanecen vacantes numerosas plazas disponibles (150 de 200 en el Centro de Inserción Social de Huelva, por ejemplo), a la vez que debe alertarse del amplio margen de discrecionalidad de las autoridades administrativas en esos centros, sin reserva de ley y con numerosas limitaciones al control por el juez vigilante competente, una quiebra más del principio de pleno control judicial en la ejecución de la pena.

Hoy abundan personas penadas sometidas a un primer grado diagnosticado como deshumanizador y destructor de la personalidad, miles más sin posibilidad de motivación para mejorar su grado hasta cumplimiento de mitad de la condena, o limitaciones a tercer grado por disposiciones que establecen trato desigual para los desfavorecidos económicamente, en un medio en el que no se reconoce el ejercicio del derecho a programa de intervención personalizada para diagnosticar y tratar de resolver las causas relacionadas con la comisión del delito.

***Parecería que la exigible proporcionalidad hecho/sanción sólo surte efectos hasta la fijación de la pena, como si en nada pudiera afectar el cómo se ejecuta, el contenido real de esa pena, lo que representa en la realidad vital de las personas sancionadas***



Peripecias vitales de personas penadas que se complementan con desarraigo y desestructuración para los miembros de su entorno que no han cometido delito y que desconocemos tras procesos en los que no se prevé una pieza separada específica para recabar información sobre extremos relevantes y trascendentes para afectados por nuestra resolución. Parecería que la exigible proporcionalidad hecho/sanción sólo surte efectos hasta la fijación de la pena, como si en nada pudiera afectar el cómo se ejecuta, el contenido real de esa pena, lo que representa en la realidad vital de las personas sancionadas.

La CE reconoce al condenado la titularidad de derechos fundamentales generales, a excepción de los que se ven limitados por el fallo condenatorio y por la ley penitenciaria y, además, “por el sentido de la pena”, expresión ambigua y casi siempre perjudicial para la población presa, pero se alegan cuestiones de orden, de disciplina, de prevención.... para justificar restricción y devaluación de derechos fundamentales no limitados por la sentencia, con tesis y conceptos jurisprudenciales como el de “derechos de aplicación progresiva”, que condiciona, por ejemplo, el trabajo remunerado en prisión a que “la administración tenga medios para ello”, lo que genera efectos prácticos fáciles de imaginar.

***Se retrocede en desarrollo del principio de humanidad y resocialización, de limitar el poder punitivo estatal, característicos del Derecho Penitenciario, y se expande una nueva concepción: combatir enemigos encerrándolos en prisión como instrumento protector de ciudadanos, sumando irracionalidad a la ya abundante y generadora de tanto fracaso***

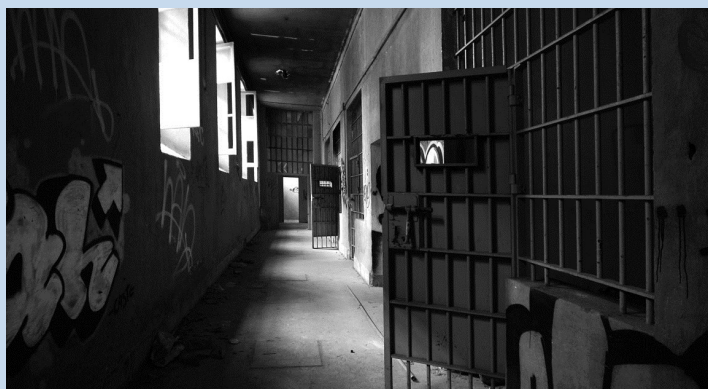
Pese a constar que una proporción relevante de la actividad delictiva debe vincularse a conflictos relacionados con enfermedad mental, que los centros psiquiátricos cerrados en los años 80, al apostar por su integración en medios sociales, han sido sustituidos por centros penitenciarios cerrados, siempre desaconsejados por perjudiciales y cronificadores del trastorno, no sólo no se replantea la cuestión para aceptar que los enfermos mentales y sus incidentes son un problema más de batas blancas que de encierros en prisión, sino que, en el contexto de reforma de Código Penal, y como si no hubiéramos tenido suficiente con el endurecimiento en órdenes diversos generados por la LO 7/2003 de reforma del Código Penal con medidas relativas al cumplimiento de penas (incrementos y endurecimientos de encierro, progresividad condicionada a circunstancias

económicas), se plantea la posibilidad de prisión indefinida de enfermos mentales, con sucesivas prórrogas de cinco años a acordar por JVP a propuesta de la correspondiente Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, cuando se estime que el internamiento sigue siendo necesario para evitar nuevos delitos a causa de sus trastornos, lo que, en entorno físico cronificador de la enfermedad con la que se accedió, ofrece un panorama de futuro perfectamente describible.

