

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACIÓN Y DEBATE

P. Andrés Ibáñez, Preconstitución legal del juez: un principio en espera de [rigurosa] aplicación. **J. Hernández García**, Sobre *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar* de Dario Ippolito. **Daniel M. Campagne**, El término persona: un significado multidisciplinar. Incapacidad, demencia, eutanasia y aborto. **J. L. Ramírez Ortiz**, Luces y sombras del derecho a la asistencia letrada tras la Directiva 2013/48 y la LO 13/2015. **J. M. Asencio Gallego**, El derecho a ser informado de la imputación. **A. Olivas Díaz**, La memoria paralela o la contramemoria. Entrevista a José Antonio Martín Pallín. **L. Moreira**, Lula y la supremacía judicial. **A. Suárez Niño**, Colombia, la paz posible. **G. M. Gallego García**, Logros de la paz política y retos de la paz social en Colombia.

JUECES *para la* **DEMOCRACIA**
INFORMACIÓN Y DEBATE

nº 91 abril 2018

En este número: Andrés Ibáñez, Perfecto, magistrado emérito, Sala 2ª, Tribunal Supremo.
Asencio Gallego, José María, juez de 1ª Instancia e Instrucción (Barcelona), doctor en Derecho.
Campagne, Daniel M., doctor en derecho, psicólogo clínico y profesor (Uned, Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamiento Psicológicos).
Gallego García, Gloria María, profesora de Filosofía del derecho y Coordinadora del Grupo de investigación Justicia & Conflicto (Universidad Eafit, Medellín, Colombia).
Hernández García, Javier, magistrado, presidente Audiencia Provincial (Tarragona).
Moreira, Luiz, Ex-Consejero Nacional del Ministerio Público, doctor en Derecho y profesor de la Facultad de Derecho de Contagem (Brasil).
Olivas Díaz, Amaya, magistrada, juzgado de lo Social (Madrid).
Ramírez Ortiz, José Luis, magistrado Audiencia Provincial (Barcelona).
Suárez Niño, Antonio, magistrado (Bogotá, Colombia).

Jueces para la Democracia. Información y Debate

Publicación cuatrimestral de *Juezas y jueces para la Democracia*

Consejo de Redacción: Perfecto Andrés Ibáñez, José Miguel García Moreno, Javier Hernández García, Alberto Jorge Barreiro, Amaya Olivas Díaz, Ramón Sáez Valcárcel (director). Secretario de redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Juezas y jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4.º B. 28036 Madrid.
E-mail: jpd@juecesdemocracia.es <http://www.juecesdemocracia.es>

Suscripciones: Maxipack S.L., Avda. del Sistema Solar n.º 3 A. Parque Tecnológico
28830 San Fernando de Henares. Madrid
Tel. 91 677 53 60
Fax 91 674 93 00
E mail: suscripciones@maxipack.es

Precio de este número: 10 € (IVA incluido)

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

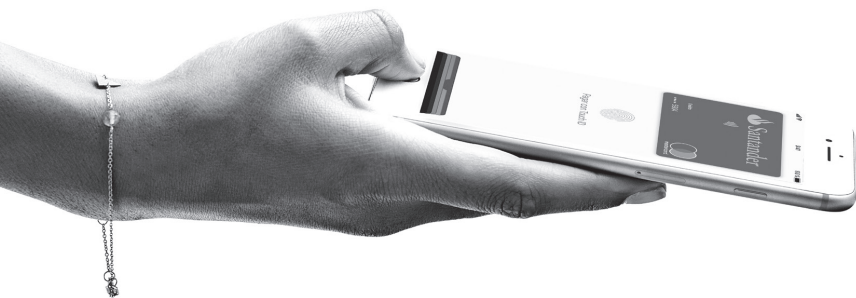
Europa: 34 €

Resto: 40 €

Dépósito legal: M. 15.960-1987. ISSN: 1133-0627. Impresión: Estudios Gráficos Europeos, S.A.

ÍNDICE

| | <u>Pág.</u> |
|---|-------------|
| Debate | |
| — <i>Preconstitución legal del juez: un principio en espera de [rigurosa] aplicación.</i> Perfecto Andrés Ibáñez | 5 |
| — <i>Sobre El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar,</i> <i>de Dario Ippolito.</i> Javier Hernández García | 22 |
| Estudios | |
| — <i>El término persona: un significado multidisciplinar. Incapacidad, demencia,</i> <i>eutanasia y aborto.</i> Daniel M. Campagne | 25 |
| Teoría/práctica de la jurisdicción | |
| — <i>Luces y sombras del derecho a la asistencia letrada tras la Directiva 2013/48</i> <i>y la LO 13/2015.</i> José Luis Ramírez Ortiz | 51 |
| — <i>El derecho a ser informado de la imputación.</i> José María Asencio Gallego | 92 |
| Memoria | |
| — <i>La memoria paralela o la contramemoria. Entrevista a José Antonio Martín Pallín.</i> Amaya Olivas Díaz | 109 |
| Internacional | |
| — <i>Lula y la supremacía judicial.</i> Luiz Moreira | 119 |
| — <i>Colombia, la paz posible.</i> Antonio Suárez Niño | 128 |
| — <i>Logros de la paz política y retos de la paz social en Colombia.</i> Gloria María Gallego García | 135 |
| Fuera de campo | |
| — <i>Walter Benjamin y Paul Klee. El ángel de la historia</i> | 147 |
| Extractos/Abstracts | 149 |



Digilosofía es ser el primer banco que te permite pagar con cualquier móvil.*

Con el Santander puedes pagar tus compras de la forma más rápida, fácil y segura con cualquier smartphone. Santander, banco líder en pago con móvil.

Digilosofía.  La filosofía digital del Santander.

Sencillo | Personal | Justo
Como un banco debería ser

 Santander

*Válido para móviles con sistema operativo IOS o Android con tecnología NFC. Apple Pay funciona con el iPhone 6 o posterior en tiendas, en apps y en sitios web a través de Safari.

Preconstitución legal del juez: un principio en espera de [rigurosa] aplicación

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ

La distribución de los asuntos, o mejor la asignación de un determinado procedimiento a un determinado juez, puede ser usada para interferir en el curso del procedimiento mismo y, en definitiva, para condicionar la decisión [...] en los «procesos que cuentan».

Luigi SCOTTI

Orígenes del principio

El principio del «juez natural» compareció por primera vez de manera explícita, en la edad moderna, en un texto legal en Francia¹. Concretamente, en el art. 17 de la ley revolucionaria sobre el ordenamiento judicial, de 16-24 de agosto de 1790, y lo hizo en estos términos: «el orden constitucional de las jurisdicciones no podrá ser alterado, ni los justiciables sustraídos a sus jueces naturales, a través de ninguna comisión, ni por otras atribuciones o avocaciones que las determinadas en la ley»². De este modo, cabe decir,

1 Ha querido verse en ocasiones un antecedente en el art. 39 de la inglesa Carta Magna de Juan Sin Tierra de 1215: «Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni perjudicada su posición de cualquier otra forma, ni Nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país». Pero Carlo Taormina ha entendido, probablemente con mayor razón, que esta previsión estaba ordenada a asegurar un juicio por los pares, sin guardar relación con el principio de que aquí se trata, pues el autor de aquel texto no podía más que ignorar una problemática surgida en un tiempo posterior (en *Giudice naturale e processo penale*, Bulzoni Editore, Roma, 1972, pp. 30-31). Sobre las iniciales vicisitudes del principio en Francia, cfr. Thierry S. Renoux, «Il principio del giudice naturale nel diritto costituzionale francese», en Varios autores, *Il principio di precostituzione del giudice*, (actas del seminario organizado por el Consejo Superior de la Magistratura y la Asociación "Vittorio Bachelet", Roma, 14-15 de febrero de 1992), Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 1993, pp. 158-161.

2 Como ilustra Carlo Taormina, la comisión consistía en instituir órganos jurisdiccionales, extraños además a la organización judicial, con posterioridad a la ejecución del acto delictivo. El poder de avocación se ejercía atribuyendo, siempre con posterioridad a la ejecución del hecho, la competencia para juzgar a un órgano jurisdiccional distinto del

se proclamaba el valor de la unidad jurisdiccional y, al mismo tiempo, el representado por la independencia y la imparcialidad del juez, mediante la proscripción del uso de los tres instrumentos mediante los cuales el justiciable podía ser sustraído a su juez natural, esto es, el nombramiento de jueces extraordinarios o especiales y el desplazamiento de la competencia a otro distinto del que debería corresponder según las reglas ordinarias de determinación de esta.

Alvazzi del Frate explica que el uso de la locución *juge naturel* formaba ya parte de la cultura jurídica francesa de los siglos XVI y XVII, incluso el principio era considerado una de las *lois fondamentales du Royaume*, calidad en la que fue incluido en el art. 6 de las *Délibérations* de la Chambre Saint-Louis de 30 de junio de 1648: «ningún súbdito del rey, cualquiera que fuere su calidad y condición, podrá ser detenido más de veinticuatro horas, sin ser interrogado, según las ordenanzas, y puesto a disposición de su juez natural». Señala también que en el *Dictionnaire de l'Académie Française* de 1614, *juge naturel ordinaire* era aquel al que «natural, ordinariamente y de derecho, pertenece el conocimiento de un asunto»³. Por su parte, Ferrajoli recuerda que la voz «Juge (Jurispr.)» de la *Enciclopedia* (1766), recoge también la expresión «juez natural»⁴.

Pero nada de esto fue obstáculo para que los sucesivos monarcas, en uso de la justicia retenida, pudieran sustraer el conocimiento de cualquier causa al juez competente en principio, asumiéndolo directamente a través de su consejo, o encomendándolo a un comisario designado *ad hoc*⁵.

Esta clase de actuaciones, más que ocasionales, generaron siempre profundo malestar en la población francesa. Tanto que —como dejaron escrito Racioppi y Brunelli— ya con referencia a momentos muy anteriores a los citados, «en todas las reuniones de los Estados Generales se vertieron lamentos vivísimos, y en 1355, 1363, 1579 y 1597, el Rey se vio constreñido a confesar la ilegalidad de las comisiones y avocaciones y a prometer su cesación, aunque para volver luego a cometer tales habituales iniquidades»⁶. Y, andando el tiempo, esa preocupación por injerencias reales en los asuntos jurisdiccionales estaría muy presente en los *Cahiers de doléances*⁷, del «tercer estado» sobre todo, aunque no solo, aportados a los Estados Generales en vísperas de la Revolución francesa.

A tenor de los aludidos antecedentes, puede decirse, en el principio del juez natural tal como definitivamente sería entendido, fueron a confluir dos pretensiones de garantía: una la dirigida a evitar la separación del justiciable de su juez regular a través de la avocación y

señalado por la ley. En la atribución, el monarca investía de jurisdicción, con carácter previo y no en contemplación de un hecho determinado sino para ciertas materias. Se trataba de tres expresiones del estado absoluto, fundadas en el principio de derivación del poder jurisdiccional de la investidura soberana (*ibid.*, p. 50).

3 Paolo Alvazzi del Frate, «El principio del “giudice naturale” nel costituzionalismo della Restaurazione in Francia e Italia», en *Historia Constitucional (revista electrónica)*, n.º 3, 2002. p. 133.

4 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 102011, pp. 591 y 666, n. 225: «Juez ordinario es el juez natural del lugar», es la expresión que utiliza el redactor de esa voz.

5 Sobre los juicios por comisarios y las avocaciones, puede verse Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice en France*, Presses Universitaires de France, 1995, pp. 89 y 95-97. También C. Taormina, cit., p. 50.

6 Racioppi y Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, Turín, 1909, vol. III, pp. 568-560, cit. por Roberto Romboli, *Il giudice naturale. I Studio sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milán, 1981, p. 9, nota 3.

7 A ello se refiere Adhemar Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, edición facsímil, Topos Verlag AG-Librairie Edouard Douchemin, Liechtenstein-Paris, 1978, p. 407. Cfr. también P. Alvazzi del Frate, op. cit., p. 137

otra la destinada a evitar la creación de jueces extraordinarios⁸. Ambas se reunirían, al fin, en dos preceptos sucesivos de la Constitución francesa de 6 de abril de 1814: «Nadie puede ser distraído de sus jueces naturales» (art. 17, segundo inciso), y «Se suprimen y no podrán ser restablecidos las comisiones y los tribunales extraordinarios» (art. 18 *in fine*)⁹. Volverían a hacerlo en la Constitución de 1830 (arts. 53 y 54). Y en la Constitución de 1848 (art. 4), en este caso integrado en el cap. II, Derechos de los ciudadanos, que, de este modo, rompería con la habitual colocación sistemática del asunto al tratar del poder judicial.

La experiencia constitucional francesa en la materia que nos ocupa influyó directamente en Italia, donde el Estatuto Albertino (1848), en su art. 71, se hizo eco del principio, prácticamente, en los mismos términos que las constituciones que acaban de citarse, de modo que a la garantía de sujeción al juez natural se unió la prohibición de crear comisiones o tribunales extraordinarios¹⁰. Ambas dimensiones están presentes en el concepto de aquel ofrecido por Chiovenda: «Cualquier controversia, abstractamente considerada, o sea antes de que surja efectivamente, pertenece a un determinado juez. Este es el juez natural, del cual no puede desviarse el litigante; no pueden crearse tribunales o comisiones *extraordinarias*»¹¹.

Pero, como explica Romboli, en la aplicación del Estatuto Albertino, en lo que aquí interesa, se sucedieron dos criterios interpretativos. En efecto, desde su entrada en vigor hasta el periodo fascista, juez natural era aquel cuya competencia fuese establecida por la ley antes de surgir la controversia objeto de enjuiciamiento; mientras se tenía por juez extraordinario al instituido *post factum* y, en general, al que, por su composición, modalidades de funcionamiento o tipo de procedimiento, contradecía los principios y garantías fundamentales del ordenamiento vigente. En el periodo fascista y hasta la entrada en vigor de la Constitución democrática la prohibición de separar al ciudadano de su juez natural fue a identificarse, exclusivamente, con la de instituir jueces extraordinarios, como modo de violar la garantía del principio de que se trata. Así, quedó fuera del radio de acción de esta «la prohibición de desplazar, incluso por ley, la competencia del juez competente preconstituido a otro juez también preconstituido, por formar ya parte de la organización judicial, pero incompetente en el momento de la realización del hecho justiciable»¹².

Las consideraciones que siguen girarán exclusivamente en torno al tratamiento dado en Italia a la cuestión del juez natural, por el especial interés que merece el debate

8 El filón de cultura jurídica que en el continente europeo se decantará en la acuñación del principio del juez natural tiene un cierto equivalente en la tradición constitucional norteamericana, centrada, en cambio, en el criterio del *locus commissi delicti*, con objeto de «asegurar al imputado la máxima agilidad en el ejercicio del derecho a participar en la formación del material probatorio y de favorecer que el mismo sea juzgado en su ambiente» (C. Taormina, *Giudice*, cit., p. 47). Esta última es la perspectiva en la que Giulio Ubertis sitúa la cuestión de «la naturalidad del juez» (en *Íd.*, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2017, pp. 62-64).

9 A este respecto, es de señalar que la Constitución de Cádiz de 1812, en su art. 247, prescribía: «Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente determinado con anterioridad por la ley». Para un examen detallado de las vicisitudes históricas del principio a examen, en general y en la experiencia española, cfr. Gregorio Ruiz, *El derecho al juez ordinario en la Constitución española*, Civitas-Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 33 ss.

10 Para un tratamiento pormenorizado de las vicisitudes de la vigencia del Estatuto Albertino, cfr. R. Romboli, *Il giudice*, cit., pp. 18 ss.

11 José Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, trad. cast. de la tercera edición italiana de J. Casals y Santaló, Editorial Reus, Madrid, 1922, I, p. 465.

12 *Ibid.*, pp. 64-65.

producido en el país sobre el desarrollo del principio y el progresivo reflejo de este en las normas legales y reglamentarias relativas al mismo.

El juez natural en la Asamblea Constituyente italiana

El Ministerio de la Constituyente creó una Comisión para estudios relativos a la reorganización de Estado, que recibiría el nombre de «Comisión Forti», del de su presidente. A esta se le atribuyó como función identificar los problemas que se entendiese podrían surgir en el futuro trabajo de redacción del texto fundamental, debatirlos y proponer las soluciones posibles. Esto, para dotar de mayor agilidad a la marcha de las tareas de la Asamblea Constituyente al abordar los diferentes asuntos.

El desarrollo de tales vicisitudes tuvo inevitable complejidad, en razón de la pluralidad de instancias en las que se articularon esa Comisión y también la propia Asamblea, de los distintos momentos del trámite, y de las múltiples intervenciones producidas en ellos; dándose, además, la circunstancia de que no todos esos pasos están igualmente documentados (no lo están las discusiones producidas en el Comité de redacción¹³). En cualquier caso, a los efectos que aquí se pretenden, bastará dejar sencilla constancia (siguiendo esquemáticamente la exposición de Romboli) de los principales temas suscitados en el examen de las cuestiones relativas al principio que es objeto de interés.

En el curso de los trabajos se puso de manifiesto el carácter ambivalente de este último, que, según la perspectiva de su consideración, podría tener que ver con el ordenamiento judicial como organización o bien con los derechos fundamentales del ciudadano. Se hizo también evidente la estrecha relación existente entre la prohibición de sustraer a este a su juez natural y el principio de irretroactividad de la ley, que es por lo que Calamandrei propuso que ambos fuesen abordados en el mismo de los dos campos temáticos posibles, inclinándose por el de los derechos de libertad. También se manifestó a favor de sustituir la denominación «juez natural» por la de «juez preconstituido»¹⁴, que entendía más adecuada y precisa¹⁵. Se acogió el concepto de «preconstitución» como referido, no tanto y no solo al órgano judicial a instituir *ex novo*, como sobre todo a la competencia del juez que ya formase parte de la organización judicial,

13 Cfr. *ibid.*, pp. 64 ss., para una exposición minuciosa de tal compleja serie de incidencias.

14 Con anterioridad había escrito que por «juez natural [...] se entiende el órgano judicial *preconstituido*, es decir, el órgano juzgador preexistente a la causa que se tiene que juzgar, y cuyos componentes han sido elegidos a base de criterios abstractos y generales, antes de que pudiera preverse cuáles habrían de ser en concreto las causas que se someterían a su juicio [...], el órgano judicial cuya constitución y cuya competencia han sido determinadas *por ley* antes de haber surgido la causa a decidir: la cual, por consiguiente, en el momento en que surge, encuentra ya, en el ordenamiento judicial, su propio juez» (en *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código*, trad. cast. de S. Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, II, p. 47).

15 Este asunto resultó especialmente polémico, hasta el punto de que en un momento de la elaboración del texto se optó decididamente por hablar del «juez preconstituido», si bien luego reapareció el sintagma «juez natural» junto al término «preconstituido». Pero como señala Romboli, la falta de documentación de las discusiones habidas en el Comité de redacción impiden una exacta reconstrucción de la actividad del mismo en este punto. Ocurre que la introducción del término «natural» fue a coincidir con la eliminación de la disposición correspondiente de la prohibición de instituir jueces extraordinarios; lo que podría resultar sugestivo de que por «juez natural» se hubiera entendido en ese momento juez «no extraordinario». También se interpretó en el sentido de que la «naturalidad» iría referida al profesional o profesionales integrantes del órgano, y el de «preconstitución» a este mismo o viceversa. Aunque Romboli se inclina por la primera opción (*ibid.* pp. 77-78). Si bien no descarta que el significado de los dos términos no hubiera llegado a ser claro tampoco a los constituyentes, como lo demostraría el dato de que en las discusiones de la propia Asamblea se presentaron enmiendas dirigidas a suprimir ora uno ora otro de los dos (*ibid.*, p. 81).

poniendo así en estrecha relación el principio del juez natural con el de imparcialidad. Otro tema polémico fue el de la sustitución de la expresión «jueces preconstituidos» por «magistrados ordinarios». Asimismo se produjo la propuesta de sustituir el vocablo «juez» por el de «jurisdicciones», que topó con la oposición fundada en el carácter omnicompreensivo del primero, referible no solo al órgano competente sino también a sus concretos integrantes; un asunto este llamado a ocupar un relevante espacio en el debate generado con posterioridad a propósito de la aplicación del texto fundamental.

El resultado final se concretó en la incorporación a la Constitución de dos preceptos atinentes a la materia a examen. Uno, el 25,1: «Nadie puede ser sustraído al juez natural legalmente preconstituido». Y otro, el 102,2: «No pueden instituirse jueces extraordinarios o jueces especiales».

Interpretación del texto constitucional italiano

Romboli, de quien tomo las consideraciones que siguen, se ha ocupado magistralmente de ilustrar esas vicisitudes. De ellas dejaré aquí una esquemática constancia¹⁶.

En los primeros años de aplicación de la Constitución italiana, no se dio particular valor a la ubicación de esas dos prohibiciones en áreas distintas del texto: las relativas a los derechos y deberes de los ciudadanos y al ordenamiento jurisdiccional, respectivamente; considerando el primero de los artículos citados premisa del segundo. Posteriormente, a comienzos de los años 60 se abrió un debate sobre el contenido del principio, acerca de si debía agotarse en la prohibición de instituir jueces extraordinarios, o bien considerársele parámetro constitucional de la competencia, implicando también la prohibición de desplazarla, *ex post facto*, de un juez a otro. Tal es el contexto en el que se planteó una cuestión de constitucionalidad relativa al artículo 30,2 del Código procesal penal, que atribuía al fiscal la posibilidad de optar, de forma por completo discrecional e irrecurrible, antes de la apertura del juicio, por remitir al pretor una causa de competencia del tribunal (haciendo uso de la llamada competencia prorrogada).

Para quien asimilase la separación del juez natural, de manera exclusiva, a la institución de jueces extraordinarios, en ese caso no se daría ninguna vulneración del principio consagrado en el art. 25,1 de la Constitución. Que sí se produciría, en cambio, para quien considerase las normas de competencia como el campo propio de aplicación de este último; y, en concreto, en el supuesto del precepto procesal citado, que permitía una derogación discrecional de la competencia por razón de la materia, con posterioridad a la ejecución del hecho.

La Corte Constitucional acogió la cuestión suscitada en un fallo histórico (88/1962, de 7 de julio), resolviendo que la preconstitución legal del juez consiste en la «previa determinación de la competencia, con referencia a supuestos de hecho en abstracto realizables en el futuro, no *a posteriori*, en relación con una *regiudicanda ya surgida*», es decir, «una competencia fijada, sin alternativas, inmediata y exclusivamente por la

16 En *Il giudice*, cit., pp. 105 ss.; en «La garantía del giudice natural preconstituito per legge», en Saulle Panizza, Alessandro Pizzorusso y Roberto Romboli (eds.), *Testi e questioni di ordinamento giudiziario y forense. I Antologia di scritti*, Edizioni Plus-Università di Pisa, 2002, 99.144 ss.; y en «Teoria e prassi del principio di preconstituzione del giudice», en Varios autores, *Il principio di preconstituzione del giudice*, cit., pp. 33 ss. y *passim*).

ley», descartando la posibilidad de una «alternativa entre un juez y otro, prevista por la ley, pero resoluble *a posteriori*, mediante una decisión singular, en relación con un determinado procedimiento», desde el momento en que «*preconstitución del juez y discrecionalidad en su concreta designación son criterios inconciliables*»¹⁷.

Esta decisión se ha considerado paradigmática por su transparencia y radicalidad (al ir a la raíz del principio), y por identificar la esencia de este en la tutela de la imparcialidad del juez. Pero el criterio sentado con tanto rigor, no se mantuvo en idénticos términos en la ulterior jurisprudencia de la Corte. Sobre todo, tratándose de cuestiones de inconstitucionalidad dirigidas a evidenciar la incompatibilidad de la garantía de la preconstitución legal con el poder de las autoridades judiciales, en particular la Casación, para determinar la competencia; cuestiones que no prosperaron, con el argumento de que ese ejercicio de discrecionalidad vendría impuesto por exigencias prácticas y por la necesidad de facilitar la agilidad en el desarrollo de los procesos.

En cualquier caso, lo cierto es que el principio de preconstitución legal del juez dejaría progresivamente de quedar circunscrito a la prohibición de instituir jueces extraordinarios, para desplazarse al terreno de la competencia, en concreto a la cuestión relativa a las reglas sobre su determinación, que el legislador debería dejar fijadas con anterioridad a la ejecución de las acciones que en algún momento posterior se trataría de enjuiciar.

Situado ya el asunto en este campo, como ha puesto de relieve Proto Pisani, la Corte Constitucional, luego de un «lento y fatigoso» itinerario, llegaría claramente «a afirmar que la garantía constitucional prevista en el art. 25,2 de la Constitución italiana, concierne también a la individualización del juez persona física que debe pronunciarse sobre la concreta controversia»¹⁸. Individualización «que ha de producirse a través de criterios objetivos y predeterminados y como tal debe ser sustraída a los poderes de los presidentes de los órganos judiciales», por lo que «la violación de [tales criterios] en la asignación de las causas [...] lesiona garantías constitucionales»¹⁹.

En este contexto creo interesante hacer referencia a una vicisitud protagonizada por el Presidente de la República, como presidente también del Consejo Superior de la Magistratura, que guarda estrecha relación con la materia a examen. Se trata de que, en 1990, en su mensaje al Parlamento sobre los problemas de la justicia, en aquella calidad, puso en duda la compatibilidad con el principio constitucional del juez natural del art. 18, 4º de la Ley 195/1958 sobre el Consejo Superior de la Magistratura, de la facultad —que esta le reconocía y le reconoce— de presidir la sección disciplinaria «en todos los casos que lo considere oportuno». Esto porque, dijo, le permitiría alterar discrecionalmente, y sin ninguna referencia a datos o criterios objetivos, la composición de un órgano jurisdiccional como esa sección²⁰.

Sobre el alcance del principio que nos ocupa, se suscitó, en la doctrina, pero también en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, la cuestión de la posible extensión de la imperatividad de aquel al ámbito del ministerio público. El criterio de la doctrina prevalente se manifestó en sentido contrario, y también el alto intérprete de la Constitución.

17 Cursiva añadida.

18 Andrea Proto Pisani, «Per l'attuazione ragionevole della garanzia del giudice naturale», en Saule Panizza *et altri*, *Testi e questioni*, cit., p. 166.

19 Sentencias de la Corte Constitucional de 272/1998, de 17 de julio y 1407/1998, de 23 de diciembre.

20 Tomo la referencia de Roberto Romboli, «Teoria e prassi del principio», cit., p. 61.

Principio del juez natural: implicaciones

Hoy puede considerarse pacífico que el principio del juez natural, en el sentido del legalmente preconstituido, conforme a reglas (legales y de inferior rango) destinadas a evitar la discrecionalidad interesada en la designación del llamado a conocer de una causa o pleito, es una implicación del principio de independencia interna o funcional. Este implica, a su vez, la inexistencia, dentro de la propia organización judicial, de centros jerárquicos de decisión con capacidad para interferir, de forma directa o indirecta, en el ejercicio de la jurisdicción, condicionándolo interesadamente; mediante lo que sería la interposición de un subrepticio diafragma entre el juez y la ley, interfiriendo una relación que debe ser directa.

Es por lo que —tiene razón Mattone— hay que admitir «que todo acto del complejo procedimiento preordenado a la determinación de la competencia *in concreto*, aun cuando ubicado en el ámbito de la actividad organizativa, participa, sin embargo, de la función jurisdiccional»²¹. O lo que es lo mismo, esta empieza a desarrollarse ya antes de que el jurisdicente encargado de conocer comience a hacerlo, por lo que todo ese *iter* debe estar normativamente cubierto, para que quepa hablar de *predeterminación*. Algo que ha tardado en hacerse obvio, pero que no cabe cuestionar, cuando se sabe bien hasta qué punto, históricamente y aún hoy, la intervención de los cargos directivos de los órganos judiciales colegiados, ha cumplido objetivamente y, en distinta medida, cumple, con frecuencia, el encargo (político) de condicionar el sentido de las resoluciones, mediante la discrecional formación del los tribunales y la asignación a estos de las causas y la no menos discrecional designación de los ponentes. De forma particular, es igualmente obvio, en aquellos casos de una especial coloración política, en sí mismos o en sus efectos, como sucede con los procesos por actuaciones corruptas debidas a sujetos públicos, que hoy invaden nuestros tribunales.

Por eso el principio de estricta predeterminación legal del juez es un presupuesto práctico *sine qua non* del principio de independencia interna. Y su relevancia es de tal grado que el índice de realización de aquel determina la auténtica naturaleza del modelo orgánico realmente en vigor. En efecto, pues en el supuesto, por ejemplo, de la articulación plenamente *horizontal* de una determinada magistratura, bastaría el reconocimiento (incluso fáctico) a algún sujeto institucional del poder de operar del modo que acaba de ilustrarse en la distribución de la tarea jurisdiccional entre los distintos integrantes de un órgano colegiado, para, desvirtuando el carácter difuso del poder de juzgar, reintroducir por esta vía oblicua el principio jerárquico y, con él, un gravísimo menoscabo o incluso la negación de la independencia interna o funcional. Que es la efectiva *independencia* o independencia final del juez²², si se tiene en cuenta que tal es quien juzga, o sea, el competente para «decir el derecho» en el supuesto concreto con *exclusiva* sujeción a la ley y el que, de darse una causa legal, podría-debería ser eventualmente recusado. Porque, lo ha expresado muy bien Foschini, «la jurisdicción no se ejercita por delegación, por autorización o por disposición de un superior jerárquico, sino como expresión de un

21 Sergio Mattone, «Il giudice naturale», en *Questione Giustizia*, 3/1985, p. 577.

22 «La experiencia ha demostrado —escribe Romboli— que el principio de independencia interna es el banco de pruebas que mejor acredita el efectivo grado de independencia alcanzado por la magistratura» («Attività tabellare del Consiglio Superiore della Magistratura e indipendenza interna del giudice», en Varios autores, Beniamino Caravita (ed.), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Laterza, Roma-Bari, p. 99).

poder que es *originario* de cada juez, es decir, de la persona o personas que se encuentran en la *preconstituida situación* a la que, por imperativo legal, está directamente asociado, en el caso concreto, el poder de juzgar de la libertad o de los bienes de los ciudadanos»²³

La atribución de una tal clase de poder en una hipotética organización judicial caracterizada por el perfil clónico de sus integrantes, que les haría efectivamente fungibles, carecería de particular significación. Pero no en el caso de las magistraturas contemporáneas, donde, si los jueces pueden estar connotados por una cierta (siempre relativa) homogeneidad en lo referido a la formación técnica, no la presentan en cambio, en modo alguno, en lo que hace a su bagaje cultural general y a sus actitudes político-culturales. Esto, es obvio, no puede dejar de proyectarse en el modo de realización de un trabajo que, como el jurisdiccional, se quiera o no, es siempre creativo en algún grado²⁴. Por eso, la única forma de asegurar un tratamiento tendencialmente igual de esas legítimas diversidades, debe buscarse a través de la máxima objetivación posible de los criterios de formación de los tribunales y de la atribución de las causas, de manera que la eventual operatividad de aquellos factores sea, en cualquier caso, aleatoria y nunca buscada ni manipulable *ad hoc*, a tenor de las particularidades del caso.

Parece pertinente recordar aquí con Nobili que «en el ordenamiento alemán —por ejemplo— los poderes “discrecionales” de asignación de las causas son generalmente considerados un claro signo de degeneración autoritaria del sistema. Estos, mediante el decreto de 24 de noviembre de 1937, fueron utilizados como una estructura de sustento del nuevo ordenamiento judicial hitleriano y justificados explícitamente como una derivación del *Führerprinzip*»²⁵. El aberrante principio del caudillaje que, trasladado, como propugnaron, entre otros Friedrich Oetker y Roland Freisler, a la formación de los órganos colegiados, llevaría a conceder un poder decisivo al presidente, cuyo papel en tal contexto, en la relación con los demás componentes del tribunal, sería más bien el de *conducir* que el de juzgar²⁶. Un modo, ciertamente extremo, de referirse a un género de atribuciones integrantes de una forma de poder que, es el caso de la facultad presidencial (de derecho o *de facto*) consistente en la capacidad de disponer de la formación de las salas y atribución de las causas, allí donde se encuentre constitucionalmente reconocido el principio de predeterminación legal del juez, entrañará una forma aberrante de sortear el imperativo constitucional y legal, haciendo de aquel un peculiar juez *legibus solutus*²⁷.

23 Gaetano Foschini, «Giudici in nome del popolo, non già commisari del capo de la corte», ahora en Íd., *Tornare alla giurisdizione*, Giuffrè, Milán, 1971, p. 95.

24 Me he ocupado de este asunto en *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez en el estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, pp. 302 ss.

25 Massimo Nobili, en Varios autores, G. Branca (ed.), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, bajo art. 25, Zanichelli Editore-II Foro italiano, Bolonia-Roma, 1981, p. 179.

26 Cfr. al respecto Miguel Fenech, *La posición del juez en el nuevo estado*, Espasa Calpe, Madrid, 1941, pp. 136-137. Sobre el «principio del fúrer», puede verse Javier Llobet, *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Pp. 101 ss.

27 La existencia de discrecionalidad presidencial en la asignación de las causas y la formación de las salas, ha escrito M. Nobili, «corrompe a los defensores, porque los empuja al clientelismo; corrompe a los presidentes porque puede inducirlos a un malicioso uso del poder; corrompe a los magistrados *subalternos* pudiendo impulsarlos a una actitud irresponsable y de constante aquiescencia» (en «Il giudice nella società contemporanea e i criteri di assegnazione delle cause», *Rivista di diritto processuale*, 1974, p. 98). Como recordara Livio Pepino, citando a Salvatore Senese, «el *Conseil Constitutionnel* francés declaró la inconstitucionalidad de normas atributivas al presidente del tribunal del poder de decidir discrecionalmente sobre la constitución de la sala de enjuiciamiento» y en Alemania Federal «un análogo poder discrecional fue declarado ilegítimo en virtud del art. 101 del *Grundgesetz*, según el cual “nadie puede ser sustraído al juez legalmente preconstituido”» («Automatismo nella assegnazione degli affari giudiziarie: un problema superato?», en

Según ya se ha dicho, un aspecto muy debatido de los implicados en el entorno del principio de predeterminación legal es el de la fijación de su radio de acción. Es decir, la determinación de si aquel debe ir referido solo al órgano (cuando sea colegiado) o ha de llegar hasta la identificación de quien o quienes de sus componentes tengan que operar en el caso concreto. Resulta curioso comprobar que (es, por ejemplo, el supuesto de Italia, donde, como se verá, aquel ha alcanzado un grado, sino óptimo, sí muy alto de vigencia) los presidentes en general y, muy especialmente, la Corte de Casación han sido en extremo beligerantes, en el caso de aquellos, en la defensa de la primera opción, y, en el de esta, de la ajenidad sin más del principio a su propio ámbito.

Pues bien, como se ha dicho y se ampliará en lo que sigue, en el caso italiano, ha terminado prevaleciendo la segunda de las alternativas. Pero es que, entiendo, esta es la más, sino la única racional en una inteligencia rigurosa del asunto. En efecto, puesto que «juez» es quien ejerce la actividad de enjuiciar, el que conoce o enjuicia en concreto, y en los órganos pluripersonales esto no lo hace el conjunto de los integrantes de su plantilla, sino aquel o aquellos que vayan a asumir la responsabilidad de la decisión, *personalmente*, ya que no existe otra manera²⁸. De no ser así, la exigencia de predeterminación legal del órgano conviviría con la *determinación* presidencial del jurisdicente²⁹; y aquel, según denunció asimismo Foschini, «asumiría un valor solo formal haciendo posible su violación sustancial»³⁰. Algo, sin duda, contradictorio. Ya incluso en los términos, porque, como ha escrito Nobili, «la naturalidad es la cualidad que se deriva de la preconstitución»³¹.

Siempre en Italia, se ha debatido acerca de la aplicación del principio de preconstitución también al ministerio público. Ya se ha anticipado que, en general, en la doctrina ha prevalecido el criterio contrario³², también en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Nobili se ha ocupado analíticamente de este asunto, en el que, afirma, para concluir con buen fundamento, habría que discurrir en una triple perspectiva. Esto es, atendido

Questione giustizia, 2/1988, p. 360).

28 «La función jurisdiccional se personaliza en cada magistrado que, en el acto de juzgar [...] no se anula en el aparato institucional del órgano, sino que se manifiesta como titular originario del poder» de juzgar (Luigi Scotti, «L'assegnazione degli affari giudiziari e il principio del giudice naturale», en Ugo Spagnoli *et alii* (eds.), *La riforma dell'ordinamento giudiziario e i problemi della giustizia*, Editori Riuniti, Roma, 1977, II, p.15).

29 «Si se consintiese a cada presidente de tribunal la exoneración de la sala no deseable para él [...] resultaría clara la actuación de un principio de disposición de carácter jerárquico con clara referencia y con indiscutible influencia en la decisión sobre el concreto objeto del juicio, de modo que se confundiría e incluso se cancelaría todo sustancial límite entre jurisdicción (que es soberana función del juez designado por la ley) y mera administración, que es anónima actividad jerárquicamente organizada» (Gaetano Foschini, «Giurisdizione e burocratizzazione (Monito ai giudici)», ahora en *Id., Tornare*, cit., p. 93).

30 En «Giudici in nome», cit., p. 96. Esta reveladora afirmación se prolonga en otra cuya expresividad le ha conferido un grado de difusión en la doctrina que hoy diríamos *viral*, por lo citada: «impedir que un determinado proceso pueda ser juzgado por el Tribunal de Catania en vez de por el de Ragusa no vale nada, si no se ha impedido también que se constituya el Tribunal de Ragusa con los jueces del Tribunal de Catania».

31 Massimo Nobili, *La disciplina costituzionale del processo. Appunti di procedura penale*, Bologna-Perugia, 1976, p. 126. «El adjetivo "natural" tiene el significado de extraño a determinación humana, como los eventos de la naturaleza, y reclama la idea de automaticidad, de mecanicidad, que debe informar los sistemas a través de los cuales el juez persona física es llamado en concreto a desarrollar su función» (L. Scotti, «L'assegnazione», cit., p. 17).

32 Al respecto, una excepción digna de ser mencionada es la de Giovanni Conso: «Si se afronta la temática del principio del juez natural legalmente preconstituido con la óptica según la cual tal principio es para la tutela de la independencia y la imparcialidad de la magistratura, sucede que el plan centrado en la palabra "juez" resulta desarbolado, porque, siendo coherentes, debería concluirse en el sentido de que el problema de la independencia de la magistratura, con sus exigencias de tutela, compromete también al ministerio público. Así, automáticamente, el principio se desplaza sobre toda la magistratura, y, por consiguiente, también sobre este» (de la ponencia introductoria al seminario sobre el principio de preconstitución del juez, en *Il principio di precostituzioni*, cit., p. 21).

a los rasgos del papel procesal atribuido legalmente a ese órgano; al significado del término «juez» en el citado art. 25 de la Constitución italiana; y, en fin, estando, en concreto, a la naturaleza de la función de acusar, en la práctica.

Desde el primer punto de vista, dice el autor, el principio que aquí interesa sería del todo extraño al ministerio público. No así, en cambio, de tomarse en consideración el dato de que al fiscal le están siendo progresivamente atribuidas funciones de idéntico carácter que las desempeñadas por el juez instructor; cuando sucede que el citado precepto constitucional «fue dictado para la *tutela de una función*». Y en el mismo sentido habría que concluir, de estarse a la naturaleza de las operaciones que, en la prestación de su tarea, aquel está obligado a desarrollar. Porque estas, al igual que sucede con las del juez, no son «neutrales» ni «mecánicas», sino que tienen una ineliminable dimensión valorativa, implican la realización de opciones y presuponen la adopción de decisiones capaces de «condiciona[r] a la jurisdicción misma. Por lo que «no es arriesgado sostener que el resultado del *jus dicere* depende también del sujeto y del modo como se ejerza la acusación en relación con la específica *regiudicanda*». Es por lo que entiende el autor que la naturaleza de la función jurisdiccional y la de la acusación comparten la misma «razón profunda» que justificaría la extensión a esta de la aplicación del principio³³.

De hecho, tal extensión llegaría a producirse, según resulta de la circular 12046 de 1991, relativa a la formación de las *tabelle* para el bienio 1992-1993, que dedica el último punto a la organización de las fiscalías, tratando de establecer criterios análogos a los que rigen en los tribunales³⁴.

La experiencia italiana del sistema *tabellare*

Según el diccionario, «*tabellare*» es, entre otras cosas, la condición que se predica de lo que tiene la forma y la característica disposición o sistematización de una «*tabella*», que, en castellano es «tabla o cuadro». Aquí el formado con el nombre de todos los componentes de un tribunal, fijando, por un determinado periodo de tiempo, su distribución por salas, es decir, la composición de estas, incluida su presidencia, y las formas en que tendría que producirse la sustitución de alguno de sus integrantes, de concurrir una situación que la hiciera necesaria; y, en fin, los criterios objetivos, asimismo predispuestos, de asignación de las ponencias en los pleitos y causas a cada uno de aquellos. Y otro tanto puede decirse sobre el modo de proceder en la distribución de los casos y en el tratamiento de aquellas incidencias, en el supuesto de órganos colegiados cuyos integrantes ejercen sus competencias de forma individual.

Panizza —del que tomaré en síntesis, esencialmente, lo que sigue³⁵— explica que lo que gira «habitualmente bajo el nombre de sistema o procedimiento *tabellare*» es el conjunto de los «mecanismos que presiden la distribución interna de los órganos judiciales de la magistratura ordinaria, la asignación de cada uno de los magistrados a

³³ Massimo Nobili, en *Commentario*, cit., pp. 224-226.

³⁴ Saulle Panizza, «Sistema tabellare e ordinamento giudiziario», en Saulle Panizza *et altri*, *Testi e questioni*, cit., p. 188, nota 42.

³⁵ Para un tratamiento detallado de la materia a examen, remito al excelente trabajo citado en la nota anterior. También a Roberto Romboli, «Attività tabellare del Consiglio», cit.

las distintas salas, y la distribución entre estas de los casos»³⁶ objeto de enjuiciamiento. Y concluye que de la aplicación de este sistema, junto con la vigencia del principio de inamovilidad, resulta una eficaz garantía de la independencia interna del juzgador.

Se trata de una materia, dice el mismo autor, que podría considerarse como meramente administrativa, de régimen interno, mas carente de significación externa. Pero, sin embargo, entiende bien, representa «un momento esencial de la actividad de “administración de la jurisdicción”, que, así, resulta estrechamente vinculado a problemáticas fundamentales, como la independencia, la inamovilidad, la preconstitución legal del juez»³⁷.

Pues bien, se da la circunstancia de que el tratamiento que este relevantísimo asunto ha recibido en Italia, seguramente sin parangón en ningún otro país de nuestro ámbito de cultura judicial, se ha debido al ejemplar —y desde España, ciertamente, envidiable— compromiso del Consejo Superior de la Magistratura con los valores constitucionales en juego, tempranamente asumido y mantenido por esta institución a lo largo de los años. En efecto, ya que tal desarrollo reglamentario se inició, con algunas circulares, a finales de los años sesenta. Algo a lo que contribuyó también la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional, con su promoción de los valores consagrados por el texto fundamental en el ámbito de la interpretación judicial y el eco de esta corriente en las nuevas generaciones de jueces, con inéditas actitudes de contestación de la vieja ideología corporativa y de la concepción jerárquica de la administración de justicia. Uno de aquellos valores, de especial significación en el contexto temático en el que se mueven estas consideraciones, fue el representado por el pluralismo y la consiguiente nueva conciencia del modo de ser real de la interpretación de la ley, como actividad siempre permeable al bagaje cultural del juez; y la conciencia también de la posibilidad de que el mismo pudiera ser instrumentalizado por los dirigentes de los órganos judiciales en la formación de las salas y la asignación de las causas. Tales son los factores que estimularon la sensibilidad que condujo a la puesta en funcionamiento y progresivo desarrollo del «sistema *tabellare*».

La aludida corriente transformadora contó asimismo —según señala Panizza³⁸— con un estímulo negativo de origen legal. Y es que, a cuarenta años de vigencia de la Constitución, por la parálisis de legislador, seguía vigente la preconstitucional normativa orgánica, no obstante haber sido declarada inconstitucional por aquella (en su disposición transitoria VII), que anunciaba, reclamaba más bien, una «nueva ley sobre el ordenamiento judicial» coherente con los imperativos derivados del nuevo texto fundamental.

Las primeras intervenciones del Consejo Superior de la Magistratura en la materia que aquí interesa datan de 1968 y 1969. En ellas se pedía a los presidentes de los órganos judiciales que indicasen en las propuestas de *tabelle* las razones que hubieran podido moverles a introducir modificaciones sobre las del año anterior, a motivarlas «adecuadamente», por tanto; también a tomar en consideración en lo posible las

36 *Ibid.*, pp. 171-172.

37 *Ibid.*, pp. 171. La expresión «administración de la jurisdicción» fue acuñada por Alessandro Pizzorusso, para identificar «el núcleo principal de las competencias del Consejo Superior», funciones, escribe, susceptibles de distribuirse en tres grupos: las «relativas a la organización del Consejo mismo, las referidas al estatus de los magistrados, y las relativas a las relaciones entre el poder judicial y los otros poderes del estado» (*L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Einaudi, Turín, 1990, pp. 105-105).

38 *Ibid.*, pp. 174-175.

aspiraciones de los magistrados en la formación de aquellas; y, en fin, se abordaba el asunto de la distribución de estos en secciones y de su asignación a cada una de ellas.

En la misma época, el Consejo adoptó otras disposiciones dirigidas a limitar el uso de la *applicazione*³⁹ por parte de los presidentes, invitándolos a informar previamente de los casos excepcionales en los que se considerase indispensable recurrir a ese expediente, siempre y solo por periodos de tiempo limitados y predeterminados.

De la calidad del tratamiento reglamentario de la materia por parte del Consejo Superior da cuenta el hecho de que pronto halló un sustancial respaldo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; del mismo modo que algo más tarde (en 1982) contaría ya con el explícito reconocimiento del legislador, que en la regulación de la competencia para la adopción de ciertas medidas, se remitiría de forma expresa a su actividad *tabellare*.

Esta experimentaría también relevantes desarrollos en el curso de los años 80⁴⁰, dirigidos a dotar de una más completa actuación a los principios de preconstitución legal e independencia interna del juez. Con tal fin, el Consejo Superior impuso a los presidentes de los tribunales la indicación específica de los criterios adoptados para la distribución de los asuntos entre las diferentes secciones y en la asignación de las ponencias, dentro de ellas, a los distintos magistrados, advirtiendo que aquellos tendrían que ser «objetivos y predeterminados e individualizados y formulados de un modo que hiciera posible la posterior verificación de su observancia». Un criterio que, como otros, ha sido también asumido por el legislativo; circunstancia que permitió a Senese hablar de un verdadero y propio «círculo virtuoso, instituido en la materia entre el Consejo Superior de la Magistratura y el Parlamento»⁴¹.

En una valoración conjunta del sistema y sus resultados, puede concluirse — siempre con Panizza— que «ha llevado consigo una fuerte reducción de los poderes de organización un tiempo correspondientes a los presidentes de los tribunales» y, de este modo, la discrecionalidad «prácticamente ilimitada de la que gozaban ha sido significativamente reconvertida en el ejercicio de opciones no arbitrarias ni inmotivadas, sino antes bien sometidas a un severo régimen de controles»⁴².

España: el juez ordinario predeterminado por la ley

En la Constitución española, es bien sabido, no comparece el sintagma «juez natural». Sí figuró en el Anteproyecto, pero los responsables de la redacción definitiva del texto

39 Se entiende por *applicazione* la asignación temporal de un juez a otro órgano de un territorio distinto del propio, con las mismas competencias de los destinados en él. El Consejo, en la reglamentación limitadora del uso de este recurso, imponiendo el deber de motivación y condicionándolo al consentimiento del afectado, lo circunscribió a los supuestos de excepcionales exigencias o necesidades del servicio; imponiendo a los presidentes la comunicación relativa al modo como iría a producirse la inserción del *aplicado* en el plan de preconstitución de las salas.

40 Que llegarían hasta extender el sistema *tabellare* a la propia Corte de Casación, que había opuesto una «tenaz resistencia» (Senese) y que como ha escrito Gilardi, había «disfrutado de una suerte de extraterritorialidad respecto de las funciones de gobierno y de control del Consejo Superior de la Magistratura» (citados por Romboli, en op. ult. cit., p. 192, nota 58).

41 La cita es de Panizza, *ibid.*, p. 182, nota 27.

42 *Ibid.*, p. 201. Los consejos judiciales (*consigli giudiziari*) funcionan en cada corte de apelación. Están integrados por su presidente, el fiscal jefe y ocho miembros más (tres de ellos suplentes), elegidos cada dos años por todos los magistrados de los tribunales del distrito. Su principal función consiste en informar sobre la ejecutoria de los magistrados, con vistas a su eventual promoción (para una información más detallada, cfr. A. Pizzorusso, *L'organizzazione*, cit., pp. 109-112).

prescindieron de él, optando por la fórmula que aquí se utiliza en el epígrafe (que es la que figura en el art. 24,2º CE), sin dar razón de esta preferencia. Tal tiene su antecedente en una enmienda que propugnaba el rechazo de la expresión «juez natural», por considerar que sería terminológicamente menos clara. Es todo.

En una comparación del campo semántico de ambas fórmulas, con perspectiva histórica, es claro que entre el de una y otra no habría correspondencia, dado que la finalidad perseguida con la postulación de una *naturalidad* del juez fue originariamente, como se ha dicho, evitar la sustracción del justiciable a su «ambiente natural y social»⁴³ en el enjuiciamiento. Y de estarse a la real funcionalidad del principio —tal como, también históricamente, según se ha visto, ha ido a integrarse en sus aludidas dos vertientes— en los países de nuestro ámbito de cultura jurídico-constitucional, cabe decir que la posibilidad de creación de órganos judiciales extraordinarios es una hipótesis harto improbable, por lo que hay que entender que lo objetivamente perseguido con la consagración de aquel es el manejo tendencialmente más objetivo del pluralismo ideológico existente entre los jueces, a fin de evitar manipulaciones interesadas. Por eso resulta problemático, y en cualquier caso poco útil, establecer diferencias entre las mismas⁴⁴.

De otro lado, según el *Diccionario* de la RAE, en la primera acepción, «ordinario» equivale a «común y regular»; y, referido a la jurisdicción, «ordinaria» sería la «proced[ente] del fuero común, en contraposición a la privilegiada». Así, dado el marco constitucional, y en términos de derecho estricto, el juez del art. 24,2.º de la Constitución solo podría ser «regular» si constitucionalmente establecido como tal, hacia el futuro, con carácter general y un régimen de competencia cierto, por una norma de ley, y conforme a las exigencias estatutarias del art. 117,1º del propio texto fundamental. De otro lado, y puesto que el art. 24,2º CE contempla el asunto desde el plano de los derechos fundamentales, aquí del justiciable, es claro que la exigencia de predeterminación debería proyectarse hasta la concreción del principio en la precisa composición del órgano, sea este unipersonal o colegiado. De donde se sigue la especial relevancia, indirecta si se quiere, pero bien real, de las reglas de reparto y asignación de causas y de ponencias, que constituyen el momento final del principio a examen. Que es como decir su *momento de la verdad*.

Pero lo cierto es que, según reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con apoyo en jurisprudencia constitucional, ha venido y sigue entendiendo que las cuestiones relativas a la determinación de la competencia y a la integración personal de los tribunales es materia ajena al principio de predeterminación legal del juez. Y que las normas de reparto son disposiciones que no tienen por finalidad establecer la competencia, sino regular la distribución del trabajo entre órganos jurisdiccionales con idéntica competencia territorial, objetiva y funcional, por lo que de la eventual infracción de las mismas no se seguiría sin más la vulneración de aquel derecho fundamental (por todas, SSTC 170/2000 y 69/2001 y SSTS 917/2001 y 714/2016).

Este planteamiento, poco cuestionado, recoge un estado de cultura jurídica procesal-constitucional en la materia muy consolidado, que, salvo casos excepcionales, ha dado

43 Es la expresión utilizada por G. Ubertis, citando a Dewey, en *Elementos*, cit., p. 64.

44 Tal es, señala Ignacio Díez-Picazo Giménez, el criterio prevaleciente en la doctrina y la jurisprudencia constitucional italiana (en «Il juez ordinario predeterminado por la ley di cui all'art. 24., comma 2º, della costituzione spagnola», en Varios autores, *Il principio di preconstituzione del giudice*, cit., p. 119).

lugar a la banalización de la trascendencia de las intervenciones presidenciales en la materia, que, en no pocos supuestos, se limitaban a la mera consignación material del cambio de nombre del ponente en la carátula, o, a lo sumo, a la imprecisa referencia a las «necesidades del servicio» en una providencia o en una diligencia de ordenación de las *de estampilla*.

Pero, ciertamente, el asunto, visto a día de hoy, y cuando los tribunales españoles, y, en particular, la Sala Segunda del Tribunal Supremo y la de lo Penal de la Audiencia Nacional, pero no solo, se encuentran prácticamente invadidas por causas relacionadas con hechos sumamente graves de corrupción de sujetos públicos, dotados de enorme carga política por la naturaleza de las acciones objeto de enjuiciamiento y, como consecuencia, por los efectos de sus resoluciones, ha experimentado un decidido cambio de relieve. Del mismo modo que, no es ninguna revelación, la *política* de nombramientos del Consejo General del Poder Judicial (presidido por quien fue dos veces director general del ministerio de Justicia, gobernando el Partido Popular) siempre políticamente *sobredeterminada*, ha experimentado una intensificación de este sesgo, en especial en los casos en que los puestos a cubrir correspondan a tribunales llamados a conocer de casos *sensibles* desde ese particular punto de vista⁴⁵.

Situados en el plano a que obliga la aludida fenomenología criminal —últimamente de una exuberancia abrumadora en el caso del partido del gobierno— y en vista de sus efectos en la materia de nombramientos, es claro que la relativa a las cuestiones de reparto y formación de salas de enjuiciamiento, tradicionalmente tenidas por ajenas al principio que nos ocupa, deberían ser reconsideradas en esta perspectiva, en la línea de lo justamente subrayado por Foschini⁴⁶.

En lo imprescindible de este replanteamiento abunda, por su carácter ciertamente emblemático, lo sucedido en la Sección Segunda de la Audiencia Nacional en algunos supuestos, de los que he llamado *sensibles*. Uno es la causa del caso *Vielman* (seguida por delito de lesa humanidad y diez delitos de asesinato, que se habrían producido en Guatemala). En ella (mediante diligencia de ordenación de 12 de mayo de 2014) se designó ponente al magistrado De Prada Solaesa, que formaría sala con la magistrada Espejel Jorquera y el magistrado De Diego López. Pues bien, tras de un primer señalamiento de la vista, luego dejado sin efecto, hubo otro nuevo (por diligencia de ordenación de 21 de julio de 2016), para algunos días de enero y febrero de 2017. El 18 de noviembre de 2016, mediante diligencia, se hizo constar la existencia de la convocatoria del juicio en el Procedimiento abreviado 9/2015 (en el que era ponente el magistrado De Diego) precisamente, para las mismas fechas⁴⁷. Por eso, siguió una simple diligencia de ordenación, de 18 de noviembre de 2016, modificando la composición de la sala, en

45 Es el caso de la presidencia de la Audiencia Provincial de Valencia, que recayó en Fernando de la Rosa («magistrado español y político del Partido Popular», según Wikipedia), que fue secretario autonómico de Justicia de la Generalidad valenciana entre 2003 y 2007 y consejero de Justicia y Administraciones Públicas en el gobierno de Francisco Camps en 2007-2008. También el de la presidencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, atribuida a la magistrada Concepción Espejel Jorquera, luego de que el pleno de aquella hubiera resuelto en favor de su recusación en una pieza del caso *Gürtel*, por los consistentes indicios de proximidad o afectación al Partido Popular. Y, últimamente, Vicente Magro Servet («jurista y político español», según Wikipedia), que fue senador del Partido Popular en la VI legislatura.

