

marzo 2019

## ***La Constitución a las puertas de la prisión:***

### **José Ángel Brandariz**

El Derecho y la prisión: Cambio y continuidad en el sistema español

### **Iñaki Lasagabaster Herrarte**

Principio de legalidad y derechos fundamentales:  
sobre la categoría Relaciones de sujeción especial

### **Sara Carou-García**

El régimen cerrado: disfunciones normativas y vulneración  
del principio de legalidad

### **Elena Larrauri**

«Se inventan sus leyes»: ¿Qué criterios se deben valorar  
en la concesión de permisos de salida?

### **Yolanda Rueda Soriano y Eduardo Navarro Blasco**

Los sistemas actuariales de prevención y gestión de riesgos

### **José María Fernández Seijo**

Empezar por el principio. De las obligaciones del Poder Judicial  
en la tutela de los consumidores

### **Juan Carlos Rois Alonso**

Cruz Ximena, un caso particular demasiado generalizable

### **Franco Ippolito**

El Tribunal de Estrasburgo frente a la destrucción  
del estado de derecho en Turquía

### **Mariano López Molina**

Derecho penal en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia

### **María Belén Salido**

Veredicto, motivación del fallo y debido proceso

### **Perfecto Andrés Ibáñez**

Medios de comunicación masiva y proceso penal

### **Entrevista con Clemente Auger**

Memoria del antifranquismo en la Justicia

# **JUECES** *para la* **DEMOCRACIA**

INFORMACIÓN Y DEBATE

nº 94 marzo 2019

EDITA: **Juezas y Jueces** *para la* **Democracia**

**En este número:** Andrés Ibáñez, Perfecto. Magistrado emérito del Tribunal Supremo.  
Brandariz, José Ángel. Profesor Derecho penal, Universidad de A Coruña.  
Carou-García, Sara. Profesora Derecho penal, Universidad A Coruña.  
Fernández Seijo, José María. Magistrado Audiencia Provincial de Barcelona.  
Ippolito, Franco. Ha sido presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema di Cassazione, miembro del Consiglio Superiore della Magistratura y presidente de Magistratura Democratica (Italia).  
Lasagabaster Herrarte, Iñaki. Catedrático de Derecho Administrativo, UPV/EHU.  
Larrauri Pijoan, Elena. Catedrática Derecho penal, Universidad Pompeu i Fabra.  
López Molina, Mariano. Juez de Primera Instancia de Telde, Gran Canarias.  
Navarro Blasco, Eduardo. Magistrado Audiencia Provincial Barcelona.  
Rois Alonso, Juan Carlos. Abogado, Madrid.  
Rueda Soriano, Yolanda. Magistrada Audiencia Provincial Barcelona.  
Salido, María Belén. Profesora de Teoría y Práctica Procesal, Universidad Nacional de Cuyo y Jueza del Tribunal Penal Colegiado n.º 1 (Mendoza, Argentina).

### **Jueces para la Democracia. Información y Debate**

Publicación cuatrimestral de *Juezas y jueces para la Democracia*

Consejo de Redacción: Perfecto Andrés Ibáñez, Esther Castanedo García, Esther Erice Martínez, José María Fernández Seijo, José Miguel García Moreno, Javier Hernández García, Alberto Jorge Barreiro, Fátima Mateos Hernández (secretaria de redacción), Luis Carlos Nieto García, Amaya Olivas Díaz, Ramón Sáez Valcárcel (director).

Consejo asesor: Manuel Atienza (U. Alicante), Antonio Baylos Grau (U. Castilla la Mancha), José Luis Díez Ripollés (U. Málaga), Cristina González Beifuss (U. Barcelona), Juan Igartua Salaverría (U. País Vasco), Elena Larrauri Pijoan (U. Pompeu i Fabra).

Directrices para autores y autoras: las normas de estilo se encuentran publicadas en nuestra página web.

Las imágenes que se reproducen son obra del pintor José Manaut Viglietti.

Correspondencia: *Juezas y jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4.º B. 28036 Madrid.  
E-mail: [jpd@juecesdemocracia.es](mailto: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](mailto: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> |
|---|-------------|
| <b>La Constitución a las puertas de la prisión</b>  |             |
| — <i>El Derecho y la prisión: Cambio y continuidad en el sistema penitenciario español.</i> José Ángel Brandariz .....  | 5           |
| — <i>Principio de legalidad y derechos fundamentales en las prisiones: sobre la categoría Relaciones de sujeción especial.</i> Iñaki Lasagabaster Herrarte .....  | 19          |
| — <i>El régimen cerrado: disfunciones normativas y vulneración del principio de legalidad en materia penitenciaria.</i> Sara Carou-García .....   | 31          |
| — <i>«Se inventan sus leyes»: ¿Qué criterios se deben valorar en la concesión de permisos de salida penitenciarios?</i> Elena Larrauri .....  | 43          |
| — <i>Los sistemas actuariales de prevención y gestión de riesgos en el ámbito penitenciario. Configuración y aplicación práctica.</i> Yolanda Rueda Soriano y Eduardo Navarro Blasco .....                                      | 59          |
| <b>Estudios</b>   |             |
| — <i>Empezar por el principio. A propósito de las obligaciones del Poder Judicial en la tutela de los consumidores.</i> José María Fernández Seijo .....  | 69          |
| — <i>Cruz Ximena, un caso particular demasiado generalizable. Los derechos de los consumidores y las cláusulas abusivas en la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2019.</i> Juan Carlos Rois Alonso ..... | 85          |
| — <i>El Tribunal de Estrasburgo frente a la destrucción del estado de derecho en Turquía.</i> Franco Ippolito .....   | 89          |
| — <i>Derecho penal sustantivo en el espacio de libertad, seguridad y justicia posterior al Tratado de Lisboa. ¿Un sistema penal europeo?</i> Mariano López Molina .....   | 96          |
| <b>Teoría y práctica de la jurisdicción</b>   |             |
| — <i>Verdicto, motivación del fallo y debido proceso. Algunas consideraciones sobre una discusión sempiterna.</i> María Belén Salido .....  | 113         |
| — <i>Medios de comunicación masiva y proceso penal.</i> Perfecto Andrés Ibáñez .....  | 128         |
| <b>Memoria</b>  |             |
| — <i>Entrevista con Clemente Auger. Memoria del antifranquismo en la Justicia</i> .....   | 141         |
| <b>Fuera de campo</b>   |             |
| — <i>El pintor José Manaut y la vida en las cárceles de la dictadura</i> .....  | 151         |
| <b>Extractos</b> .....  | 153         |

# Generación 81

Una historia de progreso



Es el compromiso de  
**Banco Santander con  
el progreso desde la igualdad.**

Visibilidad, Educación,  
Empleo y Emprendimiento  
en IGUALDAD

Apoyado con una completa  
**oferta de valor** pensada para  
**hacer más fácil tu día a día**  
y conciliar la gestión del tiempo  
el trabajo, las finanzas,  
la salud y la familia.

## El Derecho y la prisión: Cambio y continuidad en el sistema penitenciario español<sup>1</sup>

José Ángel BRANDARIZ

### 1. Introducción: «A cada generación su propia Constitución»

El art. 28 de la Constitución francesa de 1793 establecía: «Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su constitución. Una generación no puede imponer sus leyes a las generaciones futuras». La norma estaba inspirada en el pensamiento de Nicolas de Condorcet, a quien se atribuye la expresión «A cada generación su propia Constitución». El filósofo francés, influenciado a su vez por el proceso revolucionario estadounidense, en particular por la Constitución de Pensilvania de 1776, intentaba dar respuesta de esta forma a un problema democrático de gran calado, a saber, el de la dinamicidad del marco jurídico-constitucional. Con la defensa de ese postulado, se pretendía evitar un riesgo inherente a todo poder constituido: la escasa capacidad de las normas fundamentales para adaptarse a la evolución histórica, dada la comprensión de los momentos constituyentes como etapas excepcionales y temporalmente delimitadas<sup>2</sup>.

Es innegable que este debate sobre la tensión entre estabilidad y obsolescencia de los marcos constitucionales ha cobrado gran trascendencia en los últimos años en nuestro país, como consecuencia de la triple incidencia de la crisis económica iniciada en 2008, del impulso en cierta medida constituyente del movimiento 15M y de la crisis política manifestada en el último lustro. Sin embargo, no es objeto de este trabajo reflexionar sobre un tópico de semejante envergadura, que desborda con mucho la finalidad y extensión de estas páginas. La razón por la que se evoca la referencia a Condorcet y el articulado de

---

1 El presente artículo se enmarca en el desarrollo del proyecto de investigación "*Política criminal y reforma penal en una sociedad en transformación*" (nº referencia: DER2017-82390-R) del grupo de investigación ECRIM de la Universidad de A Coruña, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Agradezco a David Díaz Sánchez (SGIP y Universidad de A Coruña) su lectura crítica del borrador del texto.

2 Vid., sobre ello, Negri, Antonio, «La république constituant», *Futur Antérieur*, núm. 15, 1993, pp. 71-80; *El poder constituyente*, Libertarias/Prodhufo, Madrid, 1994, pp. 260 ss.

la Constitución francesa de 1793 es mucho más modesta. El objetivo del presente artículo es analizar los límites del ordenamiento jurídico penitenciario para regular la potestad estatal de ejecución de penas en su modalidad carcelaria, en atención a las mutaciones constantes de esa realidad punitiva<sup>3</sup>. No se trata de una cuestión menor, aunque solo sea porque la normativa penitenciaria tiene la doble funcionalidad de establecer los límites de la potestad estatal de castigo y de garantizar los derechos de los sujetos penados. Sin perjuicio de ello, el presente trabajo abordará la materia desde dos perspectivas diferentes. Por una parte, la sección siguiente analizará las principales transformaciones que ha vivido la realidad penitenciaria desde el momento constitucional, hace ahora cuatro décadas. En ese marco, se indagarán los límites de unos marcos jurídicos y de una racionalidad rehabilitadora que no han logrado seguir el ritmo de las referidas mutaciones. Por otra, la tercera sección avanzará algunas ideas que permiten intuir que en el campo penitenciario estamos ante un momento especialmente idóneo, si no para abrir un nuevo periodo constituyente en términos punitivos, al menos para adecuar la realidad normativa a los relevantes cambios empíricos vividos en el mundo de la prisión.