Se retrocede en desarrollo del principio de humanidad y resocialización, de limitar el poder punitivo estatal, característicos del Derecho Penitenciario, y se expande una nueva concepción: combatir enemigos encerrándolos en prisión como instrumento protector de ciudadanos, sumando irracionalidad a la ya abundante y generadora de tanto fracaso.

Son elementos, entre otros muchos, que reseño para sustentar una propuesta: la necesidad de incluir en agendas de nuestra comisión penal y asociativa una urgente atención y reflexión en torno a la ejecución de nuestras resoluciones y sus efectos; de apostar por ejecución sometida, eso sí, a la legalidad, pero, también, a racionalidad, que evalúe resultados y que tome en consideración reflexiones, fruto de la experiencia, de profesionales que han recorrido y aun camino largo en defensa de los derechos de las personas privadas de libertad. No debemos eludir el plus de responsabilidad del colectivo judicial derivado de nuestra posición de garantes de derechos de toda la población, máxime siendo los firmantes de las resoluciones que dan lugar a su ejecución, y con ella a tantos miles de ingresos en prisión. Nuestra desatención resulta inadmisibles.

Se atribuye a Concepción Arenal, inspectora de prisiones en 1.864, haber manifestado, tras conocer en el ejercicio de su labor la vida en prisión: “los jueces administran medicinas cuyos efectos desconocen”. ¿Y siglo y medio después?



## P300: INHUMANIZANDO LA JUSTICIA

ALFONSO BALLESTIN MIGUEL Magistrado. (Coordinador de JpD en Aragón)

Recientemente se procedía a practicar en Zaragoza una prueba que es, ciertamente, novedosa en nuestro proceso penal. Se llevó a cabo, concretamente, con ocasión de la instrucción de una causa por homicidio.

Se trataba de la prueba denominada P300, cuya finalidad, por si alguien lo desconoce, es la indagación en el cerebro del encausado para buscar una determinada información que, se supone, el mismo no ha querido proporcionar voluntariamente en sus declaraciones previas. Sólo por ello, esta prueba debería ser rechazada en cualquier caso, pero, sobre todo, en los supuestos en los que no haya mediado el consentimiento expreso, voluntario, libre e incondicionado de quien se somete a ella. Si no es así, esto es, si no hay un sometimiento voluntario, estaremos ante una contravención clara del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, pues lo que se pretende es, en definitiva, conseguir que “hable el cerebro” y que el mismo exprese mediante respuestas a determinados estímulos visuales, auditivos o táctiles lo que probablemente no se haya querido decir con la boca.

No obstante, aún siendo tan claro para quien suscribe este comentario, no es esto lo que entendió la Audiencia Provincial de Zaragoza en resolución de diecinueve de Febrero de dos mil catorce. Todo el debate jurídico se inició tras acordar el Magistrado-Juez instructor la práctica de dicha prueba en base a lo dispuesto en el artículo 363 de la LECrim. -referido, como es sabido, a la realización de análisis químicos que se consideren indispensables para la investigación y a los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal encaminados a la obtención de muestras biológicas de los sospechosos para la determinación de su perfil de ADN-, sometiéndose posteriormente la cuestión sobre su validez, en vía de recurso, a esta Audiencia Provincial, en cuya sede el Presidente entendió que era oportuno un pronunciamiento del pleno de los Magistrados que componían las tres Secciones Penales e hizo la correspondiente convocatoria, al amparo del artículo 197 de la LOPJ, acordándose finalmente, con el voto discrepante de dos miembros de dicho pleno, que el citado precepto era extensible a la práctica de “cualquier prueba que, con inclusión de los medios técnicos más modernos, pueda arrojar luz sobre el delito investigado”, ratificando, así, la validez de la referida prueba P300.

***No hemos de olvidar que el imputado o acusado tiene derecho a la autodeterminación libre de lo que más le puede interesar para su defensa, y es por ello que, tanto si no declara, como si se niega a colaborar en diligencias que puedan ser utilizadas para su propia incriminación, como sería el caso que se está analizando, si no se respeta su voluntad se produce un quebranto de sus derechos***

En cuanto a la forma en que se desarrolla la práctica de esta prueba, como premisa previa debemos tener presente que estamos ante una diligencia de investigación cuyos resultados,



registrados en un electroencefalógrafo, son analizados e interpretados por un perito experto en neurociencia cognitiva, y no por un juez, pero, en contra del criterio de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de lo que no cabe duda alguna es de que, si no concurre el consentimiento de quien se somete a ella y si, además, su resultado aporta realmente la información que se busca, se producirá un efecto jurídico similar al que resultaría de una declaración coercitiva y podremos afirmar, por tanto, que estamos ante un quebranto del derecho fundamental señalado.