46 Véanse notas 29 y 30.

47 En virtud de diligencia de ordenación de 7 de noviembre de 2016, sin tener en cuenta que ya se había constituido formalmente con el magistrado De Diego la sala que debería enjuiciar en el caso *Vielman*.

la que De Diego sería sustituido por el magistrado Juan Pablo González González⁴⁸, sin expresión de la norma de reparto aplicada (art. 453,3º LOPJ), y cuando las vigentes en ese momento no prestarían base al cambio dispuesto. Suscitada cuestión de nulidad de esa diligencia, fue resuelta por un atípico acuerdo gubernativo del pleno de la sección.

Pero no es el único supuesto, entre los recientes, que ponen de manifiesto un patente padecimiento del principio que aquí interesa. En efecto. En el procedimiento Rollo 6/2015 de la misma Sección Segunda de la Audiencia Nacional (*caso de los papeles de Bárcenas o de la Caja B del Partido Popular*), inicialmente el tribunal estuvo formado por la magistrada Espejel y los magistrados De Prada y López (ponente). El pleno de la sala, el 9 de febrero de 2016, estimó la recusación de la magistrada Espejel y del magistrado López, por los consistentes indicios de su relación con el Partido Popular (directamente afectado por la causa) y fueron sustituidos por los magistrados Hurtado y De Diego. La letrada de la Administración de Justicia constituyó el tribunal, con Hurtado como ponente. Esto resultó cuestionado por alguna de las acusaciones y sometido a la Sala de Gobierno por los magistrados De Diego y De Prada discrepantes del criterio seguido, al entender que de acuerdo con el art 209.1 de la LOPJ, Hurtado como magistrado más antiguo sustituía a Espejel y De Diego sustituía a López, por lo que la ponencia, según las normas de sustituciones, le correspondía a este, lo que fue rechazado por acuerdo de la Sala de Gobierno, razón por la que se dictó la providencia de 3 de abril de 2017 en ejecución de lo acordado por esta última.

Todo parecía ya pacificado hasta que, tras su toma de posesión, la nueva presidenta de la Sección Segunda, magistrada Rodríguez Duplá, reunió a los integrantes de la misma para elaborar nuevas normas de reparto. También porque el magistrado López había pasado a la Sala de Apelaciones. De esa reunión participaron todos (incluido el magistrado comisionado González), menos Hurtado, que no asistió. En ella se acordó que las nuevas normas de reparto no afectarían a los asuntos del *caso Gürtel* que contasen ya con tribunales designados. Días después la magistrada Rodríguez Duplá trasladó al resto de los magistrados la discrepancia de Hurtado con ese acuerdo, al entender que debería haberse adoptado por unanimidad (?) y también una propuesta de nuevas normas de reparto que remitió, para su aprobación, a la Sala de Gobierno, a la que, al mismo tiempo se consultaba si debía mantenerse la composición del tribunal ya fijado en el Rollo 6/2015 o bien variarse a tenor de esas nuevas normas de reparto. Y la Sala de Gobierno, por acuerdo de 20 de noviembre de 2017 (ponencia del magistrado Bodas) se decantó por la no inamovilidad de los tribunales ya constituidos y el carácter retroactivo de las normas de reparto. Aunque sin responder de manera expresa y clara a la cuestión clave, subyacente a la consulta. A saber: qué debería hacerse en el caso de un tribunal ya expresamente constituido mediante una resolución formal emitida al respecto.

Tras este galimatías, el tribunal quedó constituido por la magistrada Rodríguez Duplá, el magistrado De Prada, y el magistrado comisionado González (ponente), actualmente recusado.

48 En comisión de servicio, acordada para sustituir al magistrado Hurtado Adrián, ponente en algunas causas del conocido como *caso Gürtel*. González estuvo antes, también en comisión, en el Juzgado Central n.º 3 y fue magistrado de enlace en París, por designación del ministerio de Justicia. También vocal del Consejo General del Poder Judicial a propuesta del Partido Popular. Actualmente se encuentra recusado en la causa del *caso de los papeles de Bárcenas y de la caja B del PP*, pues se le considera, de algún modo, estrechamente relacionado con este partido.

El interés (claramente negativo) de estas vicisitudes radica en la llamativa falta de rigor del modo de proceder en asuntos de singular relevancia, que hace patente que en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (con una presidencia de cuyo perfil ya se ha dicho), ante la que penden casos dotados de marcadísimas connotaciones políticas, pueda disponerse la formación personal de un tribunal (contando con un magistrado de tan singular *curriculum* y en la peculiar comisión asimismo aludida) de un modo tan tortuoso y falto de transparencia, en términos de acusado decisionismo, y en un marco de acentuada informalidad, que, inevitablemente, coloca todas las actuaciones bajo sospecha.

Pero la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no es el único tribunal en el que el principio de preconstitución legal del juez puede resultar comprometido. Esto es algo asimismo susceptible de predicarse del Tribunal Supremo. No cabe hacer aquí un estudio pormenorizado del asunto, algo innecesario, por otra parte, pues tan solo se trata de llamar la atención —ejemplificando mínimamente— sobre un estado de cosas en el que aquel no está eficazmente garantizado y señalar que esto resulta posible, desde luego, por la inhibición del Consejo, cuya actitud en la materia nada tiene que ver con la de su homólogo italiano, antes ilustrada; pero también por un estado de cultura (de la generalidad de los operadores implicados, incluidos los abogados) que favorece esa situación.

En la Sala Tercera del Supremo, es un ejemplo, las presidencias de las secciones se cubren, no por concurso (como, en cambio, sucede en la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional), sino por decisión (*pro forma*) de la Sala de Gobierno del órgano de casación, a propuesta del presidente de la Sala; legalmente habilitado, además, para presidir, cuando él lo decida, alguna de aquellas. Dándose la relevante particularidad de que los actos del Consejo General son impugnables, no ante el pleno de la Sala Tercera, sino ante un tribunal compuesto por su presidente y los de sección, designados según se ha dicho⁴⁹.

En la Sala Primera, es lo normal, su presidente distribuye las ponencias entre los magistrados, cierto que, por lo general, guiándose por un criterio de especialidad por razón de la materia; pero, al fin, en uso de una evidente discrecionalidad. Discrecionalidad *de facto*, de la que, asimismo, suele hacerse uso por parte de la presidencia en la atribución de las ponencias y formación de las salas de enjuiciamiento en la Sala Segunda.

En todo caso, pueden producirse sustituciones en la condición de ponente, ritualmente *justificadas* con una simple mención, de unas por demás imprecisas «necesidades del servicio».

Es cierto que todo esto en el marco de unas normas de reparto aprobadas por el Consejo General del Poder Judicial, pero que, como ha podido verse, son de una observancia relativa.

El *statu quo* que reflejan estas consideraciones —puramente indicativas, no importa insistir— ha gozado y en cierto modo goza de un consenso o aceptación general, al menos implícito. Aunque este comienza a experimentar explicables fracturas en el

49 Esto es fruto de la última —mucho más que cuestionable— reforma de la LOPJ y responde a la finalidad de sustraer a la fiscalización del pleno de la Sala Tercera los actos del Consejo, sometidos ahora a un tribunal cuyos componentes, cabe decir, habrían sido doblemente *filtrados*, en el contexto de una política de nombramientos de la que ya se ha dicho. Menos mal que, no obstante, el pleno de la Sala Tercera ha entendido que este nuevo régimen de atribuciones competenciales no elimina la posibilidad de avocación a él de ciertos casos al pleno, de darse las condiciones en las que esta, en general, puede producirse.

caso de las prácticas de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por razones más que comprensibles, a tenor de las incidencias producidas en la cuestionable política de nombramientos y en la formación de los tribunales a las que se ha hecho alusión, y por razón también de la fuerte impregnación política de un relevante número de asuntos, que afectan directamente al partido del gobierno. El más representado, por otra parte, en el Consejo, como efecto de la indeseable politización del procedimiento *parlamentario* de designación de sus integrantes.

Pues bien, todas estas circunstancias son, a su vez, razones que abonan poderosamente la necesidad y justifican del mismo modo la demanda de un giro esencial en la materia de que se trata, con objeto de dotar al principio de predeterminación legal del juez de unas garantías de efectividad que hoy no tiene, cuando menos, en espacios altamente significativos de nuestro universo jurisdiccional. Por lo demás, hoy se sabe bien que esta efectividad reclama un tratamiento normativo del régimen de competencias y, dentro de este, de la concreta distribución de pleitos y causas que no deje el menor *cabo suelto*: mediante la predisposición de la composición de los tribunales en todas las instancias, la rigurosa reglamentación del régimen de sustituciones, y el establecimiento de criterios dotados del mismo rigor para predeterminar la forma de uso de la discrecionalidad presidencial en aquellos casos en los que pudiera producirse alguna circunstancia emergente no prevista. En fin, en todos los supuestos, sería más que conveniente que el tratamiento de esta clase de eventualidades, e incluso la misma atribución regular de ponencias, estuviese dotada de un mínimo de justificación expresa por referencia a las normas y criterios de reparto.



Maurice Lachantre et Cie. Paris 1875

Sobre *El espíritu del garantismo.* *Montesquieu y el poder de castigar,* de Dario Ippolito

Javier HERNÁNDEZ GARCÍA

Hace algunos meses, Perfecto Andrés, publicaba en el número 89 de nuestra revista, un trabajo que se anunciaba, ya, como el prólogo al libro de Dario Ippolito, "*El Espíritu del Garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*", que el propio Andrés se había encargado de traducir. Prólogo que además de interesantes notas sobre el contexto filosófico e ideológico de la obra de Montesquieu y su relevancia e influencia cultural aportaba muchas, todas, las razones para esperar ilusionados la aparición del libro prologado. Que, por fin, y bajo el impulso, insustituible, de la editorial Trotta, acaba de publicarse.

Una obra que atrapa al lector desde la primera página y que produce una paradójica desilusión cuando se termina. Precisamente, por ello. Porque acaba. Ippolito nos brinda un apunte, una guía abreviada, que nos descubre el contexto en el que se produce el *big bang*, el arranque fundacional, de un nuevo paradigma de entendimiento de las relaciones entre los ciudadanos y el poder público. Una nueva filosofía moral basada en la reivindicación de los límites al poder como garantía primaria de la libertad. El texto de Ippolito nos sitúa en uno de esos momentos claves de la mano de uno de sus protagonistas más destacados, Montesquieu. Utilizando como punto de observación sus aportaciones críticas sobre el derecho penal y el poder de castigar en el *Ancien Régime*. Su concepción de la libertad civil y su preocupación sobre cómo garantizarla. La necesidad de los límites tanto en la selección de las conductas que deben ser castigadas como en los castigos que pueden ser infligidos. *Puissance de punir* que Montesquieu, además, desde y por su experiencia como magistrado del Parlement de Burdeos, conocía bien.

Dario Ippolito nos muestra, desde una profunda erudición, lo que hoy llamaríamos un sistema de pensamiento penal profundamente nuevo, primario y precursor. Y, por ello, excepcionalmente valioso. Porque, por un lado, se enfrenta a la oscuridad de un poder que, todavía en 1748, año de la publicación del *Ésprit des lois*, es absoluto –el del soberano– y arbitrario –el ejercido por los jueces–. Y, por otro, se convierte en fuente de decisiva influencia para la propia ilustración penal francesa –Voltaire, Letrosne, Servant– y, desde luego, para Cesare Beccaria, el gran hacedor. Quien aporta el profundo compromiso axiológico, sin concesiones, al pensamiento penal de la Ilustración. El *iluminismo radical*, como lo califica Renato Pasta¹, de Beccaria reconstruye el pensamiento penal de Montesquieu –a quien le reconoce su impronta, refiriéndose a él como el *grande Mon-*

1 Pasta, Renato, "*Attualità di un moralista: Cesare Beccaria el il Diritto Penale*", en *La buona Giustizia, in margine a Del Delitti e delle pene de Cesare Beccaria*, Edizione Feeria, Prato, 2016, página 45.

tesquieu, el *inmortal presidente*— depurándolo de la influencia cartesiana, de los sesgos utilitaristas y retribucionistas que cabe identificar en el mismo. Ippolito da buena cuenta de ese fascinante circuito de influencia y transformación, ese diálogo, diacrónico, entre Montesquieu y Beccaria.

Con un lenguaje rico, literariamente valioso, por momentos poético, Ippolito nos disecciona los fundamentos sobre los que Montesquieu formula la transformación, todavía inacabada, del poder de castigar.

La reivindicación del *principio de homogeneidad*, entendido como correlación entre el castigo y la naturaleza de la infracción o de la conducta criminal. Una idea de la *retribución por naturaleza* con explícitas referencias a la categoría del *talión* que, obviamente, puede resultar a día de hoy sorprendente, pero, como explica Ippolito, en el contexto normativo de la época debe entenderse como una verdadera garantía contra los abusos, la arbitrariedad y la crueldad.

La lucha por la secularización, por la laicidad del sistema penal. Por excluir de la intervención penal el castigo de la disidencia, la simple defensa de la ortodoxia confesional². Para Montesquieu, aquella solo puede extenderse a las acciones que perturban *el ejercicio de la religión por el hecho de que estas conductas ofenden al mismo tiempo la tranquilidad o seguridad de los ciudadanos*. En este punto, Ippolito nos ofrece también las claves fundamentales para entender por qué Montesquieu se muestra en ocasiones contenido, introduciendo salvaguardas, matizaciones o fórmulas ambiguas que han podido sugerir para algunos autores complacencias con el castigo de la herejía. Como precisa, Ippolito, *la clave moral de la militancia de los ilustrados está en el coraje, no en la temeridad*. Era comprensible, por tanto, que Montesquieu se pretendiera proteger del riesgo, no desdeñable, de ser acusado de hereje.³

La crítica de las penas no personales a propósito de las consecuencias confiscatorias sobre los familiares del suicida; la reivindicación de los principios de certeza —al hilo de sus comentarios sobre la regulación imprecisa y vaga de los delitos de *lesa majestad*— y de lesividad denunciando *las prohibiciones desorbitantes*; la denuncia de la *ferocidad punitiva*⁴ a partir, además, de una metodológica de observación de la realidad “política

2 No puede prescindirse de un dato que ofrece perspectiva contextual. Las *Ordonnances* vigentes al tiempo en que Montesquieu formula su crítica castigaban la blasfemia, los sacrilegios, la superstición, la impiedad, la profanación, la herejía, la magia, los sortilegios, la simonía, la inobservancia de las fiestas, de los domingos o la alteración de los servicios divinos. Con penas, entre otras, de muerte, en el caso de los sacrilegios y la profanación; de aplicación de hierro incandescente en los labios, en el supuesto de blasfemos reincidentes; de quema de la lengua, cuando la blasfemia se reitera en ocho ocasiones; o, en caso de *blasfemias enormes que correspondan al género de la infidelidad, con grandes penas, al arbitrio de los jueces, según su enormidad* [Declaración de 30 de julio de 1666] —vid. *Code Penal ou Recueil des Principales Ordonnances, Edits et Declarations sur les Crimes et Délits, avec un essai sur l'esprit & les motifs de la Procédure Criminelle*, Troisième Edition, Chez Saillant & Desaints, Paris MDCCLXV.

3 Resulta interesante recordar que con motivo de la publicación del *Esprit des Lois*, Montesquieu fue acusado desde sectores de la Iglesia de spinozista y deísta lo que le causó una particular intranquilidad que se refleja en su *Défense de l'Esprit des Lois*, que apareció en 1750. En una carta de 8 de octubre de 1750, dirigida a monseñor Fitz-James, Montesquieu, insiste en que *“todo el mundo en Inglaterra está de acuerdo en que nadie ha combatido a Hobbes y a Spinoza más ni mejor que yo”* en Iglesias, Carmen, *El pensamiento de Montesquieu*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2005, páginas 137 y ss.

4 Los tipos de penas al uso eran, entre otras, el *carcan* —argolla de hierro que se ponía al cuello del condenado para exhibirle atado a un poste—; *fouet* —golpes de látigo con una marca con hierro incandescente; colgar al condenado por los brazos; la pena de galeras, a término o a perpetuidad; la pena de muerte distinguiéndose en atención al crimen cometido, grave o atroz, el modo de ejecución —horca, decapitación, desmembración y ser expuesto en la rueda aunque cabía que el condenado fuera estrangulado antes para evitarle el sufrimiento, quemado vivo en la hoguera—. Además, se reconocía una suerte de facultad judicial de imposición de penas indeterminadas bajo imprecisos criterios

El término persona: un significado multidisciplinar. Incapacidad, demencia, eutanasia y aborto

Daniel M. CAMPAGNE

I. Introducción

¿Qué rasgos, características o capacidades debe poseer un ente para ser persona, y quién o quienes lo determinan?

El término viene del latín *persona* que designa a la máscara con que se interpreta un papel concreto en una obra teatral, o sea, un personaje, un rol, según Cicerón¹. Jurídicamente designa al sujeto de derechos y obligaciones establecidas en una sociedad o comunidad humana reglada. En Filosofía su significado es más fluido y sometido a un debate que reflejaremos más adelante. En ciencias como la Medicina o la Biología sus significados son menos claros aún, tanto su misma naturaleza como sus límites. En un proceso cada vez más extendido a diferentes ámbitos, el término ha trascendido su significado originario de rol que asume un humano para su funcionamiento socio-jurídico. Lo que antes servía de *conteniente* para esta presencia del ser, ahora se ha vuelto *contenido* con que determinar ese valor íntegro de un ser, hasta dotarle de unas exigencias concretas para así decidir si un ser (humano o no) es considerado ser. En otras palabras: si existe o no existe como tal. Sin embargo, en la actualidad el contenido del término es

1 “Debemos darnos cuenta que en realidad estamos dotados por la Naturaleza con dos caracteres (roles, personae): uno de ellos es universal, surge del hecho de que estamos todos dotados de razón y con esa superioridad que nos eleva por encima del bruto. De ello se deriva toda moralidad y propiedad, y de ello depende el método racional de comprobar nuestro deber. El otro carácter (rol, persona) es aquello que se asigna en particular a los individuos (Marcus Tullius Cicerón (107-43 a.C). “*De Officiis*”. Libro 1, capítulo 30). Sin embargo, Cicerón especifica que tenemos cuatro roles o personae (como descripciones moralmente relevantes). Son

- El universal (que participa en la inteligencia y superioridad con que nosotros (humanos) superan a otros animales (1.107), o sea, la facultad de la razón;
- El individual (las tendencias naturales y talentos conferido al individuo (1.107), incluyendo el auto-conocimiento;
- El accidental o situacional (lo que las circunstancias le echen al individuo (115);
- Y el elegido, por decisión propia.

También debemos intentar armonizar nuestra naturaleza universal, la individual, los eventos que la suerte (o, como dirían los Estoicos: el Destino) reparte, con el entorno de trabajo que elegimos.”

diferente según la disciplina o la sociedad que lo interprete o aplique, aunque en el último decenio se observa una tendencia hacia una unificación multidisciplinar de criterios acerca del ser persona.

Este trabajo intenta aclarar conceptos con que aportar fundamentos para este acercamiento interdisciplinar. La cuestión no sólo puede tratarse desde el conocimiento positivo, es decir, desde las normas, reglas y valoraciones habituales establecidas en cada disciplina. Antes viene la cuestión de quién estaría autorizado a opinar sobre la validez de ellas y sobre su aplicabilidad en el mundo presente y futuro. La Bioética es una disciplina que se considera autorizada para establecer las características con que distinguir una persona de lo que no lo es. “No hay nada más característico de la Bioética que su preocupación con identificar los rasgos, características o capacidades que algo debe poseer y así tener un “estatus moral”, o para tener una vida “con valor” (Harris, 1985). Pero voces críticas afirman que desde la Filosofía no se puede construir teorías sobre la moralidad porque no parte de una base científicamente verificable, sino de supuestos basados en convencimientos personales.

Anne Maclean defendió que el filósofo (o la Metafísica) necesita conocimientos médicos suficientes para construir cualquier teoría o valoración de la moralidad de decisiones en el ámbito médico (Maclean, 1993). Siguiendo esta línea, para construir una teoría moral en el tema tan claramente multidisciplinar de nuestro trabajo, se necesitaría –además de la filosofía– conocimientos médicos, jurídicos, psicológicos, y sociológicos, entre otros.

Por ende, la pregunta que formulamos al comienzo tiene respuesta formal en la legislación, pero no tiene la misma en otras disciplinas y en la sociedad misma.

II. La persona ¿Qué precondiciones debe cumplir o es sólo reconocimiento?

¿Quién es persona? ¿Y si lo es, desde cuando y hasta cuando? Y si lo es ¿Lo es al cien por cien, o puede que haya personas a un “menos por ciento”?

Las preguntas aquí formuladas reconocen, implícitamente, la inadecuación de la valoración estrictamente legal.

El estatus de *persona* o *ser* y su reconocimiento, tanto por parte del entorno como por el individuo mismo, es de importancia primordial para todo ser que aspira gozar de los derechos y privilegios que esta condición conlleva. Como indicamos antes, el concepto que aquí tratamos ya no se limita a “los humanos nacidos y capacitados con razón”. La diversificación notable de conceptos, circunstancias y conclusiones que marca el debate obliga a ampliar estos conceptos más allá de los habituales. El debate sobre cuándo se la considera persona a una entidad² y cuándo deja de ser considerada como tal es necesariamente interdisciplinar, con participación social y más allá del mundo académico, con el fin de consensuar los alcances conceptuales, aunque todos los límites que el debate pueda establecer y que se hayan establecido obviamente serán sólo características o criterios, resultado de ciertas condiciones que varían tanto en el tiempo como en las correspondencias. Por ejemplo, podemos considerar un embrión humano “persona” en cuanto

2 Utilizo términos lo más neutros posible con que abarcar el grupo más amplio de sujetos.

a ciertas condiciones médicas, jurídicas, sociales, filosóficas o religiosas, pero a la vez reconocer que no será considerado persona en otras condiciones del mismo tipo, pero en otras circunstancias. Podemos considerar a nuestro hermano en coma irreversible persona, aunque según términos médicos, jurídicos o sociales no lo sea, o sólo parcialmente.

El jurista romano, filósofo, político, y mártir de la fe Anicio Boecio (480-524), definió la persona humana como la “sustancia individual de naturaleza racional” (persona est rationalis naturae individua substantia) (Liber de persona et duabus naturis, Patrologia Latina 64, 1343, en K. Wotjyla, 2011), concepto aceptado y adoptado en el siglo XIII por Tomás de Aquino. A su vez, Immanuel Kant (1724-1804) amplía este concepto, antes limitado por las condiciones “sustancia” y “racional”, y concibe el sentido filosófico ilustrado del término “persona”. Kant (2003) considera la persona humana como un agente no sólo racional sino también moral. Dice que esta capacidad moral proviene de la autonomía, que es el fundamento de la dignidad, valor que tiene toda persona por el solo hecho de ser persona. En consecuencia, defiende que toda persona tiene un valor absoluto, un valor esencial, por lo cual merece reconocimiento y respeto. Aunque aceptemos esta hipótesis, el reconocimiento resultante no precluye ni soluciona las preguntas formuladas al comienzo de este capítulo, por la inherente cuestión de la autonomía presupuesta.

Es preciso subrayar que los términos “ser humano” y “persona” no se refieren al mismo conjunto, por cuanto y según los autores que citaremos, puede haber personas no humanas, o seres humanos que no son considerados personas. Aquí no es de mucha utilidad la definición mínimamente explicativa por parte de la legislación española³. Que, además, existe entre los dos términos un universo de gradaciones, desde no-persona a poca o casi-persona y a persona completa en todos los ámbitos. Esta esencia fluida del concepto “persona” sigue provocando debate en el que, por ejemplo, se cuestiona si son personas los adultos dormidos, las personas con enfermedades mentales, los fetos humanos, los recién nacidos y los humanos en coma o en estado vegetativo permanente, o con demencia grave, con el argumento de que no tienen conciencia de sí mismos y de su existencia en el tiempo, ni son capaces de obrar con racionalidad y sentido moral (ver las condiciones habituales teóricas a la condición de persona en adelante).

Desde las referidas disciplinas, incluyendo leyes y derechos específicos con base histórica en el Derecho Canónico⁴, algunas teorías admiten que estos grupos pueden considerarse “personas en potencia”, por ende, individuos humanos que en algún momento podrán o deberán llegar a ser considerados personas, a condición de que muestren –o se les perdonen la falta de– las capacidades exigidas. Sin embargo, el debate corre el riesgo de perderse en las tinieblas de las cada vez más numerosas excepciones que se proponen a la regla kantiana anterior. Esto no es necesariamente malo porque, académicamente, las excepciones son instrumentos con que definir contenidos y llegar a consensos. Ya de-

3 Ley 20/2011 del Registro Civil, de 21 de julio, que reforma el artículo 30 de dicho Código. El anterior y derogado artículo 30 del Código Civil decía lo siguiente: “Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”. Sin embargo, la redacción del vigente artículo 30 del Código Civil, en virtud de la Disposición Final 3ª de la citada Ley del Registro Civil de 2011, es la que sigue: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. Desaparecen criterios importantes, como tener figura humana o cierta continuidad en el anhelo vital.

4 El derecho canónico se centra en la persona jurídica, limitación similar a la del derecho civil actual. Ver: http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_INDEX.HTM. También: Otaduy, J. Quién es persona en el derecho canónico. *Fidelium lura* 11, 2001.

cíamos que, habiendo autores utilitaristas que defienden lo contrario, consideramos que la esencia del concepto de ser persona es fluida y adaptativa, por lo cual las excepciones reconocidas nos ayudan en acordar baremos y límites.⁵ Un adulto dormido será persona cuando se despierte, pero mientras siga dormido ¿sigue siendo persona en todos los sentidos? ¿Cambia la respuesta si no está dormido pero inconsciente? ¿Y si está en coma? ¿Y si está en coma inducido con su consentimiento para superar una complicación médica? ¿Y si el coma inducido es preludeo irreversible de la “muerte dulce”, la eutanasia compasiva? ¿Cuándo exactamente deja o ha dejado de ser persona? Por otro lado, los embriones, fetos y recién nacidos son futuras personas. Pero, en sus diferentes estadios de desarrollo ¿son personas o no lo son? ¿Y cuándo exactamente llegan a serlo?

Son circunstancias que deben generar baremos necesariamente flexibles y fluidos, según el caso y según el/los criterio(s) de evaluación. Aún siendo flexibles, son precisos para poder evaluar una base sociojurídica y llegar a una baremación de consenso. Dworkin ya defendía que el aborto, la eutanasia y las libertades individuales deben considerarse en su conjunto: “Una vez que la confusión (sobre el debate del aborto) esté identificado, veremos que está al alcance un acuerdo legal responsable de la controversia, uno que no insulte o degrade grupo alguno, uno que todos podemos aceptar sin merma de nuestra dignidad.” (Dworkin, 1994, p. 10)

Las diferencias entre los conceptos “ser humano” y “persona” pueden añadir aún más elementos a la extendida mezcla de “requisitos de acceso” al candidato a ser persona según su condición jurídica, física, ética, médica o social, así como sus supuestos derechos y deberes en un determinado entorno. En épocas pasadas, para tener derechos y deberes la persona tenía que cumplir estrictamente con los requisitos formalmente establecidos, pero desde la Ilustración se ha ido cuestionando cuán estricto puede y debe ser cada requisito para ser persona, imponiéndose lo que se llama un utilitarismo impuro (Maclean, 1993). Veremos algunas de las razones que apoyan nuestra hipótesis de que *la definición de “persona” es relativa a cada sociedad, y aún no hay una definición que pueda pretender alcances universales.*

Se ha propuesto que separemos en dos campos los criterios con que determinar lo que constituye una persona. El primero se ocuparía de la naturaleza y los fundamentos de una persona o ser, en relación con la supervivencia e inmortalidad, la anticipación racional, y la preocupación por sí mismo. El otro campo sería el conjunto de criterios en cuanto a la relación con los demás, donde la identidad personal se muestra relevante para la responsabilidad moral, la compensación, las relaciones morales interpersonales, el testamento vital, el aborto y la investigación con embriones, la ética de población, y tratamientos terapéuticos para los trastornos de personalidad disociativa, entre otros (Shoemaker 2005/2012). Desde la Bioética se ha argumentado que, para evaluar si una persona es persona o aun/ya no, el hecho de que solemos aceptar legal y socialmente la opinión médica carece de justificación científica. Dice Maclean: “Los médicos no son

5 John Stuart Mill (1861), siguiendo a Bentham, defiende el principio de utilidad así: “El credo que acepta la utilidad como la fundación de la moralidad, el Principio de la Felicidad Mayor, contiene que las acciones son correctas en proporción a cómo promueven la felicidad, y malas si tienden a producir una pérdida de felicidad. La felicidad incluye placer, y la ausencia de dolor; la infelicidad dolor y la privación de placer.” La Bioética en mayor medida es de un utilitarismo impuro, que admite estándares de conducta independientes de la utilidad. Más prominentes entre estos estándares son la autonomía (que Mill llama individualidad) y la igualdad.

especialmente competentes para tomar decisiones éticas. No reciben una formación que les prepara para tal rol. No están formados en filosofía moral y no tienen habilidad especial en analítica ética” (Maclean, 1994, p.193).

Según esta y otras propuestas diversificadoras, una comunidad humana puede considerar que sea “persona” (y tratar moral y jurídicamente como tal) un ser humano que no cumple los requisitos establecidos estrictos de persona, como sería el caso de las personas con enfermedades mentales, los fetos humanos, los recién nacidos y los humanos en coma o en estado vegetativo permanente. Se suele admitir que ellos pueden tener derechos, aunque no obligaciones. Son “personas en sentido social” que, por el mero hecho de considerar que pertenecen a la especie humana, se les concede la misma dignidad y derechos que al resto de personas. Desde el Derecho romano existe esta categoría de personas “potenciales”, concepto que Aristóteles ya utiliza, aunque especialmente de forma teleológica. En los últimos tiempos, esta categoría de aspirante o candidato a persona se ha extendido a naciones (García Morente, 1942) y animales (Nussbaum, 2004), pero es bueno recordar que, hasta la modernidad, menores, mujeres, y esclavos eran considerados sólo cuasi-personas que, en Derecho, no se consideraron agentes morales ni moralmente responsables de sus actos, ni imputables en Derecho.

El aún actual vitalismo nietzscheano, que defiende la vida como dignidad humana, tiene que redefinir las que se considerarían “personas potenciales” o “cuasi-personas”, ya que las capacidades identificatorias de persona se encuentran también en determinados primates u otros mamíferos. Hay cada vez más voces que defienden que estaría moralmente justificado o incluso exigido otorgarles algunos derechos humanos. Gorilas, chimpancés, delfines y otros animales, cuando se socializan entre humanos, alcanzan las capacidades de niños normales de tres o cuatro años de edad (DeGrazia, 1997). Dice Rachels: “Son las características individuales y no la pertenencia a una especie que hace que los seres sean moralmente especiales” (Rachels, 1986).

Como veremos más adelante, precisamente en la socialización o interacción, se fundamenta una corriente importante de la filosofía actual que considera que ser persona es un producto de las relaciones con otros (Smebye y Kirkevold, 2013). Sin embargo, mayoritariamente aun se defiende que la condición de ser persona presupone ser humano, aunque ya hay decisiones judiciales –por ejemplo, estadounidenses– que parecen ir en vía de reconocer algunos derechos “humanos” a ciertos mamíferos⁶, algo que ya preocupaba a Locke (Locke, *Of Identity and Diversity*, 1689, par.5)

Por ende, desde varias disciplinas y desde la antigüedad se plantean propuestas que pretenden distinguir una persona de lo que no es sobre la base de ciertas características o condiciones. Dada la diversidad de puntos de partida, objetivos y campos de aplicación, se ha producido una plétora de conceptos o definiciones de persona: *legales* (que se centran en la presencia, la competencia o la representación), *sociales* (orientados a la comunicación, las responsabilidades y obligaciones de la Administración o del Estado y el respeto al entorno), *emocionales* (consideran relaciones de familia, proximidad, estima o motivos etéreos), *médicos* (determinan el nacimiento, fallecimiento, o la capacidad

6 En julio 2015 un tribunal neoyorquino falló que dos chimpancés no se consideran personas legales en cuanto al derecho de *habeas corpus*. Sin embargo, en un primer fallo de abril 2015 consideró que podrían serlo. <http://news.sciencemag.org/plants-animals/2015/07/judge-rules-research-chimps-are-not-legal-persons> . Hay causas judiciales parecidas abiertas en varios países latinoamericanos.

objetiva), y *filosóficos* (forman la base de teorías metafísicas u orientaciones místico-religiosas)⁷. De todos ellos resultan diferentes significados e implicaciones del término persona, que se solapan solo parcialmente. Entre los más relevantes están la cualidad inherente o transcendental, las capacidades propias del ser humano, la interacción interpersonal, y la pertenencia por tener un cuerpo humano. En los estudios empíricos habidos han aflorado, además, otras creencias acerca de cómo debe percibirse el término persona. Esta pluralidad de significados nos enseña –y esta es nuestra segunda hipótesis– *que la cuantificación o concretización del concepto persona tiene un componente instintivo y emocional importante y, por ende, su raíz no depende de hechos concretos y universales sino de acuerdos sociales.*

Lo que también aducimos es que el concepto persona es en parte transdisciplinar (aspectos universales) y en parte disciplinar (aspectos característicos de una disciplina). En las distinciones disciplinares juegan un rol importante las distintas valoraciones de carácter emocional, tradicional-social, moral o pendientes de consideración social. Para aclarar conceptos resumimos a continuación aquellos que gozan de un consenso más amplio dentro de su propia disciplina, para luego extrapolar las que consideramos universales, en la conclusión.

De todos modos, se reconoce que la determinación de quién y cuándo se es persona es resultado de un proceso tanto disciplinar y legal, pero también social y, por ende, puede ser diferente según la sociedad y la cultura.

III. La persona y la enfermedad de Alzheimer o la pérdida de capacidad ineludible

En Medicina, Psicología y también en Derecho, la demencia es una de las situaciones donde el “ser persona” de un humano puede verse cuestionado. En el transcurso de ella, en todas sus fases, se generan datos científicos y socio-filosóficos que aportan elementos concretos a un necesario debate social amplio en cuanto a los límites de la condición de “persona”. La Enfermedad de Alzheimer (EA) es la causa de un 65% de la demencia en la población y, según el World Alzheimer Report (2015) está en vía de convertirse en una epidemia tanto en países ricos como pobres. Se caracteriza por un paulatino desarrollo físico y cognitivo negativo, marcado por fases diferenciables, tanto neurológicas como psicológicas y físicas. Respecto de la cuestión de si pueden establecerse baremos respecto al cuando el ser es considerado persona, o bien si esta “cualidad” debe considerarse una condición dicotómica “sí/no”, la EA nos enseña que juegan un rol los factores tanto del “poseedor” de la calidad de persona, como del “observador” o juzgador de ella.

Podríamos describir someramente las hipótesis actuales sobre el desarrollo de la EA de este modo: el cerebro de la persona con la enfermedad de Alzheimer empieza a cambiar desde ser un órgano interconectado e intercomunicado hasta descomponerse en partes que gradualmente acumulan problemas de comunicación tanto con el interior, es decir, las otras partes del cerebro, como con el exterior, es decir, con el cuerpo y con el entorno, hasta llegar el cerebro a ser comunicativamente impotente⁸.

7 Resúmenes aplicados al Alzheimer en <http://www.alzheimer-europe.org/Ethics/Definitions-and-approaches/Other-ethical-principles/Personhood>, <http://www.alz.org/espanol/overview-espanol.asp>

8 Para una descripción del proceso β A véase Marr y Masliah (2015). Para una descripción de la extensión de la

La EA puede causar el aislamiento, la invalidez y la muerte de conjuntos neuronales. La capacidad de razón, planificación y memoria decrecen. A su vez, inhibe la capacidad de formar memorias nuevas y, por ende, afecta a la auto-conciencia de la persona de que ella existe en el tiempo. A medida que la enfermedad progresa, afecta también a otras partes del cerebro, entre ellas las del habla y la conciencia espacial. En general, la reducción de volumen cerebral se correlaciona con los síntomas de demencia⁹ en la memoria, la atención y el lenguaje, entre otros. Sin embargo, estudios recientes no encontraron correlación entre el volumen amigdalario y el comportamiento¹⁰. Un dato relacionado y sorprendente es que las emociones no suelen verse afectadas hasta que la demencia avance mucho más. Estos últimos dos datos pueden indicar que, a nivel individual, la auto-conciencia de que uno es persona se mantiene, aunque ya se registre un deterioro (importante) de las capacidades, de la razón, de la comunicación y de todas las demás “condiciones” exigidas por las teorías habituales con que determinar cuándo uno es persona.

La disminución de la funcionalidad neuronal, con sus efectos físicos y psíquicos, conlleva que la persona afectada pierda (parte de la) calidad de *persona*, hasta el punto donde sólo queda lo que se puede llamar una “persona por consenso social”, sobre la base de una diversidad de razones tales como la compasión o el respeto, pero también –conviene tenerlo presente– por la falta de alternativas de calificación formalizadas y por una norma legal actual simplista y formal.

Comentamos estos aspectos para manifestar de forma particular la relevancia de los baremos existentes en la demencia pero también en la discapacidad mental, para cuándo consideramos a una persona “menos completa”, por ende, revelan que se valoran las personas en un continuo entre 0 y 100, entre nada y todo. A continuación, iremos incluyendo la demencia en los diversos estados y estadios de un individuo según como afecten a su calidad de persona, aquella condición hasta ahora poco definida, pero reflejo de ciertos contenidos, capacidades, derechos y obligaciones tanto explícitas como implícitas.

Los aparentes límites a la existencia de la persona, subrayados por la demencia, hacen deducir que, si la consciencia activa se para o desaparece, la persona deja de existir¹¹.

IV. La búsqueda de un significado multidisciplinar.

Ser persona, los criterios para ello según teorías y principios (bio)éticos relacionados

Por lo dicho anteriormente, debemos diferenciar dos procesos que definen a la *persona*, más allá de su mero contenido legal:

Por un lado están el desarrollo y el momento en que se conceda o se retire la condición de ser persona (*personhood* en inglés), por ende, los momentos de comienzo y fin

inhibición de la comunicación neural a cuenta de los polímeros/oligómeros en el hipocampo véase Walsh et al. (2002). El hecho de que la sinaptotoxicidad de la BA resulta en impedimento cognitivo se ha demostrado clínicamente en estudios desde los años 2000, véase Sepúlveda et al, 2014. Este último estudio indica que la acumulación de BA invalida la señalización neuronal y la restringe hasta imposibilitar la capacidad de neuronas vecinas a comunicarse. Para una descripción reciente del proceso, véase Ben Haim et al. (2015, p.278).

⁹ Medidos por la MMSE (Mini Mental State Examination)

¹⁰ Medido con el NPI (Neuropsychiatric Inventory) (Horinek et al., 2006).

¹¹ Como consecuencia de la desaparición de la cosa-en-sí, Ver: Shore, 2002.

de este reconocimiento social. Se vincula con la forma en que las personas se entiendan y se relacionen. También, dónde la sociedad sitúe a un individuo en tanto estos límites, que determinarán si el/ella será considerado persona o no-persona. En general, se defiende que este reconocimiento requiere ciertas capacidades o características, aunque hay normas según las cuales ser persona equivale grosso modo a ser humano vivo o, más escueto, cuando existan presencia y características de un cuerpo físico vivo.

Por el otro lado está la cuestión de cuándo uno mismo se considere persona, es decir, que sea consciente de su entidad y su presencia en el mundo y el tiempo. Aquí también la comunicación juega un rol importante, pero es una comunicación interior, de una persona consigo misma. Arriba indicamos que los estudios de la demencia indican que en buena parte de esta condición puede que permanezca esta comunicación interior, aunque la comunicación con el exterior esté impedida.

Para situarnos en los conceptos teóricos que se manejan en la actualidad, resumimos algunos de ellos a continuación. Para una revisión más extensa ver Shoemaker (2014).

A. El concepto de la persona inherente o trascendental. El problema de la continuidad psicológica

A pesar del desarrollo habido en la ética y las disciplinas relacionadas, sigue habiendo defensores de la definición de Boecio con que comenzamos. Ellos consideran que son persona todos los humanos vivos y, como tal, únicos en el sentido de que cada persona tiene un mismo estatus ético y por ello debe recibir el mismo respeto. Dworkin refiere a esta parte inherente intrínseca como a la parte "sagrada", y refleja así la dualidad entre Metafísica y Religión, presente en los EE.UU. en cuanto a conceptos como "vida" o "persona" (Dworkin, 1994, p.12). Otra fuente del ser persona sería, según determinadas creencias espirituales, la presencia de una supuesta esencia interior única de la gente, esencia que se considera que continúa más allá de la vida humana, por ejemplo, a través de la reencarnación o en otro universo. Aún muy presente es la creencia en un tipo de alma inmaterial que "sigue existiendo de forma intacta debajo de todas las pérdidas neurológicas de la demencia" (Post, 2013; Smebye y Kirkevold, 2013). Este convencimiento puede que aporte consuelo a los cuidadores y contribuya a mantener cierta interacción con la persona enferma.

Estas fuentes "absolutas" del ser persona se suelen aplicar también a los seres concebidos, pero no nacidos, lo cual lleva al rechazo del aborto por equiparlo al asesinato. Desde hace muchos siglos y en búsqueda de una teoría sobre una fuente absoluta, pensadores han defendido la idea de que la persona es inalterable y presente, por muy escondida que parezca. Se conoce como continuidad psicológica. John Locke, en el siglo XVII, propuso el famoso caso que nos plantea qué pensaríamos si un príncipe un día se despertara en el cuerpo de un zapatero, y el zapatero en el cuerpo de un príncipe (Locke, 2009). Aunque los compañeros del zapatero le reconocieran como el que parece ser, él tendría la memoria del príncipe. Entonces, si, antes de este cambio, el príncipe cometió un crimen ¿quién debería ser castigado? ¿Debe ser el hombre en el palacio, con la memoria del zapatero, o debe ser el hombre en el taller, quien recuerda ser el príncipe, y tiene la memoria de haber cometido el crimen? Según Locke, el hombre en el taller

debe ser castigado por el crimen del príncipe porque, aunque no es su cuerpo original, esta persona es el príncipe en cuanto conserve sus recuerdos. Por tanto, Locke defendió que la persona continúa siendo la misma sólo si conserva su continuidad psicológica. Sin embargo, reconoce lo difícil que le resulta explicar la continuidad desde el embrión hasta una persona adulta. No sólo porque aún no se disponía de conocimientos biológicos suficientes, sino también porque se dio cuenta de que el cuerpo, "la sustancia", no podía ser el único determinante "(...). *"Person", "human being" and "substance" are three words expressing three different concepts*" (Locke, par.7) (Persona, ser humano y sustancia son tres palabras que expresan tres conceptos diferentes).

Hoy día, a pesar del aumento de los conocimientos biológicos, psicológicos y filosóficos, las diferencias de opinión siguen produciendo una problemática falta de consenso.

En las personas potenciales o *cuasi-personas* puede resultar complicado establecer la presencia o ausencia de una continuidad psicológica, aunque supuestamente conserven su alma. En los no-nacidos y especialmente en los primeros meses, una existencia psicológica es difícil de defender con argumentos biológicos, por lo cual se tendría que recurrir a conceptos metafísicos o religiosos. En las personas con demencia llega a suponerse una continuidad psicológica, aunque, según el avance de la condición, ya no se fundamenta en la realidad observable. Además, creer que existe una "persona inherente en las personas", no necesariamente asegura que se las trate a todas con igual humanidad e igual respeto. Algunos autores consideran que la esencia o el alma de una persona pueden perderse o resultar ya imposible de alcanzar (que, por cierto, no es la misma cosa). Podemos escuchar ejemplos de parte de cuidadores de pacientes con EA, dando consejos a los familiares tales como: "Tienes que recordar que el cuerpo no es la persona. La persona se fue" y "No tiene sentido preguntarle a ella... Ella no está aquí." Y también lo contrario "Aunque no te reconozca, ella sabe que estás aquí"¹².

Entre los que tengan creencias espirituales puede haber diferencias notables en la valoración de un enfermo de EA, según la intensidad de sus creencias. El asunto principal no es, sin embargo, determinar si una religión es convincente al explicar si las personas realmente tienen una esencia innata y única o alma, pero más bien es entender cómo interactúan las definiciones del concepto persona que tenga uno, con sus creencias espirituales o religiosas. Es probable que para algunos sea más cómodo creer que un humano no nacido no es persona. Es probable que para algunos sea más cómodo creer que la persona demente "ya no está aquí". La realidad clínica en este caso es que el nivel de auto-consciencia y de comunicación con el entorno del paciente con EA no son constantes, ni disminuyen de forma paulatina. Hay altibajos considerables y recuperaciones parciales temporales que pueden aumentar el sufrimiento del enfermo –así como de sus cuidadores– y hacer más difícil la respuesta a nuestra pregunta acerca de cuándo el ser persona comienza y termina.

La persona inherente presupone la existencia de una entidad que, de alguna forma, conformará con los criterios generales de *persona* según la observación en un momento dado. Para ello, se necesita comprobar si exista una continuidad psicológica y, si no se puede, reconocer que quede desautorizado el supuesto de *persona inherente* como criterio válido único.

12 <https://www.agingcare.com/Articles/alzheimers-parent-does-not-recognize-family-144197.htm>

B. El concepto de la persona, basado en la capacidad¹³

Dennis Cooley (2007) o Stephen Palmquist (2010) siguen a Descartes y Kant en cuanto argumentan que, para cualificarse como persona es preciso cumplir ciertos requisitos relacionados con la autonomía, en primer lugar, poseer la razón: la habilidad de pensar, razonar y comunicar de forma lógica. Locke había dejado muy claro las condiciones para poder considerarse persona¹⁴. Warren, con ciertos cambios (1973), definió seis criterios de capacidad para poder ser considerada persona: ser consciente, la razón, actividad auto-motivada, capacidad de comunicación, presencia de auto-concepto y autoconciencia. Otros consideran determinante la capacidad de percibirse a si mismo como existiendo en el tiempo (Buchanan, 1988; Kuhse, 1999; Parfit, 1984). Sin embargo, los niños y las personas con discapacidades puede que no lleguen a cumplir varios de los requisitos. Muchas personas con demencia aparentemente padecen problemas para pensar y razonar de forma lógica, además de tener problemas para comunicar con otros, así que no alcanzarían tampoco los citados "criterios de admisión" para ser consideradas "persona", aunque legalmente lo sean. Brock (1993) y también Kuhse (1999), criticados por Bayertz (1996) argumentan que las personas con demencia severa, aun siendo miembros de la especie humana, no tienen una capacidad de comportamiento integrado y dirigido a un objetivo y que, por la pérdida de memoria, no pueden establecer lazos precisos en el tiempo para tener una sensación de identidad personal, aunque diferente de la mínima continuidad psicológica porque puede que aún sientan que son "ellos" mismos, de alguna forma. Entonces, concluyen estos autores, son no-personas, o sea, no tienen la condición de persona y, por ende, no tendrían derechos personales.

Hay opiniones menos categóricas que consideran que una persona con demencia severa sigue siendo persona, aunque ya no completa o no la que fue, siempre que siga viva (Brockmeier, 2014). Según Parfit (1984), los individuos pueden tener un yo/persona corriente además de uno o varios yos del pasado, que se unen por diferentes niveles de continuidad psicológica, y que puede llegar un tiempo en que la discontinuidad psicológica entre ellos llegue a ser tal que la persona debería considerarse diferente de la que fue. También considera que puede haber memoria, pero no persona, por carecer de otros requisitos esenciales. Distingue entre el "yo interior" y el "yo exterior", donde el yo-interior es la persona, la parte consciente, pensante, con control, y que piensa directamente, mientras el yo-exterior sería el bruto que piensa de forma indirecta, aunque a través del yo-interior. La teoría de Parfit, aunque respetada, no fundamenta su truco de magia en cuanto a que desaparezca una persona/yo y a la vez aparezca otra. Para ello, necesitaría aclararse de donde nace una y otra, o si la supuesta multiplicidad de yos implica múltiples personas desde el principio. Ver Assagioli, en adelante, que fundamenta una confluencia de *personae* en todo ser humano pensante.

Hay teorías que alegan que pueda llegar el momento en que una persona ya no tiene continuidad perceptible alguna ni consigo mismo ni con las personas en general y que

13 En inglés tanto *capacity* (capacidad) como *competence* (aptitud o habilidad).

14 Par. 9. "Personal identity. A Person, I propose is (1) sentient or conscious, i.e. a subject of experience; it is (2) capable of cognition, (3) capable of reasoning, (4) aware of its own mental operations, (5) and able to consider itself as itself and as being the same subject of experience across time and in different places, which is made possible by (6) the Consciousness or immediate or "from-the-inside-givenness" that is inseparable from experience."

esta persona en efecto ya es lo que antes mencionamos: una “no-persona” que sólo refleja en algunos aspectos una persona anterior (Buchanan, 1988). Según este autor, sería resultado de un proceso de pérdida en términos absolutos, y no que se vuelva “otra” persona o “nueva” persona. En este contexto es importante distinguir entre el “yo” (*self*, en inglés) y “ser persona” (*personhood*, en inglés), donde la última es una cualidad o categoría *concedida a la persona por los demás*, mientras la primera encapsula *la noción de unicidad que la persona tiene de sí misma*. Sin duda se puede señalar una persistente tendencia social que asocia de forma categórica la pérdida de las capacidades cognitivas con la pérdida del reconocimiento como ser humano, aún cuando puede continuar el reconocimiento del ser persona.

Aunque estos autores alegan que las personas del entorno precisan poder reconocer la *persona* en un determinado individuo, esto no implica necesariamente que el último ha de tener la capacidad de comunicar su ser persona, en un momento preciso o de forma continua. Los recién nacidos son ejemplo, y también las personas en coma persistente; con un trastorno mental grave o con demencia avanzada. Esta capacidad oculta pero supuestamente “hipercognitiva” del ser persona desatiende diversas dimensiones sociales y personales del ser humano supuestas (Hellström et al., 2007). Sin embargo, el individuo sigue necesitando algún grado de razonamiento y memoria para ser considerado persona. En todo este proceso de reconocimiento es obvia la importancia de la interacción social. Una persona que carece de ciertas capacidades puede, según criterios también en Derecho, ser considerado una no-persona. Pero este cambio, según se valore socialmente, llevaría a que se reduzca o cese la interacción significativa con ella, por lo cual las posibles capacidades restantes se perderían más rápidamente. Sin embargo y según estos parámetros, una no-persona puede mantener muchos aspectos de la persona que fue, con el resultado de que (parte de) su entorno proyecte la cualidad de persona completa sobre ella, con las consecuencias legales y sociales resultantes. Puede haber una comunicación proyectada de calidad sobre pacientes severamente impedidos por la demencia, lo cual indica que la comunicación no-verbal, incluso mínima o sólo imaginada, a nivel personal sirve para seguir considerando a estos pacientes como persona, hasta incluso estar convencido parte de su entorno de que siguen siendo la misma persona a pesar de sus pérdidas cognitivas y físicas totales.

Veremos a continuación más aspectos de esta proyección de la cualidad *persona* sobre casos limítrofes. De forma similar, el entorno puede proyectar esta cualidad sobre la persona que está perdiendo o ha perdido facultades, o la persona que (aún) no tiene dichas facultades, como un discapacitado o un niño, sin que la proyección se refleje en capacidades o facultades objetivamente contrastables. Por tanto, la calificación o consideración como persona depende del convenio social en cuanto a criterios diversos, además de la interpretación social de las circunstancias subjetivas de un individuo. Es importante recordar que, para la persona misma la identidad personal, es decir, la continuidad psicológica del ser racional, consiste en distinguir su conjunto de experiencias y capacidades respecto de los demás y, por tanto, no es un valor inalterable sino relativo.

La capacidad es posiblemente el criterio que más dificultades presenta por su carácter fácilmente discriminatorio.

C. Teorías interpersonales de persona. ¿El ser persona es un fenómeno dicotómico de “existe/no existe”? ¿Está organizado de forma cuantitativa o cualitativa? ¿Y es evaluado o admitido por la sociedad según las respuestas a estas preguntas? ¿Existe un mínimo o un máximo del ser persona?

Desde el alba antropológica existen creencias de que las personas tendrían una esencia única o alma, creencias que reflejarían un concepto de “persona innata”. Por otro lado y por un desarrollo evolutivo desde tiempos antiguos de los cazadores-recolectores, se ha alegado que el concepto persona es social, o sea, que se origina en, o se fundamenta sobre las relaciones con los demás (Finlay, 2014). Al ser así, se trataría de una distinción social otorgada por otros, por ende, una concesión que se le pueda otorgar incluso a un individuo ausente, demente, muerto, hipotético o virtual. Se puede aducir que uno puede ser persona sin que exista contacto real inter-humano, pero también que “persona” exige una relación con uno mismo además de con otros.

El contenido iusfilosófico de estos dos aspectos de persona, con diferente origen y diferente finalidad, va más allá del clásico constructo de un primer aspecto que se limita a la existencia física y vital, y un segundo aspecto eterno y trascendental. El filósofo alemán Martin Buber (1878-1965) (1923/1970) describe las dos maneras con el uso de las parejas de palabras “Yo-Ello” y “Yo-Tú”. La manera de relación Yo-Ello es cómo una persona se relaciona con otra de una forma formal, distante, no-comprometida que sólo parcialmente reconoce la individualidad del otro, que es objetivado. La manera de relación Yo-Tú, por otro lado, comprende encontrar la otra persona en un intercambio humano verdadero¹⁵. Parece importante subrayar que la comunicación de que hablamos no es de dirección única y, por ende, también existen las reciprocidades Ello-Yo y Tú-Yo. Cuando pretendemos determinar si un ser es persona, usualmente razonamos desde el individuo hacia el colectivo, que puede ser un determinado conjunto social o toda una sociedad reglada. Sin embargo –y como refleja la norma de los artt.29 y 30 del Código Civil–, el ser persona puede empezar con un reconocimiento automático, implícito o proyectado por parte de los demás (la totalidad, el colectivo) y permanecer válido hasta que dicha totalidad retire semejante reconocimiento. De este modo, la condición esencial del ser persona no se encontraría en el individuo, sino en el colectivo.