## 2. Lo viejo y lo nuevo: Estabilidad normativa y cambio penitenciario

Por alguna extraña razón, el hecho de que la primera ley orgánica aprobada tras la promulgación de la Constitución (en adelante, CE) fuese la Ley Orgánica General Penitenciaria (LO 1/1979, de 26 de septiembre; en adelante, LOGP) no ha superado el estatuto de la anécdota. Es llamativo que así haya sido porque, en línea de principio, tal circunstancia parecería ser reveladora. Resulta significativo que, con el volumen ingente de tareas que demandaba la democratización del Estado, la primera norma con rango de orgánica aprobada en la I Legislatura de las Cortes Generales fuese la que regulaba la ejecución de las penas privativas de libertad. Es bien cierto que en aquel momento se vivía (más bien, se estaba superando) una etapa álgida de conflictividad penitenciaria<sup>4</sup>, y no lo es menos que la población carcelaria ya había comenzado a crecer de manera preocupante<sup>5</sup>. Sin embargo, hay buenas razones para mirar hoy aquella premura en la regulación del campo de ejecución penitenciaria con cierta sorpresa.

3 En relación con la idea de cambio en la penalidad, llevan razón los autores que, criticando las denominadas “criminologías de la catástrofe”, alertan de las lecturas que encuentran con excesiva facilidad fracturas históricas en materia punitiva, sin percibir que en todas las etapas se han producido hibridaciones y simbiosis entre diferentes orientaciones político-criminales, y sin prestar atención a las relaciones complejas entre continuidad y discontinuidad (vid., en este sentido, Hutchinson, Steven, «Countering catastrophic criminology: Reform, punishment and the modern liberal compromise», *Punishment and Society*, vol. 8(4), 2006, pp. 443-467; O'Malley, Pat, «Criminologies of Catastrophe? Understanding Criminal Justice on the Edge of the New Millennium», *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, vol. 33(2), 2000, pp. 153-167; Zedner, Lucia, «Dangers of Dystopias in Penal Theory», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, 2002, pp. 341-366). Con todo, no cabe negar que la realidad punitiva, como cualquier otro conjunto de racionalidades, normas, discursos y prácticas, es objeto de una pugna constante. En ese sentido, la penalidad no es el resultado de momentos singulares de metamorfosis que dan lugar a etapas de estabilidad, sino más bien el producto de mutaciones permanentes. Un lúcido análisis en esta clave puede verse en Goodman, Philip, Page, Joshua y Phelps, Michelle, *Breaking the Pendulum: The Long Struggle Over Criminal Justice*, Oxford University Press, New York, 2017.

4 Vid., por todos, Lorenzo Rubio, César, *Cárceles en llamas*, Virus, Barcelona, 2013.

5 En diciembre de 1975 había en las prisiones españolas 8.440 reclusos (equivalentes a 24 por cada 100.000 habitantes). Tras un trienio de cierta estabilidad, 1979 fue el primer año en que la población carcelaria inició el crecimiento exponencial que caracterizaría las tres décadas siguientes. En diciembre de 1979 había 13.627 presos en España, 37 por cada 100.000 habitantes (cfr. Carreras, Albert y Tafunell, Xavier (eds.), *Estadísticas históricas de España. Siglos XIX-XX*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006, p. 1022).

Esa sorpresa se deriva, sustancialmente, de que la celeridad del legislativo de 1979 parecía anunciar una cierta prioridad de la materia penitenciaria, cuando la realidad ha sido –en verdad– muy diferente. Aquella norma básica que se intuía tan relevante solo ha sido modificada cuatro veces en los últimos cuarenta años (por medio de las LO 13/1995, 5/2003, 6/2003 y 7/2003). Se ha tratado, por lo demás, de reformas muy menores, que solo han afectado, en conjunto, a cinco artículos (arts. 29, 38, 56, 72 y 76).

Esta llamativa estabilidad, seguramente una excepción entre el conjunto de las normas que regulan las potestades básicas de la actividad estatal, podría relacionarse con las particularidades del principio de legalidad en materia penitenciaria<sup>6</sup>. En efecto, de acuerdo con una interpretación aparentemente consolidada, cabría entender –de forma más bien cuestionable– que la LOGP está llamada a establecer los principios básicos de la actividad estatal de ejecución penitenciaria, así como las reglas generales relativas a los derechos de las personas presas. Frente a ello, la regulación más dinámica, que debería atender a los cambios de la realidad carcelaria, correspondería al ámbito reglamentario, en particular al Reglamento Penitenciario (en adelante, RP). Sin embargo, la situación en este punto no ha sido muy diferente. El primigenio RP 1981 (RD 1201/1981, de 8 de mayo) fue sustituido casi por completo por el RP 1996 (RD 190/1996, de 9 de febrero), consecuencia de la aprobación del Código Penal (en adelante, CP) de 1995. Sin embargo, casi un cuarto de siglo después, el RP 1996 también ha presentado una sorprendente estabilidad. Solo ha sido reformado de forma excepcional (por medio de los RD 1203/1999, 782/2001, 515/2005, 419/2011) y tales modificaciones no han afectado más que a 8 de sus 325 artículos (arts. 6, 65, 90, 92, 268, 270, 272, 274, además de la derogación de los arts. 134-152).

Como se verá más adelante, esta pervivencia normativa no se corresponde con una realidad penitenciaria que se ha transformado de forma prácticamente constante a lo largo de las últimas décadas o, por volver a la idea con la que se iniciaba el texto, que ha visto pasar ya más de una generación de reclusos. Por ello, la referida falta de adaptación de la normativa básica penitenciaria solo puede interpretarse desde dos consideraciones. En primer lugar, este hecho evidencia que, a considerable distancia de las visiones garantistas del fundamento democrático del principio de legalidad, lo penitenciario se ha regulado mediante normas de rango menor, esencialmente instrucciones y circulares de la hoy Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (en adelante, SGIP)<sup>7</sup>. A ello hay que sumar, sin duda, la relevante intervención de los juzgados de vigilancia penitenciaria. En segundo lugar, el fenómeno analizado sugiere que, a diferencia de lo que sucedió a fines de los años '70, la realidad carcelaria ha sido objeto de limitada atención por parte de los poderes legislativo y ejecutivo.

Esa relativa desatención contrasta con lo que ha sucedido, en el mismo periodo de cuatro décadas, con la normativa penal. Como es bien conocido, el legislador democrático tardó casi veinte años en derogar el CP de la dictadura (CP 1944/1973, Decreto

6 Sobre el particular, vid. Carou García, Sara, «El principio de legalidad en el Derecho penitenciario español: Especial referencia al régimen penitenciario cerrado», *InDret*, núm. 4, 2017, pp. 1-28; Mata y Martín, Ricardo M., «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario», *Derecho Penal y Criminología*, vol. 33(93), 2011, pp. 121-166.

7 Esta circunstancia seguramente explica que la realidad penitenciaria catalana presente relevantes diferencias con el sistema penitenciario de la Administración General del Estado, a pesar de compartir la misma normativa básica. Sobre ello, vid. Tamarit Sumalla, Josep M., «El sistema penitenciario català: Fonament i exercici de la competència», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 23, 2016, pp. 235-273.

3096/1973, de 14 de septiembre). Su sucesor, el CP 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre) ha sido reformado en 31 ocasiones en sus cuatro lustros y medio de vigencia. Muy lejos de las implicaciones que podrían derivarse de entender el CP como “Constitución en negativo”<sup>8</sup>, es evidente que si el legislador parece haber asumido que la realidad penitenciaria está caracterizada por la estabilidad, no ha sucedido lo propio con el campo penal. En realidad, lo que ponen de relieve esas reformas constantes del CP es una conclusión más descarnada. Por razones que tienen que ver con los *habitus* de los actores del campo burocrático<sup>9</sup>, en el caso español el ámbito privilegiado de diseño, ensayo y puesta en práctica de las políticas criminales ha sido, a diferencia de muchos otros países, el terreno legislativo del CP. Obviamente, eso implica una desatención de otras dimensiones, cuya contribución en materia de provisión de seguridad y de prevención delictiva es seguramente muy superior a la del CP. Una de esas dimensiones es, como se ha intentado exponer, la penitenciaria.

Sentado lo que antecede, procede desarrollar una idea que se ha enunciado de forma reiterada. El campo penitenciario no ha conocido, en términos empíricos, la estabilidad que ha caracterizado a su normativa reguladora. Todo lo contrario: la realidad carcelaria ha experimentado una transformación muy acusada, y casi constante, desde la aprobación de la LOGP. La caracterización pormenorizada de esa transformación es inviable en un trabajo de las dimensiones del presente<sup>10</sup>. Con todo, parece oportuno detenerse, al menos, en dos aspectos capitales de tal transformación.

La principal mutación que ha tenido que afrontar el sistema penitenciario español durante la etapa democrática ha sido su crecimiento exponencial. Un modelo jurídico-carcelario que se diseñó para un sistema realmente pequeño, que presentaba una de las tasas de población penitenciaria más bajas de Europa<sup>11</sup>, tuvo que acabar aplicándose a un sistema sometido a un crecimiento constante, acelerado y, durante varias décadas, aparentemente infinito. En efecto, por razones que no han sido suficientemente indagadas, las prisiones españolas tenían en la última etapa del franquismo unas tasas de población presa notablemente bajas<sup>12</sup>. Desde entonces, el sistema penitenciario español conoció un crecimiento extraordinario, que solo se detuvo hace unos pocos años. Si en diciembre de 1975 había 8.440 presos<sup>13</sup>, equivalentes a una tasa de 24 por cada 100.000

8 En el sentido de esta expresión, vid. por todos Rodríguez Mourullo, Gonzalo, «Delito, pena y Constitución», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2003, p. 311.