***Si al obtener estas “manifestaciones cerebrales” no se está respetando el derecho del imputado a no declarar contra sí mismo, es evidente que nos hallamos ante una prueba irregular e ilícitamente practicada y, consecuentemente, no válida.***

No hemos de olvidar que el imputado o acusado tiene derecho a la autodeterminación libre de lo que más le puede interesar para su defensa, y es por ello que, tanto si no declara, como si se niega a colaborar en diligencias que puedan ser utilizadas para su propia incriminación, como sería el caso que se está analizando, si no se respeta su voluntad se produce un quebranto de sus derechos.

Es más, existe una diferencia cualitativa importante entre lo que se consigue mediante una declaración, en la que se puede ocultar conscientemente lo que se quiera, ejercitando así a plenitud ese derecho a no declarar contra sí mismo, y lo que aporta la prueba P300, en virtud de la cual se pueden obtener datos al margen de la voluntad, pues no existe un dominio por parte del sometido a ella de lo que de la misma pueda resultar. Con esta prueba se trata, en definitiva, de obtener respuestas cerebrales a estímulos externos, respuestas que el sujeto no puede controlar y, por tanto, contrarias, en principio, a su interés procesal. De ahí que algunos entendamos que la prueba P300 debería ser inadmisibile en todo caso, con la única salvedad de los

supuestos en que sea propuesta por el propio imputado, como prueba de descargo, esto es, para poder demostrar que los motivos de sospecha que le pueden incriminar no son ciertos.

En definitiva, pues, al margen de la diversidad de opiniones científicas que se están dando sobre la fiabilidad de esta prueba, cuyo análisis no es objeto del presente artículo, lo realmente relevante desde el punto de vista jurídico es que, siendo la búsqueda de la verdad lo más importante en la investigación penal, en absoluto podemos compartir la idoneidad de esta clase de prácticas judiciales cuando, como es el caso, se llevan a cabo a costa del sacrificio de derechos fundamentales. Si al obtener estas “manifestaciones cerebrales” no se está respetando el derecho del imputado a no declarar contra sí mismo, es evidente que nos hallamos ante una prueba irregular e ilícitamente practicada y, consecuentemente, no válida. Esperemos que el Tribunal Constitucional lo entienda así al resolver el recurso de amparo que ha sido interpuesto por el letrado del imputado afectado.

Como tantas veces decimos, en Democracia no vale todo y, por tanto, en modo alguno podemos considerar admisible que esa búsqueda de la verdad se encamine con prácticas probatorias que violenten alguno de los derechos que nuestra Constitución proclama como fundamentales. Habiendo sido esta la primera vez que se admite la P300 para una determinada investigación criminal, quienes de una u otra forma podemos hacer algo al respecto, habremos de estar alerta para que la misma no se repita.



### JUECES PARA LA DEMOCRACIA Y EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LOPJ

*CARLOS PRECIADO, Magistrado*

*IGNACIO MARTÍN-VERONA, Magistrado*

Recientemente se daba a conocer el Anteproyecto de Reforma de la LOPJ impulsado por el Ministro de Justicia, que, pese al calado de la norma, anunció su intención de agilizar la tramitación parlamentaria.

El texto legal recoge las modificaciones introducidas en las dos recientes reformas llevadas a cabo por el partido en el Gobierno (LO 8/2012, de 27 de diciembre y LO 4/2013, de 28 de junio) que han afectado de manera sustancial al modelo de juez y a su órgano de gobierno. Así, mediante la primera de ellas, en aras de ahorrar el coste que suponía mantener una plantilla de jueces sustitutos, se instauró un modelo de sustitución interna que favorece las peonadas entre jueces, ya de por sí sobrecargados; y, lo que es peor, se condenaba a los nuevos integrantes de la carrera a situaciones de precariedad a través de la figura de los jueces en expectativa y de adscripción territorial, que no son otra cosa que jueces sin plaza cuando nuestro país es uno de los peores de Europa en la ratio juez/habitante.

Mediante la reforma de 28 de junio de 2013, se profundizó, en contra de las Recomendaciones del Consejo de Europa, en un modelo de gobierno judicial presidencialista, privado de funciones esenciales y cuyos miembros ejercen a tiempo parcial. Además, se reforzó un sistema de elección parlamentario cuya aparente flexibilización en cuanto a los requisitos para ser candidato encierra un evidente peligro de deriva partidocrática.