En la línea de Boecio de siglos anteriores, Carl-Gustav Jung¹⁶ alega que el Ello (It) –lo individual, el ser persona– no es algo personal, sino que debe concebirse como un elemento individualizado del mismo universo, un derivado de lo colectivo, que sigue contribuyendo a ello durante toda su existencia (Jung, *Letters*, vol. 1, p. 117, similar en *Letters*, vol.2, p.342). Por ende, contempla que la existencia de la persona no sólo perduraría tanto tiempo como ella comunica con, o mejor dicho, absorbe de y entrega a lo colectivo información, fuerza, ¿sabiduría?, sino que perduraría todo el tiempo que lo colectivo reciba o recoja contribución alguna del individuo. Consecuentemente, la interacción no estaría limitada a la vida de la persona. Así, la persona no necesariamente precisa existencia física. De este modo, ya que Shakespeare, Darwin, Newton o Zaratustra todos

15 Aunque Buber habló del ser persona en el contexto de cómo los humanos puedan entrar en una relación con Dios a través de las relaciones con los demás, su comentario es relevante para nuestro debate.

16 Médico psiquiatra y padre de la psicología moderna.

aún contribuyen a, o comunican de forma pasiva pero incorpora con lo colectivo, aún existirían como personas o *personae*.

Desde esta perspectiva debemos preguntarnos –y repito–: ¿ser persona es un fenómeno dicotómico de “si existe/no existe”? ¿Está organizado de forma cuantitativa o cualitativa? ¿Y es evaluado o concedido por la sociedad según las respuestas a estas preguntas? ¿Existe un mínimo de ser persona? ¿O un máximo? En muchas culturas existe el concepto de personas “perfectas”, como santos, gurús, chamanes o bodhisattvas, tan completas que puedan asistir a otros en sus intentos de perfeccionar sus personas o almas. Por otro lado, hay personas que son consideradas rozando el mínimo para ser considerado persona, como el idiot-savant, el demente, el discapacitado mental grave. Por ende, parece haber baremos, tanto mínimos como máximos, que conllevan aspectos discriminatorios que puedan resultar de una cultura en que se valora una persona según sus capacidades o méritos, en vez de por el mero hecho de ser humano, vivo y consciente. La cuestión ocupa un lugar destacado en trabajos de filósofos como Dworkin, que la formula así: “¿Existe algún nivel mínimo de competencia mental para tener derecho alguno? Las personas con discapacidades mentales ¿tienen los mismos derechos que gente con una competencia normal, o sus derechos se ven alterados o reducidos o extendidos de alguna manera por causa de su enfermedad? ¿Tienen, por ejemplo, los mismos derechos a la autonomía, al cuidado por sus cuidadores, a la dignidad, y a un nivel mínimo de recursos como tienen las personas enfermas de competencia mental normal?” (Dworkin, 1994, p.219)

Sin embargo, en cuanto a un supuesto baremo o valoración o límite exigido a estas características o facultades o habilidades, nos encontramos con conceptos biológicos que defienden, como antes referimos, que no sólo humanos se calificarían como *persona*. La comunicación entre seres de diferentes niveles de desarrollo o capacidades es determinada en buena parte por la actitud de “querer comunicar” que puede llegar a inferir *persona* donde aún no la hay. Los cuidadores a menudo actúan como si los sonidos y gestos de niños de corta edad tuvieron intencionalidad y significado. Con sus reacciones promueven una interacción que tiene la intención de que el niño aprenda a desarrollar un sentido de identidad propia. Así, hay adultos que se relacionan con el niño no de la manera Yo-Ello (es decir, como si el niño fuese un objeto) sino de la forma Yo-Tú. Paulatinamente el niño desarrolla la comunicación con el mundo exterior. Es entonces cuando será confirmado como persona, antes sólo era cuasi-persona o posible persona¹⁷. Muchos niños reaccionan de forma similar a adultos diferentes, siempre que estos se asemejan superficialmente. Así que el niño o bien crea una relación Yo-Ello, donde el adulto representa un cuidador objetivizado, lo cual supone una sofisticación que posiblemente no es capaz de construir, o bien reacciona instintivamente a la relación Ello-Yo. En ambos casos, el niño busca una comunicación con el cuidador que le resulte provechosa, y su estatus de cuasi-persona le ayuda en este proceso.

En el lado cronológicamente opuesto, en la demencia, es más excepcional pero no imposible encontrar un nivel de entendimiento y tolerancia parecido entre las personas

17 Hay dudas de que la secuencia cuidador-niño arriba propuesta sea la única. Por instinto, el niño reacciona a la presencia del adulto en primer lugar por razones biológicas que incluyen la socialización instintiva precisa para obtener el cuidado que necesite.

y el/la paciente. A diferencia del niño en proceso de desarrollar la capacidad de comunicación significativa con la ayuda de adultos, en cuanto a las personas con demencia es común que hayan perdido esta capacidad, hecho que afecta a su estatus como persona. Formalmente pueden mantener la inclusión social y su valoración como persona, pero en muchos aspectos algo fundamental cambia. El entorno social de las personas con demencia sigue proyectándoles sobre ellas el estatus de persona, lo cual depende de los valores sociales predominantes, costumbres y conocimiento. Por ende, la interacción es de Tú-Yo cambiando, eventualmente, a Tú-Ello. Las personas con demencia avanzada experimentan dificultades para comunicar mientras su entorno sigue dispuesto a valorar sus actos como significativos. En el momento en que los demás consideren que sus expresiones y comportamiento ya no constituyen modos válidos de interacción y no estén motivados a tomar un rol más comprensivo en la interacción (como harían con un niño pequeño), entonces paulatinamente se vuelven "entidades no-persona". En consecuencia, las personas con problemas manifiestos en comunicar su ser persona (por ejemplo: recién nacidos, personas en las últimas fases de demencia y personas inconscientes o severamente discapacitadas) dependen de otros para ser reconocidas como tal. Nuestra sociedad aún parte de la base de que ser persona continúa mientras dure la vida, sin que hayamos establecido cuándo deja de existir o si deja de existir (Tappen, 1999), ni consensuado en qué momento se supone que comience. Como decíamos antes, este reconocimiento implícito de límites al ser persona depende de consensos sociales, por ende, de las circunstancias y/o de un entorno particular. Al no ser explícito, causa confusiones y conflictos. El público en general puede que considere que aún no existe una determinada persona, o que ha dejado de existir, mientras conjuntos específicos como profesionales del derecho, sanitarios o cuidadores próximos pueden seguir creyendo que ya existe o sigue existiendo una comunicación con ella.

El concepto del "ser persona" también se ha relacionado con los diferentes "yos" o seres o *personae* que una persona pueda tener. Assagioli (1965) explica que el Yo de las personas se compone de muchas *personae*, que se solapan¹⁸. Cada una de ellas tendría un mundo donde se le reconocería como persona, algo que no necesariamente sería así en sus otros tantos "mundos", como ocurre en la demencia, donde la persona puede que ya no existe en su mundo profesional, pero sigue existiendo en su mundo familiar. Las personas con demencia pierden gradualmente la capacidad de mantener sus roles sociales, sin tener la oportunidad o capacidad de asumir roles sociales alternativos, particularmente porque eso depende del reconocimiento de y la interacción con otros, y está influenciado por los estereotipos que suelen aplicarles. Varios estudios ilustran cómo la pérdida de un tipo de contacto social (el habla, los gestos) no significa la pérdida de otro (posible) contacto social (el aprecio a la escritura, la música, el contacto físico) con lo cual indica que la pérdida parcial no conlleva la (total) pérdida de la noción de identidad, de *persona* (Ryan, Bannister y Anas, 2009).

En general, hay muchas teorías acerca de como se puede "detectar" el ser persona en personas mayores con discapacidad mental, pero pocas teorías abarcan los demás grupos que antes señalamos. Las teorías posiblemente aplicables a la demencia no son

18 Nota: por ende, no sólo puede solapar sino también "sub-lapar", es decir que están presentes, pero debajo o relegadas a un nivel inferior por la persona primaria

generalizables a estos otros grupos sino de forma forzada. De ahí que consideramos que no son explicaciones de “persona” sino de “la persona con demencia” y, por ende, sólo parcialmente relevantes para nuestro estudio. Un ejemplo de esta limitación la encontramos en la propuesta que considera que la persona se manifiesta de dos formas: como “ser adaptado” y como “ser experiencial”. La primera se describe como “altamente socializada, particularmente con relación a asumir determinados roles” (Kitwood, 1997, p. 15). La segunda es fruto de la socialización en un contexto de igualdad, respeto y atención mutua. El ser experiencial puede persistir durante la vida hasta la muerte, siempre que existan las condiciones correctas. Para las categorías de seres que señalamos antes, de embriones, infantes, comatosos, personas con enfermedades mentales y/o demencia en diferentes grados, estas condiciones correctas puede que no se den en un momento determinado y, por tanto, queda en entredicho la *persona*. Apunto que, teóricamente, ambas formas de presentación del ser tampoco necesitarían de una persona física. Perdurarían gracias al reconocimiento por los demás de sus méritos o de su aportación (no necesariamente actual). En la sociedad presente, que explora y valora el lado virtual de la persona, este concepto *incorpóreo* de la persona gana importancia y presencia real.

Según el ámbito de aplicación, la calificación de persona puede variar según el estadio de la vida. Añado que, aunque está debatido, también el niño no nacido es reconocido como tal.” En un sentido empírico, la persona emerge en un contexto social (“*In an empirical sense, personhood emerges in a social context*”). Así Catherine Myser (2007) –siguiendo a Tomás de Aquino– distingue varios grados de ser persona, según el desarrollo en el tiempo del individuo, donde la aportación de la sociedad en cuanto a cuidados llega a “completar” la persona aún no-completa o ya-no-completa. El ser persona no sólo depende del consenso social al respecto, sino también de cierta obligación social que pueda sentir la gente en cuanto a la persona con discapacidades o demencia, un deber de mirar a la persona y no sólo a las limitaciones. “Ser “persona” es la situación filosófica y sociológica fundamental del ser humano, con valor, inteligencia, un pasado y un presente. El reto en la demencia es continuar buscando y no descartar a esta persona” (Lawrence, 2007, p.555).

En resumen, la *persona* de un ente puede ser una promesa, un recuerdo, una posibilidad o algo por completar, siendo un criterio donde la ciencia puede entrar –ha entrado y entra– en conflicto con la filosofía o el Derecho.

D. ¿Sólo el cuerpo o también un cuerpo?

El tener un cuerpo ha sido y es una condición, sin razones académicas específicas, para que el ser sea considerado persona. Pero también aquí hay que hablar de baremos observables, de límites mínimos y máximos.

Con los avances de la tecnología médica, el cuerpo físico en menor o mayor grado biónico se está haciendo realidad. Avances parecidos en la ingeniería neural y la neuroinformática acercan la posibilidad de personas neuronalmente asistidas o “ampliadas” por elementos técnicos, lo cual significa un desarrollo hacia la mente biónica. De momento limitamos nuestra pregunta al grado en que el ser persona depende de tener un cuerpo, o de una entidad separada del cuerpo.

En el siglo XVII, el padre de la filosofía moderna René Descartes afirmó que hay una separación entre cuerpo y mente, donde cada parte es una entidad separada y distinta. Aunque el cuerpo tiene forma y presencia material, la mente no tendría ubicación. Según el concepto más reciente del “agente situado y encarnado” (*situated-embodied-agent view*) (Hughes, 2001), la calificación de ser persona se mantendría o se otorgaría a una persona particular siempre que la vida humana se conecte con un determinado cuerpo físico en un contexto familiar, cultural y histórico particular. Merleau-Ponty (2002) se basó en el “Dasein” (estar presente, existencia) de Heidegger para especificar el concepto del ser como necesariamente capaz de pensar, reflejar y comunicar. Aquí las dos partes no están separadas como en el dualismo cuerpo/mente de Descartes sino más bien tienen una forma unificada que experimenta al mundo y se expresa en una forma corporal. Dentro de esta forma corporal estaría el ser, la persona, la conciencia. La persona experimenta a través de los sentidos, pero interpreta a través del “Yo” interior. En el caso de pérdida o deformación de partes del cuerpo el ser se verá afectado en una determinada medida y, en casos muy graves, puede que a los ojos de los demás estará “deshumanizado” con los efectos negativos sobre su valoración como persona. En el caso de la pérdida de capacidades mentales en cuanto la demencia progresa, la persona también pierde la forma de coordinación cuerpo-mente. El cuerpo, que es su vehículo, se desmorona y, más grave tal vez, se degradan sus órganos neurológicos. Como decíamos, esto no implica necesariamente que el ser ya no se siente persona, aunque invalida los fundamentos teóricos antes comentados.

Estudios psicológicos identifican de qué forma una persona vive su cuerpo a diario, por ejemplo, considerando su cuerpo como un hogar, un sirviente o un vehículo (Jenkins y Price, 1996; Batra et al, 2015). Cuando el cuerpo empieza a fallar, la persona puede empezar a ver al cuerpo como un traidor, un enemigo o una prisión. Cuando la mente empieza a fallar, puede producir la misma sensación. La forma en que otra persona perciba el cuerpo de alguien con demencia, por ejemplo, como un envoltorio vacío o algo ya no persona, afecta a la forma en que se relaciona con el paciente. El paciente, a su vez, en sus momentos más lúcidos, se da cuenta de su pérdida mental, entonces puede manifestar reacciones de enfado, tristeza o desesperación. En este aspecto se diferencia la demencia de esa otra forma de casi-persona que es el neonato, donde estos efectos negativos o bien no se producen o no son tan evidentes.

Además de la demencia, el daño al cerebro y particularmente al tronco cerebral está relacionado con la pérdida de la auto-conciencia, con o sin coma¹⁹. De forma parecida a los casos de demencia grave, el ser ha perdido toda noción de auto-existencia, en este caso por haberse dañado la conexión entre las partes del cerebro necesarios para la conciencia.

Por lo tanto, la exigencia formal y habitual en Derecho de que, para poder ser considerado persona es preciso tener un cuerpo humano se demuestra un criterio circunstancial y debatible a muchos niveles. Por los avances en prótesis cada vez más biónicos, tanto físicos como neurológicos, su relevancia es cada vez más cuestionada.

19 Ver: “A human brain network derived from coma-causing brainstem lesions”. David B. Fischer, Aaron D. Boes, Athena Demertzi, Henry C. Evrard, Steven Laureys, Brian L. Edlow, Hesheng Liu, Clifford B. Saper, Alvaro Pascual-Leone, Michael D. Fox, y Joel C. Geerling. *Neurology*, 4.11.2016, doi:10.1212/WNL.0000000000003404: 1526-632X

E. Otras teorías acerca de cuando se es persona

Kitwood cuestiona la teoría antes reflejada que se basa en la capacidad de la persona, y llama la atención a las indicaciones que ofrecen algunos estudios de casos, como el de Mills y Coleman (1994). Estos estudios sugieren que las personas con demencia retienen una consciencia personal de su unicidad de existencia individual hasta la muerte. Una revisión sistemática de la investigación concluye que es la identidad (*self*) social y pública la que se pierde en la demencia mediana y severa pero no en el mismo grado la noción privada del *self* (Caddell y Clare, 2010). Estas observaciones indican que, según como la gente define o entiende el concepto persona, habrá una valoración positiva o negativa, también cuando lo que se encuentre no es lo esperado. Por ejemplo, una persona puede atravesar un prado de hierbas con muchas pelusas y decir que no ha visto flores, porque considera mala hierba y no “flor” al diente de león. Del mismo modo, uno puede estar con una persona con demencia y considerar que ya no tiene “self” o sea, ya no es persona, porque su concepto “persona” no le permita verlo. Es importante el dato de que la pérdida de memoria en menor o mayor grado no se relaciona directamente con la pérdida del *self* y, por ende, la memoria no debe considerarse un determinante con que establecer la pérdida de ser persona. (Tappen et al, 1999).

Como indicamos al principio, ser persona es un concepto elusivo que no se puede medir u operativizar fácilmente. Sin embargo, es posible investigar acerca de las creencias que sobre ello tiene el público en general. Catherine Myser (2007) criticó la sugerencia que defendió Cooley en cuanto a una supuesta obligación moral kantiana para que la persona con demencia se suicide, y citó datos de una investigación etnográfica con 250 profesionales de la salud y cuidadores entre 1988 y 1990 en Suecia, India y los Estados Unidos, en una variedad de entornos. Una de sus metas fue examinar como se percibía por parte tanto de profesionales de la salud como de legos, el concepto filosófico/ético de *persona*. Identificó como criterios más presentes para ser considerado persona:

1. HUMANO. El énfasis en las capacidades y un potencial más o menos exclusivos de los seres humanos, entre ellos el pensamiento lógico y la razón, y saber comunicar estas capacidades de manera reconocible por otras personas.
2. COMUNICANDO. La capacidad de relacionarse con otras personas, que incluye la auto-conciencia y el saber comunicar capacidades.
3. NORMAL. El aspecto estético del ser. Las grandes deformidades pueden evocar antipatía, rechazo o miedo y por ello puede que no se les reconozca estatus moral o de ser persona. Desde la antigüedad, esta condición implícita ha tenido una influencia negativa en los casos de enfermedades deformantes y accidentes.
4. NUESTRO. El “especiecismo” basado sobre el “instinto” de identificarse con y preferir a las personas de nuestro propio grupo. Esta identificación social puede incluir niños de corta edad o personas severamente discapacitadas. Es una proyección de normalidad y la ilusión de pertenencia, pero, por otro lado, puede causar xenofobia, racismo y discriminación.
5. APRECIADO. Los indicadores generalizados de apreciación social, muchas veces distorsionadas por los medios de comunicación. El Sabio, el Rico y el Maravilloso están entre los conceptos mercantilizados globalizados, y cuestionables.

6. ÚTIL. El concepto de un continuo en el que se desarrolle en el tiempo el reconocimiento como persona sobre la base de términos prácticos sociales. De esta forma, el ser persona es un reconocimiento de su utilidad para la sociedad.

Estos temas representan categorías de pensamiento acerca de cómo el ser persona es percibido por los entrevistados en este estudio y similares. Son opiniones que no necesariamente se comparten y, muchas veces, tienen su lado oscuro. Sin embargo, los datos apoyan que el ser persona es atributo y consecuencia de la interacción social, a corta o a más distancia e incluso sin su presencia material. Combina elementos éticos y psicosociales, pero presta poca atención a la noción interna y auto-vivencia del propio ser. La historia nos ha enseñado que es peligroso fijarnos exclusivamente en categorizaciones superficiales, y/o signos exteriores y fácilmente perceptibles. La persona tiene una existencia propia interior que, como decíamos, no desaparece en cuanto su exterior deja de cumplir con el prototipo definido de forma incompleta y arbitraria. Es posible que esta existencia propia interior sea anterior al momento de atribución exterior, es decir, la persona-en-potencia o cuasi-persona puede que obtenga la noción interior de ser persona antes de que el mundo así la reconozca.

Reflejábamos arriba lo que se puede calificar como el estado actual de los criterios más elementales, con su relación social necesaria para una comprensión.

V. Consecuencias del ser persona: La titularidad de un derecho a la vida y un posible derecho a la muerte

En las definiciones manejadas por los diferentes ambientes profesionales arriba referenciados, se alega que existe un derecho a ser considerado persona. Eso sí, cada uno pone límites y condiciones a este derecho. Pero en cuanto se refieren a la esencia del ser persona todas priman la igualdad *nominal*. Arriba hemos revisado varios supuestos en los que la persona se ve privada de parte del contenido de esta cualidad, y hemos hablado de cuasi-personas, de personas en potencia, de personas por respeto o por su aspecto biológico (humano). Estos supuestos parten de la base de un "derecho a la vida" aunque no especifican bien el contenido o la identificación del titular de ese derecho. En vez de "derecho" sería más acertada la más flexible denominación "autonomía sobre la vida". Menos desarrollada está una ya reclamada definición del "derecho a decidir al ya *no querer ser persona*", o no querer existir más, aunque se debate desde hace tiempo esta "autonomía sobre la muerte". En Derecho, la última no tendría la misma fuente que la primera, por ende, una autonomía sobre la vida se difiere de una autonomía sobre la muerte. La persona por nacer no puede tomar las decisiones que sí puede tomar la persona que considere su proyecto de vida cumplido. En la mayoría de países se niega a su titular formal el libre uso de este supuesto derecho y son de aplicación normas limitadoras que provienen de un derecho eclesiástico antiguo, teniendo la finalidad literalmente "religiosa" de "atar o liar" al hombre a un particular sistema de normas y valores.

En nuestro sistema, la vida puede que llegue a ser un derecho o autonomía de la persona, pero sólo en un formato defensivo, formalizado como un derecho a buscar la protección del Estado contra ciertas vulneraciones del derecho a vivir. La autoridad para

decidir sobre la condición misma, o sea, sobre la propia vida, no es de la persona, sino del sistema rector.

Sobre la base de la "agencia moral" de Kant, se ha argumentado que no sólo existe el derecho a tomarse la vida, sino también la obligación de ejecutarlo en determinados casos. Kant, por ende, considera la persona obligada a mantener su condición según los parámetros vigentes. Si el ser nota que, por ejemplo, pierde capacidades exigidas a la persona, debe "renunciar" a serlo. Como decíamos, la argumentación de Cooley (2007) de que, en demencia, pueda existir tal obligación moral al suicidio, abrió un debate sobre los límites absolutos del ser persona, límites que, una vez transgredidos, precluyen su titularidad y el uso y disfrute de sus ventajas.

Sin embargo, tanto el derecho a la vida, como la eutanasia o el suicidio pueden y deben ser objeto de debate en una sociedad moderna, ya que forman parte de la materia social a consensuar. Habrá que determinar si hablamos de un derecho a la vida, exclusivamente como "receptor" o titular formal pero no material del derecho, o si queremos establecer que la persona tiene derechos *sobre* la vida, tal vez como principal o único titular real, así como cuáles son las obligaciones que acompañan al citado derecho.

Aún son pocos los países que han reconocido derechos a la persona sobre su vida en este sentido. Ya no son derechos para casos extremos de enfermedad terminal o sufrimiento extremo sino que incluye el "cansancio vital", entendido como una persistente desgana de continuar viviendo. También aquí, casi siempre, el derecho sobre la propia vida está sometido al beneplácito de autoridades, en el marco de una legislación restrictiva.

VI. La otra cara: La titularidad de un supuesto derecho al comienzo de la vida ¿Cuándo empieza la persona?

Hemos defendido en otro lugar (autor, 2014) con relación al debate sobre el aborto, que existe una disparidad de argumentos que se han usado y se usan por parte de las varias disciplinas involucradas. Muchos de los argumentos habituales no son científicos ni moralmente justificables, sino opiniones mayoritariamente de carácter emocional y, según Dworkin, fuertemente vinculadas a la religión (Dworkin, 1994, p.155). Según él, la cuestión que prima no debe ser si el feto tiene valor intrínseco como persona, sino si la vida del feto es vida humana y, por tanto, debe ser protegida (p.23). Hemos defendido también que, por su importancia social, el supuesto derecho a la vida del concebido no-nacido debe concretarse en un debate multidisciplinar, pero sobre todo social, con la intención de llegar a normas consensuadas sobre una amplia base. "La vida", en nuestro contexto, conlleva el estatus de persona, con lo cual el derecho a la vida ¿queda limitado a *personas*?

¿Cuándo empieza el derecho a la vida? Los baremos y límites relevantes son conceptos casi paralelos a nuestra pregunta de cuándo existe una persona y cuándo deja de existir, pero nos obliga a distinguir "persona" de "vida". Es inevitable reconocer que no hay verdades absolutas en que basarse, sino a lo sumo opiniones de personas informadas a través de un debate social, hasta la fecha apenas empezado. Demostrado el carácter fluido del concepto "persona", precisa un acuerdo social, que, por definición, también será de carácter fluido con lo cual se debe poder adaptar a circunstancias y condiciones.

Más allá del actual debate sobre el aborto, Rossor (2015) defiende que el derecho a la vida no sólo debe referirse a la parte biológica, sino también a la totalidad de la esperanza de vida incluyendo todos los factores de calidad. Dice, que sólo si consideramos todas las causas de posibles impedimentos o limitaciones físicas o cognitivas durante una vida abrimos un debate fundamental y amplio acerca del significado de “derechos”. Por ello, deberíamos contemplar una gran diversidad de elementos relacionados con un desarrollo óptimo de la vida, no sólo físicos sino otros como la educación, todos con su relevancia para el concepto persona.

Sobre el período de existencia del ser antes del mismo momento de nacimiento, y con el afán de profundizar en el debate sobre la persona, hemos defendido que existe una responsabilidad por parte de los futuros padres de conseguir y cuidar de la mejor manera posible sus gametos, para así no reducir las posibilidades vitales de la descendencia. Reproducirse en un futuro, por ende, no se limita al momento mismo de la reproducción. Los cambios biológicos y epigenéticos producidos por un inadecuado estilo de vida, por ejemplo, pueden afectar a la calidad de vida de la descendencia, dando lugar a una responsabilidad que no se limita al mejor cuidado de los hijos, sino la precede, ya que influirá sobre su ser persona en sentido amplio.

VII. Discusión

Con lo aquí comentado hasta ahora hemos querido resumir argumentos, teorías y convencimientos multidisciplinares que –con orígenes más o menos remotos– se han convertido en criterios particulares o generalizados sobre el concepto “persona”, y contrastarlos con la evidencia científica y ética/filosófica actual.

Los diferentes parámetros acerca del concepto “persona” que manejan las disciplinas como el Derecho, la Filosofía, la Medicina, y la Biología, además de los que maneja el público en general, no son uniformes ni siquiera parecidos en muchos aspectos. Estas diferencias provocan conflictos en el trato de un ser que, según una determinada disciplina debe considerarse *persona*, pero, según otra y al mismo tiempo, no se puede considerar (aún) como tal. Especialmente para los grupos más necesitados y de protección especial se ha dejado parte de los derechos que resulten en el aire. Entre estos grupos están los embriones, los fetos y los niños de corta edad, los discapacitados, las personas con enfermedades mentales graves, y los afectados por demencia. En un sentido más amplio, ser considerado persona involucra a todos los seres humanos que quieran disponer de un derecho a la vida y, por extensión, de un derecho a la muerte.

Hemos visto que nuestro sistema de valoración de seres intenta establecer características o baremos al valor humano representado en el estatus de “persona”. Sin embargo, se puede conceder o denegar este estatus por razones morales y legales debatidas, inespecíficas y a falta de consenso. Las posibles soluciones con que empezar a remediar esta problemática de trato y de protección se pueden dividir en dos opciones de actuación:

Opción 1. Que por parte de cada disciplina se fundamente y concrete los baremos de aplicación al concepto persona y los conceptos relacionados. Además de determinar en forma de normativa cuándo un ser se puede o no se debe considerar persona, habría que determinar el trato que se debe dar al ser que, supuestamente,

- Aún no es persona (embrión, feto, determinadas enfermedades) o al ser que
- Ya no es persona (enfermedad mental grave, coma irreversible, demencia grave), o al ser que
- No se prevé que llegue a ser persona completa (parálisis cerebral, demencia media), es decir, un ser que previsiblemente nunca (más) cumplirá todas las características que se establezcan.

Esta primera opción augura un incremento de la confusión de criterios existente y aumentaría el número de conflictos difícilmente resolubles.

Opción 2. Que se impulse un proceso de unificación de criterios en el que todas las disciplinas y la sociedad misma se pronuncien sobre los baremos que se quieran aplicar al concepto persona y sus co-conceptos. Será un proceso también complejo, en parte porque cada disciplina involucrada defenderá sus particulares convencimientos y relevancias y así, por otra parte y tal vez más contundente, presupone que la sociedad acceda a separar normas tradicionales o metafísicas, de la responsabilidad social actual que exige claridad y soluciones.

A modo indicativo, repetimos los *baremos característicos* que, de forma más o menos universal, se manejan en la actualidad en cuanto al concepto de ser persona. Para otros conceptos ver la enumeración sobre la base de la investigación de Myser, en el apartado IV-E.

Baremos característicos del ser persona, cada uno con posible valor decisivo:

- Persona innata, por valores religiosos/espirituales
- Sustancia (tener cuerpo y forma humano, vivo, ser consciente)
- Razón (pensar, razonar, comunicar de forma lógica)
- Autonomía (actividad auto-motivada, auto-conciencia, auto-concepto)
- Continuidad psicológica o identidad personal a través del tiempo (identidad personal)

VIII. Conclusión

Empezábamos con la pregunta: “¿Qué rasgos, características o capacidades debe poseer un ente para ser persona?” No hemos podido llegar a una respuesta sencilla y concreta, aunque sí a aclaraciones precisas y a una re-calificación del actual término formal (y legalmente formalizado) a un futuro término por ajustar y pendiente de debate social.

El concepto “persona” condiciona aspectos importantes de la calidad de vida y hasta la misma vida. El concepto ha visto un desarrollo paulatino de determinados criterios con validez local o general. Los criterios generales en Derecho que se plasman en la legislación se limitan a que la persona debe ser humana y viva, pero desconoce una baremación de “ser”, “humano” y “vivo” que en otros ámbitos se utiliza y se aplica.

Según el ámbito, legalmente o legítimamente existen multitud de circunstancias que pueden ser interpretadas de forma particular para otorgar o retirar la condición de ser persona particular de este ámbito, dependiendo de qué profesional debe decidir. De la multiplicidad de criterios de las disciplinas involucradas, entre ellas la Medicina, el Derecho, la Biología, y la Filosofía, resulta la presente poca cohesión que lastra la sociedad



Albrecht Dürer. *El sol de justicia*. 1500

moderna en uno de los aspectos cruciales de la convivencia humana: ¿quién pertenece o no pertenece a ella? Esta situación resulta en un número indeterminado pero importante de “aspirantes a ser persona” que son calificados como casi-personas, personas en potencia, o no-personas, entre ellos los nasciturus, los comatosos, las personas con demencia o enfermedades mentales, los discapacitados graves y, a través del cuestionado derecho a la vida, los solicitantes de eutanasia y los suicidas. En un sentido más amplio, también cabe incluir los refugiados y solicitantes de acogida y legalización de su estatus, por estar en una situación de limitación y cuestionamiento de (parte de) su calidad de ser persona en una sociedad determinada. Por ende, no se puede hablar de características universales del concepto “persona”.

El proceso de concienciación de la problemática y la urgencia relativa de una mayor unificación de criterios merece un esfuerzo especial para llegar a un consenso de baremos y límites que no sólo serían de utilidad en una cultura particular, sino también serviría a toda sociedad en la construcción de nuevas normativas y actuaciones en cuanto a quiénes son personas y cuándo lo son, concepto que entonces puede ser liberado de contradicciones y teorías nunca contrastadas.

Nuestras hipótesis contrastadas son:

- Los criterios de más inter-relevancia de las disciplinas jurídicas, médicas y psicosociales, contrastándolos pueden ayudar a consensuar una definición más universal de persona.
- La definición y el contenido de “persona” son relativos a cada sociedad, y aún no hay una definición que pueda pretender alcances universales.
- La cuantificación o concretización del concepto persona tiene un componente instintivo y emocional importante y, por ende, su raíz no depende de hechos concretos y universales sino de acuerdos sociales.

Una tarea previa a una posible homogeneización de criterios del concepto persona es el inventariado de criterios, posiblemente a través de los colegios profesionales.

Bibliografía

- R. ASSAGIOLI, *Psychosynthesis: A Manual of Principles and Techniques*, Hobbs, Dorman & Co, New York, 1965.
- S. BATRA, J. SULLIVAN, B. R. WILLIAMS, D. S. GELDMACHER, “Qualitative assessment of self-identity in people with advanced dementia”, *Dementia*, London, 2015 Oct 22. Doi: 10.1177/14713012156601619
- K. BAYERTZ (Ed.), *Sanctity of Life and Human Dignity*, Dordrecht: Kluwer, 1996.
- L. BEN HAIM, M. A. CARRILLO-DE SAUVAGE, K. CEYZÉRITA, C. ESCARTIN, “Elusive roles for reactive astrocytes in neurodegenerative diseases”, *Frontiers in Cellular Neuroscience* 9, p.278. doi: 10.3389/fncel.2015.00278. eCollection, 2015.
- D. W. BROCK, *Life and Death*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.
- J. BROCKMEIER, L. C. HYDÉN, H. LINDEMANN (eds), *Beyond Loss: Dementia, Memory, and Identity*, Oxford University Press, Oxford & New York, 2014.
- M. BUBER, *Yo y tú (I and Thou)*, Caparrós editores, Madrid, 1923/1993.
- A. BUCHANAN, “Advance directives and the personal identity problem”, *Philosophy and Public Affairs* 17, 1988, pp. 277-302.
- L. S. CADDELL, L. CLARE, “The impact of dementia on self and identity: a systematic review”, *Clinical Psychology Review* 30(1), 2010, pp.113-126. doi: 10.1016/j.cpr.2009.10.003.
- autor, “El aborto y el derecho a decidir ¿Existe la persona no nacida? Conflictos entre argumentos científicos, socio-jurídicos y morales en cuanto al aborto”, *Jueces para la democracia* 81, 2014, pp. 71-96.
 - autor, “El psicólogo y la procreación aplazada: Consideraciones acerca de la criopreservación y de una calidad óptima de gametos”, *Revista de Psicopatología y Psicología Clínica* 20(1), 2015, pp.75-84.
- D. R. COOLEY, “A Kantian moral duty for the soon-to-be demented to commit suicide”, *The American Journal of Bioethics* 7, 6, 2007, pp. 37-44. https://www.researchgate.net/publication/6277895_A_Kantian_Moral_Duty_for_the_Soon-to-be_Demented_to_Commit_Suicide
- D. DEGRAZIA, “Great Apes, Dolphins, and the Concept of Personhood”, *Southern Journal of Philosophy* 35,3, 1997, pp. 301-320.
- C. C. DUNHAM y J. H. CANNON, “They’re still in control enough to be in control”: Paradox of power in dementia caregiving”, *Journal of Aging Studies* 22, 2008, pp. 45-53. http://www.academia.edu/5543259/Theyre_still_in_control_enough_to_be_in_control_Paradox_of_power_in_dementia_caregiving
- R. DWORKIN, *Life’s Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Random House/Vintage Books, New York, 1994.
- N. FINLAY, “Personhood and Social Relations”. En: *The Oxford Handbook of the Archaeology and Anthropology of Hunter-Gatherers*, V. CUMMINGS, P. JORDAN, M. ZVELEBIL (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2014. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199551224.013.036
- M. GARCÍA MORENTE, La estructura de la historia. Conferencia pronunciada el 8 de Abril de 1942. Descargado el 22.9.15 de www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2239821.pdf

- J. HARRIS, *The Value of Life: An Introduction to Medical Ethics*, Routledge, London, 1985.
- I. HELLSTRÖM, M. NOLAN, U. LUNDH, "‘Sustaining couplehood’. Spouses’ strategies for living positively with dementia", *Dementia* 6, 3, London, 2007, pp. 383-409. doi: 10.1177/1471301207081571
- D. HORÍNEK, P. PETROVICKÝ, J. HORT, J. KRÁSENSKÝ, J. BRABEC, M. BOJAR, M. VANECKOVÁ, Z. SEIDL, "Amygdalar volume and psychiatric symptoms in Alzheimer’s disease: an MRI analysis", *Acta Neurologica Scandinavica* 113(1), 2006, pp.40-45.
- J. C. HUGHES, "Views of the person with dementia", *Journal of Medical Ethics* 27(2), 2001, pp.86-91. <http://jme.bmj.com/content/27/2/86>
- D. JENKINS, B. PRICE, "Dementia and personhood: a focus for care?", *Journal of Advanced Nursing*; 24 (1), 1996, pp. 84-90.
- C. G. JUNG, *Letters, Vol. 1.*, G. ADLER y A. JAFFÉ (eds), Trad. R. F. C. HULL, Princeton University Press, Princeton, 1992. ISBN: 9780691098.
- C. G. JUNG, *Letters, Vol. 2: 1951-1961*, G. ADLER (ed), Trad. J. HULEN, Princeton University Press, Princeton, 1976. ISBN: 9780691097244.
- I. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Trad. M. GARCÍA MORENTE, Madrid, Editorial Encuentro, "opuscula philosophica", nº 18, Madrid, 2003.
- I. KANT, "Crítica de la Razón Pura", (A 253) en: Eduardo Shore, "Entender a Kant: La cosa-en-si en la Crítica de la Razon Pura, Biblos, Buenos Aires, 2002.
- T.M. KITWOOD, *Dementia reconsidered: the person comes first (Rethinking Ageing)*, Open University Press, Buckingham, 1997.
- T. KITWOOD, K. BREDIN, "Towards a theory of dementia care: personhood and well-being", *Ageing and Society* 12, 1992, pp. 269-287.
- R. M. LAWRENCE, "Dementia. A personal legacy beyond words", *Mental Health, Religion & Culture* 19(6), 2007, pp.553-562.
– Legislación (cambio de). Derecho a decidir sobre la propia vida. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8470 http://www.eutanasia.ws/comunicados/comunicado_20150827.html
- J. LOCKE, *Of Identity and Diversity. An Essay concerning Human Understanding*, P. NIDDITCH (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1689-1700/1975.
- J. LOCKE, "Of Identity and Diversity, Libro 2", capítulo 27, en la transcripción comentada de G. STRAWSON, (2011), *Locke on Personal Identity. Consciousness and Concernment*, Princeton University Press, Princeton, 2011.
- A. MACLEAN, *The Elimination of Morality. Reflections on Utilitarianism and Bioethics*, Routledge, London/New York, 1993.
- D. C. MALLOY, T. HADJISTAVROPOULOS, "The problem of pain management among persons with dementia, personhood and the ontology of relationships", *Nursing Philosophy* 5(2), 2004, pp.147–159. <https://doi.org/10.1111/j.1466-769X.2004.00174.x>
- R. MARR, E. MASLIAH(eds), "Amyloid-Beta Clearance in Alzheimer’s Disease", *Frontiers in Aging Neuroscience*, 2014, Doi 10.3389/978-2-88919-443-8
- J. S. MILL (1861), "Utilitarianism", En A.RYAN (ed.), *Utilitarianism and Other Essays*, Penguin, Harmondsworth, 1987.
- M. A. MILLS, P. G. COLEMAN, "Nostalgic memories in dementia—a case study", *International Journal of Aging and Human Development* 38(3), 1994, pp.203-219. <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.2190/NCAJ-OG0L-VTQ4-V1L8>
- C. MYSER, "Personal journeys: reflections on personhood and dementia based on ethnographic research and family experience", *American Journal of Bioethics* 7 (6), 2007, pp.55-59. <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/15265160701347536>
- M. C. NUSSBAUM, C. R. SUNSTEIN, *Animal rights: current debates and new directions*, Oxford University Press, Oxford New York, 2004. ISBN 9780195305104.
- S. R. PALMQUIST (ed.), *Cultivating Personhood: Kant and Asian Philosophy*, De Gruyter, Berlin & New York, 2010.
- S. G. POST, "Hope in Caring for the Deeply Forgetful: Enduring Selfhood and Being Open to Surprises", *The Bulletin of the Menninger Clinic: A Journal for the Mental Health Professions* 77(4), 2013, pp. 349-368. <http://stephengpost.com/downloads/Hope%20in%20Caring%20for%20the%20Deeply%20Forgetful.pdf>
- J. RACHELS, *The End of Life: Euthanasia and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1986.

- K. ROSSOR, *The Lancet*, 2015, comment: <http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736%2815%2960248-3.pdf>
- E. B. RYAN, K. A. BANNISTER, A. P. ANAS, "The dementia narrative: Writing to reclaim social identity", *Journal of Aging Studies* 23, 2009, pp.145-157.
- F.J. SEPÚLVEDA, H. FIERRO, E. FERNANDEZ, C. CASTILLO, R. W. PEOPLES, C. OPAZO, L. G. AGUAYO, "Nature of the neurotoxic membrane actions of amyloid- on hippocampal neurons in Alzheimer's disease", *Neurobiology of Aging* 35(3), 2014, pp.472-481. doi: 10.1016/j.neurobiolaging.2013.08.035.
- D. SHOEMAKER, "Personal Identity and Ethics", En: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), E. N. ZALTA(ed.), 2005/2012. URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/identity-ethics/>
- K. L. SMEBYE, M. KIRKEVOLD, "The influence of relationships on personhood in dementia care: a qualitative, hermeneutic study", *BMC Nursing* 12, 2013, p.29.
- R. M. TAPPEN, C. WILLIAMS, S. FISHMAN, T. TOUGHY, "Persistence of Self in Advanced Alzheimer's Disease Image", *Journal of nursing scholarship* 31(2), 1999, pp. 121-125.
- D. M. WALSH, I. KLYUBIN, J. V. FADEEVA, W. K. CULLEN, R. ANWYL, M. S. WOLFE, M. J. ROWAY, D. J. SELKOE, "Naturally secreted oligomers of amyloid bold beta protein potently inhibit hippocampal long-term potentiation in vivo", *Nature* 416, 2002, pp.535-539. doi:10.1038/416535a.
- K. WOJTYLA, *Persona y Acción*. Ed. Palabra, Madrid, 2011.
 – World Alzheimer Report (2015) <http://www.alz.co.uk/research/world-report-2015>

Luces y sombras del derecho a la asistencia letrada tras la Directiva 2013/48 y la LO 13/2015

José Luis RAMÍREZ ORTIZ

I. La Directiva 2013/48

1. Objeto de la Directiva

La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, constituye la tercera de las Directivas elaboradas en el marco del Programa de Estocolmo orientadas al reforzamiento en el ámbito de la Unión de los derechos que afectan a los sospechosos y acusados en procesos penales.

A tal fin, establece normas mínimas relativas a los derechos de sospechosos y acusados en procesos penales y de las personas que sean objeto de procedimientos de la orden de detención europea (en lo sucesivo, ODE), a ser a ser asistidos por letrado, a que se informe de su privación de libertad a un tercero y a comunicarse con tercero y con autoridades consulares durante la privación de libertad (artículo 1)

Con ella se promueve la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, CDFUE) y, en particular, de sus artículos 4, 6, 7, 47 y 48, desarrollando lo establecido en los artículos 3, 5, 6 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, CEDH), conforme a la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH), que, en su jurisprudencia, establece con frecuencia normas sobre el derecho a la asistencia de letrado (Considerando 12). En este sentido, cabe señalar que si el Tribunal entiende de modo pacífico que el derecho a un proceso equitativo exige que cada parte disponga de una posibilidad razonable de plantear su causa en condiciones que no la sitúen en posición de desventaja en relación a su adversario (STEDH Anna de Rosa y otros contra Italia, de 11 de febrero de 2012), parece incuestionable la afirmación de que el derecho a la asistencia letrada del sospechoso o acusado constituye un aspecto inescindible del proceso justo, dada la asunción por el Estado, a través de órgano especializados altamente cualificados, de la

investigación y acusación. Pero, además, como veremos este derecho conforma un instrumento de garantía de la libertad personal. No abordaremos el análisis de los derechos de comunicación con terceros y de información a terceros de la privación de libertad, pues, en términos generales, el estado de nuestra legislación contenía niveles adecuados de garantía a este respecto, no suscitando excesivos problemas prácticos.

2. Aspectos no regulados por la Directiva

La Directiva, en todo caso, no regula el derecho a la asistencia letrada de toda persona detenida, sino sólo de las personas sujetas a un proceso penal.

Tampoco regula el derecho a la asistencia jurídica gratuita, cuestión que el artículo 11 de la Directiva remite a las respectivas normativas nacionales en materia de asistencia jurídica gratuita que deben ser interpretadas de conformidad con el CEDH y la CDFUE. Este aspecto ha sido abordado por la Directiva 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo de, 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de ODE, cuyo plazo de transposición concluye el 25 de mayo de 2019.

Por último, y pese a que los derechos regulados integran el bloque de los denominados “derechos del detenido a comunicarse con el mundo exterior” (en la terminología empleada por Amnistía Internacional), no se incluye el derecho a la asistencia médica de las personas privadas de libertad.

Por otra parte, y en línea con la técnica propia de la normativa internacional sobre derechos humanos (v.gr. art. 60 CEDH y 53 CDFUE) la Directiva tiene el carácter de norma mínima, como se desprende de la cláusula de no regresión contenida en el artículo 14, conforme a la cual “Ninguna disposición de la presente Directiva se interpretará en el sentido de limitar o derogar los derechos o las garantías procesales que estén reconocidos al amparo de la Carta, del CEDH, del Pacto o de, otras disposiciones pertinentes de Derecho internacional o de la normativa de los Estados miembros que garantice un nivel de protección más elevado”, lo que, en principio, habría de impedir involuciones normativas en aquéllos Estados de la Unión cuyas legislaciones reconozcan actualmente mayores niveles de garantía.

Esta cuestión no está exenta de interés, dada la posibilidad de que, por vía indirecta u oblicua, ya sea deliberada o involuntariamente, la normativa de la UE, pueda, paradójicamente, producir un efecto inverso o a la baja. No disponemos de tiempo ahora para abordar la cuestión, por no ser el objeto de la ponencia, pero baste para poner de relieve los riesgos que sobre nuestro ordenamiento pueden derivar del proceso de armonización la praxis jurisprudencial de la recepción acrítica de la jurisprudencia del TEDH. En este sentido, no es infrecuente que, con deficiente técnica argumentativa, nuestros Tribunales estimen que cuando el TEDH afirma en sentencia que no se ha producido violación del CEDH en un caso concreto, el acto, decisión o norma que supuestamente vulneraron el derecho en cuestión sean tenidos por válidos, pues se olvida, v.gr, que el hecho de que un acto de prueba específico no viole el CEDH no significa que no pueda ser contrario a la CE o a la Lecrim

3. Ámbitos territorial y temporal

La Directiva se aplica a todos los EEMM salvo el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, Estados que no participaron en su adopción y que no quedan vinculados por la misma ni sujetos a su aplicación (Considerandos 58 y 59).

Por lo que respecta a la entrada en vigor, la Directiva adquirió vigencia a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial (DO de 6 de noviembre de 2013), y fijó un plazo de transposición que concluyó el día 27 de noviembre de 2016. A este respecto, y como veremos posteriormente, la reciente STC dictada en recurso de amparo 7301/2014, consagra jurisprudencialmente de forma explícita el efecto vertical Directo de las Directivas no transpuestas que crean derechos, una vez transcurrido el plazo respectivo, siempre que se trate de disposiciones incondicionadas y precisas, en línea con la jurisprudencia del TJUE (entre otras, STJUE de 7 de julio de 2016, Asunto Ambisig y AICP, num c-46/15).

II. La transposición de la Directiva 2013/48

1. La LO 13/2015

La citada Ley Orgánica, entre otros aspectos, modificó la Lecrim con el pretendido objeto de “fortalecer las garantías procesales” de las personas sujetas al proceso penal. Conforme a la DF 3ª, mediante la reforma se incorpora al derecho español la Directiva 2013/48/UE. A tal fin, se modificaron los siguientes artículos:

a) 118 Lecrim, afectando al derecho de defensa y derechos instrumentales, el conocimiento de la imputación, la entrevista previa con el letrado y la confidencialidad de las comunicaciones entre el letrado y la persona sujeta al proceso.

b) 509 Lecrim, relativo a la detención y prisión incomunicadas.

c) 520 Lecrim, relativo al derecho de defensa y asistencia letrada de detenidos y presos.

d) 527 Lecrim, relativo a la privación de derechos en casos de incomunicación.

e) 520 ter Lecrim, que regula la detención en espacios marítimos.

Cabe señalar, por otro lado, que algunos de los citados preceptos ya fueron objeto de modificación por LO 5/2015, de 27 de abril, que transpuso las Directivas 2012/13/UE (sobre derecho a la información información) y 2010/64/UE (sobre derecho a la interpretación y traducción), lo que generó diversas redacciones del mismo articulado en un cortísimo espacio de tiempo.

2. Valoración global de la transposición

Con carácter general, cabe concluir que la regulación vigente contenida en la Lecrim consagra estándares más altos que los contemplados en la Directiva, destinada a servir de norma de mínimos en Estados con ordenamientos procesales muy distintos y con asimétricos niveles de garantía. Así, a título de ejemplo:

a) La Directiva permite que en circunstancias excepcionales, y únicamente en la fase de instrucción, los Estados miembros puedan dejar de aplicar temporalmente los derechos que integran la asistencia letrada en la medida en que esté justificado, en vista de

las circunstancias específicas del caso, sobre la base de la existencia de una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona (artículos 3.6 y 8). En tal caso, se permite el interrogatorio de la persona sospechosa sin que esté presente su letrado con el objetivo de obtener indispensable para evitar graves consecuencias (Considerando 31), práctica que nuestro ordenamiento no ampara.

b) La Directiva, más allá de la referencia “sin demora”, no establece un plazo máximo para la efectividad de la asistencia letrada al detenido, frente a la Lecrim que, a través de la LO de transposición, redujo el plazo de 8 a 3 horas (artículo 520.5 Lecrim).

c) La Directiva permite la renuncia a la asistencia letrada para cualquier tipología delictiva, con independencia de su gravedad (artículos 3, 4 y 10), frente a la Lecrim, que sólo la admite para las declaraciones de personas detenidas en materia de hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico (artículo 520.8 Lecrim).

d) En materia de confidencialidad de las comunicaciones entre el letrado y la persona sujeta al proceso penal, la Directiva permite excepcionar el principio general de salvaguarda de la comunicación en dos casos. Por un lado, cuando se sospeche “...a partir de indicios objetivos y fácticos, que el letrado está implicado junto con el sospechoso o acusado en la comisión de una infracción penal” (Considerando 33); y, por otro, en los supuestos de “...la labor llevada a cabo por los servicios nacionales de inteligencia, a fin de garantizar la seguridad nacional de conformidad con el artículo 4, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE), o de toda labor que se incluya en el artículo 72 del TFUE, en virtud de cual el título V, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia, se entiende sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumban a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior”. (Considerando 34). La Lecrim sólo ha consagrado la primera excepción (artículo 118.4 Lecrim). Cuestión distinta, y el análisis de la cuestión excede también del propósito de este texto, es la existencia de una praxis opaca al amparo del artículo único de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia que ignoramos si está permitiendo interferencias de este tipo. Todo ello, sin perjuicio de la eventual existencia de una realidad extranormativa que pueda sustentar tal praxis.

e) Por otra parte, la Directiva permite que, tratándose de infracciones leves, la asistencia letrada se ejerza por vía telefónica (Considerando 24), práctica que en nuestro ordenamiento no está permitida de forma generalizada por categorías de infracciones penales y que se permite sólo excepcionalmente, como veremos.

En todo caso, la Directiva establece contenidos mínimos que la Lecrim no contemplaba y cuya incorporación a nuestro ordenamiento cabe valorar positivamente. Así, entre otros:

a) La consagración de la regla de la garantía de la confidencialidad de las comunicaciones entre el letrado y la persona sujeta al proceso penal en los artículos 118.4 y 520.7 Lecrim.

b) El reconocimiento de la entrevista previa al interrogatorio policial (artículo 118.2 Lecrim).

c) El reconocimiento del derecho a la intervención activa del letrado en las diligencias en las que intervenga el investigado (artículo 118.2 Lecrim).

Es de lamentar, por último, que se hayan dejado de abordar cuestiones relevantes requeridas de normativización. En concreto:

- a) Las disfunciones que plantea la defensa discontinua.
- b) El estatuto de la persona discapaz sujeta al proceso penal.
- c) Los efectos de la asistencia inefectiva por causa imputable al letrado y sus repercusiones procesales.
- d) Las incidencias derivadas de la regulación dispersa colegial, administrativa y procesal, de la asistencia letrada, que harían aconsejable una regulación unitaria dada su trascendencia constitucional ¹.

3. Una reflexión preliminar: los riesgos de la incorporación de reglas “externas” en un contexto institucional impreciso y lagunar

Tras la aprobación de la CE de 1978, el legislador procesal optó por la técnica de las modificaciones parciales de la Lecrim para ajustar su contenido a las exigencias constitucionales en lugar de acudir a la reforma global del procedimiento. Ello es fuente de problemas. Uno de ellos es la pervivencia del “estilo inquisitivo” en la cultura judicial, en la terminología de Franco Cordero². Ciertamente, los cambios normativos no provocan por sí solos la modificación de las rutinas institucionales pero, al menos, constituyen una condición eficaz para ello, como lo demuestra el profundo cambio en la realidad jurisdiccional derivado de la aprobación de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, nuestro modelo se caracteriza, entre otros rasgos, por la inconsistencia entre los valores y principios que dice reconocer y los que realmente reconoce, lo que puede explicarse, en parte, por la necesidad de superponer sobre una realidad constituida por el acarreo y sedimentación de normas y prácticas preconstitucionales, nuevos valores, normativizados como principios y no traducidos en reglas procesales positivas, lo que ha acabado por lastrar los buenos propósitos, pues los intérpretes siguen condicionados por esas normas y prácticas centenarias. A título de ejemplo, y por lo que respecta a la materia que nos ocupa:

- a) Frente al idealizado modelo procesal de “partes”, destaca el intervencionismo judicial en el nuestro, lo que se traduce en una consideración secundaria del papel del letrado y del principio de efectiva contradicción.
- b) En este sentido, la existencia de una fase investigativa nominalmente judicial, precedida de o simultaneada por otra fase investigativa policial, genera una triple tendencia. En primer lugar, a que en la fase de juicio oral se parta de la presunción de legitimidad de lo actuado en fases anteriores. En segundo lugar, y por ello, a que, como regla, se valore probatoriamente lo actuado en fases previas. Y, por último, a que el juez tienda a suplir los déficits de las partes, en clave acusatoria o defensiva, en función de sus premisas ideológico-culturales.
- c) Todo ello permite poner en duda la afirmación de que en nuestro modelo rija el

¹ Sobre esta última cuestión, nos remitimos Hernández García, Javier, en *El estatuto del defensor en el proceso penal*, en la obra colectiva *Hacia un nuevo proceso penal*. Manuales de Formación Continuada. 32. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006. Las demás, se analizarán en el texto.

² Vid. Cordero, Franco. *Procedimiento penal*. Bogotá. Temis. 2000.

principio de concentración en la práctica de la prueba, siendo numerosos los ejemplos que permiten apoyar la hipótesis de que seguimos instalados en el proceso por “etapas”, en el que en cada fase se revalora y reproduce lo ya valorado en etapas anteriores.

d) A lo anterior, se suma la situación de anomia de la fase policial.

En este contexto, no es fácil dar respuesta a los interrogantes que derivan de la incorporación de las Directivas a un modelo que evidencia un desajuste entre los principios que proclama y las prácticas que lo acompañan. El más evidente, y que repercute en la Directiva de asistencia letrada, es si su incorporación ha de provocar una asimilación de régimen jurídico entre la fase investigativa policial y la judicial. Esto exige una breve aclaración.

En el ámbito de la UE no es común la existencia de modelos de investigación judicial, menos aun nominalmente contradictorios (con todas las reservas que puedan hacerse al empleo de este término en la fase previa al enjuiciamiento), como el nuestro. Por el contrario, lo habitual es la investigación policial con intervención del órgano estatal acusatorio y escasa participación del investigado. La Directiva, tomando como punto de referencia el modelo más frecuente, ha pretendido potenciar el derecho de defensa, más delicado y complejo de articular en el contexto policial, con la finalidad de evitar que pudiera pasarse sin solución de continuidad de la fase investigativa a la de enjuiciamiento prácticamente a espaldas del investigado. Nuestro modelo de instrucción judicial, en términos generales, satisface las exigencias de la Directiva. No ocurre lo mismo con la fase preprocesal o policial lo que, en principio, no se encuentra exento de lógica, en la medida en que formalmente la actuación policial es estrictamente limitada en tiempo y contenido por ser “a prevención” de la judicial, de modo que las restricciones a la intervención defensiva en la fase policial podían ser suficientemente compensadas durante la inmediatamente posterior instrucción judicial. La Directiva, como es lógico, no distingue, por lo que sus previsiones han de aplicarse a toda la fase investigativa, incluida la policial, con independencia de nuestra separación de los espacios policial y judicial, lo que puede parecer disfuncional. Sin embargo, a poco que se reflexione, no lo es tanto, en la medida en que gradualmente la policía va disponiendo de mayores espacios autónomos investigativos (insistimos, no reglados, pero no por ello no existentes), tanto previos a la incoación del sumario como incluso paralelos, espacios en los que se llevan a efecto diligencias cuyo resultado puede determinar decisivamente el futuro del proceso. En este estado de cosas, lo disfuncional no es tanto la participación defensiva en ambos espacios investigativos, policial y judicial, sino, directamente, la conservación de este último escenario. Ello nos llevaría a otro debate.