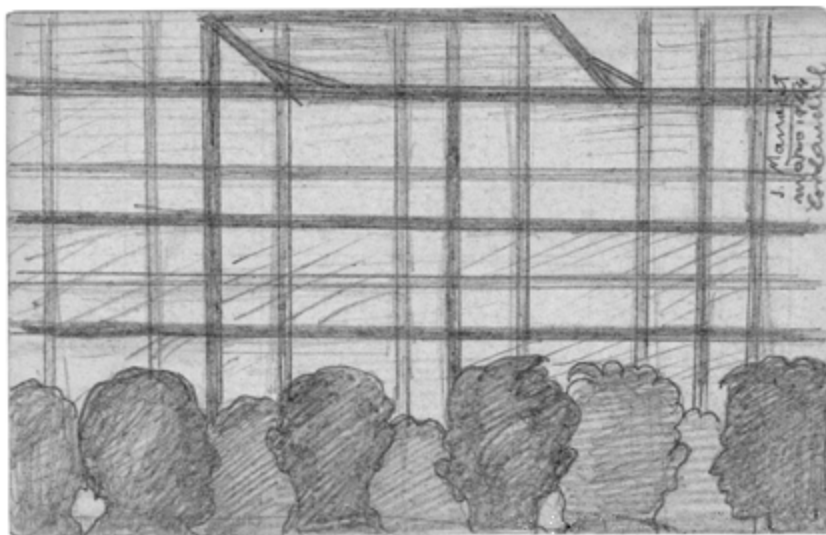
9 Sobre el concepto bourdieusiano de *habitus*, vid. Bourdieu, Pierre y Wacquant, Loïc, «The Purpose of Reflexive Sociology (The Chicago Workshop)», en Bourdieu, Pierre y Wacquant, Loïc, *An Invitation to Reflexive Sociology*, The University of Chicago Press, Chicago, 1992, pp. 120 ss.; Wacquant, Loïc, «Toward a Social Praeology: The Structure and Logic of Bourdieu's Sociology», en Bourdieu, Pierre y Wacquant, Loïc, *An Invitation...cit.*, pp. 18 ss. Sobre la noción de “campo burocrático”, vid. Bourdieu, Pierre, «Esprits d'État: Genèse et structure du champ bureaucratique», *Actes de la recherche en sciences sociales*, núm. 96-97, 1993, pp. 49-62; vid. asimismo Bourdieu, Pierre, *Sur l'État, Raisons d'agir/Seuil*, Paris, 2012.

10 Para una aproximación más detallada a la materia, si bien centrada en el periodo posterior a 1995, vid. Brandariz García, José Ángel, «La evolución del sistema penitenciario español, 1995-2014: Transformaciones de la penalidad y modificación de la realidad», *Crítica penal y poder*, núm. 9, 2015, pp. 1-31.

11 Sobre ello, vid. Lappi-Seppälä, Tapio, «Imprisonment and penal demands: Exploring the dimensions and drivers of systemic and attitudinal punitivity», en Body-Gendrot, Sophie et al. (eds.), *The Routledge Handbook of European Criminology*, Routledge, Abingdon, 2014, pp. 308 ss.

12 Vid., sobre ello, Lorenzo Rubio, César, *Cárceles...cit.*, pp. 54, 96 ss.; Varona, Gema «“Spain is different”: Beyond an Invisible Criminal Policy?», en Green, Penny y Rutherford, Andrew (eds.), *Criminal policy in transition*, Hart, Portland, 2000, pp. 221-242.

13 Cfr. Carreras, Albert y Tafunell, Xavier (eds.), *Estadísticas...cit.*, p. 1022.



*Cabezas de hombres ante las rejas*, José Manaut. Grafito, 14x9,  
marzo 1944, Carabanchel. Reverso de ficha de la barbería de la prisión.

habitantes, en el momento álgido de mayo de 2010 estaban reclusas en nuestro sistema carcelario 76.951 personas, 165 por cada 100.000 residentes<sup>14</sup>. En otras palabras, en ese periodo de tres décadas y media, el número de personas presas se multiplicó por más de nueve y la tasa de población penitenciaria lo hizo casi por siete. Se trata de un crecimiento formidable que, vale la pena apuntarlo, no tiene parangón en la misma etapa en ningún otro país del Norte global. De hecho, en el bien conocido –y muy estudiado<sup>15</sup>– caso de EEUU se dio un crecimiento menor en términos relativos.

Genera perplejidad, vale la pena reiterarlo, que un proceso de transformación de semejante envergadura no se viese acompañado por reajustes del marco normativo penitenciario. El modelo diseñado en 1979 para un sistema diminuto siguió constituyendo la base reguladora, sin apenas alteraciones, de un dispositivo penitenciario exponencialmente mayor. Una razón fundamental de esta continuidad se halla en una cierta prioridad de las necesidades. Un sistema penitenciario que se expandía a gran velocidad, sobre todo en los años '80, requería, ante todo, recursos financieros y humanos. Ante esa necesidad urgente, todo lo demás resultaba contingente. En efecto, lo que permitió sostener ese crecimiento fue, en sustancia, un trasvase ingente de recursos hacia el sistema penitenciario. Probablemente la mejor muestra de ello fueron los dos planes de inversión en inmuebles penitenciarios, de considerable alcance, que se pusieron en marcha en 1991 y 2005<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Fuente: SGIP. Todos los datos tomados de la Secretaría General presentes en el texto pueden verse en [www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos](http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos).

<sup>15</sup> Sobre el caso estadounidense vid., por todos, Clear, Todd R. y Frost, Natasha A., *The Punishment Imperative*, New York University Press, New York, 2014; Garland, David, *La cultura del control*, Gedisa, Barcelona, 2005; Wacquant, Loïc, *Prisons of Poverty*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2009.

<sup>16</sup> Vid., sobre ello, Daunis Rodríguez, Alberto, *Ejecución de penas en España: La reinserción social en retirada*, Comares, Granada, 2016, pp. 71 s.; Jiménez Franco, Daniel, *Trampas y tormentos: Para una ecología del castigo en el reino*

La extraña convivencia de los fenómenos de cambio penitenciario y estabilidad normativa también se pone de manifiesto cuando se considera una segunda transformación de nuestra realidad carcelaria, la que se refiere a la evolución del perfil de la población encarcelada. Es bien conocido que la expansión del sistema penitenciario entre 1975-1994 se sustentó en la captura de personas con un patrón subjetivo muy específico. La pandemia de la heroína vivida en aquella etapa condujo a decenas de miles –probablemente, algunos cientos de miles<sup>17</sup>– de adictos a realizar pequeños delitos patrimoniales, con frecuencia violentos, y a integrarse en los estratos más bajos del mercado de las drogas ilícitas<sup>18</sup>, lo que generó una notable preocupación por la seguridad ciudadana<sup>19</sup>. Tal vez habría habido otra forma de gestionar aquel fenómeno, señaladamente como un problema de salud pública antes que de seguridad pública. Sea como fuere, el encarcelamiento masivo de aquella población joven y enferma, los verdaderos marginados de los cambios positivos de la época<sup>20</sup>, enmarcó claramente el modelo penitenciario de las dos primeras décadas del periodo democrático.

Probablemente, aunque el sistema se estaba expandiendo de forma acusada, no había motivos para proceder a replanteamientos normativos, aunque solo sea porque el legislador de 1979 ya tenía en mente un modelo carcelario para ese tipo de sujeto. Sin embargo, hacia mediados de los años '90 la hegemonía del toxicómano y del politoxicómano entre la población penitenciaria comienza a declinar. Una serie de cambios, esencialmente centrados en el tratamiento del VIH y en los usos sociales de las drogas ilícitas<sup>21</sup>, ponen fin progresivamente a la etapa en que el sistema penal español había estado centrado en la punición de los comportamientos delictivos de los jóvenes *quinquis*. De este modo, el ulterior crecimiento de la población penitenciaria, que se retoma con intensidad a partir de 1997, va a estar centrado en un sujeto diferente: el migrante<sup>22</sup>. Las personas extranjeras, que llegan a territorio español en flujos de movilidad muy considerables desde inicios del cambio de siglo, van a constituir el objeto de atención prioritario del sistema penitenciario durante casi tres lustros, en consonancia con la integración de una parte de los contingentes ilegalizados en los mercados informales e ilícitos<sup>23</sup>. Dicho de forma gráfica, la población penitenciaria española creció entre 1996-2009 un 41,2%,

---

de España, La Caída, Madrid, 2015, pp. 93 ss.; Rivera Beiras, Iñaki, *La cárcel en el Sistema Penal (Un análisis estructural)*, JM Bosch, Barcelona, 1996, pp. 178 ss.

17 Vid. Plan Nacional sobre Drogas, *Heroína*, Ministerio de Sanidad y Política Social, Madrid, 2009, pp. 48 ss.; Sánchez-Niubó, Albert et al., «Problematic heroin use incidence trends in Spain», *Addiction*, vol. 104(2), pp. 248 ss.

18 Vid., entre otros, Muñoz Sánchez, Juan, Díez Ripollés, José Luis y Garrido de los Santos, María José (eds.), *Las drogas en la delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 143 ss., 157 ss., 220 s.; Miró Miquel, Gabriel, «La política criminal del problema droga: Etapas del problema y consecuencias de las soluciones adoptadas», en Rivera Beiras, Iñaki (ed.), *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, 2005, pp. 307 y 310; Romani, Oriol, *Las drogas: Sueños y razones*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 94 ss.

19 Vid. Hurtado Martínez, María del Carmen, *La inseguridad ciudadana de la Transición española a una sociedad democrática (1977-1989)*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999, pp. 392 ss.

20 Vid. Rodríguez, Emmanuel, *El gobierno imposible*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2003, pp. 118 s.

21 Vid. Brandariz García, José Ángel, *Sistema penal y control de los migrantes: Gramática del migrante como infractor penal*, Comares, Granada, 2011, pp. 12 s.