En cuanto a las novedades más destacadas del Anteproyecto, puede afirmarse que su contenido normativo no desmiente la filosofía que inspira la reforma, en cuyo primer párrafo de la Exposición de Motivos se invoca la necesidad de una Justicia ágil y eficaz como elemento estratégico para la actividad económica de un país y el reforzamiento de la seguridad jurídica que contribuye a la reducción de la litigiosidad.

***Mediante la reforma de 28 de junio de 2013, se profundizó, en contra de las Recomendaciones del Consejo de Europa, en un modelo de gobierno judicial presidencialista, privado de funciones esenciales y cuyos miembros ejercen a tiempo parcial***

Así, para garantizar la seguridad jurídica, se introduce un reforzamiento del valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se erige como vinculante, sin perjuicio de la posibilidad de suscitar una cuestión prejudicial a través del filtro del Tribunal de Instancia o acudir a la vía de la cuestión de constitucionalidad. También parece inspirar ese principio la reforma de la competencia judicial internacional, que recoge las restricciones introducidas mediante la reciente Ley de Justicia Universal, con graves repercusiones en la persecución de delitos de narcotráfico internacional o genocidio.

Y en cuanto a la eficacia, se propone el modelo de los Tribunales e Instancia que, partiendo de la necesidad de superar los obsoletos partidos judiciales, suscita algunas dudas en cuanto a la forma de garantizar una asignación de trabajo objetiva entre quienes lo integran, pudiendo afectar a la garantía del juez predeterminado y la inamovilidad. A ello se une la supresión de la figura del Juez Decano, último resquicio de la representación directa de los jueces/as, que es sustituido por el presidente del Tribunal, designado por el Consejo.

***En el modelo de Justicia que se pretende instaurar por el gobierno se confunde perniciosamente el principio de Autoridad con el de seguridad jurídica y la independencia judicial, consagrando el dogma de la eficiencia economicista por encima de los valores democráticos de un servicio público de calidad, y comprometiendo radicalmente el ejercicio de las funciones propias del poder judicial***

Cabe destacar, por antidemocrática y contraria a la libertad de expresión y el derecho a la información, la prohibición que se impone a las asociaciones judiciales en cuanto a la posibilidad de efectuar valoraciones públicas respecto a asuntos pendientes o resoluciones judiciales, lo que se justifica, paradójicamente, en la finalidad de garantizar la Independencia Judicial.

Parece evidente que en el modelo de Justicia que se pretende instaurar por el gobierno se confunde perniciosamente el principio de Autoridad con el de seguridad jurídica y la independencia judicial, consagrando el dogma de la eficiencia economicista por encima de los valores democráticos de un servicio público de calidad, y comprometiendo radicalmente el ejercicio de las funciones propias del poder judicial, uno de los pilares esenciales del Estado de Derecho.

# INTERNACIONAL

## INDEPENDENCIA PERSONAL DE LA JUDICATURA EN UNOS PAÍSES CENTROAMERICANOS Y EN ALEMANIA

Estimados y estimadas huéspedes de América Latina, estimados compañeros, estimadas compañeras.

Permítanme hablar sobre la independencia personal de la judicatura en unos países centroamericanos y en Alemania, es decir sobre el tema de la protección que existe contra despidos y traslados y qué protección me parece indispensable. El tema incluye la magistratura, especialmente la de los magistrados y las magistradas de las Cortes Supremas.

Primero quiero aclarar que no se trata de una comparación ingenua entre diferentes leyes. Por supuesto tenemos que tomar en consideración que nuestras tradiciones y sociedades son diferentes. Por eso quiero que ustedes entiendan mis reflexiones como contribución a la discusión entre nosotros por parte de una persona que trabajó durante treinta años en el poder judicial de Alemania y que conoce un poco Honduras, Nicaragua y Colombia.

Sabemos que el grado de protección de los derechos humanos y el grado de prestigio y calidad del poder judicial se corresponden. Hace poco, cuando una pequeña delegación de nuestra asociación visitó la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, me enteré de golpe y porrazo de lo que piensan estudiantes hondureños sobre el poder judicial en su país. Discutimos con un grupo de más o menos ochenta estudiantes de derecho sobre independencia judicial. Mi compañero alemán preguntó si había alguien entre los estudiantes que quería ser juez o jueza después de terminar sus estudios. Solamente una estudiante levantó la mano. A continuación los estudiantes nos dieron una explicación sencilla por su disgusto de aplicarse por un cargo en la justicia: la falta de independencia judicial. Mi compañero que conoce muy bien Guatemala porque había

trabajado en la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, me explicó más tarde que los estudiantes de derecho en este país tampoco quieren ser juez o jueza. Por suerte, en Alemania los estudiantes y especialmente las estudiantes tienen interés en la carrera judicial.