Esta situación genera frecuentes dificultades interpretativas. De todo, al menos, cabe extraer una conclusión: salvo que aceptemos como inevitable un creciente y gradual ensanchamiento de los espacios de incertidumbre en nuestro modelo procesal, es inaplazable una reforma global de la Lecrim con un modelo de investigación definido.

4. Ámbito de aplicación del derecho a la asistencia letrada

4.1. *Ámbito subjetivo*

a) Sospechosos y acusados en procesos penales (artículo 2.1)

La Directiva restringe el derecho a la asistencia letrada a los sospechosos y acusados en procesos penales, frente a nuestro modelo, en el que se reconoce, en todo caso, a cualquier persona privada de libertad, por exigencia constitucional (artículo 17.3 CE).

La LO 13/2015, aprovechó el contexto de la reforma para operar una modificación terminológica en su artículo único 21, bajo el epígrafe “sustitución de términos”. En síntesis, tras la modificación legal³ ha de emplearse el término de “investigado” para toda persona sujeta al proceso antes de que se haya dictado resolución judicial de atribución delictiva indiciaria, “encausado”, cuando se haya dictado esa resolución, y “acusado”, una vez se hayan presentado los escritos de conclusiones provisionales. A nadie escapa el objetivo último pretendido de abrogar la fórmula de “imputado”, por las connotaciones peyorativas que últimamente había adquirido. No existe, sin embargo una palabra (entendida como sucesión de sonidos emitido por el aparato fonador humano) perfecta para cada cosa. El problema no se encuentra en la fórmula lingüística sino en el uso que de ella se haga, y la realidad mediática demuestra una inversión de las reglas de publicidad de las actuaciones procesales: la fase investigativa se ha acabado convirtiendo en una casa de cristal, por lo que, cuando llega el juicio oral, se ha perdido todo interés; lo que, unido a una deficiente asunción del principio de presunción de inocencia como regla de tratamiento, ha provocado un efecto demoledor sobre la persona sujeta al proceso. Tal vez sea preferible volcar la atención sobre estas prácticas a hacerlo sobre el lenguaje.

En cualquier caso, la diferenciación categórica entre investigados y encausados (desconocida en la mayoría de Estados Miembros), parece que consagra el anómico espacio de investigación policial autónoma.

b) Personas sujetas a ODE (artículo 2.2)

La Directiva establece el derecho a la asistencia letrada en el Estado de ejecución sin demora tras la privación de libertad. Al mismo tiempo, reconoce el derecho del sujeto a la ODE a designar letrado en el Estado de emisión. A tal efecto, las autoridades competentes del Estado de ejecución informarán a la persona reclamada del derecho a designar letrado en el Estado de emisión, y, en su caso, comunicarán a las autoridades competentes de este último Estado de la petición realizada. Acto seguido, las autoridades competentes del Estado de emisión deberán suministrar a la persona reclamada la información que le facilite la designación de un letrado de ese Estado. En cualquier caso, la solicitud de letrado en el Estado de emisión no suspenderá los plazos del procedimiento, en particular, para resolver sobre la entrega.

Ni la LO 13/2015, ni la Ley 13/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE contiene mención alguna a este respecto, lo que supone una laguna en la

³ Marchena Gómez, Manuel y González-Cuellar Serrano, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Madrid. Castillo de Luna Ediciones Jurídicas. 2015.

transposición, si bien puede ser perfectamente integrada aplicando directamente, por su eficacia vertical, el contenido de la Directiva. Ello significa que:

a) Como Estado de emisión de una ODE, será imprescindible implementar un trámite de designa de letrado, si el reclamado no lo tuviera, una vez producida la detención, así como facilitar la comunicación entre el primero y el letrado del Estado de ejecución

b) Como Estado de ejecución de una ODE, será necesario implementar un trámite para que el detenido pueda designar letrado en el Estado de emisión, así como facilitar la comunicación entre éste y el letrado del Estado de emisión.

c) Testigos sospechosos (artículo 2.3)

La Directiva se aplica “...a las personas que no sean sospechosas ni acusadas y que pasen a serlo en el curso de un interrogatorio por la policía...”. A tal efecto, “En caso de que una persona que no sea sospechoso ni acusado, por ejemplo un testigo, se convierta en sospechoso o acusado, dicha persona debe gozar de protección contra la autoinculpación y tener derecho a guardar silencio, según lo confirma la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por tanto, la presente Directiva hace referencia expresa a la situación concreta en que esa persona se convierte en sospechoso o acusado, en el curso del interrogatorio por parte de la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad en el contexto de un proceso penal. En caso de que, en el curso de tal interrogatorio, una persona que no sea sospechoso ni acusado se convierta en sospechoso o acusado, se ha de suspender de inmediato todo interrogatorio. No obstante, el interrogatorio puede proseguir si se ha informado a la persona de que se trate de que es sospechoso o acusado y si puede ejercer plenamente los derechos que se otorgan en la presente Directiva” (Considerando 21).

LO 13/2015 no contiene ninguna referencia a la cuestión. No obstante, estimamos que la Directiva obliga a reinterpretar el artículo 418 Lecrim (“Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar...a algunas de las personas que contempla el artículo 416...”) extendiendo la aplicación al propio testigo, ya que es patente que la norma es una medida preventiva de prácticas abusivas.

Desde la perspectiva probatoria, la jurisprudencia constitucional es clara sobre la materia. Así, las SSTC 37/89, 135/89, 129/96 y 149/97, entre otras, se han pronunciado sobre la invalidez de las declaraciones del testigo cuando debió ser inculpado, dado el diferente estatuto procesal de una y otra figura, reflejo probatorio del que cabe encontrar eco en el artículo 12.2 de la Directiva y el Considerando 50.

Sea como fuere, ante la laguna regulativa, que se extiende a otros problemas no menores tales como la insuficiente regulación de la detención del testigo, puesta de relieve por la STS 399/2016, y otros problemas prácticos que en la praxis se advierten (v.gr: condición en que declara el coacusado ya enjuiciado en el juicio posterior del coacusado) convendría abordar la regulación del estatuto de la persona que interviene en el proceso penal como testigo.

Sobre esta materia, es de especial interés la STEDH dictada por la Gran Sala en fecha 13 de septiembre de 2016 en el caso Ibrahim y otros contra el Reino Unido. Con ocasión

de los atentados terroristas del metro de Londres en julio de 2005, fueron condenadas varias personas por su participación en los hechos. Tres de los cuatro demandantes ante el TEDH plantearon que fueron privados del derecho a la asistencia letrada desde el inicio de las actuaciones y que prestaron declaración ante la policía sin asesoramiento legal, por lo que se vulneró su derecho a un proceso equitativo. El Tribunal, por el contrario, estimó que dado que en el contexto en que se produjeron los hechos existía un riesgo serio para la vida y seguridad de los ciudadanos ante posibles ataques suicidas, existían razones excepcionales que justificaban la privación del derecho a la asistencia letrada en los primeros momentos de la detención. Esta excepción, ha encontrado consagración en la Directiva (artículos 3.6 y 8).

Por lo que ahora nos interesa, el cuarto demandante fue interrogado al principio como testigo, y proporcionó información autoinculpatoria. Al terminar la declaración, fue detenido, acusado y su testimonio escrito fue empleado como prueba de cargo, lo que permitió condenarle a 10 años de prisión. El demandante solicitó la exclusión de su testimonio del cuadro probatorio. El Tribunal estimó la demanda. Entendió que el interrogatorio policial debió suspenderse y que, aun pudiendo haber estado justificada la excepción al derecho a la asistencia letrada, debió advertírsele de que pasaba a tender condición de sospechoso y que le asistía el derecho a guardar silencio. La sentencia afirma que en casos difíciles, como los de terrorismo, las Partes deben demostrar su compromiso con los derechos humanos. En particular, destaca que la persona investigada se encuentra en una posición especialmente vulnerable al inicio de la investigación, lo que, unido al hecho de que algunas leyes nacionales atribuyan valor probatorio a las declaraciones prestadas en esos momentos, exige un fuerte compromiso para garantizar los derechos reconocidos en el CEDH. Afirma, en consecuencia, vulnerado el derecho a un juicio justo.

d) Sujetos especialmente vulnerables

El artículo 13 de la Directiva señala que en esta materia habrán de tomarse en consideración las necesidades específicas de los sospechosos y acusados que sean vulnerables.

En esta línea, el artículo 118.3 Lecrim, tras afirmar que para actuar en el proceso las personas investigadas deben ser defendidas por abogado, señala que *"Se les designará de oficio, en todo caso, cuando no tuvieran aptitud para solicitarlo"*. El primer interrogante que suscita el precepto es el alcance de la mención. El segundo, es si ha de interpretarse en el sentido de excluir en tales casos la designación del letrado de confianza. La dicción literal del artículo 520.4 Lecrim permite descartar, para el segundo interrogante, tal interpretación, pues señala lo siguiente: *"Si el detenido tuviera su capacidad modificada judicialmente, la información...se comunicará a quienes ejerzan la tutela o guarda del mismo, dando cuenta a la autoridad judicial"*, de lo que cabe extraer la consecuencia, de que la titularidad del derecho a designar letrado ha de transferirse al legal representante, quien optará, bien por el nombramiento de letrado de confianza, bien de oficio. Sin embargo, la redacción limita su alcance a quienes tengan *"judicialmente modificada"* la capacidad, lo que deja abierto el tratamiento a las personas con discapacidad psíquica no declarada, y refuerza la necesidad de reformar la Lecrim para regular la intervención en el proceso penal de la persona inculpada con tal discapacidad. A tal efecto, convendría partir del

principio de que, en la medida en que el letrado defensor no se encuentra en condiciones de asumir todas las cargas de la posición del inculcado (algunas de ellas son personalísimas), la titularidad del derecho a la información, así como la del derecho a la designación de letrado ha de transferirse bien al tutor o curador, si lo tuvieran designado, bien a un defensor judicial nombrado "ad hoc". Estimamos, en este sentido, insuficiente, pese a constituir un avance, la mención contenida en el artículo 118.1 último párrafo Lecrim.

Dicho estándar puede encontrarse en la jurisprudencia más reciente del TC. Así, en la STC 77/2014, de 22 de mayo, la condena del acusado en la instancia se produjo tras un juicio celebrado en ausencia, en el que el emplazamiento se entendió personalmente con el acusado quien presentaba una discapacidad psíquica. El TC entendió que la presencia de dicha discapacidad impide afirmar que la incomparecencia del acusado al acto del juicio fuera voluntaria e informada y que no precisara el "apoyo al que tienen derecho las personas discapacitadas", por lo que el órgano judicial incumplió el deber de llevar a cabo las "diligencias procedentes", lo que abre el interrogante acerca de cuáles haya de ser las mismas.

La respuesta puede rastrearse en la STC 50/2016, de 14 de marzo. Se trataba del internamiento urgente por razón de trastorno psiquiátrico de una persona al amparo del artículo 763 LEC. En la exploración judicial, el sujeto solicitó que se le designara letrado. Sin embargo, se dictó auto de ratificación del internamiento sin llevarlo a efecto, resolución que fue confirmada en apelación, pese al tenor del artículo

763.3 LEC ("*En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley*"). A tal efecto, este último precepto dispone que la persona afectada "*...puede comparecer ...con su propia defensa y representación. Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Secretario judicial les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado*").

El TC entiende que la defensa letrada constituye una exigencia estructural del proceso, y que su efectividad exige que el juez se dirija al afectado y le informe debidamente. El interesado, por su parte, podrán designar letrado de confianza o solicitar la designación de oficio, de modo que, si nada manifiesta, el Ministerio Fiscal asumirá la defensa, salvo que haya sido el promotor de la medida, en cuyo caso se nombrará defensor judicial para que le represente, quien, a su vez, designará letrado de confianza o solicitará la designación de letrado de oficio.

Entendemos que, en ausencia de regulación expresa, el déficit regulativo en la Lecrim puede ser integrado merced a la cláusula contenida en el artículo 4 LEC, aplicando la regulación civil, con la única salvedad relativa, como es lógico, a la posibilidad de que pueda el Ministerio Fiscal pueda asumir la defensa del inculcado.

4.2. *Ámbito objetivo*

a) Infracciones leves

La Directiva señala que la misma será aplicable a los procedimientos ante un tribunal competente en materia penal (art. 2.4), si bien quedan fuera del ámbito de aplicación las

infracciones leves cuando la autoridad que impone la sanción no es un tribunal penal y la sanción puede recurrirse o remitirse a un tribunal penal, aunque en tal caso se aplicará al proceso seguido ante el tribunal penal. A tal fin, el Considerando 13 señala que no se estima proceso penal el procedimiento relativo a infracciones leves cometidas en prisión. En todo caso, existe una cláusula de salvaguarda, conforme a la cual la Directiva siempre será de plena aplicación cuando se haya privado de libertad al sospechoso o acusado, independientemente de la fase en que se encuentre el proceso penal.

La LO 13/2015, en su artículo Único. Veinte. Modificó el apartado 1 del artículo 967, que quedó redactado del siguiente modo: “...*Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, para el enjuiciamiento de delitos leves que lleven aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos seis meses, se aplicarán las reglas generales de defensa y representación*”. Por lo tanto, para dichos delitos leves, se garantiza la defensa técnica necesaria, siendo facultativa en los demás casos. Por nuestra parte estimamos que, por los graves efectos que sobre la persona puede tener una condena por un delito leve tras la reforma operada en el CP por LO 1/2015⁴ (v.gr. antecedentes penales, toma en consideración para revocar la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, toma en consideración para aplicar determinados tipos penales agravados, etc...), habría sido conveniente garantizar la defensa letrada necesaria en todo caso.

No deja de ser llamativo, por otro lado, que pese a la vocación de precisión terminológica que llevó al legislador a suprimir la categoría de “imputado”, se utilice la categoría de “investigado” para la persona denunciada en el Juicio por Delito Leve. Y es que el legislador se introdujo en un callejón sin salida: optar por el término “investigado”, pese a que en el Juicio por Delito Leve no existe fase investigativa, o por el término “encausado”, en cuyo caso habría reconocido que el auto de señalamiento contiene una atribución interina de responsabilidad, lo que habría determinado la necesaria abstención para el enjuiciamiento del juez que lo dicta. Tal vez habría sido preferible conservar la tradicional categoría de “denunciado”, sin perjuicio de modificar un procedimiento aquejado de vicios estructurales.

b) Fase de ejecución

Según la Directiva, el derecho se aplica “*hasta la conclusión del proceso...hasta la decisión definitiva que determina si sospechoso o acusado ha cometido o no la infracción, incluida la imposición de condena y resolución de cualquier recurso...*” (art.1)

Por su parte, el artículo 118.2 Lecrim, tras la transposición, señala que “*El derecho de defensa se ejercerá...desde la atribución del hecho punible hasta la extinción de la pena*”. Indudablemente, se trata de una dicción más amplia que la de la Directiva, consagrando así una interpretación jurisprudencial consolidada acerca de la extensión temporal del derecho a la asistencia letrada. Ejemplo de ello, lo encontramos en la STS 840/2009, que examina un caso en el que en la instancia se rechazó la pretensión del penado de que se procediera a la refundición de condenas sin designarle previamente letrado. La Sala II estimó que, pese a la dicción literal del artículo 988 Lecrim (en la que

⁴ Vid: Hernández García, Javier y Ramírez Ortiz, José Luis. *Comentario a la reforma penal de 2015*. Pamplona. Aranzadi. 2015.

parece bastar el dictamen del Ministerio Fiscal para fijar el máximo de cumplimiento), el derecho a la defensa, del que forma parte inescindible el derecho a la asistencia letrada, no decae durante la fase de ejecución.

Y ello, sin dejar de advertir las graves disfunciones que en la práctica plantea la defensa discontinua ⁵, dado que en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, la asistencia se extiende sólo *"hasta la terminación del proceso en la instancia...y en su caso la ejecución de la sentencia siempre que las actuaciones en ésta se produjeran dentro de los dos años siguientes a la resolución judicial dictada en la instancia"* (artículo 31).

En cuanto a la materia penitenciaria, del tenor de la DA 5ª.9 LOPJ se desprende necesariamente el principio general de defensa letrada, ahora reforzado con la dicción del artículo 118.2 Lecrim.

5. Nacimiento del derecho a la asistencia letrada

5.1. Regulación en la Directiva

Según establece el artículo 3.2. de la Directiva: *"El sospechoso o acusado tendrá derecho a ser asistido por un letrado sin demora injustificada. En cualquier caso, el sospechoso o acusado tendrá derecho a ser asistido por un letrado a partir del momento que antes se produzca de entre los que se indican a continuación:*

a) antes de que el sospechoso o acusado sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales;

b) en el momento en que las autoridades de instrucción u otras autoridades competentes realicen una actuación de investigación o de obtención de pruebas con arreglo al apartado 3, letra c) (es decir, ruedas, careos o reconstrucciones de hechos)

c) sin demora injustificada tras la privación de libertad;

d) con la suficiente antelación antes de que el sospechoso o acusado citado a personarse ante el tribunal competente en materia penal se presente ante dicho tribunal"

La Directiva también señala que *"En circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, los Estados miembros podrán dejar de aplicar temporalmente lo dispuesto en este apartado, en caso de que la lejanía geográfica de un sospechoso o acusado imposibilite el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado sin demora injustificada tras la privación de libertad"* (artículo 3.5), si bien, en tal caso no podrá interrogarse al sujeto (Considerando 30)

5.2. Regulación en la Lecrim

El artículo 118.1 Lecrim enuncia la regla general. Así, *"A quien se atribuya un hecho punible puede ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento"*. Esto es, la atribución provisiona o

⁵ Puestos de relieve por Hernández García, Javier, en la obra colectiva *Hacia un nuevo proceso penal* en el capítulo El estatuto del defensor en el proceso penal. Manuales de Formación Continuada 32-2005. Consejo General del Poder Judicial.

interina de responsabilidad, expresa o derivada de actos concluyentes, activa el derecho. A tal fin, el artículo 118.3 Lecrim, señala que *"Para actuar en el proceso, las personas investigadas deberán ser... defendidas por abogado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para hacerlo. Si no hubiesen designado...abogado, se les requerirá para que lo haga no se les nombrará de oficio si, requeridos, no lo nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquellos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación"*.

En el ámbito del procedimiento abreviado, el artículo 767 Lecrim señala, igualmente, con fórmula más clara que *"Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal, o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado"*.

En caso de detención, el artículo 520.5 Lecrim contiene una regla especial sobre el modo de activar el derecho en supuestos excepcionales. Así: *"En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible"*.

Dicha norma se encuentra relacionada con el supuesto contemplado en el artículo 520 ter, que permite, también excepcionalmente, la "puesta a disposición judicial telemática". Según el artículo: *"...a los detenidos en espacios marinos por la presunta comisión de los delitos contemplados en el artículo 23.4 LOPJ, les serán aplicados los derechos reconocidos en este capítulo en la medida en que resulten compatibles con los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención, debiendo ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial competente tan pronto como sea posible, sin que quepa exceder del plazo máximo de 72 horas. La puesta a disposición judicial podrá realizarse por los medios telemáticos de los que disponga el buque cuando por razón de la distancia o situación de aislamiento no sea posible llevar a los detenidos a presencia física de la autoridad judicial dentro del indicado plazo"*.

Se sigue así la doctrina jurisprudencial contenida en la STC 21/1997, de 10 de febrero, en la que se examinó un supuesto en el que no cabía la puesta a disposición judicial física de las personas detenidas en un buque en alta mar en el plazo de 72 horas, y en la que se concluyó que *"...el sentido y la finalidad de esta exigencia constitucional no requiere incondicionalmente la presencia física del detenido ante el Juez –aunque ello debe constituir la forma normal...–, sino que la persona privada de libertad, transcurrido el plazo de las 72 horas, no continúe sujeta a las autoridades que practicaron la detención, y quede bajo el control y decisión del órgano judicial competente, garante de la libertad que el artículo 17.1 reconoce"*.

5.3. La jurisprudencia de la Sala II. La STS 980/2016

La sección sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona absolvió a un agente de la policía acusado de falsificar cuatro denuncias. A tal efecto, la principal prueba de cargo

(el dictamen pericial grafológico) fue excluida del acervo probatorio sobre la base del hecho de que el cuerpo de escritura se había confeccionado por el acusado sin estar asistido de letrado en la fase de investigación preliminar de la Fiscalía. Durante tal etapa, la persona investigada fue informada del derecho a ser asistido de letrado, y renunció a él. La Audiencia Provincial excluyó la prueba, además de por el déficit del derecho de defensa, con el argumento de que se trataba de un mero acto investigativo.

La Sala II desestimó el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal afirmando que las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal no constituían actos de prueba, por lo que agotaban su virtualidad en la investigación para servir de apoyo a la denuncia o al archivo de las actuaciones. Por otro lado, sostuvo que, en todo caso, la investigación de cualquier persona es expresión del poder del Estado, por lo que ha de ajustarse a los límites del sistema constitucional, de ahí que no quepa diferenciar el régimen de garantías del “investigado” (judicial) del “preinvestigado” (por el Ministerio Fiscal o la policía). La sentencia cita la Directiva 2016/343/UE, relativa a la presunción de inocencia, entendiendo que sus previsiones son aplicables a todas las fases del proceso penal, desde el momento en que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal.

La sentencia parece independizar el aspecto probatorio del aspecto de garantía, pese a que, con frecuencia, van íntimamente vinculados. En síntesis, se sostiene que la asistencia letrada durante la fase investigativa “pre-judicial” es inexcusable, y que se activa con la inculpación, con independencia de cualquier otra consideración. Pero, además, se asevera que ninguna diligencia llevada a cabo durante dicha fase constituye un acto de prueba.

Estimamos que esta sentencia constituye otro ejemplo de la necesidad urgente de abordar integralmente la reforma del proceso penal, dado que las afirmaciones abren diversos interrogantes.

En primer lugar, si, como se afirma, la investigación de cualquier persona es expresión del poder del Estado, por lo que no cabe diferenciar el régimen de garantías del “investigado” (judicial) del “preinvestigado” (por el Ministerio Fiscal o la policía), desde la perspectiva del derecho de defensa no cabría establecer diferencias entre la fase investigativa policial y la judicial, con lo que, ante la situación de anomia, el articulado de la Lecrim habría de ser interpretado en el sentido de permitir, como regla, la asistencia letrada en todos los actos policiales investigativos, una vez se haya producido la inculpación.

En segundo lugar, y aunque cupiera poner en tela de juicio una afirmación como la anterior, de lo que no cabría duda es de que, una vez incoado un proceso judicial, en las “actuaciones policiales autónomas” con reflejo sobre aquél (v.gr. los atestados ampliatorios que contienen nuevas diligencias practicadas) devendría obligado permitir la intervención del letrado, a salvo, como en el caso anterior, los supuestos excepcionales de declaración de secreto o de restricción del acceso al expediente a los que luego nos referiremos.

La plena apertura de la investigación policial a la defensa, posibilitando la intervención contradictoria no está exenta de problemas. Como expone Schünemann ⁶, puede dar lugar a la ineficacia de las investigaciones. Pero, del mismo modo, puede dar lugar a que se generalice la práctica de que se trasladen los resultados probatorios de la investigación

6 Schünemann, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Madrid. Dykinson. 2005.

al juicio oral, pues si ha existido contradicción o posibilidad de contradicción, ninguna indefensión ulterior puede producirse. Esta afirmación, que recorre la jurisprudencia del TEDH, permitiendo el rescate de declaraciones de la fase investigativa debe cuestionarse necesariamente, pues la verdadera contradicción es la que se produce en juicio oral, cuando se ha articulado la hipótesis acusatoria y se tiene constancia de los medios de prueba que se llevarán a efecto para justificarla, y no en la fase de investigación, cuando se está elaborando la hipótesis inculpatoria y se están buscando elementos probatorios provisionales para sustentarla. En otros términos, no son equivalentes los contextos de investigación y de enjuiciamiento, pues los primeros son de descubrimiento y los segundos de verificación.

En esta línea, nuestro modelo procesal es todavía más problemático, como evidencia la sentencia que nos ocupa. En síntesis, de la afirmación categórica de que las diligencias preprocesales no son en ningún caso actos de prueba cabe, a contrario, deducir que las diligencias de investigación judiciales podrían serlo. Y lo cierto es que éstas plantean problemas muy similares a aquéllas, pues nunca serán plenamente contradictorias y, por más que en ellas intervenga formalmente un juez, el sujeto institucional sólo conserva de este concepto el nombre, pues funcionalmente carece de imparcialidad, en tanto que toma partido por una hipótesis inculpatoria que intenta apoyar con diligencias que puede ordenar de oficio. Por tanto, en cuanto a la función que efectivamente desempeña, poco le distingue de las figuras del fiscal o policía.

En cualquier caso, al referido resultado paradójico (a mayores garantías –presencia letrada–, menores garantías –atribución de valor probatorio de cargo–), puede añadirse otra consecuencia: que se opte por anticipar las investigaciones a estadios no contradictorios, sumiendo en el espacio de la inteligencia policial, en el magma de lo preventivo-prospectivo, actividades e informaciones que debieran haber aflorado al espacio de la actividad reactiva.

Como vemos, los desajustes derivados de la indefinición del modelo se multiplican.

5.4. La jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU. La sentencia dictada en el caso *Rothgery vs. Gillespie County*, Corte Suprema US (2008). El concepto de “etapa clave”.

La 6ª Enmienda de la Constitución norteamericana reconoce el derecho “del acusado” a la asistencia letrada en todos los “procesos penales”. Dicho derecho no se contempla hasta el momento en que se presenta la acusación. En el supuesto examinado por la corte se planteaba si, una vez celebrada la comparecencia ante el juez para determinar si hay “causa probable” contra la persona investigada, a la vista de la declaración jurada de un funcionario policial, debía proveerse inmediatamente a la designación de letrado para preparar la defensa.

La Corte respondió afirmativamente partiendo de una interpretación sustancial del concepto de “acusación”, entendiendo por tal el momento en el que la persona sujeta al proceso “se enfrenta a las diferentes instituciones acusatorias de una sociedad organizada y se ve inmerso en las complejidades del derecho penal desde punto de vista procesal y sustantivo”. Ello tiene lugar, necesariamente, tras la acusación formal del Ministerio

Fiscal, pero también tras la vista en cuestión, pues esa comparecencia inicial ante al órgano judicial, en el que se produce la información provisional de cargos, marca el inicio de las actuaciones judiciales adversariales que activan el derecho al abogado defensor.

Pero, además, la sentencia alude a otra noción básica en el proceso penal norteamericano: la "etapa clave". Así, se sostiene que determinadas situaciones anteriores al juicio pueden ser muy perjudiciales para el acusado, por lo que en tales etapas, con independencia del momento temporal en el que se produzcan (por lo general, serán posteriores a la comparecencia para determinar si hay "causa probable", pero podrían ser anteriores), debe garantizarse la asistencia letrada, pues, de lo contrario, la asistencia en el juicio no sería "efectiva", ya que llegaría demasiado tarde. Como paradigmas de "etapas clave" se señala el reconocimiento en rueda, "...ya que la confrontación exigida por el Estado entre el acusado y la víctima del delito para obtener la identificación está plagada de peligros y factores variables que podrían atentar contra el derecho al juicio justo". Del mismo modo, los interrogatorios de la persona investigada que preceden el juicio, o el examen psiquiátrico de la persona investigada previa al juicio. En síntesis, en el momento en que se produzcan actuaciones que tengan potencialidad para determinar el resultado del juicio se hace indispensable la activación del derecho.

Pero ello, frente a la posición minoritaria sostenida en el voto particular, no significa que, con independencia de que nos podamos encontrar frente a una "etapa clave" pueda activarse el derecho en otros supuestos.

De lo anterior se desprende el modo en que inevitablemente se entrecruzan aspectos probatorios y de garantía, lo que es inevitable cuando el sujeto pasivo del proceso es, en cierto modo, objeto de investigación y enjuiciamiento. De ahí deriva que el derecho de defensa tiene por objeto preparar adecuadamente la posición de la persona sujeta al proceso frente a la acusación, lo que exige anticipar la asistencia letrada (sin la cual el derecho de defensa simplemente se desvanece) al momento en que el Estado atribuye a una persona, expresamente o por actos concluyentes, la comisión de un hecho delictivo. Pero también se deriva que tal derecho se orienta a evitar que los sesgos propios del investigador (o malas praxis deliberadas) contaminen unilateralmente de contenido incriminatorio las fuentes de prueba.

6. El principio general de efectividad de la asistencia letrada

6.1. *La efectividad de la asistencia letrada*

Como se ha anticipado antes, el derecho a la asistencia letrada no es sólo un aspecto más del más amplio derecho de defensa. Constituye un aspecto central del mismo, una verdadera "*conditio sine qua non*" de éste. Por más garante de derechos que pueda presumirse al juez en el modelo ideal de Estado constitucional, a menos que nos seduzca la idea totalitaria de un Estado benefactor, al modo hegeliano, se hace imprescindible la presencia de un sujeto institucional (público o privado) cuya exclusiva función sea la de garantizar los intereses particulares y la indemnidad de la posición jurídica de la persona sujeta al proceso penal.

El TEDH ha construido la idea de efectividad del derecho de defensa, partiendo de la premisa de que los órganos judiciales vienen obligados no sólo a velar por el cumplimien-

to formal de las reglas procedimentales, sino también a garantizar la efectividad práctica del derecho de defensa, de modo que el simple nombramiento de letrado defensor no agota por sí solo la efectividad de la defensa que debe procurarse a la persona investigada o acusada. La garantía de tal efectividad compete, de otro lado, tanto a los poderes públicos como a los letrados a los que se encomienda la asistencia.

En esta dirección, la Directiva señala en su artículo 3.1 que *“Los Estados miembros velarán por que los sospechosos y acusados tengan derecho a ser asistidos por un letrado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva”*

Dicho precepto es expresamente citado por la STS 821/2016. La Audiencia Provincial condenó a una persona acusada por un delito de apropiación indebida cometido en Irún. La investigación se sustanció ante un Juzgado de dicha localidad y el juicio oral tuvo lugar ante la Audiencia Provincial de Guipúzcoa. El acusado residía en Andalucía, y de la STS cabe inferir que declaró como imputado en su lugar de residencia por exhorto, de modo que el letrado que le asistió en dicho acto no volvió a intervenir en el procedimiento. Tras el dictado del denominado auto de procedimiento abreviado, se designó letrado de oficio, sin conocimiento de la persona investigada, a la que no se notificaron ni la referida resolución, ni el auto de apertura de juicio oral, por lo que no hubo emplazamiento personal. La primera ocasión que tuvo con el abogado designado fue momentos antes del juicio, pues fue conducido al Tribunal directamente desde un centro penitenciario en Cádiz. En esta tesitura, renunció al letrado de oficio solicitando la suspensión del señalamiento, petición que fue rechazada.

La Sala II anuló el juicio con retroacción de las actuaciones al momento del dictado del auto de procedimiento abreviado para que se notificara personalmente al encausado. A tal fin, señaló que la efectividad del derecho de defensa exigía, al menos, un grado de comunicación entre el acusado y su letrado que permitiera al primero conocer el contenido de la acusación y las pruebas en su contra, así como poder proporcionar al segundo instrumentos necesarios para que pudiera articular la defensa del primero.

La expresada resolución, pese a la existencia de otras de la misma Sala que minimizan la relevancia del emplazamiento personal de la persona acusada tras el dictado del auto de apertura de juicio oral, debe obligar a reconsiderar, a la luz de la Directiva, dicha praxis judicial. El emplazamiento personal es conveniente en la medida en que tras el dictado de la referida resolución se produce un relevante cambio en el estatus de la persona encausada, que pasa a ser acusada, lo que exige un especial cuidado para evitar posibles mermas en el derecho de defensa, máxime en los supuestos de defensa discontinua, como el que nos ocupa.

Pero, además, desde el punto de vista del derecho positivo, el artículo 784.1 Lecrim dispone: *“Abierto juicio oral, se emplazará al imputado, con entrega de copia de los escritos de acusación, para que en el plazo de tres días comparezca en la causa con abogado que le defienda y procurador que le represente...Cumplido este trámite, se dará traslado de las actuaciones originales, o mediante fotocopia, a los designados como acusados y terceros responsables en los escritos de acusación, para que en el plazo común de 10 días presenten escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas.”* Por su parte, el artículo 784.4 Lecrim señala: *“Si, abierto el juicio oral, los acusados se hallaren en ignorado paradero y no hubieran hecho la designación de domicilio a que se refiere el*

artículo 775 y, en cualquier caso, si la pena solicitada excediera de los límites establecidos en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 786, se mandará expedir requisitoria para su llamamiento y busca, declarándolos rebeldes, si no comparecieren o no fueren hallados, con los efectos prevenidos en esta ley". Podrá discutirse si en los casos en los que el acusado se hallase en ignorado paradero tras las averiguaciones oportunas, se hubiere intentado el emplazamiento en el domicilio o persona que el acusado designó para citaciones –artículo 775 Lecrim– y la pena solicitada por las acusaciones no excediera de los dos años de privación de libertad o fuere de distinta naturaleza siempre que no exceda de seis años, podría darse por verificado el trámite de emplazamiento personal sin adoptar otras medidas. Ahora bien, lo que no admite ninguna duda es que si la pena excede de los señalados límites, es incuestionable la necesidad del emplazamiento personal, ya que, de no ser hallado, procederá la busca y captura del acusado y si resulta infructuosa, su declaración de rebeldía, por exigirlo el artículo 784.4 Lecrim. Frente a ello, lo que, a nuestro juicio, constituye una praxis inaceptable, en términos constitucionales, es la de prescindir de todo intento de emplazamiento, incumpliendo los mandatos contenidos en los preceptos citados, para designar de oficio Procurador, notificar a dicho profesional el auto de apertura de Juicio Oral y continuar con la tramitación dando por cumplido un trámite esencial para el derecho de defensa que nunca llegó a practicarse. Adviértase que la ausencia del emplazamiento del acusado puede provocar el perjuicio derivado de la imposibilidad de conocer la acusación. Ciertamente, tal praxis deriva de otra, no menos sintomática del estado de nuestra legislación: la de anular la ineficacia de los actos procesales a la prueba de la existencia de indefensión material. Tal praxis acaba haciendo ineficaz la regla procesal, pues siempre cabrá en un momento ulterior realizar una valoración material para inaplicarla.

Por otra parte, la resolución pone igualmente el acento sobre las disfunciones de la defensa discontinua, no fáciles de abordar.

6.2. La defensa discontinua

El problema se suscita cuando el momento en que se produce el nombramiento definitivo del letrado de oficio es tardío, ya que al acusado le habrá asistido más de un letrado en las distintas diligencias. En el proyecto de LO 7/88, se propuso, para dar solución al problema, introducir una regla con la siguiente formulación: "*El abogado designado (de oficio) continuará prestando asistencia jurídica hasta la finalización del proceso, salvo nombramiento de uno de su elección por el imputado...*". Sin embargo, no acabó incorporándose a la regulación legal. La Directiva impone, en cualquier caso, el reconocimiento no sólo a la asistencia letrada eficaz sino a la asistencia letrada "*Con la suficiente antelación antes de ser citado ante un Tribunal*", lo que ha de conjugarse y ponderarse en cada caso cuando se plantea la cuestión, bien durante el trámite, bien en el juicio oral.

6.3. La renuncia al letrado en el acto de la vista

La STS antes citada, en línea con una doctrina consolidada aborda la cuestión, relacionada con el principio de efectividad de la asistencia letrada. Así, afirma que el derecho

de defensa incluye el derecho a ser defendido por letrado de confianza, y que, por ello, faculta a cambiar de letrado cuando se pierde la confianza, así como al de renunciar al designado de oficio por estimarse insuficientemente defendido para nombrar letrado de confianza. Ahora bien, del mismo modo se afirma que el alcance del derecho ha de modularse para evitar usos o ejercicios abusivos proscritos por el artículo 11.1 LOPJ. A tal efecto, el canon de valoración relevante para determinar si se produce o no vulneración del derecho de defensa es si el acusado ha dispuesto o no de “defensa efectiva”, de modo que en aquéllos casos en los que las supuestas carencias de defensa sean absolutamente irrelevantes, en los que se advierta la existencia de estrategias puramente dilatorias o cuando se trate de un supuesto de desidia calculada con la finalidad de provocar la suspensión del juicio para demorar la finalización del proceso, cabe rechazar la pretensión.

6.4. La falta de transcripción de las grabaciones de las declaraciones practicadas en sede investigativa y la “defensa eficaz”

Desde hace tiempo, en algunos territorios se ha generalizado en los Juzgados de Instrucción la práctica de grabar en soporte audiovisual todas las declaraciones sumariales seguida de la omisión de la documentación de dichas diligencias mediante las correspondientes actas escritas, en el entendido de que el CD que incorpora la grabación del acto o el volcado de la grabación en el sistema informático correspondiente impedían la documentación escrita por disponerlo el artículo 230.3 LOPJ.

Lo cierto es que el artículo 230 LOPJ condiciona la utilización de los medios audiovisuales a lo que dispongan las leyes que resulten de aplicación. Y, en tal sentido, en el ámbito de la fase instructora, no existe una norma general equivalente a la contemplada en el artículo 743.5 Lecrim para el juicio oral. Por el contrario, la grabación constituye la excepción, como con claridad resulta de las reglas contenidas en los artículos 777.2 y 797.2 Lecrim, que permite, como alternativa al acta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia, en los casos de prueba preconstituida, la documentación en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. En la misma línea ha de entenderse la referencia contenida en el artículo 433 Lecrim in fine que, lógicamente, ha de estimarse referida al caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, con falta de madurez.

Ello no es fortuito, sino coherente con la especificidad de la fase de investigación (elaboración de la hipótesis inculpatoria), conceptualmente distinta de la fase de juicio oral (verificación de la hipótesis acusatoria), lo que justifica el diferente tratamiento probatorio de lo actuado en cada fase (científicamente no cabe ninguna duda de que lo que sirve para elaborar una hipótesis no puede servir para confirmarla) y, en consecuencia, el diferente tratamiento de la correspondiente documentación.

El tratamiento unitario del modo de documentar las diligencias de investigación y la prueba practicada en el juicio oral es gravemente distorsionador.

Desde el punto de vista de la eficacia, la ausencia de documentación escrita dificulta notablemente el manejo de la información, lo que obliga a tener que visualizar en tiempo real todas y cada una de las declaraciones prestadas para resolver todas y cada una de

las múltiples incidencias que pueden presentarse en la instrucción (cambios en la persona del juez instructor, resolución de recursos interpuestos frente a resoluciones dictadas, etc), frente al más ágil manejo de las actas escritas. Pensemos qué podría suponer si las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado optaran por presentar ante los Juzgados de Instrucción sus atestados en formato digital sin transcripción de las declaraciones.

Ello tiene también un coste en términos de garantías y en los derechos constitucionales del proceso debido. Desde la perspectiva de las acusaciones, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse gravemente comprometido al verse desproporcionadamente dificultada su labor. Pero, desde la perspectiva del derecho de defensa, lo mismo ocurriría respecto de las personas investigadas, pues las condiciones de eficacia preparatoria de la defensa quedarían seriamente mermadas, ya que no se pueden garantizar en modo alguno mediante una información sumarial volcada solo en formato audiovisual. En definitiva, puede resultar imposible cohonestar, hilar, construir argumentativamente y, desde luego, controlar la coherencia o persistencia del relato plenario ex artículo 714 Lecrim. Cabría objetar que las partes bien pueden transcribir tales declaraciones, pero en un contexto de escasez de medios personales, ello provocaría mayores dilaciones en la tramitación. Por otro lado, no podemos cerrar los ojos a una realidad sociológica: en la mayor parte de los procesos, las personas investigadas disponen de pocos recursos económicos; pero hay otras causas en las que lo que sucede es justamente lo contrario, esto es, en determinados ámbitos delincuenciales, se da la particularidad de que el perfil del investigado es el de un sujeto con grandes recursos económicos. Ello, al final, abocaría al fomento de la desigualdad dentro del espacio procesal, pues los investigados con medios siempre podrían procurarse las transcripciones, mientras que los investigados sin ellos no tendrían acceso a las mismas.

Todo ello, sin perjuicio de poner de relieve la práctica imposibilidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 714 Lecrim, en caso de discordancias entre las declaraciones sumariales y las vertidas en juicio oral. Precepto, que cuya redacción ha permanecido inalterada pese a que en el último año el legislador ha reformado en tres ocasiones el Código Procesal. Si a todo ello se suma que las reformas operadas por las LLOO 5/2015 y 13/2015 contienen diversas referencias al derecho del letrado a hacer consignar “en acta” cualquier incidencia que haya tenido lugar durante el interrogatorio, cabe concluir que la referida praxis, además, de poner en riesgo el principio de efectividad de la asistencia letrada, carece de sustento legal

6.5. *La definición de “letrado”*

Conforme al Considerando 15 tiene la consideración de Letrado “...cualquier persona que, con arreglo al Derecho nacional, esté cualificada y facultada, también mediante su acreditación por parte de un órgano autorizado, para prestar asesoramiento y asistencia jurídicos a sospechosos o acusados”. Ello no deja de tener relevancia dada la laxitud del enunciado, que puede amparar la existencia de “letrados” a los efectos de la Directiva, que no hayan concluido una carrera universitaria de Derecho.

Estimamos que, en el ámbito de la cooperación judicial la garantía del derecho a la asistencia “eficaz” exigiría, como buena práctica, que si se pretende dotar de eficacia

probatoria a una diligencia llevada a cabo en otro Estado con presencia de letrado, se verifique en el caso concreto la cualificación real reunida por el letrado más allá de su designación nominal.

7. La asistencia letrada en la fase investigativa policial

7.1. *Asistencia letrada en la fase investigativa policial: fundamentos*

Una tesis restrictiva vincula la asistencia letrada en esta fase con el hecho de la privación de libertad, esto es, con la detención. Desde esta perspectiva, la finalidad de la asistencia letrada al detenido tiene como fin exclusivo la garantía de la libertad (17.3 CE), de ahí que la función del Letrado se limite a proteger y amparar la libertad física de la persona privada de libertad. Ello justifica la existencia de limitaciones a la intervención del letrado tales como la prohibición de la entrevista previa, la prohibición de la intervención activa en el interrogatorio o la prohibición de acceso al expediente policial. Tal tesis encuentra eco en la jurisprudencia del TC desde la STC 196/87.

Para los defensores de la tesis amplia la finalidad de la asistencia letrada no es sólo proteger el derecho a la libertad, sino también desvirtuar la imputación. Entra en juego, por tanto, no sólo el artículo 17.3 CE sino también el artículo 24.2 CE. En apoyo de dicha tesis se afirma que la dicción del primer precepto ("*Se garantiza asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca*") no limita el número de diligencias en las que cabe exigir la asistencia letrada, por lo que no necesariamente ha de limitarse a las diligencias de declaración y reconocimiento de identidad, que constituye sólo mínimos irrenunciables. Consecuentemente, debe reconocerse al letrado el derecho de acceso a todas las diligencias practicadas durante la detención, pues sólo así podrá desvirtuar la acusación. Pero también, a la entrevista reservada antes de la declaración, como medio para realizar debidamente la labor de asesoramiento. Del mismo modo, debe reconocerse el derecho a participar activamente en la declaración de la persona investigada, y de proponer diligencias e intervenir en ellas.

La transposición de la Directiva parece decantarse por la tesis amplia, como veremos.

7.2. *Derecho a la entrevista reservada antes del interrogatorio*

Conforme al artículo 118.2 Lecrim "*El derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado...con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial...y que estará presente en todas sus declaraciones así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos*".

En esta línea, y respecto del interrogatorio judicial en el ámbito del procedimiento abreviado, el artículo 775.2 Lecrim señala "*Tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado...*".

Se trata de una relevante modificación exigida por la Directiva, pues con anterioridad se admitía pacíficamente, ante la falta de regulación expresa, que no cabía la entrevista reservada previa a la declaración policial, diferencia de tratamiento que nunca dispuso

de una argumentación de apoyo convincente. La entrevista reservada se orienta, como advertimos con anterioridad, no sólo a prestar el debido asesoramiento, sino también a convertir el interrogatorio en un instrumento defensivo, reduciendo su tradicional orientación inquisitiva. Orientación inquisitiva que, además, reforzaba la inadecuada praxis judicial que se limitaba a preguntar a la persona imputada en la primera declaración en sede jurisdiccional si se “ratificaba” en la declaración policial.

Sobre esta materia es de interés la STEDH AT contra Luxemburgo, de 9 de abril de 2015. El demandante fue condenado como autor de un delito de violación. En su primer interrogatorio policial solicitó la designación de letrado, si bien, una vez leídos los cargos, aceptó a responder a las preguntas que se le formularon sin letrado. Al día siguiente prestó declaración ante el juez, sin que esté claro si pudo comunicarse con su letrado antes de prestar declaración, duda que la legislación luxemburguesa no permitía disipar. El Tribunal estimó que toda persona sospechosa debe tener la oportunidad de ser defendida por Letrado desde detención y de entrevistarse con él antes de los interrogatorios. En particular, destaca la complejidad de las normas procesales y los posibles usos probatorios de tales declaraciones. En esta línea, afirma que toda renuncia al derecho ha de ser inequívoca. En consecuencia, al haberse tomado en consideración las declaraciones prestadas para fundar la sentencia de condena, y comoquiera que la normativa nacional no regulaba la entrevista previa con el letrado, se estimó vulnerado el derecho a un proceso justo.

Como destaca la jurisprudencia del TEDH, en los primeros momentos, las personas investigadas se encuentran en una situación especialmente débil, por lo que en tal situación la exigencia de asistencia letrada es particularmente exigible. Y la entrevista previa es especialmente conveniente en el marco de una detención, dado el contexto singularmente coactivo inherente a tal situación. En tal contexto, no cabe hablar de interrogatorios neutros, pues el investigador no puede dejar de realizar preguntas orientadas a confirmar la hipótesis inculpatoria. Si la forma en la que se hacen las preguntas, su estructuración, su formulación verbal o el tono utilizado tienen una evidente influencia sesgadora sobre las preguntas que se formulan en un laboratorio de psicología donde no hay una relación de poder sobre la persona investigada, con mayor razón esa influencia se produce cuando existe tal relación ⁷. Por otra parte, el punto de vista del investigador nunca es imparcial o neutro, esto es, no se pretende que el interrogado cuente libremente una historia, sino que la cuente en el marco de la hipótesis que defiende la parte que interroga. Si a ello se suma, una praxis, que ha costado ir erradicando, que ha admitido la lectura de las declaraciones policiales para poner de relieve contradicciones con declaraciones posteriores, es esencial esa entrevista previa así como la intervención activa de letrado para dotar de “otro punto de vista”, de otra perspectiva, al acto de la declaración.

La Directiva contiene otras reglas específicas. Así, se establece la posibilidad de que los Estados Miembros puedan la regular duración y frecuencia de las reuniones, atendiendo a las circunstancias de cada proceso, complejidad del caso y las fases procesales, así como adoptar disposiciones para garantizar la seguridad y la protección del letrado y del sospechoso o acusado, en el lugar en que se celebre la reunión. En todo caso, tales disposiciones no deben ir en detrimento del ejercicio efectivo ni del contenido esencial del derecho a reunirse con el letrado (Considerando 22).

⁷ Vid en profundidad Igartua Salaverría, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Bogotá. Temis. 2009.

Igualmente, se permite la comunicación con el letrado en cualquier momento del proceso, inclusive antes de ejercer el derecho a reunirse con el mismo, si bien se establece que los Estados Miembros pueden adoptar disposiciones sobre la duración, la frecuencia y los medios de dicha comunicación, incluido el uso de la videoconferencia y otras tecnologías de la comunicación con el fin de que pueda tener lugar tal comunicación, siempre que dichas disposiciones prácticas no vayan en detrimento del ejercicio efectivo ni del contenido esencial del derecho de esas personas a comunicarse con sus letrados (Considerando 23).

En nuestro caso, más allá de los supuestos de incomunicación, a los que luego nos referiremos, y del ya examinado contenido en el artículo 520.2. c), no se contemplan las modulaciones o restricciones amparadas en la Directiva, por lo que, a salvo de los supuestos señalados, el derecho ha de reconocerse en su máxima amplitud.

7.3. *Intervención efectiva en el interrogatorio del sospechoso-acusado*

La Directiva señala que la intervención del letrado en el interrogatorio será acorde con los procedimientos previstos por la normativa nacional, a condición de que no menoscaben el ejercicio efectivo ni el contenido esencial del derecho. Por otra parte, cuando un abogado intervenga durante un interrogatorio, se hará constar así de conformidad con los procedimientos pertinentes de la normativa nacional. En cuanto al contenido de la intervención, el Considerando 25 aclara que comprende: "...formular preguntas, pedir aclaraciones y efectuar declaraciones de los que se debe dejar constancia de conformidad con la normativa nacional".

En este sentido, el artículo 520.6 b) Lecrim señala que el abogado "...podrá solicitar al juez o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en la que haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica".

7.4. *Defensa efectiva con traslado de hechos y material probatorio*

El principio general de efectividad de la asistencia letrada encuentra eco en los siguientes preceptos, algunos de ellos ya reformados por LO 5/2015, que transpuso las Directivas sobre derecho a la información y traducción e interpretación.

a) Artículo 118.1 Lecrim: Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta norma es singularmente relevante, pues la imprescindible actualización de la información de los hechos atribuidos permite reorientar a la par la estrategia defensiva, evitando inculpaciones sorpresivas en el auto de procedimiento abreviado o, lo que es más grave aún, en el auto de apertura de juicio oral.

b) Artículo 118.1 Lecrim: Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración.

c) Artículo 520.2.d) Lecrim: Derecho acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.

d) Principio general contenido en el artículo 118.2 Lecrim: El derecho de defensa se ejercerá sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley

7.5. Intervención contradictoria en otras diligencias

7.5.1. En general

La Directiva señala en el artículo 3.3. c) lo siguiente: *"Los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho al menos a que su letrado esté presente en las siguientes actuaciones de investigación o de obtención de pruebas, si dichas actuaciones están previstas en la normativa nacional y se exige o permite que el sospechoso o acusado asista a dicho acto: ruedas de reconocimiento, careos y reconstrucciones de hechos"*. Y ello, con la finalidad de *"...comprender mejor la forma y circunstancias del hecho y estar en mejores condiciones de preguntar"* (Considerando 26).

Por su parte, el artículo 118.2 Lecrim señala que *"El derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado...que estará presente en todas sus declaraciones (de la persona investigada) así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos"*.

El artículo 118.2 Lecrim, obviamente, no puede ser interpretado como limitativo del derecho del letrado a estar presente en la práctica de las diligencias sumariales que se practiquen ante el juez instructor, dada la amplitud del artículo 302 Lecrim. Obviamente obliga a estimar que necesariamente habrá de estar presente en la práctica de tales diligencias en sede policial. Se suscita la duda, dado el carácter de mínimos de la Directiva y la situación de anomia de la investigación en fase policial, acerca de si en esta fase cabe estimar que el letrado pueda estar presente en otras diligencias policiales distintas que se lleven a efecto. Nos remitimos a lo que dijimos en 3 y en 5.3.

En cualquier caso, la dicción del precepto sí clarifica otra cuestión: si cuando la policía lleva a cabo una diligencia de identificación visual (generalmente, fotográfica) ya existe una persona sospechosa, deviene obligado permitir la asistencia de letrado a la misma. De no producirse se plantea un problema probatorio complejo. En síntesis, es sabido el efecto contaminante que una identificación fotográfica puede producir sobre un posterior reconocimiento en rueda. Del mismo modo, es sabido que el reconocimiento fotográfico carece de todo valor probatorio, restringiendo su alcance a los efectos de la investigación. La cuestión a resolver sería si la infracción de la regla activaría la regla de exclusión probatoria del artículo 11 LOPJ, lo que se traduciría en la ineficacia de la prueba derivada (el reconocimiento en rueda) de no existir otra fuente independiente.

7.5.2. Reglas especiales en caso de detención

El artículo 520.6. b) Lecrim contiene una redacción similar a la del artículo 118.2 con una sola excepción: la diligencia de careo, que silencia. La omisión puede estimarse como olvido del legislador, lo que es poco probable, o como deliberada, lo que parece tener acomodo en el carácter residual y excepcional de la diligencia de careo y su escaso rendimiento probatorio.

Por otro lado, el artículo 520.6. d) consagra, como contenido de la asistencia letrada al detenido, el de informarle de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten. A tal efecto, “...si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad”. De este modo se aborda el problema que motivó el Acuerdo de la Sala II de 24 de septiembre de 2014, sobre toma de muestras biológicas para ADN con consentimiento del imputado, que exigía la asistencia letrada si se encontraba detenido y, en su defecto, autorización judicial.

El enunciado del inciso patentiza la necesidad de contar con la presencia del letrado para recabar el consentimiento de la persona detenida para la práctica de otras injerencias que afecten a derechos fundamentales (v.gr. la entrada y registro domiciliarios, en línea con la jurisprudencia de la Sala II, entre las más recientes, STS 698/2014).

Un supuesto particular examinó la STS 161/2015, dictada en el denominado caso del asedio al Parlamento de Cataluña. En este caso, la Sala II estimó correctamente excluidas del acervo probatorio las fotografías tomadas a los detenidos a los que se sometió a un estudio minucioso de pabellones auriculares, fosas nasales, ojos y cejas, así como de otras partes anatómicas, y a los que se obligó a cambiar de aspecto externo, colocándoles gorras o prendas de vestir, o a adoptar determinadas posturas, a fin de confrontar tales fotografías con imágenes dubitadas tomadas durante la ejecución de los hechos. Según la Sala II, constituye una exigencia irrenunciable la asistencia letrada efectiva en las diligencias policiales de identificación que vayan más allá de una simple reseña fotográfica o dactiloscópica y que exijan del detenido una colaboración activa con los agentes que están acopiando los elementos de investigación indispensables para el esclarecimiento del hecho. A juicio del Tribunal, prescindir de ella puede conllevar, en función de las circunstancias que definan el caso concreto, el menoscabo del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

8. Derecho de acceso al expediente policial

8.1. La STC dictada en el recurso de amparo 7301/2014 (10 de febrero de 2017)

Aunque los derechos de información y acceso al expediente son objeto de otra ponencia, nos referiremos brevemente a esta cuestión por su estrecha conexión con el derecho de defensa.