22 Vid. Brandariz García, José Ángel, *Sistema...cit.*, pp. 13 ss.; Jiménez Franco, Daniel, *Mercado-estado-cárcel en la democracia neoliberal española*, Anthropos, Barcelona, 2016, pp. 271, 286.

23 Sobre ello vid., entre muchos otros, Melossi, Dario, «Punishment and Migration Between Europe and the USA: A Transnational 'Less Eligibility'?', en Simon, Jonathan y Sparks, Richard (eds.), *The SAGE Handbook of Punishment and Society*, London, Sage, 2013, pp. 420, 425 s.; Melossi, Dario, *Crime, punishment and migration*, Sage, London, 2015, pp. 39 ss.

mientras que la extranjera lo hizo un 274% en el mismo periodo, pasando de representar el 17,3% de la población encarcelada en 1996 a ser el 35,7% en 2009<sup>24</sup>.

Parece evidente que ese nuevo patrón subjetivo tensionaba el modelo de prisión diseñado en el inicio de la transición democrática. Las personas migrantes han afrontado –y continúan afrontando– significativos escollos en su cotidianeidad carcelaria<sup>25</sup>. Este tipo de problemas se manifiestan de la forma más evidente en relación con un postulado tan básico como el de rehabilitación. Los presos migrantes no se acomodan al patrón de sujeto carenciado con el que se pensó el modelo resocializador de la LOGP<sup>26</sup>. Por si ello no bastase, una política penal que ha hecho de la expulsión el instrumento prioritario en el caso de la criminalidad de los migrantes (mediante el art. 89 CP, con sus sucesivas reformas –llevadas a cabo por las LO 8/2000, 11/2003, 5/2010 y 1/2015–, pero también a través del art. 57.2 de la Ley de Extranjería – LO 4/2000, de 11 de enero) impide que el recorrido penitenciario de tales sujetos esté realmente orientado por consideraciones de prevención especial positiva<sup>27</sup>.

La prisión en España aún ha vivido una mutación subjetiva adicional. El cambio de ciclo del expansionismo penitenciario, iniciado a mediados de 2010, ha supuesto el progresivo declive de la centralidad del preso migrante. Entre enero de 2010 y diciembre de 2018, el número de presos españoles ha disminuido un 13,8% mientras que el volumen de reclusos extranjeros lo ha hecho un 38,9%, de modo que hoy el porcentaje de población penitenciaria foránea se sitúa en el 28,1%<sup>28</sup>. Es fácilmente perceptible que en la última década la población penitenciaria, al tiempo que se contraía, se ha diversificado, pero ya no en términos de nacionalidad, sino de delito objeto de condena y de perfil socio-demográfico, en particular de clase.

Todo este recorrido analítico dificulta entender que el mismo modelo penitenciario que se establece normativamente hace cuatro decenios pueda servir para dar respuesta a una realidad penitenciaria que ha cambiado tanto, cuantitativa y cualitativamente. Esa inadecuación se ve aún reforzada cuando se analiza el postulado de resocialización que, no en vano, constituye el principio básico de organización, material y axiológica, del sistema de ejecución de penas de prisión (arts. 25.2 CE, 1 LOGP, 2 RP). El modelo de 1979, sustentado en la regulación constitucional en la materia, promovió una prisión formalmente rehabilitadora en el mismo momento en que el ideal resocializador consonante

24 Fuente: Anuario 2017 del Ministerio del Interior. Todos los datos tomados de los anuarios del Ministerio del Interior provienen de [www.interior.gob.es/gl/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas](http://www.interior.gob.es/gl/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas). La importancia de las personas migrantes para el sistema penal español en aquella etapa va más allá del ámbito penitenciario. Las personas extranjeras pasaron de representar el 7,1% de los condenados en 2000 a ser el 29,4% en 2008 (Fuente: Estadística de condenados del INE; cfr. [www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176793&menu=ultiDatos&idp=1254735573206](http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176793&menu=ultiDatos&idp=1254735573206)).

25 Vid., por todos, Brandariz García, José Ángel, *Sistema...cit.*, pp. 132 ss.; Rodríguez Yagüe, Cristina, «El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14-07, 2012, pp. 28 ss.

26 Vid. Ruiz Rodríguez, Luis Ramón, «Extranjeros en prisión en España», en Ruiz Rodríguez, Luis Ramón (ed.), *Respuestas internacionales a los retos de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 209.

27 Vid., por todos, Guisasaola Lerma, Cristina, «La reforma del Código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (art. 89)», en Álvarez García, Francisco Javier y González Cussac, José Luis (eds.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 135; Rodríguez Yagüe, Cristina, «El modelo...cit., p. 15.

28 Fuente: SGIP. Sin perjuicio de ello, la mejor muestra de la relevancia que esta materia continúa teniendo para el sistema penitenciario español es la reciente aprobación de la Instrucción 3/2019 de la SGIP, de 14 de febrero.

con el Estado del bienestar –esto es, lo que se ha denominado el *welfarismo* penal<sup>29</sup>– estaba periclitando<sup>30</sup>. Sin embargo, frente a la opinión dominante durante largos años, aquellas crisis de la resocialización welfarista, no supuso en absoluto el fin de la prisión rehabilitadora<sup>31</sup>. El *nothing works* (nada funciona) de Martinson<sup>32</sup> dio lugar a nuevas direcciones de análisis y estudio, que en tiempos recientes han logrado promover innovaciones en materia rehabilitadora de la mayor relevancia. El pesimismo con el que se leyó el trabajo de Martinson ha dado paso a la creatividad en materia preventivo-especial que cobra forma en el movimiento *what works?*<sup>33</sup> (¿qué funciona?) e incluso, en el caso británico, en lo que ha sido descrito como revolución en materia de rehabilitación<sup>34</sup>. Las innovaciones en este campo son –como se ha apuntado– de gran trascendencia, y van desde los programas que pretenden fomentar la *autonomía* de los presos<sup>35</sup> –que presentan analogías con el modelo español de los módulos de respeto<sup>36</sup>– a todo el trabajo de indagación sobre el desistimiento de la actividad delictiva<sup>37</sup>, desde los esquemas de

29 Vid., por todos, Garland, David, *La cultura...cit.*, pp. 71 ss.

30 Vid. sobre ello, por todos, Aviram, Hadar, *Cheap on Crime: Recession-Era Politics and the Transformation of American Punishment*, University of California Press, Oakland, 2015, pp. 35 ss.; Cuneo Nash, Silvio, *Cárceles y pobreza: Distorsiones del populismo penal*, Uqbar, Santiago, 2018, pp. 114 ss.; Western, Bruce, *Punishment and Inequality in America*, Russell Sage Foundation, New York, 2006, pp. 172 ss. Lo apuntado en el texto es uno de los factores que explica que la práctica totalidad de las reformas de la LOGP y del RP mencionadas anteriormente hayan tenido una orientación contraria al desarrollo de las potencialidades rehabilitadoras.

31 Vid., entre otros, Goodman, Philip, Page, Joshua y Phelps, Michelle, *Breaking...cit.*, pp. 7, 18, 106 ss.; Robinson, Gwen, McNeill, Fergus y Maruna, Shadd, «Punishment in Society: The Improbable Persistence of Probation and Other Community Sanctions and Measures», en Simon, Jonathan y Sparks, Richard (eds.), *The SAGE...cit.*, pp. 329 s.; Simon, Jonathan, *Mass Incarceration on Trial: A Remarkable Court Decision and the Future of Prisons in America*, The New Press, New York, 2014, pp. 128, 164.

32 Cfr. Martinson, Robert, «“What Works? Questions and Answers about Prison Reform», *Public Interest*, núm. 35, 1974, pp. 22-54.

33 Vid. Gendreau, Paul, Little, Tracy y Goggin, Claire, «A meta-analysis of the predictors of adult offender recidivism: What works», *Criminology*, vol. 34(4), 1996, pp. 575-608; MacKenzie, Doris L., *What works in corrections: Reducing the criminal activities of offenders and delinquents*, Cambridge University Press, New York, 2006; McGuire, James (ed.), *What Works: Reducing Reoffending*, Wiley, Chichester, 1995.

34 Vid. Mythen, Gabe, Walklate, Sandra y Kemshall, Hazell, «Decentralizing risk: The role of the voluntary and community sector in the management of offenders», *Criminology and Criminal Justice*, vol. 13(4), 2013, pp. 365 ss.; Ministry of Justice, *Breaking the Cycle*, HMSO, London, 2010.

Una cierta recuperación del ideal rehabilitador puede verse también en dos importantes leyes federales estadounidenses de la última década que, frente a lo que suele asumirse, han intentado contribuir a una contracción penal y penitenciaria: la *Second Chance Act* (Ley de la segunda oportunidad), aprobada en abril de 2008 durante la Administración Bush (vid. Dagan, David y Teles, Steven M., *Prison Break: Why Conservatives Turned Against Mass Incarceration*, Oxford University Press, New York, 2016, pp. 142 s.), y la reciente *First Step Act* (Ley del primer paso), aprobada en diciembre de 2018, durante la Administración Trump.

35 Vid. Hörnqvist, Magnus, «The imaginary constitution of wage labourers», en Carlen, Pat (ed.), *Imaginary penalties*, Willan, Cullompton, 2008, pp. 177 ss.; O'Malley, Pat, «Volatile and contradictory punishment», *Theoretical Criminology*, vol. 3(2), 1999, pp. 176 s.; O'Malley, Pat, «Risk Societies and the Government of Crime», en Brown, Mark y Pratt, John (eds.), *Dangerous Offenders*, Routledge, London, 2000, pp. 30 s.

36 Vid., sobre tal innovación penitenciaria, Brandariz García, José Ángel, *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 80 ss., así como la Instrucción de la SGIP 18/2011, de 10 de noviembre.