***Como miembros de la judicatura los jueces y las juezas tienen un gran poder. Por otra parte gozan de los mismos derechos fundamentales que los demás ciudadanos. Según la ley sobre la carrera judicial alemana tienen el derecho de actuar políticamente, pero siempre tienen que comportarse de manera tal que, como dice la ley, no pongan en peligro la confianza en su independencia***

Es obvio que la independencia personal constituye una parte muy importante de la independencia judicial. Un juez o una jueza, un magistrado o una magistrada que gozan de una buena protección contra el despido y el traslado y ocupan un cargo estable hasta su jubilación pueden defenderse con más coraje contra las influencias y los ataques a su independencia.

Pero, ¿qué protección es indispensable?. En lo siguiente me limito a dos aspectos: el derecho a actuar políticamente y la magistratura.

Como miembros de la judicatura los jueces y las juezas tienen un gran poder. Por otra parte gozan de los mismos derechos fundamentales que los demás ciudadanos. Según la ley sobre la carrera judicial alemana tienen el derecho de actuar políticamente, pero siempre tienen que comportarse de manera tal que, como dice la ley, no pongan en peligro la confianza en su independencia. Eso es diferente en Honduras. El régimen



disciplinario hondureño prohíbe que los jueces y magistrados participen en actividades políticas de cualquier clase, excepto en la de emitir su voto personal. Me parece que el único propósito de tal cláusula es la creación de un juez o magistrado obediente.

Creo que otro gran problema en Centroamérica es la magistratura. La Constitución de Guatemala regula que los magistrados y los jueces de primera instancia durarán en sus funciones cinco años pudiendo ser reelectos o nombrados nuevamente. La Constitución de Nicaragua contiene un régimen parecido respecto a la Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Apelación. En Honduras el Congreso Nacional elige a los magistrados y las magistradas de la Corte Suprema por un periodo de siete años. La reelección es posible.

Es obvio: estos sistemas limitan el poder de la judicatura. Es indispensable que los jueces gocen de independencia judicial, pero, ¿cómo se garantiza que aplican la ley? Muchos países tienen malas experiencias, en Alemania por ejemplo la mayoría de los jueces transitó sin ruptura a la dictadura del Tercer Reich en 1933 y no defendió la Constitución democrática.

***El régimen disciplinario hondureño prohíbe que los jueces y magistrados participen en actividades políticas de cualquier clase, excepto en la de emitir su voto personal. Me parece que el único propósito de tal cláusula es la creación de un juez o magistrado obediente***

El sociólogo en derecho, Luis Pásara, escribe en un artículo sobre la selección de jueces para las Cortes Supremas en América Latina que en la mayor parte de los países latinoamericanos existen dos grandes dificultades: la primera, según el autor, es la baja calidad profesional de los aspirantes y la segunda la politización de los sistemas de nombramiento. Politización significa, según el autor, que los políticos, en general, no se han visto obligados a renunciar al privilegio de contar con “sus” jueces. Los resultados se conocen. Menciono solamente la sentencia de la Corte Suprema de Nicaragua que permitió la reelección del Presidente Daniel Ortega aunque la Constitución de Nicaragua prohibía la reelección sin ninguna duda.

Me pregunto si la causa, o por lo menos una de las causas, reside en que los magistrados de los Tribunales Supremos no forman parte de la carrera judicial y su cargo dura solamente unos años.

En Alemania unos ministros del gobierno nombran a los magistrados y las magistradas de las Cortes Supremas de Justicia. Este sistema no nos parece bueno por varias razones. Nuestra asociación prefería que hubiera un Consejo de la Judicatura en Alemania como en muchos otros países de Europa. Lo que no existe es un nombramiento por un tiempo determinado. Según la Constitución alemana, el prototipo de un juez es el que es nombrado por duración permanente hasta la jubilación. Solamente los magistrados y las magistradas de nuestra Corte Constitucional se eligen por un órgano especial por un período de doce años y no pueden ser reelegidos. Todo eso encuentra aceptación unánime en Alemania.