Los hechos que dieron lugar a la demanda de amparo se produjeron en julio de 2014, cuando, tras la detención del recurrente por la Guardia Civil como presunto autor de varios delitos, se denegó el acceso al expediente policial al abogado de oficio que debía asistirle durante la declaración. El demandante formuló una solicitud de habeas corpus ante el Juzgado de Instrucción correspondiente alegando que la privación de libertad era ilegal, entre otros motivos, por insuficiente información sobre sus causas, al no habersele permitido acceder al expediente policial antes de la declaración, pese a que ello era obli-

gado dadas las previsiones de la Directiva 2012/13/UE, reguladora del derecho a la información. El Juzgado desestimó la solicitud tras incoar el procedimiento con el argumento de que la denegación del acceso estaba justificada ya que la policía seguía practicando diligencias y el sujeto estaba integrado en una organización delictiva.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo considerando que se habían lesionado los derechos del recurrente a la libertad individual (art. 17.1 CE) y a la asistencia de abogado durante la detención (art. 17.3 CE), en tanto esta asistencia no se puede prestar eficazmente si no se conocen las fuentes de inculpación que permiten la restricción de libertad. Los argumentos centrales de la sentencia son los siguientes:

a) Pese a que en la fecha de los hechos no se había producido la transposición de la Directiva, aunque había expirado el plazo para hacerlo, se estimó que sus previsiones eran directamente aplicables sobre la base de la jurisprudencia del TJUE conforme a la cual el Estado miembro que no ha adoptado dentro de plazo las medidas impuestas por una Directiva, no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que la Directiva implica, pues el efecto útil de las obligaciones impuestas a los Estados miembros por medio de una Directiva quedaría debilitado si a los justiciables se les impidiera invocarlo ante los Tribunales y a éstos tenerlo en cuenta como elemento del Derecho comunitario. Por tanto, al tratarse de una Directiva que creaba derechos mediante disposiciones contenidas y precisas, entendió que gozaba de efecto vertical directo.

b) En consecuencia, tanto el demandante como su letrado gozaban del derecho de acceso al citado expediente para poder cuestionar de forma efectiva la legalidad de la detención.

c) El rechazo del acceso al expediente por el hecho de que la policía seguía practicando diligencias era injustificado. Como señala el Tribunal *"Si la detención se desencadenó a resultas de un operativo policial contra personas reseñadas por la comisión de diversos delitos en varias localidades (...), al menos debían existir bajo algún soporte (papel o informático) las denuncias de tales delitos, así como la documentación de los registros efectuados al detenerles (...)"*. En consecuencia, debió permitirse el acceso al expresado soporte documental

La sentencia plantea diversas cuestiones de interés:

1) En primer lugar dota de nuevos contenidos a los derechos a la libertad personal y a la asistencia letrada al detenido, pasando a formar parte de los mismos el derecho de acceso al expediente policial.

2) Consecuentemente, el habeas corpus se convierte en instrumento adecuado para denunciar vulneraciones de las Leyes Orgánicas de transposición de las Directivas en materia de información y asistencia letrada.

3) Tratándose de privaciones de libertad no policiales, sino acordadas por la autoridad judicial, la denuncia de la vulneración del derecho de acceso al expediente habría de articularse por vía de recurso contra la resolución denegatoria. En este sentido, el artículo 505.3 Lecrim reconoce igualmente tal derecho de acceso. Por otro lado, el artículo 506.2 Lecrim prescribe el modo en que ha de proporcionarse la información en el auto que acuerda la prisión preventiva en los supuestos de secreto sumarial.

4) La sentencia constituye un correctivo muy importante para la praxis de practicar detenciones al objeto de colocar al privado de libertad en una situación de desventaja durante el plazo de la privación de libertad durante el cual se buscarían elementos incriminadores.

minatorios. Tales elementos han de preexistir. Y el mejor modo de justificar su preexistencia es dando cuenta de ellos.

5) Sin embargo, no se aborda el alcance del citado derecho de acceso, extremo de especial interés dada la diferente dicción literal contenida en los artículos 118.1.b) (“*examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa*”) y 520.2.d) (“*elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la decisión*”).

8.2. Alcance del derecho de acceso al expediente

La Directiva establece una doble regulación⁸. Por un lado, contempla el derecho de acceso general al contenido íntegro del expediente, con especial referencia a las pruebas materiales (artículo 7.2: *Los Estados miembros garantizarán que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa*). Por otro, reconoce un derecho específico de acceso a los documentos relacionados con el expediente que resulten fundamentales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad (artículo 7.1: *Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad*).

Por su parte, como vimos, el artículo 118.1.b) Lecrim se refiere al derecho a “*examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa*”, mientras que el artículo 520.2.d) se circunscribe a los “*elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la decisión*”.

La Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en reunión de 15 de julio de 2015, para salvar las diferencias, se ha decantado por la interpretación del derecho de acceso a los materiales del expediente en sentido restrictivo, de modo que se limitará a proporcionar a la persona privada de libertad información sobre el lugar, fecha y hora de detención, de comisión del delito atribuido, la identificación del hecho delictivo que motivó la detención y un breve resumen hechos, así como la indicación de los indicios de participación de forma genérica (v.gr: reconocimiento por varias personas sin identificarlas, declaraciones de testigos, sin especificarlos, etc).

A juicio de Hernández García, la categoría “documentos” empleada por la Directiva ha de servir para delimitar el alcance mínimo de la expresión “elementos” utilizado por la norma de transposición. Desde esta perspectiva, parece que la misma se refiere a actuaciones documentadas que incorporen fuentes de prueba, además de los documentos que puedan calificarse así en sentido estricto. En este sentido, el Considerando 30 alude

⁸ Hernández García, Javier. Nuevos contenidos del derecho de defensa de la persona investigada y acusada en el proceso penal: información y asistencia letrada. Novedades en el estatuto de la persona detenida. Texto en el curso on line “Reformas procesales penales”. CGPJ. 2016.

al derecho de acceso a *“los documentos y, si procede, fotografías y grabaciones de sonido o de vídeo”*. De donde cabe concluir que los elementos de las actuaciones objeto del derecho de acceso han de ser aquellos que incorporen elementos indiciarios o fuentes de prueba sobre los que se sostiene la inculpación siempre que resulten fundamentales para poder impugnar la detención.

Con independencia de lo anterior, cabe otra interpretación en justificación del acceso a la totalidad del expediente policial, estimando que el artículo 118.1.b) Lecrim constituye una suerte de principio general aplicable tanto en los supuestos de inculpados no detenidos como de detenidos, de modo que el artículo 520.2 Lecrim no sería sino la especificación de un contenido mínimo e irreductible que habría de preservarse aun en los supuestos de incomunicación previstos en el artículo 527.1 d), norma que expresamente prevé que, en tales casos, cabe privar al detenido de la posibilidad de acceder por sí mismo o por medio de abogado a las actuaciones, *“salvo a los elementos necesarios para impugnar la legalidad de la detención”*. En apoyo de esta tesis cabe señalar que el artículo 505.3 Lecrim (*“El abogado del imputado (sic) tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado”*) no puede ser lógicamente interpretado en el sentido de restringir el alcance del derecho de acceso al sumario de la persona privada de libertad por la autoridad judicial a los *“elementos esenciales para impugnar la privación de libertad”*, pues, salvo la declaración de secreto sumarial, existe pleno derecho de acceso a las mismas. Y ello, igualmente, dejando a salvo el supuesto de incomunicación previsto en el artículo 527.1.d). Por último, no parece lógico que se otorgara mejor condición al inculpadado policial no detenido que al privado de libertad. De ser así, de hecho, el tratamiento asimétrico podría considerarse un estímulo para la detención.

Nuevamente vemos que la transposición de normas de la Directiva a nuestro modelo de investigación dividida policial-judicial provoca efectos, seguramente, imprevistos.

Lo que parece seguro, en todo caso, es que la única manera de cuestionar efectivamente la privación de libertad es permitiendo el acceso a la información sobre las concretas fuentes de prueba inculpatórias. En otro caso, el instrumento del habeas corpus quedaría severamente limitado, pues difícilmente podría cuestionarse la suficiencia del sustrato indiciario tomado en consideración para privar de libertad.

8.3. *Inteligencia policial y acceso al expediente*

La STS 795/2014 examina un supuesto en el que se pretendía por el letrado de la defensa obtener información del expediente de las bases policiales, pues la investigación se había iniciado tras un intercambio de información entre autoridades de distintos Estados, tras la comunicación de la aduana francesa. La sentencia concluye que la instrucción es una fase menor de un todo al que se llama procedimiento, que comprende una fase de inteligencia criminal y otra de investigación criminal, siendo la primera secreta, lo que la CE permite.

En sentido similar, la STS 975/2016 abordó un supuesto en el que el letrado defensor pretendía acceder a las notas y minutas policiales que entregaron los funcionarios a sus superiores para que confeccionaran los atestados correspondientes. La Sala concluyó

que el derecho de acceso a los materiales del expediente contemplado en la Directiva 2012/13/UE se proyecta sobre la totalidad de las pruebas materiales, pero no se extiende ni las fuentes ni al origen de la investigación estrictamente policial, ni incluye el acceso a las bases de datos utilizadas por los investigadores policiales. En definitiva, se sostiene que la fase previa a la investigación no se vierte sobre el proceso, por lo que no integra el expediente preciso para el derecho de defensa.

El análisis de la cuestión de fondo es singularmente complejo, excediendo su tratamiento, imbricado con el del estado de salud de nuestro Estado constitucional, de los razonables límites de este trabajo. Sí conviene apuntar que el transvase de información entre el ámbito de la inteligencia policial (prospectivo) y el de la investigación de delitos (tendencialmente reactivo) constituye una cuestión de gran densidad constitucional. Por lo que nos ocupa, si bien, por lo general, cabe encontrar justificación para limitar el acceso a la información de la inteligencia policial, tal limitación ha de ceder en el momento en que de la información se desprenden indicios inculpatorios concretos respecto de persona determinada, y dichos indicios son empleados para realizar la inculpación, de modo que aquéllos han de ser accesibles a la persona investigada que ha de poder cuestionar las fuentes correspondientes. Lo que no es legítimo, en tales casos, es mantenerlas ocultas. Pero también plantea dudas de legitimidad el acceso sesgado de dicha información por la vía de los denominados “informes periciales de inteligencia”⁹, al ser en tal caso materialmente imposible detectar el uso selectivo de la información por el analista, que puede silenciar, sin control alguno, aspectos exculpatorios y exagerar los inculpatorios, por lo que la contradicción en el plenario no deja de ser ficticia.

Los interrogantes que derivan de este transvase (entre otros muchos, la utilización de información derivada de actos lesivos de derechos fundamentales, en especial, provenientes de la cooperación internacional), como advertimos, no tienen respuestas simples, más allá del principio general de que ha de permitirse a la defensa cuestionar de modo efectivo, y no meramente nominal, las fuentes de prueba de las que pretenda obtenerse un rendimiento acusatorio. Bajo este ángulo, cabe estimar discutible la solución dada en la STS 975/2016. En el asunto examinado, el letrado defensor, ante las contradicciones en que incurrieron los agentes policiales acerca de la presencia o ausencia de las personas investigadas en ciertas reuniones, interesó la incorporación a la causa de las minutas empleadas por aquéllos durante la investigación policial, con la finalidad de contrastar la fiabilidad de sus testimonios. La negativa a tal incorporación coloca a la defensa en una situación compleja cuando el Tribunal pasa por alto las contradicciones, las relativiza o las resuelve intuitivamente. Podemos entender que existan recelos a que actuaciones propias de la inteligencia policial fluyan libremente en el marco de procesos abiertos, pero cuando se trata de elementos necesarios para la defensa debe admitirse el medio de prueba que permite el acceso al dato de interés. Por otro lado, estimamos que cabe conjurar los riesgos de un uso inadecuado de la información habilitando al juzgador para que filtre previamente, en un trámite incidental ad hoc, aquéllos aspectos carentes de utilidad para la causa.

9 Vid López Ortega, Juan José en ¿Qué valor probatorio puede reconocerse a la denominada prueba pericial de inteligencia (análisis de información) en la obra colectiva *99 cuestiones básicas sobre la prueba penal*. Manuales de Formación Continuada. 51. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2010.

La sentencia, por último, invoca en su apoyo jurisprudencia del TEDH, apoyo jurisprudencial cuya utilidad es relativa cuando, como ya dijimos en 2, último párrafo, el hecho de que se afirme que un concreto acto, decisión o norma de un Estado parte no vulnera el CEDH no significa que no pueda vulnerar la CE o nuestra legislación procesal.

9. La confidencialidad de las comunicaciones con el letrado

Conforme al Considerando 33 de la Directiva, “...*los Estados Miembros respetarán la confidencialidad de las comunicaciones entre los sospechosos o acusados y sus letrados... Dichas comunicaciones incluirán las reuniones, la correspondencia, las conversaciones telefónicas y otras formas de comunicación permitidas de conformidad con la normativa nacional*”. Ello implica la necesidad de establecer deberes negativos (no interferir en las comunicaciones ni obstaculizarlas) así como positivos (caso de que el sospechoso o acusado esté privado de libertad o se encuentre sujeto al control del Estado de otra forma, los Estados miembros deben velar por que las disposiciones en materia de comunicación sustenten y protejan la confidencialidad).

El principio general de confidencialidad encuentra dos excepciones:

a) La comisión de hechos delictivos: “...*sin perjuicio de los procedimientos aplicables a la situación en que se sospeche, a partir de indicios objetivos y fácticos, que el letrado está implicado junto con el sospechoso o acusado en la comisión de una infracción penal*” (Considerando 33)

b) Los intereses de la seguridad nacional: “...*sin perjuicio de un menoscabo incidental del derecho de confidencialidad que resulte de una operación legal de vigilancia por parte de las autoridades competentes...sin perjuicio de la labor llevada a cabo por los servicios nacionales de inteligencia, a fin de garantizar la seguridad nacional de conformidad con el artículo 4, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE), o de toda labor que se incluya en el artículo 72 del TFUE, en virtud de cual el título V, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia, se entiende sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumban a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior*”. (Considerando 34).

La transposición de la Directiva se materializa en el artículo 118.4 Lecrim, conforme al cual: “*Todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial. Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones. Lo dispuesto en el párrafo primero no será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria*”. En el mismo sentido, el artículo 520.7 Lecrim señala: “*Las comunicaciones entre el investigado y su abogado tendrán carácter confidencial en los mismos términos y excepciones que contempla el artículo 118.4 Lecrim*”.

Del contenido de los precedentes preceptos cabe extraer las siguientes notas:

a) La prohibición probatoria se proyecta, en primer lugar, sobre el objeto de la prueba (principio general de confidencialidad).

b) De ahí se deriva la prohibición de incorporar al proceso y valorar en él las conversaciones captadas en el curso de la investigación, por lo que, si se hubiera captado o intervenido, el juez habrá de ordenar la eliminación de la grabación, dejando constancia.

c) Y ello, con la salvedad de que se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal.

En opinión de Hernández García ¹⁰, el privilegio defensivo plantea algunos problemas interpretativos. En síntesis:

a) El alcance del privilegio. Esto es, si se extiende a todas las comunicaciones entre el letrado y su cliente o sólo a aquéllas vinculadas con el proceso abierto o inminente contra él. En opinión del citado autor, ha de optarse por la segunda solución, pues la relación previa de asesoramiento desvinculada de los hechos objeto del proceso no dispensa necesariamente al letrado de la obligación de testificar

b) Las fuentes de conocimiento de los indicios de participación del letrado que derogan el privilegio. A tal efecto, parece razonable estimar que los indicios han de ser aportados por fuentes independientes a la intervención de las comunicaciones, pues lo contrario podría vaciar de contenido el privilegio.

c) Por último, el efecto material derivado de la incriminación del letrado, consistente en la necesaria remoción del defensor.

De especial interés resulta la STS 79/2012, de 19 de febrero. En ella, la Sala II condenó al titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional como autor de un delito de prevaricación judicial al dictar, en el marco de una investigación penal, un auto en el que acordó: “...la observación de las comunicaciones personales que mantengan los citados internos (en prisión) con los letrados personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos...previniendo el derecho de defensa”. Ello implicaba, en el caso concreto, la intervención de las comunicaciones que los internos llevaran a cabo con todos los letrados, presentes o futuros, sin excepción alguna, pese a que en la causa no había indicios delictivos respecto de los abogados.

La Sala II estimó que el 51.2 LOGP citado por el instructor (“Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”) no constituía título habilitante para la adopción de la medida, pues el precepto había de interpretarse, conforme consolidada jurisprudencia constitucional, en el sentido de que sólo se autorizaba al instructor para suspender o intervenir motivadamente las comunicaciones del interno con el letrado en casos de terrorismo (SSTC 183/94, 200/97 y STS 539/97). Por otro lado, la legitimidad de la medida exigía la necesaria existencia de indicios de la comisión de hechos delictivos por parte de los letrados. La Sala afirma, categóricamente, que “Al instructor no le corres-

10 Hernández García, Javier. Nuevos contenidos del derecho de defensa de la persona investigada y acusada en el proceso penal: información y asistencia letrada. Novedades en el estatuto de la persona detenida. Texto en el curso on line “Reformas procesales penales”. CGPJ. 2016

ponde ocupar una posición propia de un enemigo del investigado...es el encargado de la protección de los derechos fundamentales del imputado". Del mismo modo, sostiene que ciertas formas de interpretar el papel del instructor pueden comprometer el derecho al juez imparcial, para concluir que el control total por el juez, la policía, y el fiscal de la comunicación entre abogado y defendido hacía, en la práctica, desaparecer el juicio.

Y es que, como recuerda el TEDH en la sentencia del caso Lanz contra Austria, de 31 de enero de 2002, el derecho de defensa *"es parte de los requisitos básicos de un juicio equitativo en una sociedad democrática"* de modo que *"...Si un abogado no pudiera conversar confidencialmente con su cliente, su asistencia perdería mucha utilidad..."* lo que sería contrario al CEDH, cuyo propósito no es sólo reconocer derechos sino garantizar su efectividad.

No queremos cerrar este punto sin poner de relieve los efectos destructivos que sobre el proceso provoca la configuración de determinados tipos penales que, por su laxitud impiden distinguir grados de ejecución o formas de participación, identificar marcadores de lesividad material, al sancionar meras conductas de peligro, o incluso diferenciar con claridad el ámbito de lo punible. La regulación de algunos delitos de terrorismo y la tipificación penal del denominado "discurso del odio" constituyen paradigmas de ello. Estas técnicas, contrarias al principio de legalidad estricta, pueden repercutir sobre el derecho a la asistencia letrada efectiva, al traducirse en presunciones de colaboración delictiva del letrado con el cliente basadas en juicios de peligro hipotético. En consecuencia, es exigible un especial rigor en la valoración de los indicios de la comisión de hechos delictivos por parte de aquéllos cuando se trata de cortocircuitar la relación de confidencialidad entre el sospechoso y su letrado, so pena de hacer saltar por los aires el edificio del proceso.

10. La incomunicación y el secreto

10.1. La Directiva

La Directiva, bajo la denominación de "excepciones temporales", contempla distintos supuestos en los que cabe limitar el derecho a la asistencia letrada.

En concreto, el artículo 3.6, señala lo siguiente:

"En circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, los Estados miembros podrán dejar de aplicar temporalmente los derechos que integran la asistencia letrada en la medida en que esté justificado, en vista de las circunstancias específicas del caso, sobre la base de alguna o varias de las razones imperiosas siguientes:

a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona; (A tal efecto, el Considerando 31 señala que "Durante la vigencia de una excepción temporal por este motivo, las autoridades competentes pueden interrogar a un sospechoso o acusado sin la presencia del letrado, a condición de que se haya informado al sospechoso o acusado de su derecho a guardar silencio, de que pueda ejercer ese derecho y de que el interrogatorio no menoscabe los derechos de la defensa, incluida la protección frente a la autoinculpación. Únicamente puede efectuarse el interrogatorio con el objetivo y en la medida necesaria para obtener información que resulte indispensable a fin de evitar graves consecuencias adversas para

la vida, la libertad o la integridad física de una persona. En principio, el recurso abusivo a esta excepción supondría un perjuicio irremediable para los derechos de la defensa”).

b) una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal (A tal efecto, el Considerando 31 alude al fin de impedir la destrucción o la alteración de pruebas esenciales o de impedir la manipulación de los testigos y contempla la posibilidad de que se interrogue al sospechoso sin letrado en las condiciones ya vistas).

En todo caso, el artículo 8 exige que las excepciones temporales:

- a) Sean proporcionadas y limitadas a lo estrictamente necesario
- b) Estén rigurosamente limitadas en el tiempo;
- c) No puedan basarse exclusivamente en el tipo o la gravedad de la presunta infracción, y
- d) no puedan menoscabar las garantías generales de un juicio justo

A tal fin, sólo podrán autorizarse en virtud de una resolución debidamente motivada e individual adoptada por una autoridad judicial o por otra autoridad competente, siempre que su decisión pueda ser objeto de control jurisdiccional. La resolución debidamente motivada se hará constar de conformidad con los procedimientos pertinentes de la normativa del Estado miembro de que se trate.

10.2. *La transposición*

La Directiva ha sido transpuesta dotando de un contenido más garantista a las normas reguladoras del régimen de incomunicación de personas detenidas y presas. La regulación se caracteriza por las siguientes notas:

a) En cuanto a las causas de la incomunicación, el artículo 509.1 Lecrim transpone casi literalmente la Directiva, suprimiendo la mención al riesgo de reiteración delictiva como fundamento de la decisión.

b) Frente a la Directiva, que omite toda referencia al respecto, se señala un plazo máximo relativo en el artículo 509.2 Lecrim, que será el estrictamente necesario para practicar las diligencias necesarias para evitar los peligros advertidos y otro absoluto, de 5 días, que puede prorrogarse por 5 días más en caso de terrorismo y delincuencia organizada.

c) La competencia para acordar la incomunicación se atribuye al Juez instructor, mediante auto motivado, si bien *“Cuando la restricción de derechos sea solicitada por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal se entenderán acordadas las medidas previstas por el apartado 1 que hayan sido instadas por un plazo máximo de 24 horas, dentro del cual el juez habrá de pronunciarse sobre la solicitud, así como sobre la pertinencia del secreto de las actuaciones”* (artículo 527.2 Lecrim).

d) Se establece igualmente la obligación del juez de controlar las condiciones en las que se desarrolla la medida para constatar el estado del detenido o preso. A tal efecto, se introduce una nueva regla conforme a la cual los reconocimientos médicos al detenido a quien se le restrinja el derecho a comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo se realizarán con una frecuencia de al menos dos reconocimientos cada veinticuatro horas, según criterio facultativo

Por lo que respecta al contenido de la medida, el artículo 527.1 Lecrim permite acordar la privación de algunos de los siguientes derechos:

- a) Designar un abogado de su confianza.
- b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense.
- c) Entrevistarse reservadamente con su abogado.
- d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

La posibilidad de modular el alcance de la incomunicación hace imprescindible que el juez incluya en la motivación de la resolución una justificación específica de la necesidad, en el caso concreto, de restringir cada uno de los derechos, pues podría ocurrir que no fuera necesaria la limitación en bloque de todos ellos.

En la misma dirección, la LO 5/2015, modificó la regulación del secreto, dotando al artículo 302 Lecrim de un nuevo contenido. Conforme a la dicción vigente:

“Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento.

No obstante, si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes cuando resulte necesario para:

- a) *evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o*
- b) *prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso.*

El secreto del sumario deberá alzarse necesariamente con al menos diez días de antelación a la conclusión del sumario.

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 505”.

Como cabe advertir, se ha incluido la necesaria mención a las causas que justifican el secreto.

En cualquier caso, fruto de lo que se conoce como la doctrina de la “compensación de las situaciones procesales”, las restricciones a los derechos a la asistencia letrada e información han de tener una adecuada traducción probatoria, lo que ha de conducir a privar de eficacia, a tal efecto, a las diligencias practicadas bajo secreto o incomunicación. Ejemplo de ello lo encontramos en la doctrina jurisprudencial (entre otras, STS 821/2012), conforme a la cual, si bien la confesión del acusado precedida de prueba ilícita puede ser valorada autónomamente, cuando aquélla ha tenido lugar durante la vigencia del secreto sumarial no puede ser tomada en consideración.

11. *Renuncia a la asistencia letrada*

Del contenido de los artículos 3, 4 y 10 de la Directiva se desprende que la renuncia al derecho a la asistencia letrada exige de la concurrencia de ciertas condiciones de validez. En concreto:

- a) Que se facilite previamente, verbalmente o por escrito, información clara y sufi-

ciente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las posibles consecuencias de renunciar a él, y

b) Que la renuncia sea voluntaria e inequívoca.

En cuanto a la forma, la renuncia podrá hacerse por escrito u oralmente, y se hará constar, así como las circunstancias de la misma, con arreglo al procedimiento previsto para ello por la normativa del Estado miembro de que se trate.

Por último, se establece la obligación de los Estados Miembros de garantizar que todo sospechoso o acusado pueda revocar una renuncia posteriormente en cualquier momento del proceso penal y que el sospechoso o acusado haya sido informado de tal posibilidad. En tal caso, la revocación de la renuncia surtirá efectos desde el momento en que se efectúa.

El artículo 520.8. LeCRIM señala, a tal efecto lo siguiente:

"...el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de abogado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados como delitos contra la seguridad del tráfico, siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en lenguaje sencillo sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia. El detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento".

Es obvio que nuestra legislación incorpora unos niveles de protección más altos, al restringir la renuncia a los expresados tipos delictivos, lo que parece coherente con la creciente complejidad de las reglas procesales y sustantivas de todos los ordenamientos jurídicos, situación en la que el principio de igualdad de armas, en ausencia de asistencia letrada, se convierte en pura ficción.

12. Los recursos efectivos por la violación de derechos.

La traducción probatoria.

12.1. Régimen de la Directiva

12.1.1. Recursos efectivos por la violación de derechos

La Directiva, para garantizar la efectividad material de los derechos que consagra, establece en el artículo 12.1 la obligación de los Estados Miembros de arbitrar en la normativa nacional vías de recurso efectivas en los casos en que se hayan vulnerado los referidos derechos.

12.1.2. Traducción probatoria

El artículo 12.2 señala, a tal efecto, que los Estados Miembros habrán de garantizar que en los procesos penales se respeten los derechos de defensa y las garantías de un juicio justo a la hora de valorar las pruebas, sin perjuicio de las disposiciones nacionales sobre la admisibilidad de pruebas. En concreto, habrán de:

a) Sopesar (se sobreentiende la mención al valor probatorio de) las declaraciones que haga un sospechoso o acusado cuando se haya vulnerado su derecho a letrado.

b) Sopesar las pruebas que se obtengan vulnerando el derecho del sospechoso o acusado vulnerando el derecho a la asistencia letrada.

c) Sopesar las declaraciones y pruebas producidas en los casos en que se haya excepcionado el derecho a la asistencia letrada conforme al artículo 3.6.

En esta línea, el Considerando 50 contiene las siguientes menciones de interés:

a) Ha de tomarse en consideración la jurisprudencia del TEDH, conforme a la cual *"...los derechos de la defensa se verán irrevocablemente lesionados si se utilizan para la obtención de una condena declaraciones inculpatorias efectuadas durante los interrogatorios policiales sin posibilidad de acceso a un letrado"*.

b) Ello sin perjuicio de las utilidades no probatorias de las declaraciones y pruebas: *"Ello debe entenderse sin perjuicio de la utilización de las declaraciones con otros fines permitidos por la normativa nacional, como la necesidad de llevar a cabo actos de instrucción urgentes o de evitar la perpetración de otros delitos o de graves consecuencias adversas para cualquier persona, o en relación con una necesidad urgente de evitar comprometer de modo grave el proceso penal en caso de que la instrucción en curso sobre un delito grave fuese a verse irremediadamente perjudicada por el hecho de que se permita la asistencia de letrado o se retrase la investigación"*.

c) E igualmente, sin perjuicio de las reglas internas sobre admisibilidad pruebas: *"Por otro lado, ello se entiende sin perjuicio de las disposiciones o sistemas nacionales sobre la admisibilidad de pruebas, y no debe impedir que los Estados miembros mantengan un sistema con arreglo al cual puedan presentarse ante un tribunal o un juez todas las pruebas existentes, sin que se realice una valoración independiente o previa sobre la admisibilidad de dicha prueba"*.

12.2. El procedimiento de habeas corpus

Ya hemos visto en 8.1. (STC dictada en el recurso de amparo 7301/2014) cómo el procedimiento de habeas corpus es un instrumento eficaz para denunciar vulneraciones del derecho a la asistencia letrada tratándose de personas detenidas por decisión proveniente de autoridad no judicial.

Basta con mencionar aquí que la gravísima y reiterada irregularidad que se observa en la práctica judicial de inadmitir a limine la solicitud de habeas corpus puede hacer inservible este eficaz mecanismo de garantía. Como señala la STC 204/2015, entre muchas otras: *"No es constitucionalmente legítimo inadmitir la solicitud afirmando que el interesado no está ilícitamente privado de libertad, pues esa es la cuestión de fondo. Esta doctrina está siendo reiteradamente vulnerada por los juzgados de instrucción. El incumplimiento es grave y carece de justificación"*. Si a ello se suma, que el Tribunal Constitucional viene exigiendo para admitir el amparo el agotamiento de la vía judicial, lo que implica que la parte haya de acudir con carácter previo al incidente de nulidad de actuaciones (STC 28/2015, entre las más recientes), lo que concede a los instructores la posibilidad de revisar su decisión a la luz de la doctrina constitucional que usualmente se invoca en los escritos en los que se interesa nulidad, la inaplicación de la jurisprudencia constitucional se convierte en una suerte de rebeldía institucional carente de justificación.

12.3. *La traducción probatoria*

12.3.1. La jurisprudencia del TEDH

La jurisprudencia del TEDH es relativamente estable al estimar que, por lo general, las condenas basadas en las declaraciones prestadas por personas sospechosas en fase investigativa sin asistencia letrada vulneran, más allá del derecho consagrado en el artículo 6.3 CEDH, el derecho a un proceso equitativo. En este sentido, ya en la STEDH Imbriosca contra Suiza, de 24 de noviembre de 1993 se afirmó que el derecho a la asistencia letrada podía aplicarse a tal fase. Por otra parte, en Salduz contra Turquía, de 27 de noviembre de 2008, la Gran Sala afirma con rotundidad que los derechos de defensa se ven indudablemente lesionados cuando se valoran como pruebas de cargo para la condena confesiones realizadas en sede policial sin la debida asistencia letrada.

Entre las sentencias más recientes que abordan el problema, además de las ya citadas anteriormente en el presente trabajo, cabe señalar las siguientes:

a) Pakshayev contra Rusia, de 13 de marzo de 2014. Se estimaron vulnerados los derechos reconocidos en los artículos 6.1 y 6.3 CEDH en un proceso en el que el demandante fue condenado a 10 años de prisión como autor de un delito asesinato en el que la condena se sustentó en la declaración que prestó durante la fase de investigación, sin asistencia letrada. El demandante, además, alegó que fue amenazado por los investigadores a confesar con el anuncio de que si no lo hacía sería violando por sus compañeros de celda.

b) Carkci contra Turquía, de 14 de octubre de 2014. Se estimaron vulnerados los mismos derechos en un juicio en el que el demandante fue condenado como partícipe en un delito de robo sobre la base del reconocimiento de hechos realizado en fase investigativa sin asistencia letrada. La prueba para la condena fue el acta de la declaración que prestó en dicha fase que, además, no se encontraba firmada por el acusado.

c) Turbylev contra Rusia, de 6 de octubre de 2015. Además de los artículos 6.1 y 6.3 se estimó violado el artículo 3 CEDH (prohibición de tratos inhumanos), en la medida en que la confesión que el demandante realizó sin asistencia letrada ante las autoridades policiales había sido precedida de un maltrato físico.

d) En Dvorski contra Croacia, de 20 de octubre de 2015, se planteó un supuesto singular. El demandante fue detenido como autor de varios asesinatos. Su familia contrató a un abogado que se presentó en comisaría para asistirle. Sin embargo, la policía no permitió al letrado designado contactar con el detenido, de modo que los agentes le designaron letrado de oficio y el detenido, ignorando la designa de letrado de confianza, prestó declaración. Una vez conducido ante el juez, pidió ser asistido por el letrado de confianza, petición que fue rechazada. Fue condenado, entre otras pruebas, sobre la base de la declaración policial.

La Sección 1ª del TEDH desestimó la demanda, con apoyo en el hecho de que el demandante nunca había cuestionado la calidad del servicio prestado por el letrado de oficio así como por la circunstancia de que la confesión no fue la prueba central.

Por el contrario, la Gran Sala estimó la reclamación. En síntesis, el Tribunal viene a destacar la relevancia de la asistencia letrada desde los primeros momentos, dada la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra el sospechoso en esa fase

inicial y la posibilidad de que sus declaraciones puedan condicionar el resultado del proceso ulterior. La sentencia reconoce que el derecho al abogado de confianza no es absoluto. Sin embargo, también señala que en el caso concreto no concurrían razones de peso para limitarlo, en especial, cuando la legislación croata permite la designación de letrado por los familiares. Se concluye que el letrado de confianza podría haber aconsejado al detenido que no prestara declaración. En la medida en que se valoró la declaración prestada, se estiman vulnerados los derechos que reconocen los artículos 6.3 y 6.1 CEDH.

Desde otra perspectiva (la lesión del principio de contradicción) también resulta de interés la STEDH dictada por la Gran Sala en el caso *Al Kawaja* contra el Reino Unido, de 15 de diciembre de 2011, a propósito de la corrección de la valoración como prueba de cargo de un testimonio no sometido a contradicción y en el que, por tanto, el letrado defensor no pudo intervenir. En el caso sometido a examen, la principal testigo de cargo falleció durante la investigación y no compareció a juicio oral. Se leyó su declaración policial, y se escucharon a los testigos a los que la víctima refirió lo que le había sucedido, lo que fundamentó la condena del demandante, médico de profesión, como autor de un delito de abusos sexuales cometido sobre la paciente posteriormente fallecida. El Alto Tribunal rechaza la demanda, y estima que la información que sustentó la condena podía ser perfectamente valorada. A tal fin, se tomó en consideración que la declaración de la víctima gozaba de fiabilidad, en la medida en que narró los hechos de forma casi inmediata a dos amigos, que lo que manifestó a dichos amigos fue sustancialmente igual a lo que manifestó a la policía en su declaración, y que tales manifestaciones presentaban fuertes similitudes con las declaraciones de otras víctimas, directas y ya no referenciales, por hechos similares cometidos por la misma persona acusada. El Tribunal concluye que, aunque como regla las pruebas han de practicarse en presencia del acusado en el juicio, debidamente asistido de letrado, para garantizar la contradicción, la utilización de las declaraciones sumariales no es incompatible con el CEDH si se respetan derechos de defensa, lo que puede tener lugar tanto si se da la oportunidad de cuestionar e interrogar al testigo de cargo en el momento de prestar declaración cuanto si dicha oportunidad se produce en una fase posterior, aludiendo a la suficiencia de un marco de potencial producción contradictoria.

La sentencia analizada es considerada como paradigma de un giro involutivo en el Tribunal, dada la devaluación del principio de contradicción que patentiza.

Para concluir este punto, aunque no se trate exactamente del mismo supuesto (se denunciaba la valoración como prueba de cargo de confesiones policiales de terceras personas ante las autoridades marroquíes bajo tortura), de la STEDH dictada en *El Haski* contra Bélgica el 25 de septiembre de 2012, cabe extraer la conclusión de que la recepción de la prueba obtenida en el extranjero, especialmente en Estados en los que no existan garantías de investigaciones serias, independientes, imparciales sobre alegaciones de torturas o malos tratos a los detenidos y sospechosos, nunca puede ser acrítica, debiendo excluirse en todo caso cuando exista un “riesgo real” de que la prueba se haya obtenido con violación de los citados derechos, constituyendo un revelador indicio a tal efecto la ausencia de asistencia letrada.

12.3.2. La posición en la jurisprudencia nacional

La STS 1926/2013 señala que la confesión policial del no detenido sin asistencia letrada es inválida. La STS 229/2014 y la STC 165/2014 dan un paso más allá y excluyen el valor de toda confesión policial como prueba de cargo, haya sido o no practicada con asistencia letrada. Sin embargo, se señala que el hecho de la existencia de la declaración puede acreditarse por otros medios de prueba, así como que el contenido de la declaración puede también comprobarse por otros medios (corroboraciones periféricas), en línea con el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 3 de junio de 2015, que sustituye al de 2006. Conforme al citado acuerdo:

a) Las declaraciones prestadas ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden, por tanto, corroborar otros medios de prueba, ni introducirse por las vías previstas en los artículos 714 y 730 Lecrim, ni mediante las declaraciones testimoniales de referencia de los agentes que las recibieron.

b) Ahora bien, si los datos contenidos en la declaración son acreditados como verdaderos por otros medios de prueba, el conocimiento de tales datos por el declarante puede constituir un hecho base para realizar inferencias.

c) A tal efecto, para constatar la validez y contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el acto del juicio los agentes que la presenciaron.

Nos remitimos aquí por último, a lo que avanzamos en 10.2 in fine respecto de la doctrina de la “compensación de las situaciones procesales”.

12.4. *La violación de derechos imputable al propio letrado*

12.4.1. La jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU de América

a) *La sentencia dictada en el caso Strickland contra Washington (1984)*

Abordamos una cuestión no contemplada explícitamente ni en nuestra legislación procesal ni en la Directiva. La referencia al tratamiento de la cuestión en los EEUU obedece al hecho de que su proceso penal constituye el prototipo del proceso de partes, de ahí la singular relevancia del principio de la defensa efectiva.

La sentencia que nos ocupa estableció estándares aplicables para determinar si la persona acusada había recibido la “asistencia letrada eficaz” que garantiza la sexta enmienda. A tal efecto, conviene señalar que en las legislaciones procesales de los EEUU suele admitirse la revisión indirecta de los juicios por las personas condenadas mediante la alegación de la ineficacia de la asistencia letrada.

En el caso examinado, una persona condenada a pena de muerte instó la nulidad del procedimiento para la determinación de la pena (incidente subsiguiente a su declaración de culpabilidad, que no cuestionó) por la ineficaz asistencia de su abogado. El recurrente había confesado la autoría de varios asesinatos y fue declarado culpable por el Tribunal. En el procedimiento para la determinación de pena confiaba en que no se acabaría imponiendo la pena de muerte. Alegó que ello acabó sucediendo porque su letrado no solicitó un aplazamiento para preparar la audiencia del procedimiento, no presentó informes psiquiátricos sobre su situación ni testigos favorables ni invocó argumentos sig-

nificativos para el juez para acreditar la depresión y mala situación económica que venía padeciendo.

La sentencia, tras establecer los estándares aplicables para determinar la prosperabilidad de la pretensión, rechazó el recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

a) El derecho a la asistencia letrada es el derecho a la asistencia eficaz del abogado, tratándose de un derecho crucial para el proceso adversarial justo.

b) Dicho derecho se viola cuando el gobierno interfiere en la capacidad del abogado para adoptar decisiones independientes. Pero también cuando el abogado no presta la "asistencia letrada adecuada". El juicio no sería justo.

c) El procedimiento para la imposición de la pena de muerte es similar a un juicio adversarial.

d) Para que su pretensión prospere, el acusado debe demostrar dos cosas: que la actuación del abogado fue deficiente y que existe un perjuicio.

Con respecto al primer elemento, el acusado debe identificar concretas acciones u omisiones erróneas. El Tribunal habrá de determinar si dichas acciones u omisiones se encuentran dentro del amplio margen de asistencia profesional competente, para lo que puede utilizar como elemento de contraste los criterios de la American Bar Association partiendo, en todo caso, de la fuerte presunción de que la actuación del abogado se encuentra dentro del amplio margen de asistencia profesional razonable.

En relación con el segundo elemento, el acusado debe demostrar que existe una probabilidad razonable de que si no hubiera sido por los errores del abogado por falta de profesionalidad, el resultado del procedimiento hubiera sido diferente, de modo que el juez hubiera tenido alguna duda, bien respecto de la culpabilidad, bien respecto de la pena finalmente impuesta.

En el concreto caso enjuiciado, se estimó no demostrada la existencia de perjuicio alguno vinculado con las acciones u omisiones que se invocaron.

La sentencia incorpora un interesante voto particular del Juez Marshall. En él, en resumen, se sostiene que el propósito de la garantía constitucional de la asistencia letrada eficaz no es sólo evitar condenas injustas de inocentes sino fundamentalmente que las condenas se produzcan en el marco de procedimientos justos. Estima, por ello, que no es necesario acreditar perjuicio alguno. Por tanto, la sola demostración de que la actuación del abogado desconoció gravemente los estándares exige la anulación de la condena y la celebración de un nuevo juicio.

b) *La sentencia dictada en el caso Lafler contra Cooper (2012)*

En la instancia, el Ministerio Fiscal ofreció al acusado un acuerdo de 7 años de prisión. Éste rechazó la oferta por consejo de su letrado, y fue finalmente condenado a una pena de 30 años de prisión. Frente a la condena interpuso recurso por la falta de asistencia legal efectiva.

La Corte tenía establecidos como requisitos de prosperabilidad de la pretensión la demostración de que existía una probabilidad razonable de que el Tribunal habría aceptado el acuerdo y el hecho de que la condena debía ser, en todo caso, más severa que la propuesta para el acuerdo.

En el caso enjuiciado se alcanzó la conclusión de que el consejo del letrado se había fundado en una incorrecta interpretación de preceptos legales (se acusaba de asalto con

tentativa de homicidio –ataque premeditado para dar muerte–, entre otros, y el abogado había manifestado a su cliente que, como los disparos se produjeron en cadera, abdomen y nalgas, nunca podría ser condenado de asalto con tentativa de homicidio, sino, en su caso, de lesiones, lo que era incorrecto a la luz de las circunstancias del caso). Por tanto, se anuló la condena y se convocó a nuevo juicio permitiendo al acusado aceptar la oferta inicial.

12.4.2. La STS 1117/2009

En el derecho interno no encontramos demasiados ejemplos del tratamiento de esta cuestión, salvo en supuestos extremos con el que exponemos a continuación.

En este caso, el acusado fue condenado por la Audiencia Provincial como autor de un delito de estafa a la pena de tres años de prisión. Tras la condena, recurrió en casación alegando la nulidad del juicio por la vulneración del derecho de defensa y del derecho a la asistencia letrada, ante la pasividad de su letrado.

La Sala parte de la premisa de que el derecho de defensa no se satisface con la designación nominal de letrado, sino que exige que el acusado disponga de una defensa efectiva. En este sentido, se reconoce al letrado un amplio margen de actuación, pues, en principio, dispone de diferentes posibilidades para orientar y organizar la defensa del acusado. Ahora bien, en el caso de autos, la absoluta pasividad del abogado, acompañada de la imposibilidad de ser localizado para mantener el contacto con el defendido, e incluso con el Tribunal, se estimó incompatible con los estándares propios de toda defensa efectiva.

En concreto:

a) El acusado puso de manifiesto la nula actividad del letrado antes del juicio oral de modo indirecto, llegándose incluso a acudir a una nueva designación del turno de oficio, finalmente no realizado, y de forma manifiesta y expresa en el propio plenario.

b) En segundo lugar, de los datos de la causa resultaba con claridad la ausencia evidente de una defensa efectiva, dada la pasividad del letrado durante la fase de instrucción, su desaparición en la fase intermedia, sin proponer diligencia ni prueba alguna, sin contactar con el acusado y sin realizar acto alguno conocido.

c) En tercer lugar, tanto el Juzgado de Instrucción como la Audiencia Provincial fueron conscientes de las negativas características de la forma en la que era ejercida la defensa sin que se procediera a su sustitución por otro letrado que cumpliera sus obligaciones legales de forma mínimamente adecuada.

Por todo ello, la Sala II estimó el recurso y declaró la nulidad del juicio con retroacción de las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior al dictado del auto de procedimiento abreviado, a fin de que requiriese al acusado para que designara letrado, designándosele de oficio, en otro caso.

La sentencia no aborda, al no ser el caso, los complejos problemas derivados de un deficiente asesoramiento sustantivo o probatorio, pero creemos que los criterios elaborados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU, con los matices convenientes, podrían extrapolarse.

El derecho a ser informado de la imputación

José María ASENSIO GALLEGO

I. El derecho a la información. Naturaleza jurídica y fundamento

La declaración del investigado es esencialmente un medio de defensa. Es la primera oportunidad que se le ofrece de presentarse ante el Juez y tratar de exculparse de los cargos que indiciariamente se le dirigen. Pero, como es obvio, será difícil, por no decir imposible, que aquél pueda explicar cuanto tenga por conveniente sobre los hechos (u optar por no manifestar nada, acogiendo a su derecho a guardar silencio) si previamente a comenzar el interrogatorio no se le informa de los mismos de manera detallada, clara, comprensible y en una lengua que comprenda¹. El derecho a ser informado de la imputación es, pues, una garantía del derecho de defensa, un requisito para que este último pueda operar en toda su extensión². Es, en resumen, como pone de relieve la STC 141/1986, de 12 de noviembre, instrumental del derecho de defensa y de la asistencia de Letrado³, reconocida en el art. 24 de la Constitución Española (en adelante, CE), ya que el conocimiento por el investigado de los hechos a él atribuidos es indispensable para ejercer su defensa.

La evolución de este derecho instrumental ha sido y sigue siendo lenta, excesivamente lenta e insuficiente. El paso del inquisitivo, de la confesión con cargos, a una declaración libre y consciente, es arduo y se enfrenta a costumbres arraigadas en la mentalidad procesal de los Tribunales, que no ven vulneración del derecho donde la misma es evidente e innegable. Un acercamiento a la práctica diaria demuestra el poco respeto a esta exigencia, normalmente suplida con simples referencias casi mecánicas a tipos penales sin alusión a hechos naturales, una suerte de trámite que no se supera ni siquiera cuando las partes exigen una mayor ilustración.

Nadie duda de la necesidad de una información acerca de los hechos imputados con anterioridad a la declaración y todos la afirman como una necesidad inderogable, como expresión de nuestro sistema acusatorio. Y así se expone que sólo una ilustración de este carácter asegura el conocimiento y la libertad del declarante. La ley, la doctrina y la jurisprudencia la acogen como requisito esencial. Pero, frente a estas declaraciones y exigencias, en la práctica cotidiana falla el sistema, se vulnera decididamente su contenido, se infringe el derecho en su comprensión mínima. A ello contribuyen factores múltiples,

1 La STC 44/1983, de 24 de mayo, dice a este respecto que *"el derecho a ser informado de la acusación es el primer elemento del derecho de defensa que condiciona a todos los demás, pues mal puede defenderse de algo el que no sabe de qué hechos se le acusa en concreto"*.

2 Gimeno Sendra, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid. 2008. Pág. 131. Neyra Flores, J. A. *Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral*. Lima. 2010. Pág. 196. Vide. también SSTC 19/2000, de 31 de enero; 36/1996, de 11 de marzo; 123/1995, de 18 de julio; y 95/1995, de 19 de junio.

3 Vide. Del Olmo, J. A. *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*. Madrid. 1999. Pág. 33.

que en este trabajo no pueden ser analizados en profundidad pues excederían en mucho su objeto. Porque, no se trata tanto de una negativa fraudulenta a cumplir el derecho, una actitud tendente a negar al investigado el conocimiento debido a pesar de lo dicho, sino más bien un problema de origen que reside en el concepto mismo de imputación susceptible de poner en marcha un proceso penal. Si la imputación que da lugar a la apertura de la instrucción es insuficiente, irrelevante desde el punto de vista penal, difícil, por no decir imposible, será informar de aquello que no consta. Si los hechos sobre los que se asienta la imputación no son típicos en un sentido estricto, la información sobre los mismos no podrá ser suficiente. El carácter inquisitivo del proceso, en su origen, está en la base de la infracción de los derechos del investigado y la solución no parece fácil. O el sistema mismo no mantiene coherencia entre sí o entre la norma y la realidad.

Es por eso por lo que, frecuentemente, la información sobre la imputación se limita a una mera referencia a los tipos penales, a los presuntos delitos por los que se ha abierto la instrucción, sin alusión alguna a hechos concretos, pues los mismos sólo se evidencian de forma aislada y sin encaje en tipo penal alguno de forma concreta. Y esta información es, evidentemente, insuficiente para que el investigado tome conocimiento de la imputación y pueda consciente y libremente decidir una posición acerca de la conducta a adoptar, siendo de este modo que la declaración queda en manos de las partes acusadoras que la convierten en un acto puro de investigación que busca contradicciones, confesiones y lagunas sobre las que basar su futura actuación.

Como hemos dicho, el problema no reside tanto en la actitud de quienes dirigen la declaración, los Jueces al momento de tomarla, sino en el origen de lo que consta en autos, en la iniciación insuficiente de la investigación procesal. De ahí que en este trabajo sólo se pueda desarrollar un elenco de requisitos de la misma declaración, siendo conscientes, no obstante, de que pueden quedar en pura especulación si el sistema no se modifica.

Existe una conciencia general, en esta línea de los grandes principios que no atienden a los factores que los niegan, acerca del carácter esencial de este presupuesto. Y la ley, la jurisprudencia y la doctrina son tajantes al respecto.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en términos absolutos. En sus Sentencias de 19 de diciembre de 1989 (Caso Kamasinski c. Austria) y de 25 de marzo de 1999 (Caso Pelissier y Sassi c. Francia) recuerda que las disposiciones del art. 6.3.a) del Convenio muestran la necesidad de poner un cuidado extremo en notificar la acusación al interesado. En materia penal, una información precisa y completa de los cargos que pesan contra un acusado es una condición esencial de la equidad del procedimiento⁴. Y además, existe un vínculo entre los apartados a) y b) del art. 6.3 del Convenio, en cuanto que el derecho a ser informado sobre la naturaleza y el motivo de la acusación debe contemplarse a la luz del derecho del acusado a preparar su defensa.

Si por cualquier circunstancia no se proporcionara al investigado información suficiente, éste quedaría reducido a un mero objeto del proceso, como ocurría en el sistema inquisitivo⁵ y desaparecería el necesario equilibrio que debe existir entre acusador y acu-

4 Vide. también SSTEDH de 27 de febrero de 1980 (Caso Deweer c. Bélgica), 13 de mayo de 1980 (Caso Artico c. Italia), 9 de abril de 1984 (Caso Goddi c. Italia) y 12 de febrero de 1985 (Caso Colozza c. Italia).

5 Dice Pedraz Penalva, E., en relación con esto, que "el derecho a ser informado de la acusación integra el principio acusatorio, siendo una garantía del mismo". *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal.*

sado en el proceso penal. En palabras de la temprana STC 9/1982, de 10 de marzo, *“la ruptura de este equilibrio en contra del acusado, al no conocer éste en concreto cuáles son los hechos punibles que se le imputan, puede producirle indefensión, concepto que no hay que interpretar como necesariamente equivalente a la imposibilidad de defenderse, pues puede haber también indefensión cuando, por decisiones del órgano judicial, se produzca disminución indebida de las posibilidades legales de defensa”*.

Por todo lo expuesto, la importancia del derecho a la información del investigado (o intimación, como lo denominan algunos autores⁶) es clave en el proceso penal, hasta tal punto que ha sido consagrado como derecho fundamental en los arts. 17.3 y 24 CE. Su omisión o la inobservancia de cualquiera de sus requisitos provocaría la privación del derecho a ser oído y, con ello, de la facultad de influir eficientemente, por esta vía, en la decisión judicial. Se vulneraría, así, el derecho de defensa, del cual el derecho a ser oído constituye una parte integrante y la declaración no podría ser utilizada como base de ninguna resolución judicial. Todo lo obtenido a través de ella sería, por imperativo del art. 11.1 LOPJ, prueba prohibida o prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

Hemos de precisar finalmente, como lo hace Saavedra Gallo⁷, que a pesar de que el art. 24.2 CE se refiera a la información de la acusación, sería más correcto hablar de imputación, ya que ésta se produce al inicio, en el momento en que surgen indicios de responsabilidad contra una persona determinada, mientras que la acusación supone un estadio posterior y se formula cuando el proceso penal se encuentra en fase avanzada.

II. Momento en que debe procederse a informar al investigado

Si la información de la imputación al investigado es una garantía del derecho de defensa y el primer requisito para que éste pueda operar en toda su extensión, la consecuencia lógica es que esta información debe proporcionársele de manera inmediata y, en todo caso, antes de prestar declaración.

Las normas al respecto son relativamente claras y susceptibles de interpretaciones que no aseguren la efectividad del derecho en toda su extensión necesaria, no obstante lo cual una constante se aprecia en ellas, cual es la de asegurar que todo investigado, al momento de declarar, haya sido informado de los hechos que se le imputan. Intención y fines que, sin embargo, no se colman suficientemente en tanto las reglas legales se sumen en una cierta generalidad de situaciones.

El art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim.), norma esen-

Madrid. 2000. Pág. 250. Y esta postura es también defendida, entre otras, por la STC 141/1986, de 12 de noviembre: *“El derecho a ser informado de la acusación, que presupone, obviamente, la existencia de la acusación misma, tiene como contenido un conocimiento de la acusación, facilitado o producido por los acusadores y por los órganos jurisdiccionales ante quienes el proceso se sustancia.*

Su función esencial radica en impedir un proceso penal inquisitivo, que si bien pudo existir en otras fases de la historia, se compadece muy mal con la dignidad del hombre y por ello con un sistema de derechos fundamentales y de libertades públicas. En su forma más aguda y radical, trata de impedir la situación del hombre que se sabe sometido a un proceso pero ignora de qué se le acusa”.

⁶ Maier, J. B.J. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires. 1996. Págs. 559 y 562. Ferrandino Tacsan, A. y Porras Villalta, M. *La defensa del imputado*. En *“Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal”*. Obra colectiva. San José de Costa Rica. 1997. Pág. 303.

⁷ Saavedra Gallo, P. (Coord.) *Sistema de garantías procesales*. Madrid. 2008. Pág. 399.

cial, establece que la información de los hechos y el resto de derechos ha de ser suministrada al investigado "*sin demora injustificada*", en lo que constituye una regla que no parece limitar tal ilustración al acto de la declaración, sino a la decisión de considerar a un sujeto investigado. Esta misma norma, posteriormente, amplía el derecho al momento en el que se produzca un cambio relevante en el objeto de la investigación, es decir, una modificación del hecho punible investigado o una modificación del mismo hecho investigado. La ley, pues, pretende que todo investigado sea informado, sin demora alguna, de los hechos por los que se ha incoado la instrucción, así como también, sin esa demora, de todo cambio en el objeto de la investigación o en el hecho punible que la justifica.

Debe decirse, pues es esencial en este punto, que la norma obliga a informar de los hechos atribuidos, hechos que han de ser, como se establece en el apartado primero, punibles, es decir, delictivos.

En esta misma dirección, el art. 520.2 LECrim., al relatar los derechos de los detenidos, establece el deber de informar al privado de libertad de los hechos atribuidos, lo que habrá de hacerse por escrito, norma ésta que debe integrarse con la anteriormente comentada en tanto las medidas cautelares constituyen una forma de adquirir la condición de investigado.

Aparece del conjunto de normas señaladas, la duda acerca del momento en el cual el investigado ha de ser informado de los hechos imputados; si ha de ser con anterioridad a su declaración o en el momento mismo de ésta, se encuentre o no detenido. Y la cuestión goza de una indudable trascendencia en la posición del investigado respecto del ejercicio de su derecho de defensa eficaz.