37 La aproximación teórica al desistimiento del delito analiza, en el marco más general de la criminología del curso de la vida, los factores que incentivan el abandono de la actividad delictiva, en las diversas fases de una *carrera criminal*. Vid., por todos, McNeill, Fergus, «A desistance paradigm for offender management», *Criminology and Criminal Justice*, vol. 6(1), 2006, pp. 39-62; Shapland, Joanna y Bottoms, Anthony, «Desistance from crime and implications for offender rehabilitation», en Liebling, Alison, Maruna, Shadd y McAra, Lesley (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 744-766; Shapland, Joanna, Farrall, Stephen y Bottoms, Anthony (eds.), *Global Perspectives on Desistance: Reviewing what we know and looking to the future*, Routledge, Abingdon, 2016.



Preso comiendo de pie y con boina, cárcel de Porlier, 1943, José Manaut. Carboncillo, 31 x 22.

riesgos-necesidades<sup>38</sup> al pensamiento rehabilitador denominado *good lives model* (modelo de las buenas vidas)<sup>39</sup>.

Casi todo ello ha estado ausente de la evolución del sistema penitenciario español. El esquema resocializador se sustenta hoy en un conjunto de programas de tratamiento sectoriales y especializados –con la excepción de los módulos de respeto<sup>40</sup>, que carecen de un verdadero modelo general con capacidad para dar respuesta a los retos que presenta la reintegración en la sociedad española de la segunda década del siglo.

38 El modelo *Risk-Need-Responsivity* (RNR) [riesgo-necesidad-capacidad de respuesta] evalúa las posibilidades de rehabilitación de un sujeto y diseña las intervenciones reintegradores a partir de considerar los factores (estáticos y dinámicos) de reincidencia, las necesidades específicas de tratamiento y la capacidad de respuesta del individuo concreto. Vid., sobre ello, Andrews, D. A. y Bonta, James, *The Psychology of Criminal Conduct*, 5ª ed., Anderson Publishing, New Jersey, 2010; Andrews, D. A., Bonta, James y Wormith, J. Stephen, «The Risk-Need-Responsivity (RNR) Model: Does Adding the Good Lives Model Contribute to Effective Crime Prevention?», *Criminal Justice and Behavior*, vol. 38(7), 2011, pp. 735 ss.; Hannah-Moffat, Kelly, «Re-imagining gender penalties: The myth of gender responsivity», en Carlen, Pat (ed.), *Imaginary...cit.*, pp. 193 ss.

39 Los teóricos del “good lives model” cuestionan el esquema RNR, señalando que el paradigma del riesgo no fomenta realmente el abandono de la actividad delictiva, en la medida en que desatiende las fortalezas y potencialidades del sujeto condenado para construir tu propio recorrido pro-social. Vid., sobre ello, Ward, Tony, «The good lives model of offender rehabilitation: Basic assumptions, aetiological commitments and practice implications», en McNeill, Fergus, Raynor, Peter y Trotter, Chris (eds.), *Offenders Supervision: New Directions in Theory, Research and Practice*, Willan, Cullompton, 2010, pp. 41-64; Ward, Tony y Brown, Mark, «The good lives model and conceptual issues in offender rehabilitation», *Psychology, Crime & Law*, vol. 10(3), 2004, pp. 243-257.

40 En 2016, de los 17 programas de tratamiento desarrollados por la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria en las cárceles de la Administración General del Estado, solo los módulos de respeto y, a mucha distancia, las unidades terapéuticas, alcanzaban a un número considerable de reclusos. Cfr. SGIP, *Informe General – 2016*, Ministerio del Interior, Madrid, 2017, p. 48.

Es discutible cuánto ha influido en ello la falta de actualización del marco normativo básico de la función penitenciaria. Es posible que en un modelo que sustenta su actualización, desde hace largo tiempo, en circulares e instrucciones no hubiese sido necesario reformar la normativa básica para incorporarse a las últimas tendencias internacionales en materia de reintegración. No obstante, lo cierto es que el Derecho penitenciario no ha logrado adaptarse ni a una realidad penitenciaria en acusada transformación desde hace décadas ni a las innovaciones reintegradoras ya consolidadas en otros países. La incapacidad para dar una respuesta a las necesidades de las personas presas extranjeras que no dependa de la expectativa de expulsión o, por dar una mera referencia, la utilización de instrumentos de riesgo en materia de permisos –las tablas TVR y M-CCP– que se basan en un trabajo empírico realizado en 1993<sup>41</sup>, son una evidencia palmaria de la mencionada inadaptación.

La conclusión de todo ello es que es tiempo de superar la tensión entre cambio penitenciario y estabilidad normativa. De hecho, es probable que, como se abordará a continuación, nos encontremos en un momento especialmente idóneo para ello.

### 3. Un tiempo para aproximar el Derecho a la realidad penitenciaria

Frente a la tradición jurídica europeo-continental, que siempre ha tenido una fuerte impronta del idealismo alemán, el realismo jurídico estadounidense admite desde antiguo que hay una cesura permanente entre la ley formal (*law in the books*) y la realidad jurídica (*law in action*)<sup>42</sup>. Sin necesidad de perder de vista esta saludable prevención a la hora de analizar, teórica y prácticamente, el Derecho, es necesario<sup>43</sup> proceder a una aproximación del longevo marco jurídico penitenciario a una realidad carcelaria que ha cambiado de forma notable, así como a las innovaciones reintegradoras que, dejando atrás la sedicente crisis de la rehabilitación, se están consolidando en el ámbito comparado.

Como se sugería hace un momento, la etapa actual presenta rasgos especialmente idóneos para proceder a esa transformación. Si bien es cierto que la crisis política del último lustro no ofrece las mejores condiciones para una innovación legislativa o –incluso– reglamentaria, las realidades criminal, penal y penitenciaria de nuestro país son especialmente propicias. Como se analizará a continuación, estas realidades, quizás por vez primera en unas cuantas décadas, no afrontan ninguna urgencia y, por lo tanto, no crean las condiciones para recurrir a soluciones jurídicas cortoplacistas o, incluso, propias del populismo penal<sup>44</sup>. Para fundamentar esta afirmación, procede considerar varios aspectos.

41 Vid. sobre ello Brandariz García, José Ángel, *El modelo...cit.*, pp. 210 ss.; Dirección General de Instituciones Penitenciarias, *Validación y depuración de la tabla de variables de riesgo en el disfrute de permisos penitenciarios de salida*, Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, Madrid, 1994; Núñez, Jesús, «Los permisos de salida», en Clemente, Miguel y Núñez, Jesús (eds.), *Psicología jurídica penitenciaria*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1997, pp. 393 ss.

42 Esta distinción es generalmente atribuida al jurista norteamericano Roscoe Pound (vid. Pound, Roscoe, «Law in Books and Law in Action», *American Law Review*, vol. 44, 1910, pp. 12-36). Sobre ello, vid. asimismo Correcher Mira, Jorge, *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 103 ss.

43 De esta necesidad habla el hecho de que la SGIP crease en julio de 2017 un grupo de trabajo de jueces de vigilancia para reformar en profundidad la normativa penitenciaria, que concluyó su tarea en enero de 2018.

44 Vid., sobre ello, Pratt, John, *Penal populism*, Routledge, London, 2007; Sozzo, Máximo, «Populismo penal: Historia, balance, dilemas y perspectivas de un concepto», *Nova Criminis*, vol. 9(14), 2017, pp. 79-129.

El primero de ellos es la situación del sistema penitenciario. En contraposición con lo que había sucedido desde el inicio de la etapa democrática, la población penitenciaria no ha dejado de descender a lo largo de los últimos nueve años<sup>45</sup>. La disminución del número de presos ha sido relativamente moderada, ya que el volumen total ha bajado un 23,5% entre el momento álgido de mayo de 2010 y diciembre de 2018, y la tasa ha pasado de 165 a 126 presos por cada 100.000 habitantes<sup>46</sup>. Sin embargo, más relevante que la dimensión de esta caída es su carácter ininterrumpido; para encontrar una disminución que se haya mantenido durante tanto tiempo hay que remontarse al periodo 1958-1966<sup>47</sup>. Esta contracción penitenciaria tiene una serie de consecuencias evidentes, ya que no solo aleja el problema de la sobreocupación<sup>48</sup>, que tanto había afectado al sistema español en diversos momentos del pasado reciente, sino que ha evitado las tensiones que podrían haberse derivado del proceso de austeridad que siguió a la crisis económica. De este modo, superadas las urgencias de etapas anteriores, la prisión se encuentra en inmejorables condiciones para repensar y actualizar su modelo, y para hacerlo no solo en términos materiales sino en relación con las bases normativas –y jurisprudenciales– del sistema.

Lo que está sucediendo en el campo carcelario no deja de ser un reflejo de lo que acontece en el terreno criminal. Frente a lo que había sucedido desde los años '80, también la tasa de criminalidad registrada ha mostrado una tendencia descendente en la última década, cayendo un 15,4% entre 2008 y 2017<sup>49</sup>. Resulta más relevante aún que las tasas de criminalidad –sin perjuicio de los conocidos problemas que plantea este tipo de medición– son llamativamente bajas en términos comparados<sup>50</sup>, en particular por lo que se refiere a los delitos más graves. Como ejemplo más evidente, España tenía en 2016 la tercera tasa más baja de homicidio doloso (0,63 casos por cada 100.000 habitantes) de los 28 Estados de la UE, tras un descenso del 29,2% desde 2008<sup>51</sup>. La situación no es muy diferente por lo que se refiere a otros delitos graves, como lesiones<sup>52</sup> o violación<sup>53</sup>,

45 Este proceso de contracción del número de presos se está viviendo en una amplia pluralidad de países del Norte global. Vid., por todos, Brandariz García, José Ángel, «¿Historia de dos continentes? Análisis comparativo del reciente descenso de la población penitenciaria en EE.UU. y España», *Studi sulla Questione Criminale*, vol. XII(1-2), 2017, pp. 151-169.

46 Fuente: SGIP.

47 Cfr., una vez más, los datos aportados por Carreras, Albert y Tafunell, Xavier (eds.), *Estadísticas...*cit., p. 1022.