***En Alemania unos ministros del gobierno nombran a los magistrados y las magistradas de las Cortes Supremas de Justicia. Este sistema no nos parece bueno por varias razones. Nuestra asociación prefería que hubiera un Consejo de la Judicatura en Alemania como en muchos otros países de Europa***

No me atrevo a dar consejos en relación con Centroamérica, porque mis conocimientos de la región solamente me permiten expresar unos pensamientos. No creo que una independencia judicial verdadera se desarrolle sin que los jueces y magistrados ocupen un cargo estable. Por eso me parece muy importante que todos los jueces y magistrados de la primera, segunda y tercera instancia gocen de una buena protección contra los despidos y traslados en un cargo de duración permanente. En los modelos en los cuales el cargo de los magistrados y magistradas de las Cortes Supremas dura un período determinado, son menos dependientes de influencias políticas y otras influencias, si la reelección es excluida –como en Colombia y Venezuela-

**INGRID HEINLEIN,  
Magistrada**

*El presente texto recoge la intervención de la Magistrada alemana Ingrid Heinlein en el Encuentro de Juristas Europeos y Centroamericanos que tuvo lugar en Tegucigalpa, Honduras, entre los meses de octubre y noviembre de 2013 y en el que intervino también José Luis Ramírez Ortiz como Magistrado representante de Jueces para la Democracia.*

## HABLANDO CON ..... TOMAS VIVES ANTÓN *por Salvador Camarena*

Vicepresidente emérito del Tribunal Constitucional, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

*“Hay jueces que tienen ideas propias de justicia, que para ellos son sacrosantas, sean cuales sean, y las sitúan por encima de la Ley”*

**Salvador Camarena Grau.-** *¿Cual es el Tribunal que más influencia ha tenido en el Tribunal Constitucional español? ¿el Tribunal Europeo de Derechos Humanos? ¿el Tribunal Supremo norteamericano? ¿el Tribunal Constitucional alemán?*

**Tomás S. Vives.-** Vamos a ver, el Tribunal que más influencia ha tenido, obviamente, es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con diferencia. El Tribunal Supremo norteamericano ha influido considerablemente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y ha sido una guía constante, por lo menos para algunos magistrados y letrados, porque claro, lleva doscientos años dictando sentencias. Cuando tienes un caso, buscas allí uno semejante y lo encuentras, cosa que no sucede en Alemania o en Italia, a lo mejor lo encuentras o a lo peor no. El Tribunal alemán, también ha tenido su influencia, de la que el Tribunal Constitucional español se ha ido despegando, porque el Tribunal alemán no ha sido, digamos, el mas decidido defensor de los derechos constitucionales. Hubo una época en que era la institución mas popular de Alemania, y como los derechos constitucionales son contra-mayoritarios su defensa no puede ser tan popular. Si el Tribunal Constitucional es demasiado popular es que no funciona bien. El Tribunal Constitucional alemán ha funcionado mejor cuando ha dejado de ser popular, que es cuando ha afrontado temas de derechos fundamentales digamos conflictivos, hasta entonces, los temas conflictivos quedaban en la sombra.

**S.C.-** *En esas relaciones con otros Tribunales ¿cual era la percepción desde el Tribunal Constitucional , respecto de acuerdos del Tribunal Supremo que afirmaban su competencia en materias como la prescripción?*



**T.S.V.-** La percepción es que, Tribunal Constitucional en el pecado y en la penitencia. No hay materias exentas de Constitución, de manera, que cuando se dice, las costas son un problema de mera legalidad, bueno, son un problema de mera legalidad si no se calculan y se imponen arbitrariamente. Si se imponen arbitrariamente, el Tribunal Constitucional tiene algo que decir, pues la Constitución consagra la interdicción de la arbitrariedad. Entonces, no hay temas exentos de Constitución, y, por tanto, no hay temas exentos de control del Tribunal Constitucional, otra cosa es que el Tribunal se limite...

***La gente vive mal los retrasos del Tribunal, no solo tiene razón la gente al vivirlos mal, sino que el Tribunal no cumple su función con esos retrasos. Declarar inconstitucional una ley diez años después es desastroso***

En la cuestión de la prescripción penal, ésta afecta o puede afectar directamente a la libertad, al artículo 17 CE o al artículo 25 CE, y afecta de plano a la constitucionalidad de la decisión, y por tanto, el Tribunal tiene que entrar. El Tribunal Supremo se enrocó en unas frases del Tribunal Constitucional relativas a que era una cuestión de mera legalidad; es cuestión de mera legalidad si no se infringen derechos fundamentales. De acuerdo con la LOTC, quien delimita la jurisdicción constitucional es el propio Tribunal Constitucional.

**S.C.-** *En cuanto a su funcionamiento ¿sería conveniente que fuera habitual la existencia de vistas públicas en los asuntos de los que conoce el Tribunal?*

**T.S.V.-** Bueno, se han hecho algunos juicios públicos en el TC, ciertamente muy pocos, y no tienen mas utilidad que escenificar, aunque no lo que sucede luego dentro, pues lo que sucede en la deliberación como la Ley dice que es secreta, no se ha hecho nunca público. Pero, podría dar una idea de lo que pasa ante el TC, que en ese sentido sería similar a lo que pasa en otros tribunales.