Tiene razón en este sentido Verger Grau⁸, cuando pide que, tras surgir la imputación, se debería llevar a cabo una notificación formal de ésta por el Juez de Instrucción, que contuviera los hechos que se atribuyen al investigado y su provisional calificación jurídica. No obstante, este autor estima que tal ilustración y resolución debería realizarse en la primera comparecencia del investigado, mediante la consignación en el acta correspondiente no sólo de sus derechos y su declaración, en el caso de que opte por hacerla, sino también de los hechos atribuidos y su provisional calificación jurídica. Y esto es lo que actualmente se viene realizando en la práctica judicial ordinaria.

Esta interpretación es la que resulta de una lectura del art. 775.1 LECrim., que establece que aquella información ha de hacerse en la primera comparecencia, la cual coincide, normalmente, con la declaración, sin que con anterioridad se produzca una resolución independiente al efecto de trasladar aquella a quien ha de ser llamado para que con tiempo pueda tomar sus decisiones previa consulta con su abogado.

A nuestro juicio no basta con que el Juez informe al investigado en el momento en que éste comparezca físicamente, por primera vez, para la realización de su interrogatorio. Puede ocurrir que, previamente a la práctica de esta diligencia, el investigado no tenga conocimiento alguno de las razones de su imputación. Si esto fuera así y se enterara de manera repentina de los cargos que se le atribuyen justo antes de prestar declaración, el derecho de defensa, en su vertiente material, perdería toda su virtualidad práctica, pues el interrogado no dispondría de los conocimientos suficientes para optar, con plena capacidad de decisión, por responder a las preguntas que se le dirijan por los

8 Verger Grau, J. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Barcelona. 1994. Págs. 57 y 58.

intervinientes en el interrogatorio o, por el contrario, por acogerse a su derecho a no manifestar nada.

Entendemos, pues, que desde la imputación, como afirma el art. 118 LECrim., ha de darse traslado al investigado de esa información mediante un acto motivado, el cual, además, obligaría al Juez de Instrucción a un control que ahora no realiza adecuadamente, pues suele limitar su labor a admitir la denuncia o querrela y citar a interrogatorio a efectos de que éste sirva como elemento suministrador de información. Y ésta no es su función, pues no debe ser un acto inquisitivo, sino de defensa y ésta sólo es posible, como la ley pretende y se desprende de su articulado, cuando se comunican hechos punibles con anterioridad suficiente para poder ser rebatidos.

Un Juez de Instrucción que admite denuncias y querrelas sin análisis suficiente, sin indagar en el carácter punible de los hechos, no puede ilustrar de una imputación poco fundada, de modo que tampoco garantiza un acto que debe ser defensivo. La solución, en tanto se reforma la ley y se atribuye la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, en cuyo caso el Juez controlaría una imputación ajena, pasa por obligar a los Jueces a emitir un auto motivado, ya inicialmente, en el que constara la imputación, el hecho punible y todos los elementos que la sustentan. De ser así, en primer lugar, se obligarían a verificar la propia entidad delictiva de lo denunciado y, además, evitarían interrogatorios inquisitivos como los frecuentemente buscados por las acusaciones en actuaciones poco compatibles con las exigencias legales y constitucionales.

La determinación del momento en que debe producirse la información de los hechos, unida al contenido de ésta, materia inseparable como hemos sostenido, se complica en extremo cuando se lee el art. 779.1.4º LECrim. y concretamente el contenido que debe tener el llamado Auto de PA, el de transformación de las Diligencias Previas en procedimiento abreviado. Un auto éste que, si bien ahora debe pronunciarse en los plazos que dispone el art. 324 LECrim., ya suficientemente dilatados, hasta hace poco carecía de más plazo que el derivado del ambiguo y relativo derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Pues bien, este precepto establece que, conclusas las Diligencias Previas, el Juez de Instrucción dictará, si procede, esta resolución, la cual contendrá la determinación de los hechos punibles, pero, a su vez, ordena que la terminación de esta fase sólo podrá tener lugar si se ha interrogado anteriormente al investigado.

El problema consiste en identificar qué significa "determinación" de los hechos punibles en relación con la exigencia de un hecho punible para decretar la condición de investigado y, a su vez, resuelta si se puede esta incógnita, concretar de qué hechos ha de ser informado el investigado que sólo puede ser considerado encausado si previamente ha sido interrogado. Carece de sentido una interpretación formalista. Que baste con un interrogatorio sobre hechos que al final son diametralmente diferentes a los que constituyen el objeto es un absurdo que la ley permitía hasta la última reforma, que obliga a ilustrar sobre todo cambio y, cabe entender, declarar al respecto y ejercer la defensa oportuna.

Aquí, en este dilema, se aprecia la dificultad del problema suscitado, que no es, ni puede ser resuelta aludiendo sólo a un momento, aunque sea importante, sino esencialmente al contenido de lo informado. De poco sirve que se informe inmediatamente si se informa de poco o nada, de manera insuficiente. De nada sirve garantizar el conoci-

miento si lo que se traslada es parco y el investigado no se puede defender de hechos delictivos concretados en alguna forma de delito, no en la abstracción o en su falta de tipicidad sujeta a una investigación ilimitada objetivamente y temporalmente.

En resumen, la información ha de ser inmediata, debería formularse mediante una resolución anterior a la primera comparecencia, ser motivada y, a su vez, sucesiva, cada vez que se alterara el objeto de la investigación. Pero, en todo caso, teniendo en cuenta que lo esencial es el contenido de esa información, se debe asegurar, como dice el art. 118 LECrim., una defensa eficaz.

III. Contenido de la información

Los arts. 118.1.a) y 520.2 LECrim. señalan con cierta claridad, aunque hayan de ser interpretados ante la realidad que se opone a su efectividad, cuál ha de ser el contenido de la información de la imputación: los hechos punibles que indiciariamente se atribuyen, así como cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y en los hechos imputados.

En las siguientes páginas nos referiremos al conjunto de elementos de esa información en el marco legal ofrecido, el cual es mucho más complejo que lo que aparentemente parece. Ese marco legal referido a la información de hechos punibles de manera no estática, sino dinámica y la propia diferencia entre cambio en el objeto de la investigación y hecho imputado, pone de manifiesto que la cuestión está lejos de poder resolverse con facilidad y que precisa de una labor doctrinal y jurisprudencial poco elaborada en esta crucial materia. Sólo Asencio Mellado⁹ se ha ocupado de este asunto con cierta profundidad, asumiendo posiciones que compartimos en buena parte y que constituyen el punto de partida de nuestras reflexiones.

Baste ahora una mera enumeración de lo que debería ser el contenido básico de una información correcta a la luz de la ley. La misma habría de ilustrar de:

- Los hechos naturales que se imputan. En sentido general, todos los que se conocen.
- Los hechos típicos. Por punibles deben entenderse los hechos típicos, es decir, los que coinciden con el supuesto de hecho de la norma penal que se atribuye.
- La calificación jurídica provisional de tales hechos. Y esa calificación jurídica se ha de basar en los hechos conocidos, indiciariamente o no, pero objetivos. Una calificación jurídica extraída de los hechos, no de la presencia de algunos típicos infiriendo o afirmando otros, del tipo penal y sin el cual el hecho no es punible, pero que se presumen. La calificación jurídica ha de ser consecuencia de los hechos que constan a cualquier nivel en esta fase. No basta con trasladar una calificación jurídica en el aire, sin base objetiva, pues los hechos no serían punibles y la defensa, imposible.
- Los hechos que constan inicialmente.
- Todos los cambios que se produzcan en el objeto de la investigación.
- Todos los que se operen en los hechos imputados.
- Estos dos últimos requisitos se contradicen, pues si se exige para la imputación un

⁹ Asencio Mellado, J. M. *La imputación como elemento determinante del modelo procesal de investigación*. Diario La Ley. 8671/2013. Diciembre 2015.

hecho punible, no resulta fácil admitir que, salvo que haya varios imputados, se pueda investigar un hecho no punible, se pueda dar lugar a una instrucción prospectiva. Si el objeto de la imputación ha de ser un hecho punible, el del proceso, también.

Ahora bien, junto a todo esto, como pone de relieve la generalidad de la doctrina¹⁰, el Juez viene obligado a comunicar al investigado una serie de circunstancias que le permitan comprender debidamente el sentido de la imputación formulada contra él. En concreto:

- Las razones que han llevado al órgano judicial a considerarle como investigado por su presunta participación en los mismos y las pruebas que existan para corroborar lo anterior¹¹. Entendemos que, además de la obligación del Juez instructor de informar al investigado de la imputación en su primera comparecencia o de forma anterior, es necesario que se le comuniquen, aunque sea sucintamente, las razones por las cuales es llamado. E igualmente estimamos necesario, en los casos en que el proceso penal comience mediante denuncia o querrela, adjuntar copia de las mismas a la citación del investigado. Si, con arreglo a lo dispuesto en el art. 118.1.b) LECrim., toda persona a quien se atribuya un hecho punible tiene “derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración”, con más razón deberá dicha persona ser informada de los cargos que se le dirigen con antelación suficiente para diseñar, junto con su letrado, la estrategia defensiva que mejor le convenga.
- Los derechos, y entre ellos, a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Ésta es la postura adoptada también por la legislación de otros Estados. Por ejemplo, el art. 87.1 del Código Procesal Penal peruano, que dispone que “antes de comenzar la declaración del imputado, se le comunicará detalladamente el hecho objeto de imputación, los elementos de convicción y de pruebas existentes, y las disposiciones penales que se consideren aplicables. De igual modo se procederá cuando se trata de cargos ampliatorios o de la presencia de nuevos elementos de convicción o de prueba”, el art. 194 del Código Procesal Penal chileno, según el cual “si el imputado se allanare a prestar declaración ante el fiscal y se tratare de su primera declaración, antes de comenzar el fiscal le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuyere, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquéllas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojaré en su contra” o el art. 133 del Código Orgánico Procesal Penal venezolano: “antes de comenzar la declaración se le impondrá al imputado o imputada del precepto constitucional que lo exime de declarar en causa propia y, aun en caso de consentir a prestar declaración, a

¹⁰ Entre otros, Vide. Asencio Mellado, J. M. *Derecho Procesal Penal*. Valencia. 2012. Pág. 79. Gimeno Sendra, V. *Manual de Derecho...* Cit. Págs. 221 y 222.

¹¹ López Yagües, V. considera que sólo habrá de informarse de dichas pruebas en el caso de que no se obstaculice el desarrollo de la investigación. *El derecho a la asistencia y defensa letrada. Su ejercicio en situaciones de privación de libertad*. Alicante. 2002. Pág. 41.

no hacerlo bajo juramento y se le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, incluyendo aquellas que son de importancia para la calificación jurídica, las disposiciones legales que resulten aplicables y los datos que la investigación arroja en su contra. Se le instruirá también de que la declaración es un medio para su defensa y, por consiguiente, tiene derecho a explicar todo cuanto sirva para desvirtuar las sospechas que sobre el o ella recaiga, y a solicitar la práctica de diligencias que considere necesarias".

Desgraciadamente, como hemos visto, en ningún precepto de la LECrim. se establece la obligación de informar también sobre los extremos apuntados de forma expresa. Ni siquiera la reforma operada en la misma por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, ha cubierto este vacío legal. Pero a pesar de ello, compartimos la postura de Ramos Méndez¹², quien, con base en la premisa de que el derecho a la información es un derecho de relevancia constitucional (arts. 17.3 y 24.2 CE), dice que aunque la ley no prevea expresamente el contenido de la información, el derecho de defensa sólo podrá entenderse colmado si aquélla comprende todos los extremos mencionados.

La Constitución, lógicamente, se limita a mencionar el derecho a ser informado de la acusación en su art. 24.2, pero no puntualiza las formas, las solemnidades o los ritos que para tal información haya que cumplir, ni tampoco los exige. De este modo, en tanto en cuanto no se introduzca en la Ley de Enjuiciamiento Criminal una disposición que precise todos estos extremos, las posiciones doctrinales y jurisprudenciales relativas al momento en que ha de procederse a informar al investigado de la imputación seguirán siendo variadas. Unas más garantistas, otras, menos. Pero aquí conviene recordar aquella máxima consistente en que los derechos fundamentales han de ser interpretados siempre en la forma más favorable a su vigencia. Y esta forma, cuando hablamos del derecho a la información del investigado en el proceso penal, debe ser siempre aquélla que más respete el derecho de defensa, es decir, cuanto antes y de la manera más detallada posible.

1) El criterio de la suficiencia de la información

Dado el carácter de fundamental del derecho a ser informado de la imputación y su íntima relación con el derecho de defensa, es indiscutible y un dato que no es meramente accesorio, que el contenido de la información que el Juez de Instrucción suministre al investigado debe ser el adecuado para el eficaz ejercicio de aquél. No basta, por tanto, el simple cumplimiento de las formalidades legalmente previstas, sino que hay que atender a la suficiencia de la información proporcionada, pues sólo cuando ésta sea suficientemente detallada, clara y precisa, el investigado se encontrará en condiciones idóneas para el ejercitar los derechos que la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal le otorgan. En otras palabras, es necesario que se salvaguarden las garantías procesales del investigado¹³.

Así se ha apreciado, de modo que la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, fue transpuesta en España por medio de las Leyes Orgánicas 5/2015, de 27 de abril y 13/2015, de 5 de octubre, que, entre otros extremos han procedido a una profunda modificación del art. 118 LECrim.

12 Ramos Méndez, F. *Enjuiciamiento criminal. Séptima lectura constitucional*. Barcelona. 2004. Pág. 138.

13 Gimeno Sendra, V. *Manual de Derecho...* Cit. Pág. 131.

orientadas a favorecer materialmente el derecho a la información de la imputación en relación con una defensa efectiva.

Y así, el citado art. 118 manifiesta, en el punto que nos interesa, que dicha ilustración ha de ser proporcionada con *“el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa”*. Es ese ejercicio el que permite afirmar que la información es suficiente. Si no garantiza el derecho, la misma no bastará para satisfacer la exigencia constitucional.

Ésta es y ha sido siempre la posición sostenida por el Tribunal Constitucional, cuya Sentencia 182/2001, de 17 de septiembre, señala: *“El derecho a ser informado de la acusación encierra un contenido normativo complejo, cuya primera perspectiva la constituye la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento de los hechos para poder defenderse adecuadamente y de manera contradictoria. Su inobservancia, por lo tanto, puede producir además indefensión. Es, consiguientemente y desde esta perspectiva, un instrumento del derecho de defensa, que exige una determinada información, pues conocer los hechos delictivos que se imputan a una persona constituye el primer elemento a tener presente, ya que como hemos afirmado con reiteración, nadie puede defenderse de algo que no conoce”*.

Es clave, pues, entendemos, el uso de la expresión *“defenderse adecuadamente”* que el Tribunal Constitucional utiliza, similar a la legal del *“ejercicio efectivo”*, de la cual no puede sino extraerse la conclusión antes expuesta. La información suministrada al investigado debe ser aquella que le permita ejercitar el derecho de defensa en toda su extensión; en este caso, el derecho de defensa material, del cual es parte integrante la posibilidad que el ordenamiento le concede de manifestar cuanto tenga por conveniente para exculparse de los hechos o de guardar silencio, dejando que sean las partes acusadoras quienes desplieguen toda la actividad probatoria de cargo. Sólo podrá el investigado optar por una u otra alternativa cuando disponga de todos los datos que, hasta el momento, constan en el procedimiento.

La información debe comprender todos los extremos mencionados en el apartado anterior y ser clara y comprensible para una persona que, por regla general, carece de conocimientos jurídicos. Pero de todos ellos el más importante es el relativo a los hechos punibles que se imputan al interrogado. Es necesario un conocimiento profundo de los mismos, pues sobre ellos van a versar las preguntas que se le formulen, a las podrá responder o rehusar hacerlo. Y ahí reside un problema, como hemos dicho, preocupante y legalmente irresoluto.

Tengamos en cuenta que el derecho de defensa no sólo es vulnerado cuando no se informa de los hechos al investigado, sino también, en palabras de la STC 9/1982, de 10 de marzo, *“cuando, por decisiones del órgano judicial, se produzca disminución indebida de las posibilidades legales de defensa”*. Y un supuesto paradigmático de esta situación es no proporcionarle información suficiente para el debido ejercicio de sus derechos.

Llegados a este punto, la reflexión a la que debemos enfrentarnos vuelve de nuevo a caer en una suerte de círculo vicioso que depende en gran medida del inicio del proceso, de los elementos que bastan para incoar unas diligencias penales y, ya incoado el proceso y llamado a declarar el sujeto, qué se entiende suficiente en orden a la información de los hechos para considerar que su defensa se respeta y se garantiza eficazmente. Más allá de los términos legales y de la jurisprudencia, la realidad impone unas condiciones

que no parecen claras y que generan dudas, pues el propio sistema procesal autoriza lo contrario al incoarse diligencias cuya finalidad no es determinar hechos punibles, sino, muchas veces, investigar meras sospechas sin base objetiva y que recaen sobre hechos no punibles. Siendo así la defensa nunca podrá ser eficaz, pues el investigado no podrá defenderse dada la ambigüedad del objeto de las diligencias penales.

Por suficiencia y capacidad de garantizar una defensa eficaz, debe entenderse aquella que permite al investigado, libre y conscientemente, decidir si adopta una conducta negativa o pasiva, negando los hechos o guardando silencio o, por el contrario, activa, actuando una posición que se traduzca en la aportación de medios de investigación que anulen la fuerza de los aportados por las acusaciones. Y, para ello, claro está, será necesario que se conozca la imputación y los elementos de prueba que utiliza la acusación para fundamentarlos, sin reserva alguna. Porque, en caso contrario, si los hechos son inconcretos y las razones se silencian y no se indican, la posición del investigado será totalmente de indefensión y, dada la duración de los procesos y el daño que producen en sí mismos, intentará producir una actividad que acredite su inocencia.

Paradigmático es el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, nº 147/2015, de 2 de marzo, en el cual se realizan apreciaciones sumamente interesantes en el tema que nos ocupa. En esta resolución judicial se viene a afirmar que no es posible en nuestro proceso penal la formulación de una imputación genérica, que la misma debe determinarse, identificarse, no bastando al efecto con señalar una generalidad de observaciones inconcretas y carentes de relevancia jurídico penal. Los hechos imputados han de ser punibles, esto es, demostrar su tipicidad. Hay que concretar las conductas imputadas en relación con los tipos penales inculcados, vinculando, a su vez, los hechos con las personas concretas a las que se atribuyan. No basta una imputación subjetivamente genérica, inconcreta y abstracta.

Y, en este orden, realiza una afirmación que sustenta la posición que mantenemos, cual es que una imputación genérica, sin referencia a hechos punibles determinados, es causante de una inversión de las reglas de la carga de la prueba, obligando a los imputados a probar su inocencia frente a una indeterminación inadmisibles y prohibida.

Ésta es la consecuencia más importante de una imputación insuficiente que, por tanto, no puede ser objeto de una información adecuada. El investigado, ante la falta de conocimiento del objeto de la instrucción no sólo no puede valorar su conducta, sino que, a causa del temor a verse sometido a lo que no conoce, tiende a producir una actividad que se traduce en la acreditación de su inocencia, generando actos que, a su vez, las acusaciones desvirtúan, entrando el proceso en una espiral en la cual la posición de cada parte se invierte, siendo los investigados los que acreditan su inocencia y las acusaciones las que la desvirtúan, sin proponer otra actividad que no sea la de derrumbar los argumentos de la defensa, debilitarlos o pedir diligencias que integren las lagunas dejadas por la defensa. El proceso invierte las partes y las acusadoras se limitan a desvirtuar lo alegado por un investigado incapacitado para su defensa. Un proceso, por tanto, netamente inquisitivo y en la práctica muy extendido. La defensa no es eficaz, no efectiva. La defensa no puede ejercitarse ante una imputación que no es imputación o que, siendo, no ha sido objeto de una información suficiente¹⁴.

14 Muy importante es aquí una remisión a la STC 41/1998, de 24 de febrero, sobre este asunto, que tuvo dos

En conclusión, la suficiencia de la información, íntimamente relacionada con la misma imputación, genera problemas de entidad considerable, hasta el punto de no sólo no garantizar la defensa, sino de invertir la posición de las partes en el proceso, vulnerando el contradictorio, la presunción de inocencia en su aspecto de carga de la prueba y expresando la pervivencia del sistema inquisitivo tras aparentes afirmaciones que los excluyen o lo sostienen como una reliquia pasada.

2) La información de los hechos

Ya hemos apuntado la suma de contradicciones en que la misma ley se sume. La escasa coherencia que existe entre una imputación que da lugar a la iniciación del proceso que no descansa sobre hechos punibles en sentido estricto y la suficiencia de esa imputación para ser objeto de información bastante para garantizar la defensa. De igual modo, hemos destacado las dudas que suscita que sea al final de la instrucción cuando se concrete o determine la imputación, mientras que la ley exige una previa declaración sobre algo que queda inconcreto durante largo tiempo, sin que la ley clarifique qué o cómo debe ser anteriormente lo que se informa. Y, por último, hemos hecho mención a la duda que nos hace nacer el hecho mismo de que los arts. 118 y 775 LECrim., fruto de las últimas reformas, afirmen la necesidad de ilustrar sobre los cambios en el objeto de la instrucción y de la imputación, contraponiendo ambos, en lo que parece admitir la posibilidad de que la instrucción verse sobre algo que no puede ser imputado, porque no es punible. La misma ley incurre en la contradicción que denunciamos.

Parece, pues, que la primera obligación del Juez instructor es informar al investigado de los hechos delictivos indiciariamente ejecutados por él. De los hechos típicos en todo caso y de todos los que constituyan el tipo penal en el que puedan encuadrarse, pues no se pueden imputar hechos punibles o típicos sin hacer referencia a un tipo. Si ello no es posible es porque los hechos no son típicos y ninguna norma los abarca. Al margen, pues, de cualquier otra consideración, los hechos naturales típicos han de ser objeto de información desde un inicio, pues no cabe incoar un proceso penal prospectivo y basado en hechos sólo parcialmente típicos.

Dicha información, sostienen los arts. 118 y 775 LECrim., no puede limitarse a la inicial, sino que, dado el carácter dinámico de la instrucción, se ha producir de forma constante cada vez que se modifique en algún modo la imputación inicial, aunque sea de forma resumida. Y no basta al efecto, entendemos, con las decisiones, normalmente providencias, que ordenan los actos de investigación, que se limitan a reflexiones muy genéricas sobre hechos a su vez inconcretos. Que se investigue un hecho garantiza tal vez que se asegure la información sobre el cambio de objeto, única interpretación posible, aunque compleja, si no se trata de hechos punibles. Pero, una vez cumplido el acto, si de su resultado deriva una ampliación de la imputación, debe la misma ser objeto de información a los efectos de garantizar la defensa.

Cierto es que las nuevas normas van a exigir un cambio de planteamientos, pero es in-

importantes votos particulares de Jiménez de Parga y Gimeno Sendra. Frente a la sentencia, que de algún modo admitía o consideraba como una mera irregularidad formal la admisión de una denuncia inconcreta, los votos particulares denuncian la grave infracción del derecho de defensa.

evitable que la jurisprudencia las asuma con plenitud y no permita mediante eufemismos y actos de tolerancia que la ley se quede en papel mojado. El Juez de Instrucción debe asumir un papel garantista en un sistema cada vez más dominado por la intervención policial y no comportarse pasivamente adoptando todo lo pedido sin control, sin asegurar la defensa y al final resumir todo en un auto que expresa una novedad o una conclusión que puede ser fruto de una actividad hecha a espaldas del investigado.

Porque, como conclusión, cuando no se puede informar de una imputación es porque realmente no existen hechos delictivos concretos en que pueda fundarse, circunstancia que debe dar lugar al dictado de un auto de sobreseimiento y al archivo de la causa. La mejor prueba de que no hay imputación es que no es posible informar de ella a la persona a quien se atribuye. Y ese dato a veces se olvida o, simplemente, se ampara con discursos genéricos que contribuyen a un proceso poco compatible con la Ley y la Constitución.

Y, cuando existían dichos datos y no fueron objeto de información, la falta será incluso más grave, porque la vulneración del derecho de defensa se deberá a la pasividad cuando no a un comportamiento acentuadamente contrario a aquel derecho constitucional. Si existen hechos punibles, se debe informar de los mismos con toda la extensión; si no los hay, archivar. No hay otra solución. No cabe no informar porque no constan ni siquiera indiciariamente hechos punibles y proseguir la instrucción indefinidamente, sin que tenga un objeto delictivo. Una mera prospección inquisitiva.

Pero, no sólo se ha de informar de los hechos típicos, sino también de aquellos que no son típicos, pero que constituyen prueba, es decir, de las razones o argumentos que han llevado al órgano judicial a formular una imputación contra él. Una exigencia que se desprende de lo dispuesto en el párrafo 1º del art. 389 LECrim., según el cual "*las preguntas que se le hagan en todas las declaraciones que hubiere de prestar se dirigirán a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos del procesado y de las demás personas que hubieren contribuido a ejecutarlos o encubrirlos*". Difícilmente podrá éste responder a las mismas si desconoce la materia sobre la que van a versar.

Esta información, para que sea apta a los efectos del ejercicio del derecho de defensa, tiene que ser detallada, clara y en una lengua que el investigado comprenda (art. 118.1.a) LECrim.).

3) La información de la calificación jurídica

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, curiosamente, no se refiere en ningún momento a la información de la calificación jurídica, sólo habla de los hechos, por lo que han tenido que ser la doctrina¹⁵ y la jurisprudencia¹⁶ quienes precisen esta obligación del Juez de Ins-

15 Asencio Mellado, J. M. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*. Lima. 2008. Pág. 190. López Yagües, V. *El derecho a la asistencia...* Cit. Págs. 41 y 42. Pedraz Penalva, E. *Derecho Procesal ... Tomo I*. Cit. Pág. 261. Ramos Méndez, F. *Enjuiciamiento...* Cit. Pág. 138. Verger Grau, J. *La defensa del imputado...* Cit. Pág. 58. Y en la doctrina extranjera Vide. Camps Zeller, J. L. *La defensa del imputado en la investigación del nuevo proceso penal*. Santiago de Chile. 2003. Págs. 104 y 139. Mora Mora, LP. *Los principios fundamentales que informan el Código Procesal Penal de 1998*. En "Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal". Obra colectiva. San José de Costa Rica. 1997. Pág. 44.

16 Entre otras, Vide. SSTC 134/1986, de 29 de octubre; 230/1997, de 16 de diciembre y 225/1997, de 15 de diciembre; así como la STEDH de 10 de febrero de 1995 (Caso Gea Catalán c. España).

trucción. En concreto, la STC 225/1997, de 15 de diciembre precisa que *“forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación; también, ahora en el ámbito del derecho de defensa, la garantía de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le acusaba y de la que, por lo tanto, podía defenderse. Por «cosa» en este contexto no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un «factum», sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica”*.

Sería deseable, por tanto, la introducción en el art. 118 LECrim., o en otro análogo, de la obligación del Juez de informar al investigado del tipo o tipos penales en los que, a primera vista, pudieran enmarcarse los hechos delictivos presuntamente cometidos por él. Así se hace, por ejemplo, en los ya citados arts. 87.1 del Código Procesal Penal peruano, 194 del Código Procesal Penal chileno o 133 del Código Orgánico Procesal Penal venezolano. Como igualmente en el apartado 1 del § 136 de la Ordenanza Procesal Penal alemana¹⁷, según el cual: *“al comienzo del primer interrogatorio se comunicará al inculpado el hecho que se le imputa y las disposiciones penales que sean de aplicación. Se le advertirá que es libre según la Ley de declarar sobre la inculpación o no, de declarar sobre la causa, y siempre, también ya antes de su interrogatorio, de consultar a un defensor por él elegido(…)”*¹⁸.

En este apartado volvemos a encontrarnos con la cuestión que hemos suscitado anteriormente, de la que es plenamente dependiente. El silencio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene su origen en esa confusión que hemos analizado y que tiene relación con el carácter de los hechos que deben conformar una imputación suficiente. Y, a su vez, con el argumento de la divisibilidad de la pretensión penal (en formación) durante la fase de instrucción, que en lugar de ser entendida como posibilidad de alteración en este momento, se hace equivalente a la inexistencia de hechos punibles iniciales y ausencia, por tanto, de una obligación de ilustrar de una calificación jurídica que no se conoce porque es imposible.

En realidad, este silencio legal y la negativa a que exista un derecho a la información de la calificación jurídica carece de fundamento suficiente y hace peligrar todo el conjunto de normas que rodean el concepto de imputación, que son contradictorias.

Si no se califican los hechos es, sencillamente, porque la instrucción se incoa sobre una base objetiva muchas veces ajena a los elementos típicos de una norma penal, que es meramente prospectiva. Porque, evidentemente, cuando concurren tales elementos la información se efectúa sin problema alguno. Si constan hechos punibles, aunque sea sólo en términos de provisionalidad, tal información es posible.

La ley, como hemos dicho, exige esa calificación y no hay forma alguna de tramitar un proceso penal sin atender a una calificación jurídica de los hechos imputados. La admisión de la denuncia y la querrela exige un hecho que presente los caracteres de delito,

17 *“Bei Beginn der ersten Vernehmung ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen. Er ist darauf hinzuweisen, daß es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen (...)”*.

18 Gómez Colomer, J. L. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona. 1985. Pág. 321.

de un delito determinado, no delictivos en abstracto, algo imposible. Y lo mismo sucede para establecer la conexión delictiva o aplicar los criterios de pertinencia o utilidad. No hay forma alguna de actuar procesalmente al margen de un tipo penal, máxime cuando se exige por la ley una gravedad determinada o una naturaleza, cual sucede para la adopción de medidas cautelares, la restricción de derechos o la determinación del procedimiento aplicable. Porque incluso el procedimiento impone este deber de calificación, aunque sea provisional, pero siempre basado en hechos conocidos, no simplemente presumidos.

A la inversa, tampoco basta para que sea suficiente una información de la imputación con el señalamiento de una calificación jurídica, cuando faltan los hechos que la sustentan y fundamentan, algo frecuente en la práctica. Imputar por un tipo penal cuando se desconocen y sólo se infieren o sospechan elementos de ese delito, no es cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales. La defensa es imposible si se imputa, por ejemplo, un robo, sin describir los actos de fuerza o intimidación; sólo porque se intuye o sospecha. Una declaración producida en tales condiciones es nula por vulneración del derecho de defensa.

Esta práctica, extendida, de imputar delitos sin comunicar los hechos típicos, es si cabe más grave que la de no informar de dichos hechos, pues todo se sume en una cierta especulación que hace presumir que en la instrucción se está buscando algo que coincida con una previa posición. Que lo hagan policía y Fiscal, tiene o puede tener sentido, pero que el Juez sucumba a esta tendencia es sumamente peligroso, incluso que, sin caer en ella, la permita.

4) La información de los derechos

Una vez que el Juez ha informado al investigado de los hechos que indiciariamente se le atribuyen, del tipo o tipos penales en que pudieran subsumirse, de las razones que han llevado al órgano judicial a considerarle como tal y de las pruebas que existen en su contra, habrá de proceder a indicarle los derechos que, con arreglo a la Constitución y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal le corresponden. La información de los derechos será, por tanto, lo último que el Juez instructor deberá comunicar al investigado, previamente a preguntarle si desea o no declarar.

No obstante, como hemos sostenido anteriormente, aunque el art. 775 LECrim., se refiera al momento de la declaración y haya de hacerse lo propio en situaciones de privación de libertad, creemos que esta información debe hacerse en un momento anterior al hecho mismo del interrogatorio. Antes, al momento de la citación a tal efecto o de forma independiente, mediante una resolución motivada suficientemente, resolución que entendemos debería ser preceptiva, a modo de auto de procesamiento, pero dictado inicialmente. Porque algunos de los derechos que deben ser objeto de información no se explican cuando se anuncian de forma inmediata a la declaración; son imposibles de ejercitar y debilitan el conocimiento de la imputación, la estrategia defensiva y las decisiones del investigado. Por ejemplo, el derecho a conocer el material procesal que consta en las actuaciones, que no puede ser analizado en el acto o de forma próxima al mismo.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sus arts. 118, 520 y 775, regula una serie de

derechos, que deben ser objeto de información clara al investigado. Todos ellos afectan a estos sujetos, si bien algunos de ellos son propios sólo de los privados cautelarmente de libertad. En este trabajo los enumeramos conjuntamente.

a) Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados (arts. 24.2 CE y 520.2 y 118.1.a) LECrim.). Aunque el Juez informe de los hechos, debe ilustrarse al investigado del derecho a ello y de las exigencias legales, a los efectos de que pueda demandar más información o destacar la insuficiencia de lo transmitido para formar su convicción libre acerca de la posición a adoptar. Si se comunica al investigado que esta información debe permitirle ejercitar una defensa eficaz, el interrogatorio deja de aparecer como un medio de indagación, tan frecuente, generando o pudiendo generar en el interrogado una conciencia real sobre la naturaleza del acto que le permita actuar del modo debido y acorde con su posición constitucional. Se trata de reforzar su conocimiento respecto de la naturaleza del acto, haciendo las prevenciones necesarias y fomentando la defensa.

b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración (arts. 118.1.b) y 520.2.d) LECrim.). Es evidente que este derecho sólo puede ser ejercitado si se informa con antelación suficiente para poder tomar contacto con lo actuado. No puede bastar con una información resumida de los hechos, máxime con una interpretación judicial de los mismos que no conste en una resolución expresa, sino que es necesario que el letrado tome conocimiento de lo existente a los fines de valorar lo procedente y asesorar en este sentido a su patrocinado. Es evidente que el art. 520.2.d) LECrim. debe ser interpretado a la luz de la regla general del art. 118 y no limitarse a una mera traslación de los elementos existentes que sean esenciales para impugnar la libertad, concepto éste relativo y que quedaría siempre sujeto a la voluntad de quienes decidieran aquello que debe ser objeto de traslado. Una norma ésta cuya pretensión es evitar la entrega del atestado policial, pero que debe ser interpretada de forma favorable a los derechos del investigado amparados por el general art. 118, de aplicación preferente.

c) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento (art. 520.2.e) LECrim.). Norma ésta que pretende dotar de cierta seguridad al investigado, no desampararlo ante desapariciones inexplicadas. Más allá, pues, de que confiera a los próximos una información que calme su angustia ante la desaparición del privado de libertad, la norma también otorga al detenido una confianza derivada del hecho de saberse protegido.

d) Derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección (art. 520.2.f) LECrim.). Cumple con la anterior función, pero en este caso mediante una comunicación personal que le permite, incluso, reforzar su derecho de defensa.

e) Derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas (art. 520.2.g) LECrim.).

f) Derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley (art. 118.1.c) LECrim.). Complemento de su derecho e incluido en los demás.

g) Derecho a designar libremente abogado (arts. 24.2 CE y 118.1.d) y 520.2.c) LECrim.). Fundamental norma que permite al detenido o investigado en general proveerse de su letrado de confianza. Una regla esencial que no debe ser manipulada con consejos o indicaciones siempre rechazables.

h) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla (arts. 118.1.e) y 520.2.j) LECrim.).

i) Derecho a la traducción e interpretación gratuitas (art. 118.1.f y 520.2.h) LECrim.). La reforma producida por medio de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, que transpone la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, ha supuesto cambios profundos en esta materia que garantizan que quien no conoce el idioma del lugar del proceso pueda adoptar una defensa más activa.

j) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas (art. 520.2.i) LECrim.). Fundamental, como se dijo, para evitar torturas o malos tratos o degradantes. Téngase en cuenta que a los efectos de abrir una investigación por este tipo de hechos, han de aportarse elementos que permitan valorar la credibilidad de la denuncia.

k) Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen (arts. 118.1.g) y 520.2.a) LECrim.).

l) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (arts. 24 CE y 118.1.h) y 520.2.b) LECrim.).

m) Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

No basta con que el Juez entregue al investigado un escrito en que el que consten estos derechos o le comunique oralmente los mismos. Mientras que los arts. 118 y 775 LECrim. se refieren a una información que puede ser oral (aunque ya hemos indicado que no debería ser así), el art. 520 establece la necesidad de que sea por escrito. Una diferencia que carece de mayor trascendencia, pues lo esencial no es el modo, sino el momento y la completitud de la misma.

Pero, en la medida en que el derecho a la información es un requisito previo para una defensa eficaz, es preciso, ineludible, que el Juez le explique objetivamente el sentido y significación de cada uno de los derechos citados¹⁹, asegurándose de que ha entendido cuáles son y el alcance de los mismos²⁰. Sólo de esta forma conocerá las consecuencias de los comportamientos que puede adoptar.

El Juez de Instrucción es el máximo garante de la salvaguarda de los derechos fundamentales del sometido al proceso penal. Por ello deberá ser él quien le informe de los derechos que le asisten, con independencia de que antes lo hayan hecho los funcionarios de policía o el letrado de aquél. Es la postura más acorde con el derecho de defensa y es la mantenida por el Tribunal Constitucional, cuya Sentencia 127/2000, de 16 de mayo, señala que *“la información de derechos al detenido hecha en el atestado policial no*

19 Ramos Méndez, F. *Enjuiciamiento...* Cit. Pág. 139. Asencio Mellado, J. M. *La prueba prohibida...* Cit. Pág. 188.

20 Mora Mora, L. P. *Los Principios Fundamentales...* Cit. Pág. 44. Ferrandino Tacsan, A. y Porras Villalta, M. *La Defensa...* Cit. Págs. 300 y 301.

dispensa al órgano judicial, a lo largo del proceso, de informar de sus derechos a los inculcados o acusados cuando se procede a su interrogatorio, y más si se encuentran privados de libertad y en situación de incomunicación".

No basta, por tanto, con una mera lectura o relación de derechos, casi estandarizada, especialmente si se tiene en cuenta que el investigado carece de conocimientos jurídicos y aunque esté asistido por su letrado. Hay conductas que debe valorar él mismo y que el Juez debe asegurar que conoce. El Juez no puede limitarse a informar de los derechos, sino que ha de garantizar su eficacia y la del derecho de defensa. Una explicación de su alcance y realidad no es desechable ante la complejidad de algunos de ellos. El art. 775 LECrim., no obstante, confiere al Letrado de la Administración de Justicia este deber de información de los derechos, diferenciándola de la relativa a los hechos. No es inconveniente alguno esta traslación del deber, pues el LAJ es técnico en derecho y suficientemente capacitado para hacerlo, si bien en el Juez debe permanecer la obligación de asegurarse de que se han comprendido, de que se han entendido, de modo que ante cualquier signo de falta de comprensión, ha de integrar la información logrando su suficiencia. Lo que hará al momento del interrogatorio.



Marten van Heemskerck. *Justicia* (1556).

La memoria paralela o la contramemoria. Entrevista a José Antonio Martín Pallín

Amaya OLIVAS

La entrevista tiene lugar un mediodía de enero, en un restaurante elegido por José Antonio, en Madrid. Me impresiona la dignidad de su presencia, su risa sincera, su entusiasmo cotidiano en la defensa de los derechos humanos. Le hago recordar como en unas Jornadas por la Memoria Democrática en El Escorial, una persona intentó boicotear el acto cuestionando mi intervención (“usted no tiene pinta de víctima”), así como otros momentos compartidos en estos años. Una vez más, aprendo de sus palabras la experiencia de la valentía profesional y humana, que hace real la labor de defensa de las personas más vulnerables.

— *¿Cuándo accedes a la carrera fiscal? ¿Cuáles eran tus motivaciones principales para elegir este oficio?*

Como he dicho en alguna ocasión, yo quería ser Ingeniero de Caminos, porque en mis tiempos eras considerado para las madres de las hijas casaderas, “un buen partido”, pero las matemáticas no me permitían aspirar a esa profesión. Y en el Colegio, religioso por supuesto, ya entonces escribía relatos y leía ávidamente las crónicas del extranjero de los periódicos de la época. Uno de mis profesores me invitó a dar charlas a mis compañeros sobre cosas de aquella época. Recuerdo una sobre la Guerra de Corea. Me gustaba el mundo de la comunicación y de las letras. Al terminar el Bachillerato, decidí, como otros muchos, estudiar la carrera de Derecho, sin brillantes notas, pero suficientes. Al terminar nuestra salida pasaba por las oposiciones. Notarías, Registros y Abogados del Estado eran las más atractivas económicamente.

La judicatura, escasamente retribuida, te daba una cierta autoridad social. En mi caso, esa opción estaba incentivada porque mi padre era Teniente Coronel de la Guardia civil y como es lógico tenía relaciones con los jueces de la provincia. No había convocatorias a la Carrera Judicial sino a la Escuela Judicial. En mi promoción se convocaron cinco plazas de fiscales y diez de jueces. Mi preparador, Mariano Martín Granizo, Fiscal, quizá influyó algo, pero también resultaba decisivo, en aquella época, que los fiscales optáramos a capitales de Provincia mientras los jueces tenían que elegir juzgados de entrada en pueblos

atrasados y con escasas comodidades y atractivos. En mi caso decidí pedir destino en la Fiscalía de Santa Cruz de Tenerife.

— *Me imagino que debía ser muy duro el ejercicio profesional en el contexto de la dictadura franquista: miseria, presos políticos, torturas, corrupción, etc. ¿Cuál era el rol del papel del juez y del fiscal en aquella época, y su cultura?*

Si te refieres a los riesgos de enfrentarse a un régimen dictatorial y represivo en el que imperaba la persecución económica de los vencidos y la miseria ideológica de los vencedores, es evidente que había presos políticos, torturas y corrupción, pero tengo que aclarar que todo lo relacionado con la materia de los presos políticos estaba sustraído, en principio, a la jurisdicción ordinaria y era competencia de la jurisdicción militar o de tribunales especializados o incluso simplemente objeto de durísimas sanciones administrativas.

Los jueces y los fiscales nos dedicábamos fundamentalmente a los se conocía como delitos comunes, delitos contra la propiedad contra la vida e integridad física, y los sexuales, que entonces tenían el curioso nombre de “delitos contra la honestidad”. Pero sobre todo estadísticamente, predominaban los delitos de cheques sin fondos y en una cuantía absolutamente desorbitada para el escaso parque automovilístico de la época, los delitos de tráfico. Acuñamos una frase en la que de forma humorística sintetizábamos de nuestra labor: “Nos dedicábamos fundamentalmente, al cheque y al choque”.

La cultura manifestada en forma de aficiones a lecturas censuradas por el régimen era una cualidad contraproducente que podía dar lugar incluso a expedientes disciplinarios o a notas desfavorables en el currículum personal.

Recuerdo en Santa Cruz de Tenerife a Plácido Fernández Viagas, que perteneció a Justicia Democrática, y fue el primer Presidente de la Junta de Andalucía que suscitaba un gran recelo y críticas porque escribía en el periódico local y era un gran conocedor de los clásicos y de la política internacional. Más adelante, Claudio Movilla junto con otros compañeros jueces, escribieron un libro sobre derechos humanos. Curiosamente, a los jueces no les molestaron, pero a Claudio, que era Fiscal, le abrieron un expediente disciplinario y le trasladaron de manera forzosa.

— *¿Cuál era el clima dentro de la Fiscalía cuando ingresaste? ¿Se trabajaba en equipo? ¿Había controles ideológicos?*

En Fiscalía se trabajaba en equipo, a gran diferencia de los jueces de entrada, que estaban aislados en sus juzgados de pueblo. En el caso, por ejemplo, del titular de El Hierro, el aislamiento era total, y por ello, nos llamaba cuando podía (a la Fiscalía) para consultar e intercambiar puntos de vista.

Yo no sentí control ideológico, pero existían los llamados “informes de conducta”, que abarcaban preguntas de tipo, hasta costumbres sociales y / o aficiones.

— *¿Qué idea de la independencia existía entonces?*

En este sentido, la independencia de los jueces sobre asuntos referidos a “delitos comunes” era total, pero se ejercía de forma autoritaria.

— *¿Y la cultura de los jueces? ¿Se leía, se fomentaba el estudio?*

La formación cultural era muy escasa. Ahora, ahora al menos se dispone de más información, se puede viajar, e incluso se dominan idiomas. En aquella época, todo esto era considerado una extrañeza, y los contactos con jueces de otros países eran nulos.

Como anécdota, referir que el mejor tratado de Derecho Penal era sin duda el de Jiménez de Asúa, que por razones obvias se había publicado en Argentina. Por tanto, para

conseguirlo había que solicitarlo a Editorial Losada (Buenos Aires) a través de determinados libreros, que estaban obligados a dar cuenta a la policía al respecto.

— *¿Cuál fue el origen de Justicia Democrática? El ensayo “Los jueces contra la dictadura” debería ser un manual de obligada lectura para la ciudadanía.*

El origen de Justicia Democrática se remonta a principios de los años 70 y fue un movimiento de jueces, fiscales, y secretarios, con la aspiración común de incorporar nuestro país a las democracias de nuestro entorno, solamente por la necesidad de disfrutar de los derechos y libertades de una sociedad democrática.

Las reuniones se realizaban en los domicilios de algunos de nosotros. Teníamos entrevistas con mensajeros del entonces príncipe Juan Carlos, con el Cardenal Tarancón, con el aspirante carlista Carlos Hugo, e incluso con personas del régimen franquista que buscaban una transición a la democracia.

Yo me incorporé más tarde –en el año 1974 (recuerdo que la reunión con Felipe González fue en mi propia casa) y me correspondió a la tarea de recopilar todos los documentos publicados anualmente y las actas y acuerdos del primer y último Congreso de Justicia Democrática, para su edición en un libro. Editorial Túcar, que pertenecía a al PSP de Tierno Galván, y que dirigían económica y profesionalmente Raúl Morodo y Paco Bobillo, se interesaron por estos materiales y publicaron el libro al que haces referencia en la pregunta “Los jueces contra la Dictadura”.

No sé si debía ser un manual de obligada lectura para la ciudadanía, pero sí creo que aquel que tenga una mínima preocupación política debería conocer lo que representó el movimiento de Justicia Democrática, y por supuesto si vivimos de verdad en un país sano y abierto, sin los sectarismos que lamentablemente están enraizados en nuestra sociedad. En todo caso debería por lo menos comentarse o sugerir su lectura en la Escuela Judicial.

En una democracia parece elemental que las nuevas promociones de jueces y fiscales conozcan las ideas que tratábamos de desarrollar algunas de las cuales todavía están pendientes de ser implantadas.

— *En la convulsa época de la transición se siguieron cometiendo delitos contra los derechos fundamentales de las personas con un acusado grado de impunidad. ¿Cuáles fueron los momentos más difíciles? ¿Cómo se vivían los acontecimientos desde la carrera judicial?*

Si sitúas esa época en los años que van desde los estertores del dictador, de 1974 a 1978, evidentemente la situación no había cambiado. Las bandas fascistas campaban a sus anchas. El asesinato de los abogados de Atocha conmocionó a toda la opinión pública nacional. Quizá sirvió para sensibilizar a muchos que todavía tenían dudas sobre la necesidad de acabar con la Dictadura y sustituirla por un régimen o un sistema democrático.

Como la policía no fue depurada, sino, por el contrario, premiada y colocada en puestos privilegiados, las prácticas habituales de la tortura se siguieron manteniendo aunque difícilmente afloraban en los procedimientos judiciales, no sé si por la habilidad de los torturadores que no dejaban rastro, o por la desidia de algunos médicos forenses que no encontraban signos de tortura.

Me viene a la memoria un acontecimiento sucedido durante el fallido Golpe Militar del 23 de Febrero de 1981 que demuestra el enquistamiento del franquismo en el sistema judicial.

La tarde del 23 F yo estaba de guardia como fiscal en el Juzgado de Instrucción nº 1. Me llamó el Fiscal General porque circulaba el rumor de que el diario El Alcazar iba a sacar una edición en apoyo de los golpistas y teníamos que pedir el secuestro. Le advertí que el juez era un declarado fascista que simpatizaría con los golpistas. Como había un fiscal especial de prensa me dijo que lo llamaría e irían los dos a la Plaza de Castilla. Como le había advertido, el Juez expulsó de su despacho al Fiscal General del Estado y le dijo que le estaba coaccionando.

El Fiscal General llamó a Paco Laina, que dirigía el llamado Gobierno de Subsecretarios, y este le dijo que no se preocupase porque había enviado dos tanquetas a la sede del periódico para impedir su salida.

La complacencia de determinados sectores con los golpistas del 23 F se demostró en la sentencia del Consejo de Guerra. Un hecho gravísimo que fue juzgado e inicialmente castigado con penas correspondientes a un delito de rebelión en su sentido puro y típico, y que había dejado fuera a los que materialmente dispararon sus metralletas, quizá aplicando una especie de ley de obediencia debida a los jefes del golpe.

Posteriormente el mecanismo de los indultos redujo sensiblemente las penas, con lo que disfrutaron de un alto grado de impunidad.

En mi opinión este acontecimiento y el juicio a los asesinos de Atocha fueron los momentos más difíciles para la carrera judicial, pero hay que reconocer que la sentencia del recurso de casación contra la condena dictada por los tribunales militares en el 23 F es un ejemplo de cómo se empiezan a asimilar los valores democráticos en sectores de la carrera judicial ajenos a los orígenes de Justicia Democrática.

— *Al hilo de lo cual, ¿Qué intervención tuvo Justicia Democrática en la Plataforma Democrática?*

En el verano de 1974, cuando se tienen noticias de los primeros problemas en la salud del Dictador al anunciar la conocida tromboflebitis, el Partido Comunista y alguna otra fuerza política tomaron la iniciativa de constituir en París la Junta Democrática.

En ese momento yo estaba de vacaciones por toda Europa y me sorprendió la noticia en Finlandia. Debido a mis carencias idiomáticas, insuperables hoy día con el finlandés, estuve inquieto durante unos días hasta que pude comprar Le Monde y enterarme de que se había constituido la Junta Democrática a la cual se había incorporado Justicia Democrática. Más adelante, el PSOE y otros partidos que no habían participado en esta primera iniciativa, crearon la Plataforma Democrática.

Para mí es un hito importante en mi biografía que siempre recordaré, el hecho de que los primeros contactos para unificar la Junta y la Plataforma en la llamada Platajunta se realizaron con la presencia de Justicia Democrática y la asistencia de Clemente Auger, José Antonio Enrech y yo.

García Trevijano, que formaba parte de la Junta Democrática, propuso que Justicia Democrática hiciese de moderador del debate, y así se aceptó por todos los asistentes. De ahí se consiguió un primer comunicado o acuerdo que era la base para una futura convergencia que se produce más adelante.

— *Háblanos del primer y último Congreso de JD, en enero de 1977, celebrado en el Colegio Mayor Juan XIII. ¿Qué principios constitucionales defendíais para el poder judicial?*

En este Congreso de 1977 al que me refería, el principal debate giró en torno a la conveniencia de mantener Justicia Democrática como organización –tal como venía

funcionando hasta ese momento— o bien que una vez conseguida la democracia, nos disolviésemos e iniciásemos la vía asociativa teniendo siempre como referente el modelo italiano de una sola asociación con corrientes.

También nos planteamos la necesidad del autogobierno del poder judicial, y el refuerzo de la independencia e inamovilidad como valores indispensables para poder desarrollar libremente la función judicial.

— *Al hilo de ello, ¿Qué continuidades de la dictadura deben resaltarse y qué rupturas culturales no pudieron llevarse a cabo?*

La continuidad ideológica y social de la dictadura no afectó exclusivamente al ámbito de lo que se dominaba Administración de Justicia y que en la Constitución de 1978 pasó a denominarse Poder Judicial. Se produjo en todos los estamentos de la administración, incluso en sectores tan importantes como la diplomacia y la Abogacía del Estado y por supuesto los notarios y registradores.

La incultura del autoritarismo, incompatible con los principios de una democracia basada en el pluralismo y al respeto a los derechos fundamentales, tal como se menciona en el artículo 9 de nuestra Constitución, creo que, por desgracia, todavía perviven. Los valores democráticos, en mi opinión, no ha calado suficientemente en gran parte de lo que de los que ejercen funciones públicas.

Nunca fui personalmente partidario, (ni tampoco Justicia Democrática) de proceder a la depuración de aquellos jueces y fiscales que habían exteriorizado con sus comportamientos su adhesión inquebrantable al Movimiento nacional y a la Dictadura, pero por lo menos se les debería haber exigido una adaptación al cambio que suponía desempeñar las funciones judiciales en el marco de un sistema de libertades y garantías.

Esto no se llevó a cabo, y por lo tanto la asimilación de los valores democráticos ha sido y sigue siendo una tarea personal que ni siquiera se promociona en la Escuela Judicial.

Me parece ilustrativo contar otro acontecimiento que viví en primera persona. En la mañana del 24 de febrero de 1981, cuando ya habían salido los diputados secuestrados en el Congreso, teníamos una junta la Fiscalía de Madrid de las que formaban parte unas 30 y tantas personas, (por supuesto todos hombres). Yo propuse un texto breve y elemental de condena del golpe militar y de defensa de la democracia porque sabía en qué caldo de cultivo estaba moviendo.

No esperaba la unanimidad, pero mi sorpresa fue mayúscula cuando casi nadie tomó la palabra y el que lo hizo fue para decir que se trataba de un texto político y que los fiscales no nos podíamos meter en política.

No obstante, se llevó a cabo la votación y solamente tres personas, Jesús Vicente Chamorro, Enrique Abad Fernández, y yo, votamos a favor del comunicado. Creo que es suficientemente revelador lo sucedido.

— *Me parece interesante saber qué diferencias observas entre los jueces y fiscales de la dictadura y los de nuestro actual sistema democrático.*

Los jueces y fiscales con los que conviví desde mi toma de posesión en el año 1966, hasta que me incorpore a Justicia Democrática, eran fundamentalmente temerosos de expresar o exteriorizar sus ideas políticas.

Consideraban que su actividad debería limitarse estrictamente a la aplicación de las leyes. Sus inquietudes culturales y políticas, como ya he dicho, eran mínimas.

Hay que reconocer que había personas que eran excepciones notables y significativas: a todas estas las encontré en Justicia Democrática.

En la actualidad, respecto al apartado de la función judicial, no tengo un conocimiento sociológico suficiente, pero creo que hay dos factores que influyen en que se mantengan mayoritariamente los llamados "profesionales", como si los que tienen otras inquietudes fuesen "amateurs": Creo que con una oposición inédita en todos los sistemas judiciales de nuestro entorno y con un sistema de selección y acceso basado exclusivamente en la memoria, en el control del cronómetro y en la suerte, de un lado, y de otro, el aumento, todavía insuficiente, del número de jueces, contribuye a que, con notables excepciones, predominen, y así se demuestra en las llamadas asociaciones conservadoras, los talentos puramente corporativos y burocráticos.

— *Bonifacio de la Cuadra, periodista amigo, te definió en el homenaje de tu jubilación como "el juez de insobornable independencia". ¿Has sufrido costes por ello?*

He tenido la suerte de poder desarrollar mis funciones primero en la Carrera Fiscal, y después, como magistrado en la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sin interferencias, y tomando las decisiones teniendo en cuenta los principios y garantías de un proceso en una sociedad democrática; no olvidando nunca que actuábamos sobre personas que aparte de su dignidad inalienable llevaban encima una biografía y unas circunstancias sociales que siempre procuré valorar para poder amoldar dentro de las posibilidades legales las conductas y los hechos a la búsqueda de un principio de justicia.