48 De acuerdo con los datos aportados por Aebi, Marcelo et al., *SPACE I – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations. Survey 2016*, Council of Europe, Strasbourg, 2017, p. 37, en septiembre de 2016 el conjunto del sistema penitenciario español tenía una tasa de ocupación del 71,8%. Esto no supone que la etapa de austeridad en el gasto público no haya afectado a los recursos del sistema penitenciario, que hoy se encuentra manifiestamente infra-dotado.

49 Fuente: Anuarios estadísticos del Ministerio del Interior. Al igual que sucede con la contracción penitenciaria, el descenso de las tasas de delito también es un fenómeno que está afectando a un amplio número de países. Vid., entre otros, Farrell, Graham, Tilley, Nick y Tseloni, Andromachi, «Why the crime drop», *Crime and Justice*, vol. 43, 2014, pp. 421-490; van Dijk, Jan, «It is not just the economy: Towards an alternative explanation of post-World War II crime trends in the Western world», en Body-Gendrot, Sophie et al. (eds.), *The Routledge...*cit., pp. 109-124; van Dijk, Jan, Tseloni, Andromachi y Farrell, Graham (eds.), *The International Crime Drop: New Directions in Research*, Palgrave Macmillan, London, 2012.

50 Vid. Díez Ripollés, José Luis, «Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española», *Teoría y Derecho*, núm. 10, 2011, pp. 171-188; Díez Ripollés, José Luis, *Delitos y penas en España*, Los libros de la catarata, Madrid, 2015, pp. 13, 43 s., 64, 98; González Sánchez, Ignacio, «Encarcelamiento y política neoliberal: Incremento de presos y funciones de la prisión», en Ávila, Débora y García, Sergio (eds.), *Enclaves de riesgo. Gobierno neoliberal, desigualdad y control social*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2015, p. 268.

51 Fuente: Estadística de criminalidad de Eurostat (cfr. ec.europa.eu/eurostat/web/crime/data/database).

52 España tenía la 14ª tasa más baja de lesiones de la UE en 2016 (37,32 casos por cada 100.000 habitantes; Fuente: Eurostat). Se encontraba, por lo tanto, en la franja media en términos de este delito en el conjunto de la Unión, pero muy por debajo de países como Alemania, Francia, Italia o Reino Unido.

53 En materia de violación, España tenía en 2016 la séptima tasa más baja de la UE (2,69 casos por cada 100.000 habitantes), de nuevo muy por debajo del resto de los grandes Estados de la Unión (Fuente: Eurostat).

por mucho que en estos casos los problemas de comparación se incrementan significativamente, como consecuencia de las diferencias en materia de tipificación y contabilización. En ambos ámbitos, además, los datos de Eurostat ponen de relieve una tendencia claramente descendente. De hecho, los momentos de conmoción colectiva vividos en los últimos años en relación con concretos episodios criminales muy graves, centrados en casos de homicidios y agresiones sexuales, seguramente muestran una realidad frecuentemente desatendida. La sociedad española se convulsiona en relación con hechos que son, afortunadamente, cada vez más infrecuentes, y con gran probabilidad ese carácter crecientemente extraordinario –inimaginable hace solo algunas décadas– contribuye de manera significativa a reforzar la intensidad de la conmoción pública. En suma, superados los momentos más luctuosos en materia de violencia criminal, se ha ido consolidando una realidad delictiva caracterizada por bajas tasas de delito, en particular grave. Este es, de nuevo, un contexto especialmente fructífero para repensar el modelo penitenciario.

En el pasado más reciente, un conjunto de monografías de gran impacto han revalorizado la relación entre evolución de las tasas de criminalidad, sobre todo grave, y evolución del miedo al delito y de la percepción colectiva sobre la delincuencia<sup>54</sup>. Ese nexo también se aprecia en el caso español, de acuerdo con diversos criterios de medición. El más recurrente de esos criterios, que habla de la preocupación por el delito, son los estudios mensuales del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) sobre la percepción de los tres principales problemas del país<sup>55</sup>. A pesar de un ligero incremento en el último bienio, el porcentaje de personas que identifican a la “seguridad ciudadana” como uno de esos tres problemas graves ha descendido un 78,1% entre 2007 (15,1%) y 2018 (3,3%)<sup>56</sup>. Una conclusión similar se deriva de mediciones que se centran más bien en el miedo al delito. De acuerdo con los datos de Eurostat<sup>57</sup>, el porcentaje de personas que perciben problemas de delincuencia o vandalismo en la zona en la que viven ha descendido notablemente durante la última década, en concreto de un máximo de 16,4% en 2009 a 8,7% en 2017<sup>58</sup>. En suma, parece evidente que, en consonancia con lo que ha sucedido con la evolución de la criminalidad, el delito ha ido perdiendo relevancia, pública y personal, para la ciudadanía española. Esta conclusión es aún más obvia si se repara

54 Vid., especialmente, Enns, Peter K., *Incarceration Nation: How the United States Became the Most Punitive Democracy in the World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016; Miller, Lisa L., *The Myth of the Mob Cause: Violent Crime and Democratic Politics*, Oxford University Press, New York, 2016; Pfaff, John, *Locked in: The true causes of mass incarceration and how to achieve real reform*, Basic Books, New York, 2017.

55 Cfr. [www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos\\_html/TresProblemas.html](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html).

56 Se constata también una disminución, aunque no tan abrupta, en el caso del Eurobarómetro (cfr. [ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/Survey/index#p=1&instruments=STANDARD](http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/Survey/index#p=1&instruments=STANDARD)). En la pregunta sobre los dos principales problemas del país, el 17,5% de los entrevistados españoles mencionaron la criminalidad en 2007 y ese indicador se mantuvo por encima del 10% entre 2008-2010. Frente a ello, se ha mantenido entre el 4-6% entre 2012-2016, antes de incrementarse ligeramente en el último bienio. Esas cifras han sido claramente inferiores a la media de la UE durante toda la década. No cabe perder de vista, empero, que esta estimación es metodológicamente menos fiable que la correspondiente al CIS.

57 Cfr. la estadística sobre calidad de vida ([ec.europa.eu/eurostat/web/gdp-and-beyond/quality-of-life/data](http://ec.europa.eu/eurostat/web/gdp-and-beyond/quality-of-life/data)).

58 En una línea metodológica relativamente próxima, la pregunta del Eurobarómetro estándar sobre los dos problemas que preocupan más, personalmente, a los ciudadanos europeos también muestra una tendencia descendente en el caso español. El porcentaje de personas que mencionaron la criminalidad se situó entre el 5-7% entre 2008-2010 y en 2014, mientras que entre el 2-3% hicieron referencia a tal fenómeno en 2012-2013 y entre 2016-2018. De nuevo, las cifras se sitúa muy por debajo de la media de la UE. En este punto, con todo, es necesario mantener las cautelas ya expresadas sobre la fiabilidad de los datos del Eurobarómetro.

en que, de acuerdo con los datos aún disponibles del CIS<sup>59</sup>, el porcentaje de personas que consideraban a la delincuencia como uno de los tres principales problemas del país se situaba en los años '80 –en el momento álgido de la criminalidad vinculada a la adicción a la heroína– por encima del 30%, y a comienzos de la primera década del siglo –en la etapa en que se difunden discursos que relacionan abiertamente la migración con el delito<sup>60</sup>– lo hacía por encima del 20% (p. ej., 23,8% en 2003). Desde 2013, en cambio, ese porcentaje se ha situado entre el 2,4% y el 3,3%.

Todo ello se ha predicado de la percepción colectiva sobre la “seguridad ciudadana”, en términos generales. No obstante, hay un aspecto más concreto en el que las transformaciones analizadas se muestran de forma especialmente palmaria. Una dimensión que, como evidencia la etapa de la heroína, ha tenido extraordinaria importancia en la criminalidad en España y en su percepción social, a saber, las prácticas sociales en relación con las drogas ilícitas y su comprensión colectiva. Los datos sobre tasas de delitos de drogas, por las propias características del fenómeno –entre otras, su fungibilidad y su funcionamiento como un verdadero mercado<sup>61</sup>– tienen limitado sentido. Otros indicadores, empero, revelan una gran mutación en la relación de la sociedad con lo que se entiende como criminalidad en materia de drogas. Por una parte, en los años '80 y '90 “las drogas” eran mencionadas como uno de los tres principales problemas del país por porcentajes que iban del 15% al 30% de los entrevistados. Después de una caída constante a lo largo de los últimos lustros, en 2018 ese porcentaje se ha situado en el 0,3%<sup>62</sup>. Como reflejo –tal vez tardío– de esa situación, el mercado de las drogas ilícitas tiene cada vez menos importancia para el sistema penal y penitenciario. A modo de referencia, en diciembre de 2009 el 27,8% de los penados recluidos en las prisiones españolas estaban cumpliendo condena por delitos de tráfico de drogas; en diciembre de 2018 esa proporción se situaba en el 18,4% de una población penitenciaria que no ha cesado de descender<sup>63</sup>.

En síntesis, la sociedad española se encuentra en un momento singular en su relación con el delito y la penalidad. La delincuencia ha venido descendiendo y se halla en tasas relativamente bajas en términos comparados. La capacidad de la criminalidad para afectar a la calidad de vida de la población –en términos de inseguridad subjetiva– también se ha devaluado de forma notable. En consonancia con todo ello, la prisión está viviendo un periodo de contracción desconocido –en su extensión temporal– desde hace medio siglo. Una consecuencia de todo ello, que ya se ha constatado en otras latitudes<sup>64</sup>, es que la delincuencia está perdiendo progresivamente su posición como activo electoral de primer orden. De esta forma, existen hoy

59 Cfr. [www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos\\_html/TresProblemas.html](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html).

60 Vid. Fernández Bessa, Cristina, Ortuño Aix, José María y Manavella Suárez, Alejandra, «Los efectos de la cultura de la emergencia en la criminalización de los inmigrantes», en Puente Aba, Luz M., Zapico Barbeito, Mónica y Rodríguez Moro, Luis (eds.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Comares, Granada, 2008, pp. 240 ss.; Monclús Masó, Marta (2008), *La gestión penal de la inmigración*, Del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 332 ss.