Una audiencia pública pues es una audiencia pública, como la de cualquier otro tribunal, ¿que utilidad podría tener? pues yo no lo se. Realmente no podría generalizarse, pues ya sin ella no se da abasto. De hacerse, en lugar de dictar 200 o 250 sentencias, se dictarían menos de la mitad y el retraso sería mayor. Desde esta perspectiva no le veo mayor utilidad. Lo que sí le vería mas utilidad es que las sentencias tuvieran un eco mediático que no tienen; la gente no sabe lo que dice el Tribunal, nadie se lo explica. En los EEUU se han hecho series de películas sobre casos importantes. En España no divulgamos nada, y podríamos y deberíamos hacer un esfuerzo para divulgar lo que hace, y en general lo que hace la justicia, que tampoco la gente lo entiende, creo.

La gente vive mal los retrasos del Tribunal, no solo tiene razón la gente al vivirlos mal, sino que el Tribunal no cumple su función con esos retrasos. Declarar inconstitucional una ley diez años después es desastroso. El Tribunal no cumple su función de hacer que la Constitución rija la vida. Solo si el fallo fuera pronto, digamos en un año, esa función se cumpliría, y el Parlamento y los gobiernos, llevarían cuidado de presentar leyes inconstitucionales, pues el sambenito de la declaración de nulidad le caería al mismo que ha presentado la ley, no a otro gobierno, me parece que eso es muy importante. Lo que sucede es que el rendimiento del Tribunal Constitucional está mal calculado. El Pleno, que delibera a doce, incluso en la sentencia mas sencilla tarda una cantidad de tiempo, pues los doce intervienen, o por lo menos de los doce intervienen en serio siete u ocho, y aquello se hace largo. La capacidad del Pleno, es de a lo sumo, dictar cuatro sentencias a la semana, y le entran quince casos todas las semanas. Hay que abordar ese problema, yo sugiero que muchos asuntos del Pleno pasen a las Salas. Cuando presidía la Sala II, demostré, prácticamente, que una Sala puede estar al día, si está bien asistida de Letrados etc. El Pleno es mucho mas difícil. También tiene que haber mecanismos de conciliación política, algo que en este país resulta casi imposible. Las Comunidades Autónomas y el Estado no pueden discutir por tonterías. Recuerdo que me

estrené en el Pleno con un problema, que en el Condado de Treviño la policía del País Vasco había extraído una muestra de agua de una fuente, yo creo que eso no tendría que llegar al Constitucional. Por tanto, remedios hay, he dicho esos y habría otros, pero tiene que haber la voluntad política de que el Tribunal funcione, de que la carga de trabajo no lo abrume.

**S.C.-** *¿Es correcto el modo de nombramiento de los magistrados? ¿se examina adecuadamente su idoneidad?*

**T.S.V.-** No hay ningún buen método de nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional, y los políticos, los españoles al menos, y supongo que los otros tampoco, no tienen la suerte que tienen los cardenales de que Dios les inspire. Entonces ni los inspira Dios ni se inspiran ellos, creo que nombran de una manera muy discutible. ¿Como podrían nombrar mejor? pues siendo mejores de lo que son.

***No hay ningún buen método de nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional, y los políticos, los españoles al menos, y supongo que los otros tampoco, no tienen la suerte que tienen los cardenales de que Dios les inspire. Entonces ni los inspira Dios ni se inspiran ellos, creo que nombran de una manera muy discutible***

**S.C.-** *¿Los magistrados del Tribunal, deberían ser vitalicios o con un mandato temporal?*

**T.S.V.-** Bueno, lo importante es que el mandato dure lo suficiente para que sean independientes, y lo importante es también que se les garantice una posición que no haga que busquen que serán después. Es decir, que una vez que uno ha sido magistrado del Tribunal Constitucional, su después esté garantizado. De alguna manera, ese aspecto estaba medio garantizado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sobre la base de señalarles una pensión alta. Estaba garantizado económicamente al menos. Sin embargo, el límite legal de las pensiones lo ha echado por tierra, de modo que en ese aspecto no está garantizada la independencia.