Siendo todavía Fiscal, me integré en organizaciones no gubernamentales como la Asociación Pro Derechos Humanos de la que llegué a ser Presidente. Sorprendente, hoy no me hubiera sido posible, porque me obligaría a renunciar, lo que demuestra que evidentemente hemos retrocedido.

Nadie se opuso a mis actividades, que cada vez alcanzaron más repercusión pública por nuestros comunicados, nuestras denuncias y nuestras actividades.

Después actué como colaborador en misiones internacionales con Amnistía Internacional. Y posteriormente, me incorporé como representante español en la Comisión Internacional de Juristas con sede en Ginebra, en la que se han adoptado algunas decisiones que fueron públicas y notorias.

Debo decir que el Fiscal General del Estado, Javier Moscoso, pretendía nombrarme Jefe de la Fiscalía de Madrid, pero tuve la oposición del Ministro del Interior: nunca sabrá que le estoy profundamente agradecido, ya que hubiera corrido el riesgo de convertirme en una especie de jefe de personal de una entidad que en este momento debe tener más de 300 fiscales y escalas.

Más adelante, el propio Partido Popular, sorprendentemente, y como una maniobra para neutralizar al candidato del partido socialista, me propuso como Defensor del Pueblo, lo que originó una parálisis de más de nueve meses, durante la cual los políticos –bien directamente o bien a través de los periodistas–, me transmitían informaciones contradictorias sobre las posturas de unos y otros.

Lo cierto es que, finalmente, y para romper una situación que se estaba enquistado, nombraron una persona que creo que fue un gran acierto, como Fernando Álvarez de Miranda, que jugó un gran papel en todo lo relacionado con el asesinato de los jesuitas en El Salvador.

De todas maneras, los informes del Defensor del Pueblo ni siquiera llegan a leerse por

los responsables políticos, o se lo toman a beneficio de inventario, y el único mecanismo efectivo que cabe utilizar es el recurso de inconstitucionalidad y el de amparo.

En todo caso, para mí no representó coste alguno, y por el contrario lo que más me reconfortó fue mi nombramiento, también un tanto tormentoso, como magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo donde realmente he disfrutado de la posibilidad de aportar al mundo del derecho la trascendencia e importancia de las garantías del debido proceso.

— *Entre otros destinos, has trabajado como Fiscal y Magistrado Emérito del TS. ¿Cuál es tu balance al respecto?*

He sido magistrado en activo desde 1989 hasta 2006, en que pasé a ser durante cinco años magistrado emérito.

No soy el más indicado para hacer un balance pero me siento suficientemente recompensado cuando muchos profesionales del Derecho, personas relacionadas con la Universidad, (a la que por cierto he dedicado simultáneamente más de 40 años de mi actividad profesional), me comentan que han utilizado mi resoluciones como apoyo para sus posturas por su línea garantista, lo cual siempre me complace.

— *Además de ser un jurista de referencia, destacas por tu labor de defensa de los derechos humanos. Has trabajado de forma incansable en la lucha por la memoria democrática, el fin de la impunidad, la denuncia de las desapariciones forzadas. Ambos hemos colaborado en distintas jornadas al respecto. ¿Cuál es tu balance sobre la situación actual?*

Cuando haces la pregunta, se me viene a la mente una frase evangélica de rabiosa actualidad “la mies es mucha y poco los segadores”: la lucha por la memoria democrática, por el fin de la impunidad, por la denuncia de las desapariciones forzadas, por la persecución y control de la tortura, por los derechos económicos sociales y culturales, ha sido una de mis tareas que han ocupado fecundamente mi actividad y que me han proporcionado más de lo que yo podido hacer por su promoción y respeto.

La situación actual no es buena: existe una coincidencia en todos los analistas sobre el tremendo retroceso que se está observando en todas las sociedades de lo que podríamos llamar el mundo desarrollado, y el estancamiento de las sociedades denominadas, (no sé por qué) del tercer mundo, cuando sus valores humanos alcanzan un nivel muy superior al de las sociedades que se dicen desarrolladas.

Corren malos tiempos para los derechos humanos en todas sus dimensiones, en las libertades y derechos civiles fundamentales, y en los derechos económicos sociales y culturales. Convendría también en este caso hacer lectura obligatoria, por lo menos en los centros de enseñanza, de los Pactos Internacionales sobre derechos civiles y derechos económicos sociales y culturales.

— *Cuéntanos tu actividad en las misiones de distintos países de América Latina en colaboración con Amnistía Internacional.*

Necesitaría mucho espacio para relatar mis actividades en distintos países de América Latina y otras latitudes porque también se han extendido hasta Timor Este y Ciudad del Cabo.

Últimamente, con motivo de la primavera árabe, he estado muy sobre el terreno en Túnez y en Egipto. Además he formado parte del tribunal Russell para Palestina, y esto sí que me ha podido traer algún rechazo o veto por parte del influyente sionismo en muchos países.

Solamente algunas anécdotas de las muchas que he vivido: con ocasión de una misión al Perú patrocinada por el Parlamento alemán y el Parlamento belga, hicimos un informe redactado por profesores belgas hispanoparlantes, que tuve que presentar al año siguiente ante el Presidente de la República del Perú, Alan García, y ante lo que aquí sería la Junta de jefes de Estado Mayor.

Recuerdo que los militares recibieron con atención el informe, hasta que el Almirante Jefe de la Marina no se pudo contener y me interpeló diciéndome: “hablan ustedes aquí de los excesos de Sendero Luminoso y los excesos de la Armada” (la Marina, para ellos y nosotros) y añadió, seguramente sin comprender el alcance de sus palabras delante de sus compañeros: “que conste que hemos sido todos”.

Siempre recordaré mis encuentros con las agrupaciones de campesinos que luchaban por su subsistencia y por el respeto a su dignidad, y que se veían entre dos fuegos: por un lado, los propios terroristas querían que se uniesen incondicionalmente a sus propósitos, y por otro lado, el ejército los consideraba como colaboradores del terrorismo.

Sufrieron masacres, algunas de las cuales alcanzaron relieve internacional y han llegado a los tribunales de justicia internacionales.

Estuve como testigo en el juicio de Fujimori, y como anécdota divertida puedo contar que en mis últimas actividades centradas en Centroamérica, Guatemala, El Salvador y Honduras, con la Comisión Internacional de Juristas, alquilábamos algún salón del hotel para tener encuentros con otras organizaciones no gubernamentales, políticos y grupos sociales. Pues bien, en dos ocasiones pudimos ver en la entrada un letrero que ponía: “Reunión de la Comisión internacional de Turistas”.

— *Has tenido una amplia y muy fecunda trayectoria asociativa, como Presidente de la Asociación de Derechos Humanos y de la Unión Progresista de Fiscales o Portavoz de Jueces para la Democracia. ¿Qué te han aportado estas experiencias? ¿En qué momento se encuentra hoy el asociacionismo judicial?*

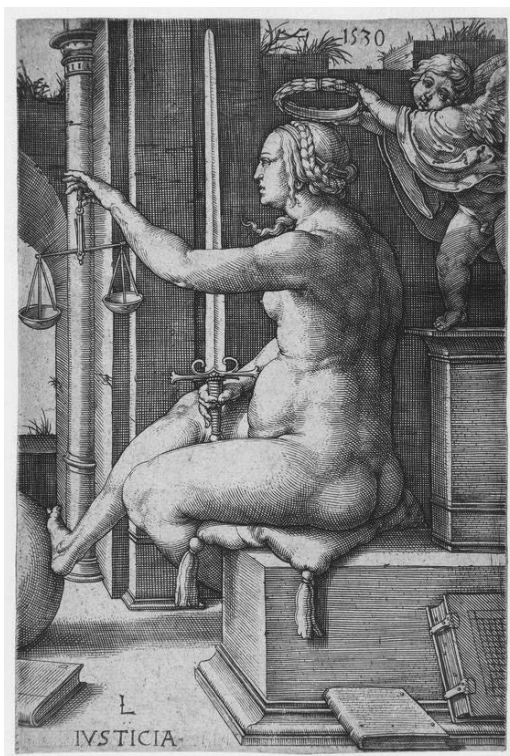
Tanto en la Unión Progresista de Fiscales, de la que fui Presidente, y a cuyos congresos me siguen invitando, como en Jueces para la Democracia, lo más satisfactorio era comprobar que temas de verdadera impacto para los conflictos reales de nuestro país se debatían profundamente y con opiniones siempre apoyadas en los derechos y garantías y en profundas convicciones democráticas.

Todo ello sin olvidar las actividades complementarias organizadas por Pito (José Rivas Esteban) y que aportaban algunos aspectos lúdicos muy convenientes para descargar las preocupaciones que nos ocupaban en cada Congreso.

Observo, con preocupación, que en las primeras épocas, nuestros Congresos y los de las otras Asociaciones, suscitaban la atención de los medios de comunicación. Incluso, como sucedía en el diario “El País”, algunas personas llegaron a pensar que Bonifacio de la Cuadra era también miembro de Jueces para la Democracia. Lo que quiero transmitir es que los periodistas daban cumplida información de las reuniones de los debates y de las conclusiones.

Poco a poco, este interés ha ido disminuyendo; quizá porque supone una ruptura con las tendencias dominantes en los medios de comunicación, o por otra razón que no alcanzo a comprender, pero lo cierto es que, como mucho, todo se reduce a una información de fin de semana en la que se hace referencia a las conclusiones más llamativas y noticiables.

En estos momentos, percibo más directamente la realidad judicial en los Congresos de la Unión Progresista de Fiscales: creo que es reconfortante comprobar cómo se van integrando personas de nuevas promociones, y también el papel, que inicialmente era estadísticamente muy pequeño, de las mujeres, que han alcanzado un protagonismo que antes no tenían. Desde el punto de vista de esa forma de asociacionismo judicial, pienso que no se han alterado mucho los esquemas ideológicos y de funcionamiento.



Lucas Van Leyden. *Justicia* 1530.

Lula y la supremacía judicial*

Luiz MOREIRA

Si el actual protagonismo del Poder Judicial se puede ver como positivo en la medida en que las interpretaciones constitucionales pueden ampliar derechos, los principios del estado de derecho, las libertades individuales y la soberanía ciudadana no pueden ser violadas por tal expansión. Al final, aunque el activismo judicial transforme en cuestiones problemáticas los principios de separación de poderes y de neutralidad política del Poder Judicial, y al mismo tiempo inaugure un tipo inédito de espacio público desvinculado de las clásicas instituciones político-representativas, eso no significa que los procesos deliberativos democráticos deban guiar a las instituciones judiciales, transformando los tribunales en dirigentes republicanos de las libertades positivas de los ciudadanos o de grupos culturalmente hegemónicos. Precisamente por eso tuvo amplia repercusión en Brasil la afirmación del Ministro Ricardo Lewandowski, ex-presidente del Supremo Tribunal Federal, según la cual, “en el siglo XXI, el protagonismo en Brasil corresponde al Poder Judicial”. Debemos, pues discutir la tarea que incumbe a la Jurisdicción en un escenario institucional en el que hay una creciente demanda de participación popular en las instancias decisorias, su posible subordinación a los intereses de los grupos que detentan la hegemonía política o cultural y la manera por la cual esas cuestiones interfieren en la producción de un consenso explícito en la opinión pública, inducido o formulado por los medios.

En primer lugar surge la pregunta sobre la tarea de la Jurisdicción en una democracia constitucional, en la cual se exige de las instituciones una justificación rigurosa de sus funciones. Por eso no se atribuye al Poder Judicial “hacer” justicia, pues el voluntarismo o el decisionismo judicial ceden su puesto a una actuación institucional en que el “hacer justicia” significa el correcto cumplimiento de los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico. Por tanto, hacer justicia es realizar una corrección procedimental en que hay una sucesión lógica de acontecimientos no sujeta a humores, arbitrariedades o caprichos. De ese modo, aliándose un sistema coherente de derechos a una lógica piramidal judicial con primacía de las decisiones colegiadas sobre las individuales, tiene lugar

* Traducción de Carlos López Keller.

la institucionalización de la Jurisdicción como garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Al final, dado el pluralismo social, cultural y de proyectos individuales de vida del mundo contemporáneo, la interpretación y la prestación jurisdiccional deben procurar establecer aquello que es correcto y no aquello que es preferentemente bueno dado un orden específico de valores.

A diferencia de la moral, el derecho tiende a una completa racionalidad procedimental, pues las normas y los procedimientos jurídicos están vinculados a criterios institucionalizados que son tanto independientes de los intervinientes cuanto posibilitan una valoración –que incluye a intervinientes y observadores– acerca de la corrección de la decisión tomada. Al mismo tiempo, tales procedimientos y normas encuentran su legitimidad en los procedimientos legislativos democráticos que los institucionalizan. Desde esta perspectiva, si las normas morales se fundamentan en procedimientos discursivos prácticos, las normas jurídicas concretas encuentran su justificación en el procedimiento democrático de elaboración legislativa. El sentido deontológico de validez de las normas jurídicas discurre precisamente por esta idea de que la legitimidad del derecho deriva de su legalidad.

Por tanto, las normas jurídicas poseen un sentido deontológico de validez, y de esta manera deben ser interpretadas y aplicadas, pues expresan la naturaleza de una obligación, sin que sea posible un proceso interpretativo orientado por principios sustantivos, como si el juez sobresaliese por su virtud o por su acceso privilegiado a la verdad, especialmente cuando estamos insertos en mundos de vida donde las verdades pueden ser construidas por grupos culturalmente hegemónicos. Ante la perspectiva de que la administración de justicia pudiera llegar a obtener su legitimidad de la opinión pública, pasaría ésta a sufrir una fuerte influencia tanto de grupos representativos como de consensos que traduzcan modos de vida de esos mismos grupos. Así, si es verdad que el derecho solo es legítimo en la medida en que es producido por la democracia, también lo es la necesidad de un esfuerzo a fin de distinguir la administración de justicia de las instituciones políticas.

La Constitución brasileña ha diferenciado los poderes políticos, a los cuales compete establecer las reglas de conducta en un proceso mayoritario de decisión, del poder judicial, técnico y contra mayoritario, cuya tarea es decidir los conflictos utilizando las normas creadas por las decisiones oriundas de aquellos poderes elegidos por la soberanía popular, en contra, si es necesario, de la opinión de los grupos hegemónicos, ya sean económicos, culturales, corporativos o mediáticos.

Por otra parte, como en cualquier sistema, en el de la justicia hay una grieta estructural que propicia el surgimiento de un estado de excepción en la democracia constitucional. Esa excepción autoritaria que puede convivir con el constitucionalismo democrático permite la institucionalización de la violencia, transformando a los ciudadanos en enemigos de ese sistema. En los medios esa violencia se cristaliza cuando el ciudadano es transformado en blanco de una campaña periodística cuyo propósito es caracterizarlo como enemigo del grupo hegemónico. En esa hipótesis la pena a la que se somete al ciudadano no proviene de su condena sino de su permanente exposición pública como investigado o como reo, sin importar si es culpable o inocente. Atormentado por las peculiaridades burocráticas, por la propia terminología y por la demora inherente al proceso judicial, el castigo del ciudadano se realiza con su sumisión al proceso judicial.

En Brasil ha sido cada vez más frecuente que jueces y miembros del ministerio público emitan opiniones sobre los más diversos asuntos de la vida política nacional. No es raro que esas opiniones expresen críticas a poderes, censuras a instituciones, incluso contengan pronósticos políticos o simplemente anticipen sus opiniones sobre hechos y personas sometidas a su jurisdicción. Esas conductas no son ortodoxas, contrarían no solo la tradición judicial según la cual al juez le corresponde una actuación reservada sobre los hechos judiciales a su cuidado, sino que también estimulan el ajusticiamiento de los ciudadanos, reforzando la tesis de que algunos pueden ser enemigos del sistema de justicia. A fin de mantenerse equidistante en las contiendas, el magistrado no debe disputar la hegemonía política, no puede crear narraciones ni anticipar juicios de culpabilidad, ni tampoco colaborar para que los medios promuevan la execración de los ciudadanos.

En la medida en que los magistrados se procuran la simpatía popular o se constituyen en fuentes del noticiario inmiscuyéndose en asuntos tradicionalmente reservados a los partidos, a la sociedad civil organizada o a los poderes políticos, y en la construcción de narraciones políticas, se tornan en actores políticos como los demás, no pudiendo ya desempeñar el papel de árbitros en las disputas. Por eso, además de imparciales, los miembros de la justicia deben ejercer sus funciones con parsimonia, y con eso, ejercer su papel de poder contra mayoritario.

En ese sentido la misión de las instituciones judiciales es la de garantizar que los derechos y las garantías fundamentales sean materializados mientras perdure el marco jurídico que los instituyó. La jurisdicción es, así, garantista por definición. En este punto, en 1988 se ha introducido en Brasil una especialización en las prerrogativas conferidas al Ministerio Público, por las cuales le cabe la promoción de los derechos. Por tanto, la administración de justicia contiene una división de tareas, correspondiendo al Judicial actuar de acuerdo a un patrón de inercia y al ministerio público la de promover las acciones necesarias para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas.

Esa diferenciación es especialmente relevante en dos campos, o sea, en el derecho penal y en el tributario, pues como se trata de la defensa de la libertad y de la propiedad, las funciones se especializan como consecuencia de las prohibiciones que están rigurosamente previstas en el ordenamiento jurídico. En el campo penal la Jurisdicción actúa como la instancia que garantiza las libertades de los ciudadanos exigiendo que el acusador demuestre de forma inequívoca lo que alega. Así, la estructura se realiza de modo dicotómico: (I) al acusador incumbe producir el arsenal probatorio apto para producir la condena, y (II) a los ciudadanos se confiere la perspectiva de defenderse con los medios que estuvieren a su alcance. En esos casos se construye una inmunidad conceptual levantada para salvaguardar las libertades del ciudadano ante el poder persecutorio del acusador.

Como es el Estado el que ahora promueve la acusación por intermedio de un cuerpo de servidores específicamente constituido para este fin, la Jurisdicción se distancia de la acusación y pasa a someterla al marco de la estricta legalidad, de modo que sean diferentes el método y el instrumento de sus actuaciones. Eso sucede para garantizar a las libertades un modelo institucional que tiene, en la administración de justicia, a la Jurisdicción como su guardián. Por tanto, corresponde a las instituciones judiciales ceñirse al cumplimiento de su papel constitucional de garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de distanciarse del intento de averiguar las voluntades de las mayorías

y de ser el portavoz de la opinión pública, y resistir las presiones mediáticas en pro de la condena sin pruebas o de la absolución con pruebas, siendo, por eso, garantista y contra mayoritario.

Sin embargo, en estos últimos tiempos un escenario preocupante ha alcanzado a la realidad brasileña y transformado a la Jurisdicción en una institución absolutamente parcial en materia penal. Eso ha ocurrido en todas las ocasiones en que los medios han pasado a defender la condena de ciudadanos, reduciendo en demasía la posibilidad de juicios imparciales, pasando la Jurisdicción a regirse por la aprobación popular de sus decisiones consubstanciadas en las siguientes perspectivas:

(1) Las campañas mediáticas insisten en establecer un paralelismo entre reos políticos y corrupción. El objetivo es encontrar en la condena un papel pedagógico para ser difundido a través de campañas mediáticas. De ese modo, televisiones, radios, periódicos y blogs se utilizan como métodos mercadológicos para definir qué ciudadanos son inculcados precisamente para que sean investigados y finalmente condenados por la justicia. Como la cobertura mediática define el contenido de su mensaje (la culpabilidad de los ciudadanos y su necesaria condena), se sigue de ello la masificación de ese mensaje por los medios nacionales. Tal presión mediática fomenta no solo un movimiento a favor de la condena de los ciudadanos, sino que también alinea la decisión de los jueces con esa campaña. Por consiguiente, se establece una correlación entre condena y combate contra la corrupción, de modo que se establece que jueces contrarios a la corrupción deben condenar a esos culpables. En caso contrario serían favorables a la corrupción los jueces que los absolviesen.

(2) Se forma así un círculo vicioso en que el proceso judicial pasa a estar estructurado conforme a una lógica mediática cuyo derrotero se destina a establecer una simetría entre las decisiones tomadas y su aprobación por sectores de la sociedad. En ese caso el proceso judicial deja de seguir criterios normativos y pasa a orientarse por consensos fácticos; al final, como lo que se busca es la aprobación popular –razón de la utilización de los medios– la conducta arbitraria de esos magistrados “anula” las garantías constitucionales del ciudadano y se pasa a obtener la condena a través de su exhibición como culpable.

(3) Las piezas acusatorias pasan a tener, y no por casualidad, la forma de una narración, estructuradas conforme a un argumento verosímil, en que no se busca caracterizar la conducta del investigado como algo que se encuadre como delito, sino como algo susceptible de sospecha, ilicitud o reprobación. Esa narración sería improductiva si no contase con las campañas mediáticas, utilizadas para inculcar en los ciudadanos la convicción de la culpa del otro y la sospecha que llega a alcanzar los blancos de esa campaña.

Lula y la creación del enemigo

Karl Marx acuñó una frase que se repite en diversos contextos y que es apropiada para expresar los diferentes modos de manifestarse un mismo fenómeno: “Hegel observa en una de sus obras que todos los hechos y personajes de gran importancia en la historia del mundo suceden, por así decir, dos veces. Se olvidó de agregar: la primera vez como tragedia, la segunda como farsa”.

Si es cierto que la conjunción de diversos factores e innumerables condiciones no

permite la simple repetición de un fenómeno histórico, también lo es que la oposición (antífrasis) entre tragedia y farsa refleja una decadencia entre una y otra, pero también advierte de que a nadie le es permitido portarse ingenuamente ante las intrincadas relaciones políticas, sociales y económicas.

Por consiguiente, parece haber habido una grieta en la política brasileña resultante del aniquilamiento practicado por el Estado durante la última dictadura. Solamente esa grieta puede explicar la visión ingenua que generó el protagonismo atribuido al aparato persecutorio.

Aunque haya consenso en que las instituciones republicanas deben sumisión a la soberanía popular, razón por la cual se suceden elecciones periódicas, se ha producido una ideología que no solo subordina, sino que criminaliza a los poderes que provienen del voto.

En Brasil, como caso único, se ha adoptado un sistema en que hay supremacía de la justicia sobre la política, adoptándose, al mismo tiempo, un control difuso de la constitucionalidad como en los Estados Unidos, y concentrado como en Alemania, con clara preferencia por el modelo represivo, en el cual la justicia actúa como agente de las instituciones políticas. Tal construcción amortigua la democracia y fragiliza la actividad política, una manera de producir un ambiente semejante al vivenciado en las dictaduras.

Actualmente la actividad política está desprestigiada, como decadente o envejecida. El hacer político se tiene por espurio, y se proyecta un ficticio primado de la técnica en el lugar que corresponde a la democracia.

Con eso hay un desprestigio claro de la ley, sustituida por interpretaciones jurídicas fundadas en principios constitucionales "abiertos". De ese modo prospera una ideología que permite que manifestaciones individuales de magistrados y miembros del Ministerio Público se sobrepongan a las leyes.

Tal vez esa sea una de las cuestiones que más merezca reflexión: la actividad política fue prohibida en la dictadura y los disidentes transformados en enemigos. Los que resistieron reconquistaron la democracia y poco tiempo después la historia se repite como farsa, esto es, se asiste nuevamente a la producción de enemigos, en un movimiento que se asienta en la misma criminalización de la sociedad civil y de la actividad política.

Un dato es particularmente opresor: mientras la administración de justicia convivió armoniosamente con el régimen de excepción instalado por la dictadura civil y militar, la sociedad reaccionaba construyendo una red de apoyos que se fundaba en la actuación de artistas, en las fuerzas políticas clandestinas, en los movimientos eclesiales de base, en el Movimento Democrático Brasileiro, en la Ordem dos Advogados do Brasil y en la Associação Brasileira de Imprensa.

Esa connivencia dió lugar al acatamiento de la orden que prohibía al Supremo Tribunal Federal (STF) admitir y estimar habeas corpus en defensa de las víctimas del aniquilamiento promovido por la dictadura.

Ante la jubilación de tres de sus Ministros (Hermes Lima, Víctor Nunes Leal y Evandro Lins e Silva) impuesta por la dictadura militar, y la jubilación voluntaria, en solidaridad con los Ministros cesados, del Presidente y del Vicepresidente del STF (Antônio Gonçalves de Oliveira y Antônio Carlos Lafayette de Andrada, respectivamente) los demás Ministros se mantuvieron en sus respectivos cargos, en un acto que representó tanto la convalidación jurídica como el apoyo del STF al régimen de excepción.

No bastando el aniquilamiento físico e ideológico promovido por la dictadura, hubo no solo la convalidación de esos actos por la administración de justicia, sino su perfecta formalización jurídica. O sea, no había democracia pero había Estado de derecho.

Nunca se ha pensado en la revisión de ningún acto jurídico practicado durante el régimen de excepción. Lo máximo que se ha producido ha sido el parcial reconocimiento de los derechos de sus víctimas y la recuperación de la memoria de ese periodo, más allá de la tentativa de castigar los crímenes cometidos.

Es en ese ambiente en el que se gesta una Constitución garantista, marcada por la expectativa de que las garantías y los derechos fundamentales fuesen, por fin, institucionalizados.

El enemigo como tragedia

En Carl Schmitt el enemigo es el hostil y adquiere contornos institucionales con la dictadura brasileña: el enemigo era el extraño, el desconocido y contra él estaba permitida cualquier hostilidad.

Operando con el método de eliminación de ciudadanos que consistía en la producción de la figura del enemigo, el estado brasileño adaptó métodos y nomenclaturas utilizados en las guerras y los aplicó a los ciudadanos que se oponían al régimen. Esos ciudadanos eran identificados y apartados de la comunidad política.

El método de apartamiento consistía en la confección de una lista de sospechosos, con su posterior sujeción a la tortura. Los enemigos del régimen eran identificados, torturados y muertos. A los sobrevivientes les quedaban dos caminos: el exilio o la clandestinidad. Ambos significaban que la hostilidad del régimen los convertía en apátridas.

Es en ese contexto en el que tuvo lugar la campaña "Brasil, ámelo o déjelo", para señalar que el destierro era el destino al que eran encaminados los disidentes que resistieron la tortura.

¿Y qué es lo que pueden esperar los disidentes? Además de víctimas de la tortura física y de blancos de una guerra psicológica, les aguardaba la reprobación de sus conductas por la justicia, esto es, además de aniquilados físicamente fueron también condenados por la justicia.

De ese modo el Estado de derecho se realiza como tragedia, pues a la hostilidad política sucede la decisión judicial.

El enemigo como farsa

Günther Jakobs también formula un concepto de enemigo. Para él, el *inimicus* es el delincuente.

Jakobs concibe dos tipos de derecho penal. En el derecho penal de los ciudadanos, la pena es un parámetro que ha de ser evitado, y los ciudadanos que se desvíen de él deben soportar la pena como "reparación del daño", esto es, la pena es un castigo que debe ser aplicado para que la norma penal sea conservada.

El derecho penal del enemigo es la reglamentación del Estado de excepción. Se crean los medios jurídicos para el aniquilamiento de los que incumplen determinadas normas

penales. Así, si un ciudadano infringe algunas normas o si comete determinados delitos no se le aplican las normas penales que son válidas para los demás, toda vez que se trata de eliminar al enemigo.

Para Jakobs, el ciudadano que viola una norma penal de menor potencial ofensivo, es ya enemigo, aunque provisionalmente. Pero los ciudadanos que cometen ciertos delitos o que los cometen más veces son enemigos permanentes y a ellos no se les aplica el derecho penal del ciudadano. Como enemigos del Estado dejan de ser tratados como personas.

De ese modo, el delincuente es aquél cuya conducta le aparta de la comunidad jurídica. Ese apartamiento significa tanto un acto de aislamiento cuanto pérdida de derechos. Aislamiento porque deja de ser miembro de la comunidad de los ciudadanos y, por no participar de ella, no disfruta de los derechos que en ella se administran.

Lo que antes estaba circunscrito a las favelas, a los presidios y a las periferias, pasa a generalizarse. Incluso medidas judiciales de excepción, como la prisión provisional, pasan a ser la regla. El ciudadano transformado en enemigo, de presuntamente inocente es transformado anticipadamente en sospechoso, de la misma manera que medidas invasivas y prisiones pasan a ser la regla.

La Lava Jato y la reedición del enemigo

Con el propósito de subvertir esa estructura garantista de la Constitución se dió forma a un componente ideológico abstracto (el combate a la corrupción) y a un “ejército” de combatientes que se utiliza en campañas mediáticas para obtener el apoyo de la población para sus causas y garantizar la incuestionabilidad de esa actuación.

Ese alineamiento de la justicia a los medios ha garantizado la supremacía de la primera instancia sobre las instancias revisoras. O sea, los jueces de los tribunales han evitado conceder habeas corpus o incluso decretar nulidades procesales, pues tienen recelo de ser tenidos como conniventes con la corrupción.

Además de ocupar la cúspide del Poder Judicial, el STF es el guardián de las libertades. De esa manera, una de sus misiones es admitir y juzgar los habeas corpus, justamente para reprimir cualquier arbitrariedad llevada a cabo por el Estado.

No es admisible que la admisión y la concesión de los habeas corpus dependan de recorridos burocráticos, sobre todo cuando se conocen los problemas con el tiempo de duración de los procesos en la justicia.

Así, no tiene ningún sentido el mantenimiento por el Supremo Tribunal Federal de la Súpula 691, que significa la primacía de la burocracia judicial frente a las libertades, de la cual el habeas corpus es un ejemplo¹.

Aunque vivamos en una democracia constitucional, la Operación Lava Jato ha utilizado métodos coherentes con la transformación de ciudadanos en enemigos: primero, con la figura de la delación; segundo, con la transformación de la prisión provisional en un medio ordinario para producir pruebas.

La delación admitida es una adaptación al derecho de la figura del confesionario de la iglesia católica.

¹ La súpula es una decisión vinculante, que en supuestos de habeas corpus declara la incompetencia del STF (Nota del traductor).

En el catolicismo, el pecador se dirige al confesionario para obtener el perdón de sus culpas; en el derecho penal el delator es aquél que confiesa haber cometido delitos y que proyecta su actuar en términos utilitarios, esto es, en el proceder del delator todo está calculado: el delito cometido, lo que confesar y a quien envolver o a quien proteger. A diferencia del pecador ante el confesionario, el delator es un jugador que se aprovecha de la justicia para obtener ventajas.

En la perspectiva adoptada por la Lava Jato, o sea, la del derecho penal del enemigo, dos cuestiones se enfrentan al derecho penal constitucional vigente en Brasil:

(I) la transformación de la declaración del delator en indicio de prueba, con la consiguiente equiparación de las declaraciones de dos o más delatores en conjunto probatorio; y (II), la tendencia a borrar la diferencia cualitativa, todavía existente, entre los métodos de investigación de la policía y del ministerio público de los practicados por los delincuentes.

Ya la prisión provisional como medio de producción de prueba se clasifica como una modalidad de la guerra al enemigo.

Aunque el STF ya se haya posicionado sobre la ilegalidad de esa medida, la pervivencia de la Súmula 691 retarda el triunfo de las libertades sobre el arbitrio.

No se puede admitir que los ciudadanos sean víctimas de la saña punitiva del Estado y que las libertades sean sacrificadas por la incompetencia investigadora del aparato persecutorio estatal.

A nadie le interesa la impunidad. Sin embargo, el combate contra la impunidad no puede significar violación de la Constitución. El combate a la impunidad significa investigación con buen criterio, con autonomía operacional de la Policía, independencia institucional del Ministerio Público y garantías en la actuación de la Jurisdicción. Significa también presunción de inocencia, separación entre las actividades de acusar y de juzgar, un proceso legal justo y el reconocimiento de la importancia del abogado para la administración de justicia.

En las democracias constitucionales la libertad es la regla. En ellas los ciudadanos solo son apresados cuando están constatadas sus culpas en causas en que son observados una amplia defensa y el debido proceso legal.

Anteriormente circunscrita geográficamente a las favelas, los presidios y las periferias, ese estado de excepción rompe esa estratificación y se generaliza en un falso movimiento de universalización de la excepción.

La alianza con los medios

La tentativa de criminalización del ex-presidente Luis Inacio Lula da Silva se sitúa precisamente en el entrecruzamiento de las acciones de los medios y de la jurisdicción. Esa asociación produce una narrativa contra el ex-presidente en la que la tipificación penal de su conducta asume un papel subalterno, pues lo que importa al aparato persecutor del Estado es castigarlo por un método no jurídico que puede ser designado como ajusticiamiento, porque su condena se palpa en un ambiente largamente difundido por los medios brasileños, sin que le esté asegurada una posibilidad de defensa.

La narrativa mediática sustituye las pruebas por argumentos probables, donde el “tal vez” y la duda parecen ser suficientes para fundamentar una conducta reprobable jurídi-

camente. La investigación contra el ex-presidente Lula está marcada, no por azar, por una fuerte teatralización, lo que refuerza, como sabemos, procesos alienantes en aquéllos que son sometidos a la puesta en escena. Además de haber sido víctima de un secuestro judicial designado por las autoridades implicadas como “conducción coercitiva”, durante su declaración, cuando todavía tenían lugar búsquedas y aprehensiones en su residencia y en el Instituto Lula, miembros del Ministerio Público, de la Policía Federal y de la Receita Federal² ya concedían ruedas de prensa colectivas y disertaban sobre contenidos vallados por el secreto judicial.

Más recientemente, el ex-presidente Lula ha sido víctima de nuevo de una operación marcada por una fuerte exposición mediática, cuando procuradores de la operación Lava Jato utilizando las dependencias de un hotel en la ciudad de Curitiba convocaron a toda la prensa para una entrevista colectiva y, mediante la presentación de una serie de *slides*, intentaron atribuir al ex-presidente un conjunto de actos delictivos. La exposición acusatoria, precedida por la aclaración de que ellos no tenían “pruebas cabales”, sino solo convicciones, terminó por volverse motivo de chistes en todo el país. Sin elementos probatorios, la denuncia usa y abusa de términos subjetivos y adjetivaciones embarulladas, llegando al colmo de basarse en una delación admitida pero ya rechazada por la Procuradoria Geral da República. Durante algunas horas, buena parte de la población del país asistió a tal espectáculo mediático, que fue repetido por varios diarios televisivos a lo largo de la tarde y noche de aquel día.

No es inusual que los estados de excepción utilicen los medios para atacar la honra, la imagen, la identidad política de aquéllos que son considerados enemigos. La lógica adversarial de la política democrática se sustituye por la lógica de la destrucción mediática de la imagen del enemigo cuando los sistemas judiciales anticipan públicamente juicios que deberían estar circunscritos a los límites del debido proceso legal.

Estamos, por tanto, ante un fenómeno judicial en que se fomenta por los medios la condena del ex-presidente Lula a través de la rutinaria publicación de hechos guardados por el secreto judicial cuyo acceso se niega a la defensa. El constreñimiento judicial consiste en sistemática y paulatinamente negarle el acceso a los autos, las pruebas, el material probatorio, al mismo tiempo que se difunde en la prensa, con periodicidad metódica, aquéllo a que los abogados del acusado no tienen acceso.

Tales arbitrariedades judiciales, cometidas en la instrucción del proceso, se asocian a una ilegítima presión de los medios, evidenciando el perjuicio a la defensa advenido del desequilibrio procesal existente en el sistema jurídico-penal brasileño. Y eso, porque no hay previsión de separación entre la actividad de instrucción y la actividad de enjuiciamiento. El mismo juez que instruye el proceso juzgará la acción teniendo así la oportunidad de defender la legalidad de su actuación en la fase de instrucción, y confirmando el protagonismo que le llegó desde los medios en aquel momento procesal. Al no haber separación entre la persona que instruye y la que juzga, la previsibilidad de los actos procesales cede el puesto a la convalidación de las arbitrariedades practicadas por la Justicia y defendidas por la prensa.

2 Órgano administrativo dependiente del Ministerio de Hacienda encargado de diversas funciones tributarias y financieras (Nota del traductor).

Colombia, la paz posible

Antonio SUÁREZ NIÑO

Superado el lugar común según el cual, desde hace más de cincuenta años la sociedad colombiana ha sufrido el embate de los violentos para destruir sus instituciones democráticas, concepción defendida por sectores que han detentado el poder político desde siempre, estas reflexiones están destinadas a examinar qué está pasando en uno de los países más desiguales de Latinoamérica y de qué manera es posible acometer desde la inteligencia y la perseverancia los cambios que requiere para que la paz no sea mera promesa sino realidad viviente.

Pertenecemos a una generación que entendió, y en ello no estaba equivocada, que el origen de nuestros males está en la exclusión social y en la manera violenta como se pretendió erradicarlos a través de un Estado cuya legitimidad es bastante precaria pues ha fluctuado entre la represión y la ausencia en enormes regiones del país. En ese contexto, el Acuerdo suscrito entre el gobierno colombiano y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) el 24 de noviembre de 2016 con el acompañamiento de la comunidad internacional se dio a la tarea de acabar un conflicto armado que surgió, según datos oficiales en el año 1964, cuando un grupo de campesinos encabezados por Manuel Marulanda Vélez creó, como reacción a la violencia liberal conservadora desatada desde el poder en regiones del centro y occidente del país un movimiento insurgente para enfrentarla. Las cifras del conflicto armado son escalofrantes, según estadísticas del gobierno: ocho millones de víctimas; siete millones de desplazados internos; 45 mil víctimas de desaparición forzada, al menos 30 mil secuestros, entre otros delitos como la violencia sexual, el reclutamiento forzado, las ejecuciones extrajudiciales y las masacres y los homicidios selectivos.

El Gobierno y las FARC comenzaron en 2012 una negociación política para desactivar el conflicto armado, tomándose cuatro años de intensos debates en La Habana en medio de la guerra, por una razón sencilla: la guerrilla no pudo ser derrotada por la vía militar, pero sí resultó debilitada desde el punto de vista político. Así lo entendió el Estado y, por su parte, la guerrilla llegó a la conclusión de que no podría llegar al poder por la vía de las armas ni de los combates.

Por tanto, en el marco del Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el gobierno colombiano y las FARC existe de fondo un hecho trascendental en la historia de Colombia: al partir de que existía un conflicto armado interno, de que no era posible llegar al poder por la vía insurreccional y para dejar atrás 52 años de confrontación armada las FARC reconocieron la legitimidad del Estado, dejaron el accionar militar, se comprometieron a decir la verdad, reparar a las víctimas y a aceptar las sentencias dictadas por la Justicia Especial de Paz –JEP– relacionadas con crímenes de guerra y de lesa humanidad. Por su parte, el Estado

se obligó a acoger a los guerrilleros como ciudadanos garantizando las condiciones para constituirse en fuerza política y, a partir de allí, entre las dos partes se acordaron los elementos básicos para sacar adelante los cambios que pudieran tornar irreversible el fin del conflicto armado.

1. La utopía: construir la paz

Al partir del hecho de que el conflicto armado interno es el principal generador de la sistemática violación de los derechos humanos en Colombia en tanto ha implicado no solo la afectación a muchos sectores sociales y políticos sino que se ha erigido en un pretexto para que el Estado no garantice los derechos económicos, sociales y culturales de la mayoría de los ciudadanos, se logró suscribir el Acuerdo General luego de que éste no fuera aprobado el 2 de octubre de 2016 por el 50.21% votos de los ciudadanos que concurrieron a las urnas, frente al 49.79% que si lo votó en forma afirmativa, para lo cual el presidente de la República tuvo en cuenta la doctrina de la Corte Constitucional a cuyo tenor el derecho a la paz es contra mayoritario y solo vinculaba al jefe de Estado y no a los demás poderes públicos.

Es de advertir que si bien los partidarios de que no fuera aprobado el Acuerdo insistieron en su reforma señalando que no era legítima la participación política de los ex guerrilleros, a raíz de la presión ciudadana y, sobre todo, de la movilización de los jóvenes, se logró crear una instancia de renegociación entre los voceros de aquellos y el gobierno, lo que generó que fueran recogidas 469 propuestas provenientes de esos sectores, de las cuales *“el 70% se incluyeron en el texto del nuevo acuerdo. Las modificaciones más importantes tenían que ver con la transitoriedad de la JEP; la reafirmación de la propiedad privada en la reforma rural integral; la no inclusión del acuerdo en el bloque de constitucionalidad”*¹ no obstante lo cual la oposición virulenta al Acuerdo persistió y se volvió más compleja porque ha sido utilizada como insumo en las campañas electorales que en los meses de marzo, mayo y junio de 2018 renovarían el parlamento y elegirán un nuevo presidente de la República y que en el fondo se debaten entre unas verdades complejas —el duro trajinar de una paz difícil— y una mentiras simples, consistentes en que se dio paso a la impunidad generalizada y, con ello, a la implantación en Colombia de un régimen inspirado en Cuba y Venezuela. Tales argumentos macartistas, además de irrazonables, desconocen la realidad insoslayable de que si existió negociación con una guerrilla que no pudo ser vencida en el campo militar, lo obvio es que en la lógica de la insurgencia no existiría desmovilización e incorporación a la vida civil si no se creaban las condiciones para actuar en el debate político.

Así, superados los escollos de legitimidad, las partes acordaron (i) el desarrollo rural integral, que propende por la transformación estructural del campo para asegurar mejores condiciones para los campesinos, que es un tema central porque la propiedad sobre la tierra está en los orígenes del conflicto (ii) la reforma política y participación ciudadana, lo que implica la proscripción de la violencia como método de acción política y plenas

¹ En “Las guerrillas en Colombia. Una historia desde los orígenes hasta los confines. La paz en curso.”, Darío Villamizar, Bogotá, 2017.

garantías a nuevos partidos y movimientos (iii) el fin del conflicto armado que conllevó al cese de hostilidades bilateral y definitivo, dejación de las armas y reincorporación de los combatientes de las FARC a la vida civil y a la participación política (iv) la solución al problema de las drogas ilícitas y sustitución de los cultivos, en un marco de lucha contra la criminalidad organizada asociada al narcotráfico (v) el acuerdo sobre las víctimas como punto central del acuerdo, contexto en el cual juega un papel esencial la justicia transicional, creada para terminar conflictos o hacer frente a situaciones graves y generalizadas de violación de los derechos humanos.

En ese contexto, dada la importancia del tratamiento a las víctimas es pertinente hacer referencia, en primer lugar, a lo acordado al respecto sin dejar de señalar que todo el Acuerdo General hace énfasis en el lugar de trascendencia que deben ocupar.

2. El reconocimiento de las víctimas: el sistema integral de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición

La centralidad del tratamiento a las víctimas en el marco del conflicto armado ha sido calificada como uno de los grandes aciertos de la negociación llevada a cabo entre la insurgencia y el Estado colombiano, pues conlleva no solo el reconocimiento de la existencia del mismo sino la creación de (i) la Comisión de la Verdad para establecer a través de ese mecanismo extrajudicial qué ocurrió en realidad y esclarecer las graves violaciones de derechos humanos como un referente de explicación de la complejidad del conflicto armado, promoviendo el reconocimiento de las víctimas, la responsabilidad de quienes participaron (guerrilla, militares, empresarios y patrocinadores de grupos contrainsurgentes), sin que la información que recabe pueda trasladarse a las imputaciones penales (ii) la Unidad Especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en razón del conflicto armado, que está orientada a investigar el paradero, identificación y entrega de los 60.630 colombianos reportados en tal condición (iii) La Jurisdicción Especial para la Paz –JEP– creada para investigar y sancionar las violaciones graves de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario (iv) Medidas de reparación integral para la construcción de la paz a través de la restitución de tierras para la reparación colectiva de los territorios (v) la garantía de no repetición.

Aunque los opositores al Acuerdo de Paz han sido incisivos en señalar que la creación de la JEP origina un ambiente generalizado de impunidad lo cierto es que, contrario a ello, su entramado legal implica, de una parte, el otorgamiento de amnistías e indultos para quienes cometieron el delito de rebelión, es decir, que se levantaron en armas contra el Estado o delitos conexos con este en el marco de la rebelión y, de otro lado, la exclusión de amnistía e indultos en relación crímenes internacionales como el genocidio, toma de rehenes, tortura, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual, susstracción de menores y desplazamiento forzado.

Quedó claro, al mismo tiempo, que deben comparecer ante la JEP los combatientes, los particulares que de manera voluntaria cuenten su participación en hechos vulneradores de los derechos humanos y los agentes del Estado, que no serán objeto de amnistías e indultos sino de cesación de la persecución penal. En las normas transicionales se es-

estructuró un tratamiento diferencial para los máximos responsables de los crímenes más graves según confiesen o no su responsabilidad. En efecto, si no aceptan su autoría por los delitos de que se les acusa la pena oscila entre 15 y 20 años de prisión; si aceptan tardíamente la responsabilidad antes de que se dicte sentencia, oscilará entre 5 y 8 años, pero si comparecen a través de confesión desde el inicio se les aplicará la restricción efectiva de la libertad que puede ser la ubicación en lugares determinados para que realicen labores de desminado o de contenido social.

3. El cumplimiento de los Acuerdos en el marco de una paz imperfecta

No ha sido fácil el cumplimiento de lo acordado entre el Estado colombiano y las FARC pues aunque existe un consenso en cuanto a que debe darse prelación a la paz sin sacrificar la justicia un balance del avance de la implementación del Acuerdo, según el Instituto Kroc, al mes de octubre de 2017, arroja que solo se había logrado el 18.3% pues *“el Estado colombiano ha hecho más énfasis en los puntos de dejación de armas y la conversión de las FARC en partido político, y en menor proporción con los temas de reforma política, y los puntos referidos a derechos sociales y económicos de las comunidades rurales en las zonas de conflicto”*².

Con todo, en el camino de posibilitar los desarrollos constitucional y legal del Acuerdo, fue aprobado el Acto legislativo número 1 que estableció un procedimiento legislativo especial abreviado traído de la tradición anglosajona, conocido como *Fast Track* vigente por el término de seis meses que permitió el trámite preferencial de los proyectos de ley y reformas constitucionales que se requirieran y elevaba el Acuerdo Final a la categoría de Acuerdo Especial en los términos del artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 e ingresaría así al bloque de constitucionalidad y garantizaría su blindaje.

A través del *Fast Track* se aprobó la amnistía *de iure* para los ex guerrilleros que no cometieron delitos atroces y se declaró la terminación de procesos contra aquellos miembros de las fuerzas armadas del Estado que estaban respondiendo por delitos menores³, mientras que la JEP a través de la cual se investigarán, juzgarán y sancionarán los graves crímenes cometidos a raíz de la persistencia del conflicto armado fue aprobada a comienzos de 2017, y en la actualidad se encuentra a la espera de su revisión por la Corte Constitucional. Los magistrados de las instancias que conforman la JEP, es decir, las Salas de amnistía e indulto, de definición de situaciones jurídicas y de reconocimiento de la verdad, así como el Tribunal para la Paz, fueron nombrados mediante un sistema de convocatoria pública de los aspirantes, alejado de interferencias partitocráticas con lo cual se dio la garantía de independencia y puso de presente que es posible designar jueces en un contexto de transparencia y alejado de presiones internas y externas⁴.

2 Informe de implementación del Acuerdo de Paz del 24 de noviembre de 2016 a diciembre de 2017.

3 La Corte Constitucional, en sentencia de 1 de marzo de 2018, declaró ajustada a la Constitución la ley 1820 de 2016, a través de la cual se concedieron amnistías e indultos y se ordenó la cesación de la acción penal contra los miembros de la fuerza pública que no cometieron delitos graves o de lesa humanidad.

4 El nombramiento de los magistrados se reglamentó y realizó a través de una convocatoria pública y abierta con base en los requisitos establecidos por el Comité de Escogencia conformado por Diego García Sayán, designado por el

Aunque se registran importantes progresos de dejación de armas en una relación de 1,3 armas por excombatiente, cifra que no tiene precedentes en procesos de negociación en el mundo⁵ y se ha constatado la desmovilización de cerca de 12.000 guerrilleros, algunas decisiones del poder judicial, el gobierno y el parlamento pusieron de presente los enormes riesgos que tiene un proceso como el que se está llevando a cabo en Colombia.

En efecto, en reciente decisión la Corte Constitucional anunció que los terceros no combatientes no están obligados a comparecer a la JEP, lo que puede conllevar a que algunos coautores, determinadores o cómplices en la creación y funcionamientos de grupos paramilitares, conformados para realizar labores contrainsurgentes y despojar de tierras a los campesinos en grandes regiones del país, queden al margen de la acción jurisdiccional dado el elevado porcentaje de impunidad que existe en la justicia ordinaria. Por otra parte, las mayorías parlamentarias no aprobaron la propuesta de creación de las circunscripciones de paz como mecanismo de representación de las víctimas creado en el Acuerdo; además, desestimaron la reforma política que creaba las condiciones para garantizar la limpieza en el accionar de los partidos y movimientos políticos y pretendieron establecer que quienes habían integrado organizaciones defensoras de los derechos humanos y en tal condición representaron víctimas en demandas contra el Estado por el accionar de la fuerza pública no podían hacer parte de los tribunales de la Justicia Especial de Paz.

En orden a implementar el Acuerdo en otros aspectos relacionados con el sistema integral de verdad, justicia y reparación se ha conformado la Comisión de la Verdad bajo el liderazgo moral y ético indiscutible del sacerdote jesuita Francisco de Roux, pero no ha sido posible que el Estado dote de recursos a la Unidad Especial de Búsqueda de Personas Desaparecidas, con lo cual de manera deliberada se desconoce que esta puede jugar un papel importante en el esclarecimiento de los hechos que se presentaron durante más de medio siglo de confrontación armada, en el sentido de encontrar a los desaparecidos o, si estos se hallaren muertos, posibilitar su identificación para luego entregarlos a sus familias, en una labor extrajudicial y de enorme raigambre humanitaria.

Por otra parte, la reforma rural integral que, como se dijo, es un pacto fundamental porque está destinada a solucionar el acceso a la tierra presenta un lamentable estado de inoperancia, pues no se dieron avances legislativos en cuanto a la constitución del Fondo de Tierras con tres millones de hectáreas, la formalización y contabilización de la propiedad rural, y la creación de la jurisdicción agraria, destinada a tramitar procesos relacionados con los despojos de las propiedades de millones de campesinos.

Uno de los puntos del Acuerdo es el tratamiento del problema de la erradicación de los cultivos ilícitos, cuya implementación solo está en el 12%⁶, pues los campesinos ubicados en las zonas de producción se encuentran atrapados entre la política gubernamental que les arranca su fuente de supervivencia y no les brinda alternativas concretas y los grupos criminales que les exigen continuar con tales cultivos. En ese sentido está demostrado que cuando se ha impuesto la erradicación forzosa se produjeron choques entre las comunidades y la fuerza pública con saldo trágico de muertes de campesinos

Secretario General de Naciones Unidas; Álvaro Gil Robles, dedignado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Juan Méndez, del centro Internacional para la Justicia Transicional; Claudia Vaca, del sistema universitario del Estado y Francisco Acuña, de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

5 Informe de la Fundación Paz y Reconciliación, 2017. Bogotá.

6 Instituto Kroc. Informe de Implementación del Acuerdo.

en las regiones, lo que atenta contra la búsqueda de la paz territorial como uno de los pilares del Acuerdo.

En lo que respecta a las medidas de reparación integral para la construcción de la paz, prevención y protección de los derechos humanos, los hechos más preocupantes son, sin lugar a dudas, el sistemático asedio a ex combatientes de las FARC, hoy convertidas en partido político bajo la misma sigla⁷ lo que arroja unos cifras escalofrantes: a la fecha, después de la firma del Acuerdo, han resultado muertos en acciones violentas 40 ex guerrilleros y, en un ambiente de eliminación de la protesta social, según datos de la Defensoría del Pueblo entre enero de 2016 y febrero de 2018 fueron asesinados 282 líderes sociales que actuaban en las regiones⁸, todo ello en un accionar que no cuenta con una respuesta estatal acorde con las circunstancias, pues el gobierno se ha dedicado a defender la tesis de que no se trata de acciones sistemáticas sino de casos aislados y, en algunos eventos, como lo afirmó el Ministro de Defensa de “asuntos de faldas”, dejando de lado que esos hechos, que en la práctica constituyen reveses del pos acuerdo, se han presentado en lo fundamental en las regiones dejadas por la guerrilla luego de que se produjera su desmovilización. Tales regiones, que cubren buena parte del territorio nacional están altamente militarizadas y, al mismo tiempo, presentan fuertes procesos de organización y movilización social en medio de enormes cultivos ilícitos y la existencia de actividades extractivas legales o ilegales, en particular, de minería y están ubicadas cerca de las zonas de normalización donde los miembros de las FARC se concentraron cuando se hallaban en el proceso de desmovilización⁹.

Estos hechos, que no son nuevos en nuestra historia, demuestran cómo es de difícil crear las condiciones para que la reconciliación sea posible y se presentan como continuación infame de los asesinatos sistemáticos que en las décadas finales del siglo XX acabaron con la existencia del partido político Unión Patriótica, creado luego del acuerdo firmado entre las FARC y el gobierno colombiano.

4. Los logros de una paz posible

El proceso de negociación política y Acuerdo del Estado colombiano con las FARC ha conllevado, en términos concretos, a dar prelación al logro superior de búsqueda de la paz sin sacrificar los derechos de las víctimas. En eso consiste, en síntesis, la justicia transicional lograda en un marco de ausencia de impunidad, pues es la primera vez que las dos partes enfrentadas en el fragor de los combates acuerdan en la mesa un tribunal para juzgar los crímenes cometidos por ambas mediante el expediente de reconocerlos ante los jueces, ya que la guerra es una fábrica de horrores que en Colombia ha minado las transformaciones democráticas y la inclusión social.

7 Luego de su desmovilización, la guerrilla se transformó en partido político conservando la misma sigla pero con un significado diferente: Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común, FARC.

8 De esos casos se ha logrado establecer que el 31% eran líderes de Juntas de Acción Comunal; el 23% de organizaciones campesinas; el 14% indígenas; el 12% afros; el 6% sindicalistas y el 3% reclamantes de tierras, mientras que el resto ejercía un liderazgo local en determinadas regiones del país. Datos suministrados por la Defensoría del Pueblo y la organización Paz y Reconciliación.

9 Instituto Kroc. Informe de avance de implementación del Acuerdo de Paz del 24 de noviembre de 2016 a diciembre de 2017.

La sociedad colombiana tiene ante sí la inmensa responsabilidad de hacer que el Acuerdo se cumpla, y para ello es importante la movilización ciudadana y la presencia de la comunidad internacional con miras a lograr que se replantee el tema de la seguridad de todos en el marco del Estado democrático de derecho y cese la violencia sociopolítica que llena de desesperanza a amplios sectores del país porque a la larga la reconciliación se logra con el cumplimiento de lo pactado y no a través de la sola indicación en las normas jurídicas, en tanto es un proceso social que le sale al paso y a la intolerancia.

La implementación del Acuerdo con las FARC que, además, puede servir de marco de referencia para el actual proceso de negociación política con la guerrilla del Ejército de Liberación Nacional que se adelanta en el Ecuador, no puede erigirse en una frustración más en las aspiraciones de apertura democrática en Colombia, aupada por las falacias de la posverdad a que acuden los feroces opositores del entendimiento. Así lo han entendido las personas que en las regiones se comprometieron a acompañar el proceso a costa de su propia vida. Baste traer lo que uno de ellos, Temístocles Machado, dijo antes de su asesinato en Buenaventura en enero de 2018:

Porque no es justo que todo el territorio que hemos tenido lo entreguemos y permitamos que se lo lleven porque no tuvimos la valentía para defender lo nuestro, pensando en los niños, para que sea un bien de todos.