61 Sobre ello, vid. Clear, Todd R. y Frost, Natasha A., *The Punishment...cit.*, p. 119; Ruggiero, Vincenzo, *Crime and Markets*, Oxford University Press, Oxford, 2000; Tonry, Michael, *Punishing Race*, Oxford University Press, New York, 2011, pp. 162 s.

62 Fuente: CIS.

63 Fuente: SGIP.

64 Cfr. Brown, Darryl K., *Free Market Criminal Justice*, Oxford University Press, New York, 2015, p. 210; Dagan, David y Teles, Steven M., *Prison... cit.*, pp. xi, xiii, 40; Miller, Lisa L., *The Myth... cit.*, p. 99.

pocos incentivos para tomar medidas legislativas, penales o penitenciarias, de cuño populista<sup>65</sup>.

Todo ello tal vez contribuya a la inacción por parte de los poderes legislativo y ejecutivo. Sin embargo, la falta de urgencias públicas y de presiones sociales hace que la tarea de superación de la cesura entre el cambio penitenciario y la estabilidad normativa no solo sea necesaria, sino también posible. La experiencia enseña que la propuesta de Condorcet sobre la mutación constitucional en cada generación parece muy viable. Sin embargo, no hay motivos para pensar que los marcos normativos sobre una función básica del Estado, como es la de ejecución de penas, hayan de atenerse a los mismos parámetros de pervivencia.

Sobre la primera de las calificaciones anteriormente mencionadas, la relativa a la necesidad de los cambios, cabe simplemente recordar, a modo de conclusión, que si nuestro sistema penitenciario se sustenta sobre el postulado de reintegración –solo cuestionado por la prisión permanente revisable y por algunos casos de penas de muy larga duración contemplados en los arts. 76 y 78 CP–, el sentido de tal principio ha cambiado extraordinariamente en los cuarenta años transcurridos desde la LOGP. Del mismo modo lo han hecho las características de la delincuencia y la composición de la población penitenciaria. Lo propio ha sucedido con la extensión y alcance de la prisión. Nada de todo esto podría haber sido imaginado por el legislador de finales de los años '70. Sin embargo, el modelo que se pensó en aquel momento continúa sustancialmente intacto.

El objetivo de este artículo ha sido poner de relieve la necesidad –y la factibilidad– de que una reforma normativa en profundidad contribuya a adaptar nuestro marco penitenciario a una realidad en materia de ejecución de penas de prisión que se ha transformado de manera muy sustancial. Esa tarea no puede seguir recayendo en la jurisprudencia o en el dictado de circulares e instrucciones. Está en juego la comprensión del postulado rehabilitador a la altura de los tiempos y el avance en la garantía de los derechos de las personas presas.

---

65 Hasta donde se alcanza a ver, no parece que esta afirmación entre en contradicción con el impacto electoral –relativamente menor– que ha tenido el debate que condujo a la aprobación de la prisión permanente revisable por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP.

# Principio de legalidad y derechos fundamentales en las prisiones: sobre la categoría Relaciones de sujeción especial

Iñaki LASAGABASTER HERRARTE

## I. Una situación y una categoría jurídica

El título de este trabajo refleja una preocupación doctrinal ya lejana en el tiempo, a saber: la vigencia del principio de legalidad y de los derechos fundamentales y las particularidades a que ambas categorías se enfrentan cuando se trata de su aplicación en determinados supuestos, en especial en el sistema penitenciario. El principio de legalidad entendido como reserva de ley, que requiere la habilitación al ejecutivo, a la Administración, para poder intervenir en la sociedad, habilitación realizada por el parlamento, afectó inicialmente a algunas materias, no a todas. Se trataba de los antitéticos principio democrático-principio monárquico. Había ámbitos en los que no intervenía el legislador al ser propios del Monarca, del Gobierno, de la Administración. Este sería el caso del régimen jurídico de la función pública, de los militares o de los internos en prisión, entre otros. El parlamento no entraba a regular estas instituciones que se entendían reservadas al ejecutivo. Obviamente las situaciones eran diferentes. No es lo mismo hablar de funcionarios que de personas internas en prisión. No parece que entre estas categorías haya muchas similitudes, salvo su estrecha relación con la Administración, derivada bien del hecho de prestar la actividad laboral en la Administración o de encontrarse interna en una institución pública que ordena su vida diaria, cosa que no se hace con el resto de la ciudadanía.

A lo largo de la historia del constitucionalismo se irá decantando la tendencia a reconocer el principio de legalidad y los derechos fundamentales en todos los ámbitos de la acción pública, aunque ese reconocimiento va a ser desigual y tendrá sus altibajos. Algo que sucede en general en las relaciones que la ciudadanía tiene con los poderes públicos. Sus derechos no se han reconocido siempre de la misma forma, siendo resultado de procesos en los que junto a momentos de avance pueden encontrarse también de retroceso. En todo caso, la percepción social de las prisiones, al igual que de otras instituciones como la militar, el funcionariado o la enseñanza, se ha desarrollado en una línea de reconocimiento de la condición de las personas internas como titulares de derechos y no como simple objetos del derecho, lo que había permitido anteriormente intervenciones de los poderes públicos no sometidas al Derecho y sin respeto a los derechos fundamentales.

La categoría relaciones de sujeción especial tuvo, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, una gran utilidad para resolver problemas que un ordenamiento jurídico

heredado de una dictadura no preveía. La regulación de algunos sectores era muy deficiente, presentándose a menudo problemas de muy difícil solución, tal como sucedió en el campo financiero, el sancionador en general o el mismo penitenciario. La posibilidad de intervención administrativa, necesaria pero sin previsión legal alguna, se justificó afirmando que las relaciones financieras constituían relaciones de sujeción especial. Evidentemente interpretaciones de este tipo son ya insostenibles.

Si se atiende al derecho alemán, donde surgió la categoría, se comprueba que tras la entrada en vigor de la Ley Fundamental de Bonn la categoría fue abandonada. La idea de que en una democracia es posible reducir el alcance del principio de legalidad-reserva de ley y la vigencia de los derechos fundamentales con la simple afirmación de que se está en una relación de sujeción especial, sin saber a su vez a qué se refiere esa categoría, es incompatible con los principios básicos del Estado de Derecho. Lo anterior no impide diferenciar situaciones en las que las relaciones de las personas con los poderes públicos sean complejas y diversas, así clásicamente la relación alumnado-escuela, la función pública o la cárcel. Más recientemente el estatus de los pensionistas, los parados o quienes se encuentran en situación de incapacidad laboral transitoria. En todos estos casos los poderes públicos dan ventajas pero imponen también limitaciones a los derechos. Su justificación se encuentra en las propias características de la relación jurídica establecida, no en una categoría jurídica indefinible como las relaciones de sujeción especial. Una persona en baja laboral puede percibir unas ventajas económicas y a su vez tener limitados sus derechos, por ejemplo el de desplazamiento. Que pueda ser así se justifica por las propias características de la situación de baja laboral, que puede conllevar limitaciones en los derechos pero no cualesquiera. Las que existan deberán serlo por exigencia del mantenimiento de la propia relación. Así, se prohíbe trabajar o viajar al extranjero a quien está de baja laboral, ya que una tal situación se presume que impide a una persona realizar esas actividades y ser incompatible con la percepción de una ayuda pública. Esa sería la razón y no considerar que la persona afectada está en una relación de sujeción especial.

El Tribunal Constitucional realizó una aportación fundamental cuando dijo que los derechos de las personas internas en prisión se encontraban limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria (STC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4). No se pueden, por tanto, limitar derechos sin ley que lo regule y la limitación deberá ser acorde con el principio de proporcionalidad. La categoría relación de sujeción general ni la cita.

Si esto es así formalmente, tocaría comprobar su correspondencia con la realidad. Para ello se va a analizar la forma en que el principio de legalidad se aplica en el régimen penitenciario, en concreto con la utilización de las instrucciones como forma de regulación de las relaciones y derechos de las personas enfermas graves que están en prisión. Después, en un segundo apartado, se analizarán los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas en prisión. Como habrá ocasión de comprobar, la inercia es una gran fuerza que rige en el funcionamiento de las instituciones, recogiéndose la compleja relación entre personas internas enfermas y las autoridades penitenciarias en simples circulares o instrucciones administrativas, que no tienen naturaleza jurídica de normas. En lo relativo a los derechos fundamentales el avance ha sido significativo, aunque se sigue utilizando la política penitenciaria de forma contraria a su finalidad constitucional, no justificándose debidamente las limitaciones que se imponen a los derechos

de las personas en prisión. No parece razonable que una persona tenga en una prisión derecho a disponer en su celda de un ordenador, así dispuesto por el juez de vigilancia penitenciaria, pero no lo tenga en otro centro penitenciario a la que es trasladada.

La práctica desaparición de la categoría relación de sujeción especial al tratar de las prisiones no trae por sí misma la desaparición de prácticas administrativas inconstitucionales, como a continuación se comprobará.

## **II. Principio de legalidad, relación de sujeción especial y régimen penitenciario**

Tres son los aspectos que se analizarán al tratar de la aplicación concreta del principio de legalidad en materia penitenciaria. En primer lugar la diferenciación entre el Derecho Penal y el Derecho Penitenciario, para posteriormente analizar la forma en que las instrucciones de la SGIP (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias) afectan al régimen jurídico aplicado a las personas internas en prisión.

### *II.1. Derecho Penal y Derecho Penitenciario*

La diferenciación entre el Derecho Penal y el Derecho Penitenciario no puede entenderse como un capricho académico que pueda servir para una mejor sistematización de las normas aplicables a las personas que se ven condenadas a penas privativas de libertad.