Tampoco está garantizada la independencia en el aspecto de la duración del mandato, pues aunque el mandato es superior a cualquier legislatura previsible, incluso superior a dos legislaturas, es de nueve años. Yo creo que los doce años del Tribunal Constitucional alemán, garantizarían mejor la independencia. El que sean vitalicios, bueno, en una visita de juristas norteamericanos decían que si no eran vitalicios no esta

garantizada la independencia. No lo creo; además la función del Tribunal es tan agotadora que la gente merece un plazo de duración. La vida política española es insoportable, es una vida de navajazos, rastrera ..., como vemos todos los días, eso repercute en el Tribunal y hace mas pesada la carga de trabajo, que ya de por si es inaguantable, porque no está bien calculado para desempeñar su función: los efectivos no responden al trabajo probable.

**S.C.-** *¿Cual es el papel de los Letrados del Tribunal Constitucional? ¿cual es su influencia? ¿como es el funcionamiento interno del Tribunal?*

**T.S.V.-** El trabajo de los Letrados del Tribunal es filtrar los asuntos. Aunque los filtran ellos, los revisa una Sección, cosa que podría hacer un solo Magistrado. No es preciso crear una Sección para revisar el trabajo de los Letrados. En mi caso tenía que revisar todos los asuntos de mi Sección, unos ciento cuarenta por semana. Esa labor de filtración, ni que decir tiene, muchos Letrados la hacen muy bien y otros menos bien, como los Magistrados, unos lo hacen mejor y otros peor. Después tienen la misión de redactar proyectos de sentencia, redactan un proyecto y lo llevan al Magistrado, el Magistrado en ocasiones lo lleva casi tal cual, y en otras lo rehace.

***La función del Tribunal es tan agotadora que la gente merece un plazo de duración. La vida política española es insoportable, es una vida de navajazos, rastrera ..., como vemos todos los días, eso repercute en el Tribunal y hace mas pesada la carga de trabajo, que ya de por si es inaguantable***

**S.C.-** *¿Las opciones metajurídicas de los integrantes del Tribunal Constitucional tienen reflejo en las sentencias?*

**T.S.V.-** Es evidente que tienen influencia cuando llegan determinados casos. Hay veces que el derecho funciona de modo autónomo respecto de la moral, la religión, o las concepciones del mundo. Hay muchas cuestiones que son estrictamente jurídicas, y nada más que jurídicas, pero llegan algunas otras que no. El caso lo tenemos ahí con el aborto. Entonces es evidente que opciones metajurídicas están influyendo, tanto en la ley, como influirán luego en la sentencia del Tribunal Constitucional, si la hay.

***Hoy no se si hace falta defender la Constitución frente a los jueces, porque las invasiones de los jueces que preocupan, al menos a mí, no son aquellas que proceden de ajustes a la Constitución, sino aquellas que proceden de ajustes a sus propias ideas de justicia. Hay jueces que tienen ideas propias de justicia, que para ellos son sacrosantas, sean cuales sean, y las sitúan por encima de la Ley***

**S.C.-** *Finalmente ¿es necesaria hoy una jurisdicción constitucional?*

**T.S.V.-** Hay una polémica histórica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre la Constitución y su guardián. Si bien ambos están de acuerdo en su necesidad, el problema es quien debía ser ese defensor. Para Schmitt debía ser el Jefe del Estado, pero Kelsen entendía que debía ser una jurisdicción. Aunque en Europa no es algo a lo que se haya prestado atención, lo cierto es que Kelsen estaba influido por el paso que había dado el Tribunal Supremo norteamericano, y pensó que había que nombrar jueces que tuviesen una vinculación mas fuerte con la ley mas alta, la Constitución, y que la protegiesen frente a los demás poderes, especialmente frente a la judicatura. En esa época la judicatura alemana estaba dando los pasos de la jurisdicción norteamericana e invadiendo el terreno de la Ley. El problema era si mandaban los jueces o la Ley. El modelo de Tribunal Constitucional kelseniano es una defensa de la Constitución, pero no solo de ésta, sino también de la ley frente a invasiones judiciales.

Hoy no se si hace falta defender la Constitución frente a los jueces, porque las invasiones de los jueces que preocupan, al menos a mí, no son aquellas que proceden de ajustes a la Constitución, sino aquellas que proceden de ajustes a sus propias ideas de justicia. Hay jueces que tienen ideas propias de justicia, que para ellos son sacrosantas, sean cuales sean, y las sitúan por encima de la Ley, y eso yo lo he visto bastante a menudo, no digo que sea moneda común en la judicatura, pero si que existe. El Tribunal Constitucional en ese aspecto tiene un cierto grado de necesidad, y también tiene un cierto grado de necesidad debido a la existencia de un debate político, por decirlo de algún modo, pobre y rastrero, y que podría llevar a que la Constitución fuera un papel mojado. No es que el Tribunal Constitucional remedie todas esas carencias de nuestro sistema, pero algunas si.