Esa es la audacia de esta paz imperfecta, como la llama el jesuita Francisco de Roux, pero posible porque está inspirada en la solución de algunos de nuestros grandes problemas.

Logros de la paz política y retos de la paz social en Colombia*

Gloria María GALLEGO GARCÍA

Paz política y paz social, tras la guerra civil

El proceso de paz es el largo camino que una sociedad emprende para poner fin a una guerra interna por las vías del diálogo y la política, para dejar atrás un pasado de enemistad divisiva, disputa armada de la soberanía y derramamiento de sangre, y en adelante construir convivencia civil, respeto mutuo, cooperación social y democracia. Sintetizando al máximo, dos son las metas del proceso de paz: la *paz política*, que se acuerda “desde arriba” y se refiere al pacto de paz entre los dirigentes de las partes en conflicto orientado a poner fin a la confrontación armada y al retorno a la vida civil y a la esfera política de los combatientes pertenecientes a los grupos alzados en armas, y la *paz social*, que se construye “desde abajo”, desde lo profundo de la sociedad y consiste en el volver a las amistades o atraer y acordar los ánimos desunidos, a las relaciones mutuas e intercambios mediante una interacción constructiva y transformadora de los vínculos de convivencia.

La doble dimensión de la paz aquí enunciada se plantea como meta en correspondencia con lo que ha sido la realidad de la prolongada guerra colombiana. En efecto, el que se inició al comienzo de la década de los 60 como un conflicto armado entre el Estado y grupos armados insurgentes, de baja intensidad y en puntos muy localizados de la geografía nacional, adquirió en el paso de los años 80 a los 90 el carácter de una guerra civil¹ que produjo atrocidades masivas y la cifra inaudita de ocho millones de víctimas. La guerra no sólo estuvo precedida de una profunda enemistad y rivalidad entre grupos políticos que enarbolaban proyectos de orden social y económico, ideales políticos y emociones antagónicas muy enérgicamente contra el segmento opuesto (enemigos absolutos), sino que el resultado final de la violencia en la guerra civil con las masacres, los desaparecidos y la brutalidad desplegadas por las partes en conflicto (grupos armados insurgentes, fuerzas armadas estatales y grupos armados paramilitares) deja un acumulado de sufrimiento, rencores y compulsiones a la venganza que divide familias, liquida amistades y desgarrar comunidades.

Llegó un período en que la conducción de la guerra dejó de ser protagonizada por las fuerzas armadas estatales (militares de profesión), y fue por cuenta de grupos armados que procedían de la población civil y asumieron el rol protagónico en la lucha contra la insurgencia (los paramilitares), y produjeron todos una barbarie de proximidad en la que el

* Trabajo resultado del Proyecto de investigación 767-000007 de 2017, “Rehenes del conflicto”, realizado con el auspicio de Universidad Eafit, Centro Nacional de Memoria Histórica y Museo Casa de la Memoria de Medellín.

1 Lo que María Teresa Uribe denomina “el giro civil de la confrontación armada” (“Antioquia: entre la guerra y la paz”, en *Estudios Políticos*, núm. 10, Medellín, Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, 1997, p. 126).

crimen se tejó entre personas que se conocían, se trataban, que eran vecinas, parientes, amigas, compañeras de trabajo (violencia íntima o «fratricida»²), lo que cancela los lazos fraternos y rompe el tejido de intercambios, relaciones, simpatías, confianzas y vínculos de cooperación.

Tras una guerra civil, la sociedad queda fracturada en lo profundo, la convivencia de las personas se ve alterada o rota, ubicándose en orillas distintas desde donde se miran como extrañas, poco confiables o enemigas, imperando la desconfianza, el encono y la negativa a cooperar.

Dado que se trata del mismo Estado, hacer la paz supone no sólo terminar la guerra (algo que sólo pueden decidir las partes en conflicto), sino que también es necesaria la reconciliación en las familias, en los territorios, en las comunidades, en los pueblos, separados por el posicionamiento ideológico, las conductas de colaboración con alguna de las partes en conflicto, las muertes, los recelos y las venganzas. Esta exigencia de reconciliación social no se plantea en las guerras internacionales, ya que no hay convivencia estrecha entre los ciudadanos de uno y otro Estado, y basta con el cumplimiento de los tratados de paz y el restablecimiento de las relaciones políticas, diplomáticas y comerciales³.

La paz política es una base indispensable para la paz social: la terminación de la guerra ayuda a que las personas y grupos en su vida cotidiana se liberen del miedo, de aquello que los ha convertido en extraños, en sospechosos, en temibles y temerarios. A su vez, la paz social ayuda a volver duradera, firme y estable la paz política. Si al cabo de una guerra entre conciudadanos, no se reanudan los vínculos y la cooperación social, si siguen imperando el recelo, el ignorarse mutuamente, el resentimiento y el desprecio de unos a otros, quedará latente el riesgo de nuevas ofensas y de un nuevo estallido, cuyo efecto acumulativo podría ser germen de una nueva contienda civil. Es necesario, por tanto, un pacto de convivencia que funde vínculos perdurables entre los asociados para lograr que el fin de la guerra no sea sólo un precario y corto armisticio antes de que se vuelva a encender la llama de la confrontación y los tambores y clarines llamen otra vez a rebato.

Es indispensable alcanzar elevadas cuotas de paz social; de lo contrario, la paz política tiende a tornarse frágil y precaria, como sucede en El Salvador, Guatemala y Nicaragua que, tras la finalización de sangrientas guerras civiles por medio de pactos de paz, no han hallado remedios adecuados para la polarización, los odios y miedos mutuos, y viven inmersos en una crisis política crónica, una violencia difusa y una parálisis económica.

Paz política entre el Estado colombiano y las FARC

La paz política tiene dos componentes, siguiendo a Crocker⁴. El primero es el de la «coexistencia no letal» consistente en lograr que los antiguos enemigos no se sigan matando, esto es, el cese al fuego bilateral y definitivo, la entrega de las armas y la clausura de la lucha armada por pretensiones conflictivas.

2 Stathis Kalyvas, *La lógica de la violencia en la guerra civil*, Madrid, Ediciones Akal, 2010., p. 86.

3 Ver, Jorge Giraldo, *La tercera realidad. Escritos sobre paz, reconciliación y derecho*. Medellín, Silaba Editores, 2015, p. 187.

4 David A. Crocker, "Comisiones de la verdad, justicia transicional y sociedad civil", en Martha Minow, David A. Crocker y Rama Mani, *Justicia transicional*, 1ª. ed., Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana, 2011, pp. 130-132.

El segundo componente es la «reciprocidad democrática», en la que los antiguos enemigos están reconciliados en la medida en que se respeten los unos a los otros como ciudadanos, al tiempo que participan en las deliberaciones con respecto al pasado, el presente y el futuro de su país. Hacer la paz es volver a la política y abandonar el enfrentamiento armado, dejar de matarse y tratarse como enemigos en el campo militar, sino como rivales políticos que dirimen sus diferencias sobre el orden social en la esfera democrática con la conformación de un nuevo partido político, la concurrencia a elecciones y la presentación de candidatos a cargos de elección popular, guardando respeto mutuo y reciprocidad democrática como ciudadanos del mismo país.

La guerra entre el Estado colombiano y las FARC terminó el 24 de agosto de 2016, día en que entró en vigor el Acuerdo de cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo, que se cumplió en el más alto grado. Recuérdesse que el derecho internacional de los conflictos armados fija como criterio de finalización de la guerra el “término general de las operaciones militares”⁵ o “la cesación de las hostilidades”⁶, es decir, cuando cada parte deja de realizar actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos.

Días después, el 26 de septiembre, de manera solemne las partes firmaron el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto en Cartagena de Indias, que era el día D que marcaba el comienzo del proceso de desarme y desmovilización. Con la victoria del No en el Plebiscito del 2 de octubre de 2016 por una pequeña mayoría, los diálogos tuvieron que continuar. El Gobierno y las FARC persistieron en salvar el proceso de paz y mantuvieron el cese al fuego y de hostilidades bilateral; las FARC reiteraron su decisión de abandonar la lucha armada y disolver su ejército.

El Gobierno y las FARC anunciaron el 12 de noviembre de 2016 la llegada a un nuevo Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera y éste se firmó en un acto solemne en Bogotá el 24 de noviembre, tras semanas de intenso trabajo y discusión en el que se modificaron 56 de los 57 ejes temáticos en los que se organizaron las 410 propuestas de los líderes del No, incorporando el 80% de sus observaciones.

Los miembros de las FARC se concentraron en las Zonas Veredales Transitorias de Normalización para entregar las armas, se disolvieron definitivamente, y dejaron de ser un ejército insurgente, como paso previo al sometimiento a la justicia. El 27 de junio de 2017, la ONU cerró el último de los 26 contenedores ubicados en las zonas veredales y certificó que allí quedaron 7.132 armas. 6.803 hombres y mujeres que estuvieron dispuestos a matar y a morir por la revolución, se comprometieron a que de ahora en adelante sus únicas armas serían los votos. En cuanto a las armas portables, se entregó más de una por cada guerrillero, lo cual supera procesos anteriores en el país y también las experiencias internacionales. Los paramilitares entregaron media arma por cada desmovilizado y en Afganistán, considerado hasta ahora el mejor promedio en el mundo, el registro fue de 0.74 armas por guerrillero.

Además, señalaron a la misión de Naciones Unidas 949 caletas donde reposaban los recursos bélicos de reserva de las FARC: enorme arsenal, compuesto por miles de fusiles, ametralladoras y subametralladoras, lanzagranadas, morteros, granadas, minas

5 Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, de 1977, artículo 3 (b).

6 Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, de 1977, artículo 6, num. 5.

antipersonal, municiones, detonadores; centenares de kilos de pentolita y dinamita, y miles de metros de cordón detonante. Todo ese material ya ha sido extraído o destruido, “con base en los estándares internacionales de seguridad y ambientales”, según aclara la misión de verificación de la ONU, dentro de los que se cuentan más de 7000 unidades de explosivos diversos (entre minas antipersonal, granadas de mano, granadas de fusil, municiones de gran calibre, entre otros), y 987.807 municiones de armas de pequeño calibre.

También avanza el desminado humanitario, el cual está salvando de la muerte y las mutilaciones a cientos de civiles y soldados; los acuerdos con 85.000 familias para la erradicación manual de los cultivos de uso ilícito; y la creación del Cuerpo Élite de la Policía y la Unidad Especial de Investigación de la Fiscalía para combatir las estructuras criminales que atentan contra la vida de los líderes sociales⁷.

Las FARC entregaron el listado de bienes con el que se busca reparar a las víctimas. Este incluye: dinero en efectivo, bienes inmuebles, vehículos, cabezas de ganado, armamento, lo que ellos denominan inversión social, y un rubro llamado equipos y enseres. Si bien han sido criticados por este último, el avalúo total ronda el billón de pesos (963.000 millones, que incluyen 2.500 millones en efectivo), a los que hay que agregarles 267.520 gramos de oro y 450.000 dólares⁸.

Desde el 26 de agosto y hasta el 1º de septiembre de 2017, las FARC realizaron el Congreso Nacional “Por un Gobierno de Transición para la Reconciliación y la Paz”. En este congreso crearon su partido y se convirtieron en el partido político Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común, conservan la sigla FARC, pero las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia dejaron de existir. Allí definieron la hoja de ruta política para entrar al juego democrático⁹.

La guerra no ha terminado. Falta la paz con el ELN, que, tras una ruptura de los diálogos, ha vuelto a la mesa de conversaciones con el Gobierno, y con los grupos paramilitares de segunda y tercera generación, como las Autodefensas Gaitanistas de Colombia, que han manifestado la voluntad de entrar en conversaciones con el Gobierno para pactar un sometimiento colectivo a la justicia y una desmovilización. Aun así, el desescalamiento de la confrontación es notorio y se sienten los beneficios de la paz política con las FARC.

– Se redujeron en más del 80% las muertes de soldados y policías por combates, ataques sorpresivos o emboscadas. En el Hospital Militar Central, en Bogotá, hace seis años eran atendidos 424 soldados heridos en combate y ahora se reporta la atención médica a doce uniformados. Actualmente, los esfuerzos se centran en terapias de rehabilitación para los soldados que durante la guerra perdieron extremidades, la vista, el oído o quedaron con problemas cognitivos¹⁰.

7 León Valencia, “El semáforo del posconflicto”, *Semana*, Bogotá, 22 de julio de 2017, en <http://www.semana.com/opinion/articulo/leon-valencia-opinion-el-semaforo-del-posconflicto/533305>

8 “Bienes de las FARC. Lista completa de fincas, ganado y vehículos”, *Semana*, Bogotá, 27 de agosto de 2017, en <http://www.semana.com/nacion/articulo/bienes-de-las-farc-lista-completa-de-fincas-ganado-y-vehiculos/537903>

“Los activos de las FARC”, *Semana*, Bogotá, s.f., en <http://especiales.semana.com/activos-de-las-farc/>

9 Alfredo Molano y Natalia Herrera, “Arranca congreso político de las FARC”, *El Espectador*, Bogotá, 26 de agosto de 2017, en <http://colombia2020.elespectador.com/politica/arranca-congreso-politico-de-las-farc>; “Participaremos todos en la contienda electoral: Iván Márquez”, *Semana*, 27 de agosto de 2017, en <http://www.semana.com/nacion/articulo/congreso-de-las-farc-instalacion-minuto-a-minuto/537915>

10 “Bajó un 97% la cifra de soldados heridos: Hospital Militar”, *El Espectador*, Bogotá, 12 de julio de 2017, en <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/bajo-el-97-la-cifra-de-soldados-heridos-hospital-militar-articulo-702742>

– La práctica del secuestro cayó en un 90%. Ya no hay nuevos territorios con sembrado de minas antipersonal. Las tomas violentas de poblaciones y el uso de cilindros bomba cayeron en un 99%.

– Se respira con alivio y tranquilidad en regiones azotadas tiempo atrás por la violencia, donde ya no se reclutan niños y mujeres para la guerra, y los habitantes han vuelto a salir de noche a la calle y a ir a zonas en otro tiempo imposibles de visitar a causa del movimiento de los ejércitos, los enfrentamientos y los operativos militares.

– El proceso de paz con las FARC previno por lo menos la muerte de 2700 personas y el cese al fuego la de al menos 6736, cifra que incluso puede ser mayor según el periodo con el que se compare¹¹.

– Una reducción significativamente mayor de las vidas perdidas por el conflicto se presenta si se compara el período del proceso de paz con el conflicto durante el gobierno Uribe, así como con la etapa de recrudescimiento de la guerra, respectivamente:

| Período | Promedio de muertes diarias |
|--------------------------------|-----------------------------|
| Histórico conflicto | 2,22 |
| Recrudescimiento | 3,32 |
| Gobierno Uribe | 3,12 |
| Proceso de paz | 0,59 |
| Período con ceses unilaterales | 0,46 |
| Período sin ceses unilaterales | 1,12 |
| Medidas de desescalamiento | 0,08 |
| Cese el fuego bilateral | 0 ¹² . |

– Colombia ha registrado en los últimos años una reducción significativa de la tasa de homicidios. En el año 2016 el país tuvo la tasa de homicidios más baja desde 1974 y el número de homicidios más bajos desde 1984¹³.

– Entre las que fueron las filas de las FARC hay un *baby boom*: en el último año han nacido 300 bebés, y se espera el nacimiento de unos 80 más. Ya no están aquellas mujeres y aquellos hombres haciendo la guerra: la lucha armada con sus temores y sus vetos ha quedado atrás (los niños eran considerados una carga y los mandos obligaban a abortar a las guerrilleras embarazadas); ahora hay tiempo para nuevos proyectos, vida de pareja, vida familiar, un sentido de futuro y esperanza. Por eso, en su momento el defensor del Pueblo, Carlos Negret, solicitó al Gobierno Nacional un plan de choque inmediato para garantizar las condiciones de salud y alimentación a las guerrilleras embarazadas¹⁴.

– El pasado 11 de marzo se realizaron en el país las elecciones al Congreso de

11 CINEP, Informe “El cese bilateral, más allá del fuego”, [online] 2017, en http://www.cinep.org.co/publicaciones/PDFS/20170701.Informe_preliminar_MMV.pdf

12 CERAC, “Monitor del cese el fuego bilateral y de hostilidades - Reporte final”, [online], 30 de junio de 2017, en <http://blog.cerac.org.co/monitor-del-cese-el-fuego-bilateral-y-de-hostilidades-final>

13 “Tras la dejación de las armas de las FARC, ¿qué sigue”, *Semana*, Bogotá, 27 de junio de 2017, en <http://www.semana.com/nacion/articulo/eduardo-pizarro-leongomez-habla-de-la-dejacion-de-armas-de-las-farc/530212>

14 Natalia Cosoy, “Baby boom: la ola de embarazos en la guerrilla de las FARC en Colombia”, BBC Mundo, [online], 24 de febrero de 2017, en <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39011290>; “Comisionado de Paz confirma próximo nacimiento masivo de bebés en zonas veredales”, BLU Radio [online] 03 de febrero de 2017, en <http://www.bluradio.com/paz/comisionado-de-paz-confirma-proximo-nacimiento-masivo-de-bebes-en-zonas-veredales-130061>

República en las que el partido FARC presentó sus listas de candidatos al Senado y la Cámara de Representantes. Ver a líderes históricos de la vieja guerrilla depositando su voto en las urnas fue todo un símbolo del retorno de los otrora alzados en armas a la vida civil y democrática.

Justamente, a cambio de obtener todos estos logros enunciados y dando prioridad a la paz sobre el castigo mediante fórmulas de justicia transicional, fue que se les otorgaron beneficios en materia penal. Pero el partido político FARC fracasó rotundamente en su primera participación electoral: su lista al Senado de la República obtuvo una votación de 52.532 votos, representando a penas el 0,34% de la votación, similar resultado fue obtenido por su lista a la Cámara de Representantes que obtuvo una votación de 32.636 votos, representando un 0,21% de la votación; por la vía electoral no fueron capaz de obtener ninguna curul para los órganos legislativos, conservando solamente las diez curules que les fueron asignadas vía Acuerdo de paz.

Este resultado es un fuerte golpe para los exguerrilleros que –en clara pérdida del sentido de la realidad– esperaban ser aclamados por la población, y se toparon con el rechazo social en respuesta a los crímenes y atrocidades cometidos durante la guerra. Y también lo es para la extrema derecha, representada por el ex presidente Uribe, que basó su oposición al proceso de paz, la defensa del No en el Plebiscito y la campaña política en el miedo y el odio con la amenaza de que los exguerrilleros se iban a tomar el poder y a instaurar un régimen castro-chavista.

Desafíos de la paz social: cadenas de odio que atan al pasado

La consecución de la paz política entre el Estado colombiano y las FARC constituye un avance histórico enorme. Pero una guerra civil no es asunto de pocos y deja profundos desgarramientos en el interior de una sociedad, siendo necesario trascender hacia el manantial más profundo de las relaciones sociales y de las actitudes necesarias para mantener vivo y fructífero un proceso de cambio constructivo en las familias, en las comunidades, en la sociedad.

Uno de los obstáculos para la paz social es el odio: una animosidad, una aversión, una malquerencia entre las personas, grupos y sectores de la sociedad, herencia de décadas de guerra, que causa estragos en las relaciones personales, vecinales, comerciales, cívicas y laborales. El odio se dirige, según sea el caso, contra el guerrillero y sus familiares, contra el que tiene ideología de izquierda, aunque sea demócrata y se oponga a la violencia; o contra el soldado y el policía, el paramilitar y sus familiares; contra el terrateniente y el empresario o contra el obrero, el campesino, el desplazado y el pobre.

El odio es un sentimiento negativo separa a las personas y grupos cual muro o abismo, conduce a la ruptura de vínculos, a la segregación, al cierre de oportunidades, a la destrucción del buen nombre y de la imagen social o a la justificación de la violencia. En su manifestación más grave, quien odia, fantasea con la destrucción, parcial o total, del objeto odiado, sea por propia mano o por obra de otros.

Las personas odiadas son demasiado importantes para quien las odia, pues a toda hora piensa en ellas, están ahí y su presencia se impone en todo momento. Aunque parezca paradójico, este sentimiento une íntimamente a quien odia con el objeto odiado,

puesto que, detestándolo, pone en evidencia que depende de él. Por eso, hay quienes hacen del odio base de su identidad, al definirse en oposición a aquello que odian. Explica Castilla del Pino que: “El odio constituye el paradigma del sentimiento al que conviene muy claramente el calificativo de *sentimiento patológico*. No consigue lo que se propone: desvincularse del sujeto odiado. Por eso el odio es duradero, a veces imperecedero, incluso transmisible de padres a hijos a través de la identificación de éstos con aquéllos”¹⁵.

El odio pesa mucho en una sociedad que ha atravesado una guerra civil, y es especialmente notorio el odio de un amplio contra los guerrilleros, así como contra todo lo que suene a ideas de izquierda y reivindicaciones de justicia social. Este intenso odio se ha expresado en la radical oposición de un sector político, encabezado por el expresidente Álvaro Uribe, a la solución pactada de la guerra entre el Gobierno y las guerrillas por considerarla una especie de afrenta histórica: una traición del Presidente Santos contra el pueblo colombiano, “la “entrega del país al comunismo o al castro-chavismo”, “piñata de impunidad”, “la entrega de las fuerzas armadas de la patria a los terroristas”, “golpe de Estado contra la democracia”¹⁶.

Este sector social y político niega los logros del proceso de paz, rechaza el Acuerdo –no sólo critica algunos puntos, algo que es muy entendible, pues nunca una solución pactada es perfecta– y con aborrecimiento promete “hacer trizas el Acuerdo”¹⁷, y si el precio es que “las Farc se levanten, asumo el costo... Que se levanten”¹⁸. Parece que los logros del proceso de paz fuesen poca cosa y continuar la guerra fuese un asunto banal. Llamativamente, este mismo en su momento apoyó la negociación política secreta del Gobierno de Uribe con los paramilitares, causantes del mayor número de víctimas de la guerra¹⁹. Fueron unos pactos cuyo contenido se desconoce, sin agenda pública y que comprometían una reinstitucionalización paramilitar del Estado.

Causa perplejidad ver cómo unen los llamados al odio y la furia, en vez de los llamados al diálogo y la concordia. Hacer la paz da brega, requiere paciencia, perseverancia, apertura al otro, relativizar lo que se daba por absoluto; mientras que el odio, partiendo de lo absoluto, lo simplifica todo y pone el acento sobre lo que separa: “o él o yo”, “ellos están en el error, nosotros tenemos la razón”, “ellos realizaron actos monstruosos, nosotros no”. Y al simplificarlo todo, parece justificarlo todo: la ruptura del acuerdo de paz, la violencia, la continuación de la guerra.

El odio deja efectos nocivos y tiene un precio muy alto, pues no da tregua a quien odia y ata a las sociedades al pasado, impidiendo la apertura hacia nuevos horizontes para la superación de la confrontación. Aunque las FARC se han transformado en un partido político, un sector

15 Carlos Castilla del Pino, “Odiar, odiarse, el trabajo del odio”, en Carlos Castilla del Pino, *El odio*, Barcelona, Tusquets Editores, 2002, p. 33.

16 “Gobierno ha igualado a la sociedad con el terrorismo”, *Semana*, Bogotá, 23 de septiembre de 2015, en <http://www.semana.com/Imprimir/443612>

17 Palabras de Fernando Londoño Hoyos, presidente honorario vitalicio del Centro Democrático, en la convención de ese partido realizada el 7 de mayo de 2017 en la ciudad de Bogotá. En su intervención, afirmó: “El primer desafío del Centro Democrático será el de volver trizas ese maldito papel que llaman el acuerdo final con las Farc”, en *El Tiempo*, Bogotá, 9 de mayo de 2017, en <http://www.eltiempo.com/politica/partidos-politicos/declaraciones-polemicas-en-la-convencion-del-centro-democratico-85708>

18 Palabras de Rafael Nieto, quien aspiraba a ser designado candidato a la Presidencia de la República por el Partido Centro Democrático, “Si las Farc se levanta en armas de nuevo, lo asumimos”: precandidato Uribista”, en Caracol Radio, Bogotá, 19 de septiembre de 2017, en http://caracol.com.co/radio/2017/09/19/nacional/1505832091_656384.html

19 Evidentemente, decir que una parte del conflicto fue más violenta que la otra, no absuelve a la menos violenta.

de la sociedad colombiana no asume esta nueva realidad y hace como si todavía existieran y estuvieran en el monte lanzando ataques, destruyendo poblaciones con cilindros bomba y secuestrando personas en las carreteras. Pese a su disolución, esta guerrilla parece seguir viva a través del discurso de la retaliación de quienes los detestan a muerte y posiblemente no serían capaces de entender su existencia personal y política sin las FARC.

Algunos medios de comunicación hacen eco y propalan dicho odio y, aunque la guerra con las FARC acabó, parece que siguiese en la televisión y en la radio. Muestran a las disidencias como si fueran parte de una estrategia de las FARC para continuar la guerra, cuando este grupo insurgente se disolvió y, precisamente, los disidentes son ex miembros de las FARC que decidieron abandonar el proceso de paz y mantenerse en armas. Todo ello contribuye a una atmósfera pública caldeada, de ruptura, separación y aislamiento mutuo, renuncia al diálogo con el otro, amenaza y pelea, lo cual tensa las posturas en un «todo o nada»: o ellos o nosotros, lo que mantiene el conflicto en estado latente.

La cadena de odios se extiende y nunca es inocua, pues esa atmósfera encendida de rencores y justificaciones más o menos explícitas de la violencia incita a algunos a pasar a los hechos y destruir a los destinatarios del odio. Desde el 1° de enero de 2016 al 27 de febrero de 2018 fueron asesinadas 282 personas que se dedicaban a la defensa de la comunidad y de los derechos humanos (líderes campesinos, de comunidades indígenas y afrodescendientes, lideresas comunitarias, reclamantes de tierras), según denuncia del Defensor del Pueblo, Carlos Negret²⁰.

Desde diciembre de 2016, cuando se comenzó a implementar el Acuerdo Final de Paz, han sido asesinados 42 excombatientes de las FARC y 14 familiares de excombatientes²¹. Muchos de estos asesinatos son celebrados por un sector de la sociedad; por ejemplo, hubo jolgorio en las redes sociales tras el asesinato del ex jefe de las milicias del Frente 18 de las FARC, ocurrido en Ituango (Antioquia) en agosto de 2017²².

Los espectadores influyen en el desarrollo de la violencia. Observan a los que la ejercen, opinan sobre sus actos, y estos sienten a veces que sus miradas los rondan, les pesan y hacen que les cueste tomar sus decisiones. Si los espectadores mantienen su mirada escrutadora, si critican, si expresan su desaprobación, si protestan, ese mensaje no se puede desoír: la negativa de la comunidad se vuelve una variable a considerar en la toma de decisiones. Pero si los espectadores se muestran favorables, si aplauden los asesinatos, si justifican la venganza, si siguen propalando el odio, si dan la espalda a las víctimas, todo esto tomado por los victimarios como un asentimiento y prosiguen sin trabas a cumplir sus designios. Como explica Sofsky, ante el asentimiento de los espectadores, “puede el ejecutor continuar tranquilamente con su trabajo. No tiene que temer ninguna intervención de ellos, y la víctima no puede esperar de ellos ninguna ayuda”²³.

20 “En dos años han asesinado a 282 líderes sociales”, *El Espectador*, Bogotá, 1º. de marzo de 2018, en <https://www.elespectador.com/noticias/politica/en-dos-anos-han-asesinado-282-lideres-sociales-articulo-742014>

21 “El número de excombatientes de las FARC asesinados ya es alarmante”, *Pacifista*, Bogotá, 2 de febrero de 2018, en <http://pacifista.co/el-numero-de-excombatientes-de-las-farc-asesinados-ya-es-alarmanete/>

22 “Farc denuncian asesinato de integrante del Frente 18 en Antioquia”, Caracol Radio, Bogotá, 14 de agosto de 2017, en http://caracol.com.co/emisora/2017/08/14/medellin/1502734100_898370.html. Centenares de personas escribieron sobre la citada noticia frases como: “Excelente !!!!!”. “Muerte a todos estos malditos y principalmente al secretariado de las Farc”. “Pero tiene es que matar es a los de secretariado a esos es que hay que bajar de donde los están dejando montar este mk gobierno”. “Deberían matarlos a todos”, “Ojalá acaben con todas esas lacras de las FARC así”, “Eso está muy bueno. Hay y es hora de hacer limpieza”, “Genial...ojalá sigan. Y faltan 14000 más”.

23 Wolfgang Sofsky, *Tratado sobre la violencia*, Madrid, Abada Editores, 2006, p. 115.

La paz es un deber: apaciguar los odios

La sabiduría práctica comienza por reconocer la humanidad de las personas que odian y asumir la realidad de que la guerra civil dejó heridas muy profundas en la sociedad, de manera que existen personas llenas de temor, odio y furia, y no es correcto negarlas u ocultarlas, como pondría una visión maniquea de la condición humana.

Reconocer la realidad del odio conlleva enseguida pensar en la transformación de esa realidad y conectarla con los deberes cívicos consagrados en la Constitución Política de 1991. Precisamente, ésta nació con la simbología de tratado de paz, ya que conforme al Preámbulo y al artículo 22, “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”, es decir, un derecho subjetivo fundamental reconocido en beneficio de todos los seres humanos, que ampara como pretensión fundamental el derecho a vivir sin guerras, que implica para el Estado la obligación de renunciar a la guerra y de resolver de manera pacífica los conflictos tanto internos, como internacionales (por medio del diálogo, la política, la jurisdicción, la diplomacia, la mediación, el arbitraje)²⁴.

Este derecho vincula jurídicamente al Estado, a sus agentes, a las instituciones sociales y a todas las personas. No en vano el derecho a la paz es, al mismo tiempo, un «*deber de obligatorio cumplimiento*»: todas las personas tienen el deber de abstenerse de hacer la guerra y de hacer una apología de la guerra, no alimentar la guerra (ni con financiación, ni apoyo logístico, ni propaganda); apoyar políticas de paz y de resolución pacífica de conflictos y ayudar a que haya concordia en el ámbito social en el que actúan. Estos deberes cívicos fundamentados desde la Constitución tienen como correlato estos deberes más específicos:

1) *El deber de controlar los propios odios*: reconocer la humanidad del odio es, asimismo, no creerse mejor que los demás y asumir cada uno que también es capaz de odiar y de dejarse aturdir por la furia, el resentimiento y el deseo de venganza, siendo necesario ejercer control sobre los propios impulsos, emociones, palabras y actos en pro de la paz.

Cuesta ser sincero con uno mismo ya que el odio tiene un carácter moralmente negativo, y esto hace que en la mayoría de las ocasiones no se confiese el odio que se posee contra otros²⁵. Se necesita emplear con intensidad la razón para controlar las emociones y, al menos, conseguir que el odio se transforme en antipatía, un sentimiento de desagrado hacia otra persona, ya desprovisto de la animadversión y del deseo de desgracia o de daño.

La mejor manera de parar el odio es estimular la imaginación moral: desarrollar una visión de la relación con los demás en estrecha interdependencia e imaginarse en una red de relaciones, incluso con el enemigo: el enemigo ha venido a vivir a la misma vereda, a la casa vecina, al mismo edificio, y es alguien a quien se verá todos los días, con quien se cruzará en la calle, en la tienda, en la cafetería o en el ascensor, alguien con quien se deberá tomar decisiones sobre asuntos comunes. Estos ejercicios de la imaginación moral

²⁴ Ver, Gloria María Gallego García, Capítulo XXXI: El derecho a la paz, en Francisco Javier Ansuátegui Roig, Rafael de Asís Roig, Eusebio Fernández García y Gregorio Peces-Barba Martínez (Directores), *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo IV, Siglo XXI. Volumen VI: El derecho positivo de los derechos humanos. Libro III: Los derechos económicos, sociales y culturales, Madrid, Dykinson, pp. 1661–1737.

²⁵ Castilla del Pino, “Odiar, odiarse, el trabajo del odio”, *op. cit.*, pp. 27-28.

trasladan a las personas a los momentos elocuentes de la vida de relación: “el espacio donde reconocemos que, en última instancia, la calidad de nuestra vida depende de la calidad de la vida de los demás. Es el reconocimiento de que el bienestar de nuestra descendencia está directamente ligado al bienestar de la descendencia de nuestro enemigo”²⁶.

2) *El deber de tratar con respeto a quienes odian*: es indispensable detener la cadena de odios y ello supone una actitud de calma y respeto para con quienes están llenos de rencor. Es preciso desarrollar las habilidades de escucha para captar la complejidad de las historias de los demás, sobre todo de quienes han vivido en escenarios de violencia y sobrellevan luto, angustia y rencor. Tal vez su actitud negativa frente al cambio, la reacción de enfado contra los trabajos por la paz provenga de que nunca se han sentido escuchados, atendidos y comprendidos en su sufrimiento y para salir de este círculo necesitan de la conversación y la comprensión de sus semejantes. La mutua escucha profunda podría ser el comienzo de algo nuevo, un grano de arena para sobrepasar lo trágico.

Ese ejercicio de generosidad y preocupada escucha lo debería realizar cada persona, al menos, con otra persona. Además, sería necesario crear (por iniciativa pública y privada) *centros de escucha* en los pueblos, en las veredas, en los barrios, como alternativa para apoyar procesos personales y/o comunitarios de alivio al sufrimiento, el odio, la amargura, y que estarían conformados por psicólogos, asistentes sociales, sobrevivientes, líderes comunitarios, para que acudan allí, primero que todo, las víctimas que así lo deseen e, incluso, quienes no lo son y odian en nombre de otros. Allí tendrían la oportunidad de hablar de sus experiencias y desahogar sus dolores, miedos o resentimientos, así como compartir sus sueños, proyectos y esperanzas.

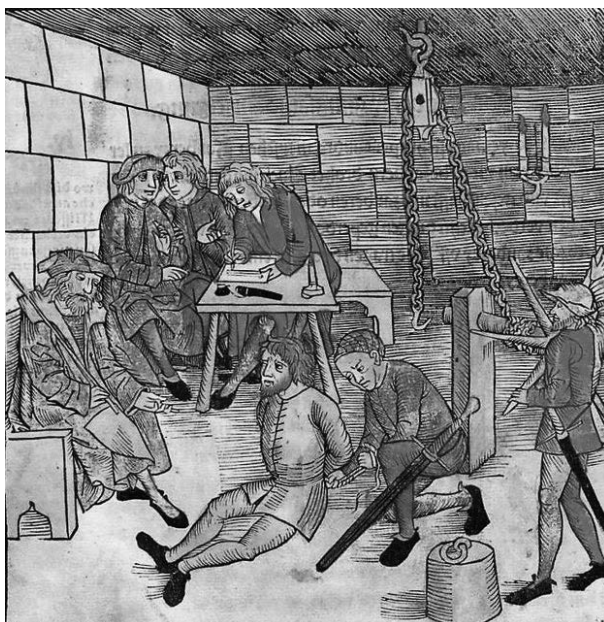
Esta iniciativa no sólo debe atender la sanación emocional por lo que respecta a las personas afectadas, sino hacerlo como parte de procesos sociales más amplios, en los que el trauma sufrido se inscribe en un contexto social y político y en un más temporal más amplio, lo que permite darle un significado que trasciende lo individual y también imaginar un futuro diferente orientado por la justicia y la construcción de paz.

Los centros de escucha serían lugares para la catarsis emocional y el aplacamiento de los ánimos individual y colectivo, algo fundamental para aligerar la carga de odios que pesan como una loza, y avanzar hacia horizontes de superación del trauma y de las heridas sociales.

3) *El deber de abstenerse de atizar los odios y contribuir a aplacarlos*: todos los ciudadanos en general tienen el deber de no avivar los odios y, aún más, ayudar a apaciguarlos. Estos deberes son tanto más fuertes y exigibles cuando se tiene la condición de gobernante, de líder político, periodista o comunicador social, en razón a la trascendencia pública de las opiniones y declaraciones y a la influencia que se tiene sobre personas, grupos y organizaciones sociales.

La Convención Americana de los Derechos Humanos reconoce en el artículo 13 el derecho fundamental a la libertad de expresión: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea

²⁶ Lederach, *La imaginación moral. El arte y el alma de la construcción de la paz*. 1ª. ed., Bilbao, Bakeaz-Gernika Gogoratuz, 2007, pp. 70-71.



Cuestionamiento embarazoso (tortura) de la orden judicial de la cárcel de Bamberg. Grabado en madera coloreado de la edición de 1507. (Biblioteca Estatal de Baviera, Rar. 466)

oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección". Y a continuación establece como límite los derechos a la igualdad y la paz: "Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

Ello implica, por ejemplo, renunciar a insultar a las personas que piensan diferente y que en medio de la guerra se posicionaron en la orilla política contraria; abstenerse de llamar a la violencia y de aplaudir los actos de violencia y venganza que otros realizan. Esto empieza por las conversaciones cotidianas, la conducta en las redes sociales y se extiende al comportamiento público.

Las emociones personales, la perspectiva inmediata, las diferencias de opinión no pueden ser una excusa para avivar el desprecio, la descalificación, la calumnia, la persecución o la violencia contra quienes pertenecen a un sector político y social distinto.

Los líderes políticos, los líderes de opinión, los medios de comunicación deben actuar con un sentido por lo público, por el bien colectivo y conciencia constitucional y, por tanto, renunciar a seguir atizando aborrecimientos, revanchas y desquites en un país dividido, y así dejar de aportar elementos de los que renazcan más discordias. Tienen todos una enorme responsabilidad moral y jurídica, pues toda posición intransigente, toda apología del odio y del militarismo, todo empeño en alimentar la furia de los ciudadanos y la polarización social conspira contra la consolidación de la paz y juega a favor de la continuación de la violencia y la confrontación armada.

Más allá de sus diferencias ideológicas, es debido asumir que la paz es un asunto de Estado, de derecho y Constitución, que la guerra es el problema más grave del país y la paz es la asignatura pendiente más urgente. Por tanto, el problema de la guerra y la paz no debe ser convertido en un asunto de votos y cálculo electoralista inmediato, sino la cosa pública por excelencia, el asunto más serio que debe solucionarse con una visión de largo alcance basada en los valores de la vida, la convivencia civil, el respeto, y con sentido histórico de los tantos destrozos y sufrimientos que esta prolongada guerra ha causado a millones de personas.

4) *Ejercer el voto de manera coherente con la paz*: no basta con desear la paz, es necesario traducir las convicciones en acciones coherentes con ese ideal. Cada ciudadano tiene responsabilidad respecto de la consecución y conservación de la paz; en consecuencia, el tema de la paz debe ser una variable de primera importancia a la hora de decidir sobre el voto en las distintas elecciones de carácter nacional, departamental y local. Al deliberar sobre las múltiples posibilidades del amplio arco de partidos y movimientos políticos, habría de incluirse la cuestión de la paz y votar en consecuencia: ¿qué partidos políticos propenden por la paz y por una política de reconciliación nacional? ¿A quiénes ha de darse el voto? ¿A los que atizan odios, promueven el espíritu de secta y el militarismo, o a los que promueven el diálogo, la conciliación entre los diversos, y las políticas incluyentes?

Estas cuestiones deberían estar presentes en las elecciones y decisiones públicas durante las próximas décadas, pues la construcción de la paz es una labor de largo aliento y requiere el concurso de varias generaciones, incluidas las más jóvenes, que han de renovar reiteradamente el compromiso con la paz hasta cancelar la secuela de odios y venganzas.

Walter Benjamin y Paul Klee. El ángel de la historia.



Tesis IX

*Mis alas están listas para el despegue,
con gusto volvería hacia atrás,
porque aunque dispusiera de tiempo vivo,
tendría poca dicha.*

Gerhard Scholem.
(«Saludo del ángel»)

«Hay un cuadro de Klee que se titula *Angelus Novus*. Representa a un ángel que parece estar a punto de alejarse de algo a lo que está clavada su mirada. Sus ojos están desencajados, la boca abierta, las alas desplegadas. El ángel de la historia tiene que parecerse. Tiene el rostro vuelto hacia el pasado. Lo que a nosotros se nos presenta como una cadena de acontecimientos, él lo ve como una catástrofe única que acumula sin cesar ruinas sobre ruinas, arrojándolas a sus pies. Bien quisiera él detenerse, despertar a los muertos y recomponer los fragmentos. Pero desde el paraíso sopla un viento huracanado que se arremolina en sus alas, tan fuerte que el ángel no puede plegarlas. El huracán le empuja irresistiblemente hacia el futuro, al que da la espalda, mientras el cúmulo de ruinas crece hasta el cielo. Eso que nosotros llamamos progreso es ese huracán.»

(Walter Benjamin comenta en este pasaje la acuarela de Paul Klee, *Angelus Novus*, que había adquirido y poseído hasta su huida fracasada de la Europa ocupada por el fascismo. El texto forma parte de un original inacabado, uno de sus últimos escritos, que Benjamin llamaba *Tesis*, que fue publicado póstumamente por Adorno en 1942 con el título *Sobre el concepto de la historia*, dos años después del suicidio del autor en Port Bou para evitar ser entregado a la Gestapo. Reproducimos la traducción que consta en el estudio de Reyes Mate sobre las Tesis titulado *Medianoche en la historia*, Trotta, Madrid 2006, p. 155.)

EXTRACTOS/ABSTRACTS

Preconstitución legal del juez: un principio en espera de [rigurosa] aplicación

Perfecto Andrés Ibáñez

En este artículo se aborda, de forma sintética, el tema de su título en una perspectiva histórica y conceptual, con especial referencia a la práctica del principio en la experiencia italiana; para concluir con un breve examen de algunas vicisitudes del mismo en nuestro país. Estas ponen de manifiesto que, en órganos jurisdiccionales tan significativos como la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y el propio Tribunal Supremo, no goza de la efectividad que su relevancia constitucional demanda.

Legal predetermination of the judge: a principle expecting [strict] implementation

This paper deals with the subject of its title in a concise way providing a historical and conceptual perspective, with a specific reference to the Italian practice, and concluding with a brief examination of some of its vicissitudes in Spain. This analysis reveals that in some significant courts of justice, such as the Criminal Division of the National Court or the Supreme Court, the principle is not as effective as its constitutional relevance demands.

Sobre *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*, de Dario Ippolito

Javier Hernández García

La obra de Ippolito, de la que ya hemos dado cuenta en la revista, desvela el contexto en el que se produce el arranque de un nuevo paradigma de entendimiento de las relaciones entre los ciudadanos y el poder público, basado en la reivindicación de los límites al poder como garantía primaria de la libertad. Además, permite conocer los orígenes culturales y axiológicos del espíritu del garantismo y su vigencia.

On The spirit of due process guarantees. Montesquieu and the power to punish, by Dario Ippolito

The work by Ippolito, which has been already reviewed in this periodical, reveals the context of the beginning of a new paradigm of understanding the relationships between the citizens and the public power, based on the recognition of the limits of power as a basic guarantee of freedom. Besides, this work presents the cultural and axiological origin of the spirit of due process guarantees and its validity.

El término persona: un significado multidisciplinar. Incapacidad, demencia, eutanasia y aborto

Daniel M. Campagne

El concepto persona es de extraordinaria importancia para el derecho, la medicina y lo social, pues de su significado depende el bienestar, la protección y hasta la supervivencia.

Las definiciones que ofrece cada ámbito de conocimiento son dispares porque se centran en lo específico y no en lo general, lo que hace necesario una aproximación de criterios para que los derechos relacionados se identifiquen y se protejan de una forma más eficaz. Este estudio describe y contrasta los criterios de las diversas disciplinas para intentar llegar a una definición universal de persona.

A multidisciplinary meaning of the term “person”. Incapacity, dementia, euthanasia, and abortion

Person as a concept is of extraordinary importance in several fields. Especially in law, medicine and the social fields its meaning determines wellbeing, protection and even survival. The existing definitions of person given by each field differ considerably because they centre on the specific and not on the general. Uniting criteria of the concept persona becomes necessary to better evaluate and protect its related rights. The present study describes in some detail the criteria in use by legal, medical and psychosocial disciplines, in order to contribute to a more universally applicable definition of person.

Luces y sombras del derecho a la asistencia letrada tras la Directiva 2013/48 y la LO 13/2015

José Luis Ramírez Ortiz

La transposición de la Directiva se valora positivamente, aunque se han dejado de abordar cuestiones que requerían de regulación como la defensa discontinua, el estatuto de la persona discapaz, o la asistencia inefectiva por causa imputable al letrado. Se alerta de los problemas y paradojas que provoca la incorporación de normas externas en un contexto de indefinición por la falta de regulación de la fase de investigación policial con asignación nominal de la dirección de la instrucción a un juez unipersonal.

Light and shadow of legal assistance after the Directive 2013/48 and the Law 13/2015

This paper assesses positively the transposition of the Directive on legal assistance by the Spanish lawmaker, although some issues which required a regulation, such as discontinuous assistance, the position of the incompetent suspect, or the ineffective assistance attributable to the lawyer, have not been addressed. The author warns about some problems and paradoxes deriving from the implementation of external rules in a context of vagueness caused by the lack of proper regulation of the pre-trial investigation by the police under the nominal direction of a single examining judge.

El derecho a ser informado de la imputación

José María Asencio Gallego

El derecho de defensa es un derecho fundamental que goza de un contenido muy amplio. Pero una manifestación del mismo de indudable importancia, hasta tal punto de que se le considera como su primer elemento o presupuesto para su eficacia, es el derecho a ser informado de la imputación. Difícilmente podrá el investigado hacer frente a unos cargos que desconoce. Por ello, con carácter previo a su declaración, el Juez de Instrucción habrá de informarle de todo aquello que se le atribuye, precisando los hechos imputados, su calificación jurídica y los derechos que la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal le reconocen.

The right to information in criminal proceedings

The right of defence of the defendant is a fundamental right enjoys a very broad content. However, a manifestation of its unquestionable relevance, to the extent that it is considered as its first element or requirement for its effectiveness, is the right to be informed of the charges. The respondent can hardly face the charges that he does not know. Thus, prior to its statement, the Investigating Judge must inform the respondent of everything attributed to him; specifying the facts charged against him, its legal assessment and the rights granted by the Spanish Constitution and the Code of Criminal Procedure.

Entrevista a José Antonio Martín Pallín. La memoria paralela o la contramemoria Amaya Olivas Díaz.

La entrevista da continuidad a la nueva sección de la revista dedicada a la memoria de la justicia en nuestro país y de la asociación. Martín Pallín responde a las preguntas sobre su trayectoria profesional, sus recuerdos como fiscal en el franquismo, la miseria cultural de la jurisdicción en aquel momento, luego en la transición y en democracia, y como magistrado del Tribunal Supremo en su última etapa como jurista del Estado. También evoca su dedicación a la defensa de los derechos humanos, como fiscal, juez y ciudadano.

Interview with José Antonio Martín Pallín. The parallel memory or the counter-memory

This interview continues the new section of our periodical dealing with the memory of justice in our country and the memory of our judicial association. Martín Pallín answers some questions on his professional career, his recollections as a prosecutor under the Franco regime, the cultural misery of the jurisdiction during those times, the period of political transition and democracy, and as a justice of the Supreme Court, his last stage as a jurist at the service of the state. He also recalls his dedication in the defence of human rights in his capacities as prosecutor, judge and citizen.

Lula y la supremacía judicial

Luiz Moreira

El artículo analiza críticamente el proceso penal seguido contra el expresidente de Brasil Lula da Silva, según un modelo en el que la prisión se convierte en regla y medio para provocar confesiones, con campañas mediáticas que protagonizan los jueces y fiscales encargados de la causa, que realizan declaraciones anticipando juicios de culpabilidad, dejando de lado criterios normativos para buscar consensos fácticos en la opinión que convierten al ciudadano en enemigo y criminalizan la actividad política.

Lula and judicial supremacy

This article analyses critically the criminal proceedings against the former Brazilian president Lula da Silva. According to the pattern of the proceedings pre-trial custody is the rule and also the means to force confessions, the judges in charge of the proceedings are involved in media campaigns making statements anticipating judicial pronouncements on the guilt of the suspects and disregarding legal criteria, in order to seek consensus in the public opinion turning citizens into enemies and criminalizing political activity.

Colombia, la paz posible

Antonio Suárez Niño

El artículo es una crónica sobre el proceso de paz en Colombia desde el Acuerdo suscrito entre el gobierno y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc) en noviembre de 2016, con el acompañamiento de la comunidad internacional, un conflicto armado que surgió en 1964. La negociación abordó como cuestión central el reconocimiento de las víctimas, mediante un sistema integral de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, según las premisas de la legalidad internacional.

Colombia, the possible peace

This paper is an account of the peace process in Colombia since the agreement signed by the government and the FARC (Colombian Revolutionary Armed Forces) in november 2016. The process had the support of the international community and sought to put an end to an armed conflict originated in 1964. The crucial point addressed in the context of the negotiation was the acknowledgement of the victims by means of a comprehensive system of truth, justice and guarantees of no-recurrence under the premises of international law.

Logros de la paz política y retos de la paz social en Colombia

Gloria María Gallego García

El texto hace un breve balance de los logros de la paz política, que se ha construido desde arriba, entre el Estado colombiano y las disueltas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, y plantea las dificultades de alcanzar la paz social, que ha de construirse desde abajo y que representan los odios acumulados tras la feroz y encarnizada guerra civil. La sociedad está fraccionada y llena de rencor, y las pasiones duran más que el conflicto, un paisaje social que torna frágil e inestable la paz política.

Achievements of political peace and challenges of social peace in Colombia

This paper includes an assessment of the achievements of political peace between the Colombian state and the FARC (Colombian Revolutionary Armed Forces), which has been built from the top to the bottom. It also presents the difficulties in order to reach social peace, which must be built from the bottom to the top and is hampered by accumulated hatred after the fierce and cruel civil war. Colombian society is split up and full of rancour, and passions last longer than the conflict, a social landscape that turns political peace into something fragile and unstable.

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Empresa: _____ Nombre: _____

Apellidos: _____

Dirección: _____

Población: _____ C.P.: _____

Provincia: _____ País: _____

Teléfono 1: _____ Teléfono 2: _____ Fax: _____

E-mail: _____

Importe suscripción por un año natural (3 números)

España: 24 €

Europa: 34 €

Resto: 40 €

(Rellenar los siguientes datos y remitir a la dirección abajo indicada)

Forma de pago (marque la opción de pago que desee):

Datos de domiciliación bancaria (20 dígitos):

| BANCO | OFICINA | DC | Nº CUENTA CORRIENTE |
|-------------|-------------|--------|--------------------------|
| __/__/__/__ | __/__/__/__ | __/__/ | __/__/__/__/__/__/__/__/ |

Transferencia Bancaria a favor de Maxipack, S.L.:

Cuenta número: ES88 2100 / 1913 / 12 / 0200049257

(Enviar justificante ingreso en Banco de Transferencia a e-mail suscripciones@maxipack.es)

Tarjeta de crédito: **Visa** - **Mastercard**

Número tarjeta: __/__/__/__ / __/__/__/__ / __/__/__/__ / __/__/__/__

Fecha de caducidad: __/__/__

Remitir Boletín de Suscripción a la siguiente dirección:

MAXIPACK, S.L.

Dirección Postal: Avda. Sistema Solar, nº 3 – A / 28830 San Fernando de Henares, Madrid.

Teléfono suscripciones: 91 677 53 60 / E-mail: suscripciones@maxipack.es

Los datos que nos ha facilitado han sido incorporados a un fichero automatizado cuya titularidad y responsabilidad corresponde a Jueces para la Democracia, que tomará las medidas necesarias para garantizar su seguridad y confidencialidad, usándolo para gestionar esta suscripción, así como para realizar comunicaciones. Usted podrá ejercitar los derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación dirigiéndose por escrito a: Maxipack, Departamento de Suscripciones, Av. Sistema Solar nº 3ª, 28830 San Fernando de Henares – Madrid – Tfno.: 916775360.

EL SEGURO DE SALUD DE LOS MUTUALISTAS



20.000
profesionales
y más de
150
centros hospitalarios
concertados en España

Y ADEMÁS... TE OFRECEMOS:



Asistente Personal Telefónico



Servicio de TeleFarmacia



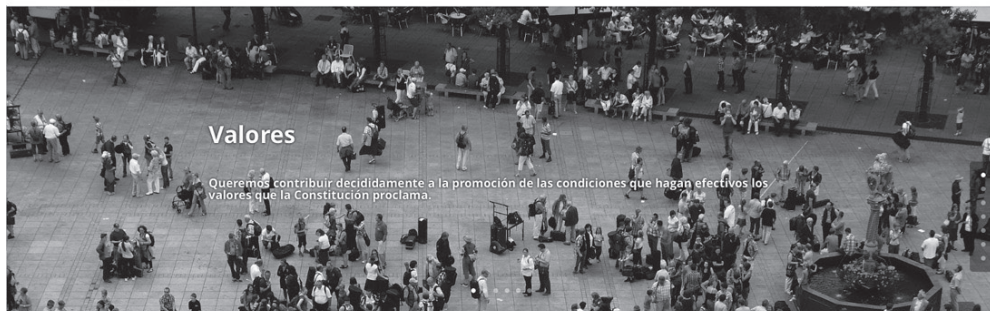
Servicio de Ayuda a Domicilio

MÁS INFORMACIÓN:  91 290 90 90

 mugeju@nuevamutuasanitaria.es

JUECES *para la* DEMOCRACIA

[Inicio](#) [Asociación](#) [Actividades](#) [Actualidad](#) [Publicaciones](#) [Blogs](#) [Fundación](#) [Contacto](#) 



Valores

Queremos contribuir decididamente a la promoción de las condiciones que hagan efectivos los valores que la Constitución proclama.

ACTUALIDAD


Youtube



Twitter

Juezas/cesDemocracia @jpDemocracia
Las asociaciones judiciales presentamos demanda de conflicto colectivo para la regulación de la carga de trabajo
<https://t.co/gMgMmoOy8O>

Juezas/cesDemocracia @jpDemocracia
Teme una próxima demanda de conflicto colectivo que en breve pondremos.
<https://t.co/DzeXTsIrzD>

 Follow @JpDemocracia

Facebook



COMUNICADOS

Comunicado CIP instrucción expediente sancionador a Jueces/as

A raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 1229/2017, de 12 de julio, en la que, sin perjuicio de estimar que una jueza sufrió quebranto en su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 de la Constitución) por haber sido objeto unas diligencias...
[leer más](#)

ARTÍCULOS

Cuando la justicia está enferma, nos duele a todos

Ignacio González Vega. Portavoz de Juezas y Jueces para la Democracia La recién publicada encuesta de la Red Europea de Consejos de Justicia entre jueces europeos sobre su percepción de independencia arroja dos datos reveladores. El primero es que solamente una cuarta...
[leer más](#)



Jornadas



Publicaciones



Informes

Súmate a nuestro proyecto

Juezas y jueces para la Democracia te permitirá participar en un proyecto que defiende rabiosamente la independencia judicial, la modernización de la administración de justicia y el aseguramiento de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Puedes acudir, sin delegar en nadie, a nuestros congresos anuales y participar en la toma colectiva y democrática de decisiones. Y en las comisiones de trabajo tendrás un interesante foro de debate, formación y discusión.

Animáte y forma parte de nuestra Asociación (*asóciate*)



Asóciate