Ambas normas tienen el rango de Ley orgánica, aunque su régimen jurídico no puede equipararse. La Ley Orgánica general penitenciaria (LOGP) puede y debe completarse mediante normas reglamentarias, el Reglamento General Penitenciario (RGP), que regulen el funcionamiento de la institución penitenciaria. Por el contrario, el Derecho Penal no permite desarrollo reglamentario alguno. Cuando la Constitución establece la reserva de ley orgánica en esta materia lo hace de tal manera que impide un desarrollo normativo posterior. La reserva de ley orgánica en materia penal es absoluta, no existiendo ni pudiendo existir un hipotético reglamento de desarrollo del Código penal.

No es posible dictar una norma que desarrolle el Código penal, mediante la cual se completen los tipos penales o las penas imponibles. El Código penal constituye el ejemplo más ilustrativo de lo que debe entenderse por un supuesto de reserva absoluta de ley, en este caso orgánica. La reserva de ley absoluta no se deriva de la condición de orgánica de la ley, ya que está admitido el ejercicio de la potestad reglamentaria en desarrollo de leyes orgánicas, tal como ponen de manifiesto las normas dictadas en materia educativa. La reserva de ley absoluta se deriva de las propias características de la materia regulada, la privación de libertad, que como tal no puede producirse sustentada en normas de naturaleza reglamentaria.

La diferenciación material entre normas penales y penitenciarias tiene gran importancia desde esta perspectiva, aunque debe tenerse en cuenta que no toda norma penitenciaria permite un desarrollo por normas reglamentarias. Dependerá de su exacto contenido y de que la ley prevea una habilitación reglamentaria, que permita a la Administración dictar esa norma de desarrollo. En esta materia no sería factible reconocer habilitaciones implícitas.

Concretando esta reflexión, interesa detenerse en la regulación de la libertad condicional contenida en el Código penal. La forma en que la Administración ha interpretado esta disposición será objeto de análisis posterior. Para ello se tendrá en cuenta el significado literal de los términos utilizados y la forma, en este caso las normas, en que la Administración ha realizado esa interpretación.

## II.2. *Sobre los conceptos sanitarios utilizados en el Código Penal y las Instrucciones dictadas por SGIP*

A pesar de su extensión, la regulación de esta materia en el Código penal aconseja una reproducción literal del precepto, que dice: “Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el juez o tribunal podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado, acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el apartado anterior”<sup>1</sup>. El primer aspecto a analizar consistirá en determinar el significado de la expresión “Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente (...)”. Si la persona interna en prisión estuviera en situación de peligro patente para la vida, se deberá poner en libertad condicional. La definición del concepto peligro patente para la vida es de gran importancia ya que si se produce esa situación, será la autoridad judicial la que deberá declarar la puesta en libertad de la persona interna en prisión, sin necesidad de seguir los procedimientos ordinarios de puesta en libertad condicional. A continuación se analizará la forma en que la Administración ha aplicado esta disposición.

### II.2.A. La interpretación por la Administración de la expresión peligro patente para la vida

El Código penal establece la causa que provoca la necesidad de concesión la libertad condicional, consistente en estar en situación de peligro patente para la vida. Para aclarar su alcance se va a dictar una Instrucción por la SGIP, que más tarde resultará modificada por otra posterior. La primera Instrucción será la núm. 3/2017. En ella se identifica la locución peligro patente para la vida con la expresión “estadio terminal o aquella situación en la que el fallecimiento es previsible, con razonable certeza, a muy corto plazo”<sup>2</sup>. Esta primera interpretación fue modificada posteriormente señalándose que por peligro patente para la vida habría que entender “una enfermedad muy grave e incurable con peligro patente para la vida/situación terminal del interno”<sup>3</sup>. En este caso no parece que

1 Art. 91.3 Código penal, que señala también “En este caso, el penado estará obligado a facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que se determine por el juez o tribunal, la información necesaria para poder valorar sobre la evolución de su enfermedad. El incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional”.

2 Instrucción 3/2017, apartado 5, énfasis añadido.

3 Instrucción I-06/2018, apartado II.1º.

se quiere definir la expresión “peligro patente para la vida”. Lo que se hace es añadir a la misma la expresión “situación terminal del enfermo”. De esta forma no parece que se identifica el significado de ambas expresiones sino que se añade esta segunda referida a la situación terminal. Posteriormente se añade un anexo del que parece derivarse una tipología de situaciones médicas, estableciendo entre las mismas la de “peligro patente para la vida/Terminal”, añadiéndose en una nota a pie de página que en este caso “El fallecimiento puede producirse a muy corto plazo/No hay ninguna posibilidad médica de que la condición del paciente mejore y no termine en la muerte”.

La evolución de esta interpretación presenta una duda importante, que es la equiparación de peligro patente para la vida con la condición de enfermo terminal, que podría traducirse también por moribundo. Esta equiparación se estima que es inadecuada ya que la “expresión terminal” está suficientemente consolidada y es más precisa que la expresión “peligro patente para la vida”. Sorprende que si se quiere expresar la condición de enfermo terminal se diga situación de peligro patente para la vida. Ambas expresiones difícilmente son equiparables, ya que la primera es mucho más precisa, tal como se ha dicho, y evoca claramente una esperanza de vida muy limitada en el tiempo, lo que no debe entenderse así en el segundo caso.

## II.2.B. Análisis y consecuencias jurídicas de la interpretación anterior

Varias son las cuestiones a las que se quiere hacer referencia al valorar las consideraciones realizadas en el apartado anterior.

a) En primer lugar que se está desarrollando un precepto del Código penal, lo que no es posible jurídicamente. El desarrollo del Código penal está excluido de la potestad reglamentaria de la Administración al existir una reserva absoluta de ley. Habría que añadir además que el Código penal no contiene ninguna remisión de ningún tipo que habilite a dictar una norma de ese tipo.

b) Las instrucciones no son normas y no pueden afectar a los derechos de las personas. Como tales disposiciones solamente pueden afectar a aspectos organizativos pero en ningún caso a aspectos sustantivos, reguladores de derechos.

c) La interpretación que hace la instrucción es reductora del derecho reconocido en el Código penal, y con ese alcance ilegal. Reconocido un derecho por la ley no puede interpretarse de forma reductora por una norma administrativa. Una tal situación va en contra de los criterios interpretativos establecidos por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, así cuando dice que: “Está claro que la excarcelación no puede garantizar la sanidad de un mal incurable según diagnóstico pero permite una mejoría relativa y una evolución mas lenta, con menos ocasiones de episodios agudos, no sólo por el tratamiento Médico, que también podría recibir en la cárcel, sino por el cambio de ambiente que coadyuva positivamente por la unidad psicosomática del ser humano, mientras que la permanencia en el establecimiento penitenciario ha de incidir negativamente en la misma medida. Lo dicho pone de manifiesto que la lectura restrictiva del precepto reglamentario hecha por la Audiencia Provincial más allá de su texto introduce un factor de riesgo para la integridad física y aun para la vida del ya enfermo”<sup>4</sup>.

4 STC 48/1996, FJ 3, énfasis añadido.

Como puede deducirse de este texto, la excarcelación de una persona interna en prisión responde al logro de una mejoría relativa y una evolución más lenta de la enfermedad. No se trata de dejarle morir fuera de la cárcel, sino de facilitarle la vida en un ambiente favorable a la misma. Las personas internas en prisión siguen teniendo derecho a la vida, no pudiéndose hacer una lectura restrictiva de las normas que produzca un aumento del riesgo para la vida de los enfermos. El internamiento no persigue la muerte de la persona ingresada en prisión. Es más, la obligación de mantenerla con vida el mayor tiempo posible se acentúa como consecuencia de su dependencia de la Administración. Esta deberá adoptar las decisiones que persigan ese objetivo, la defensa de la vida. El Código Penal regula también la forma en que se pone en práctica esta regulación, cuestión a la que se atenderá en el siguiente apartado.

### II.3. *La aplicación de la previsión legal: competencia administrativa*

El Código penal establece, en los casos de situaciones de peligro patente para la vida del enfermo, que su dictamen lo deberá hacer el médico forense y los servicios médicos del establecimiento penitenciario (art. 91.3 Código penal). La norma sustantiva señala por tanto claramente a quién corresponde la responsabilidad de establecer la situación sanitaria de la persona interna en prisión. Esta determinación es necesario valorarla positivamente, ya que precisa específicamente en quién recae la competencia. Este dato es importante desde diferentes perspectivas, así: a) la competencia es irrenunciable, por lo que los órganos o administraciones señaladas en el precepto serán los que deberán adoptar las decisiones procedentes, b) esos órganos serán los responsables del incumplimiento de las obligaciones, pudiendo incurrir en responsabilidad administrativa, c) a las competencias administrativas reconocidas en la ley se les otorga la rigidez que acompaña a su régimen jurídico, no pudiéndose modificar su regulación por norma reglamentaria, ni por instrucción o práctica administrativa, d) el órgano definido como competente deberá dar inicio al procedimiento administrativo dirigido a determinar la situación médica de la persona enferma y las consecuencias que la misma tiene en su estatus penitenciario y e) las instrucciones administrativas o circulares tienen como objetivo tradicional regular el funcionamiento de las diferentes unidades administrativas, precisando la forma en que se dará cumplimiento al ordenamiento jurídico en vigor.

Pues bien, la instrucción I-06/2018 SGIP precisa el alcance de esta regulación señalando que el proceso se iniciará cuando el “médico encargado de la asistencia del paciente”, tras evaluar la situación clínica y a la vista de los informes del hospital de referencia, compruebe que está en una situación de peligro patente para su vida. El médico encargado lo comunicará al “Subdirector o Jefe de los Servicios Médicos”, quien a su vez lo trasladará al “Director del Establecimiento”. Este último, “con la urgencia que el caso requiera”, dará traslado de la documentación al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Comparando estas regulaciones se comprueba que el Código penal establece un mecanismo más preciso, situando la competencia fundamental para establecer la situación de la persona enferma en el “médico forense”. Si este se entiende como el “médico encargado de la asistencia del paciente” no se comprende por qué no se ha utilizado el mismo término. Si no es así, se está obviando la competencia de un órgano previsto legalmente. La tramitación debería establecer un plazo de resolución, que permitiera el

recurso. En todo caso, las personas internas podrán dirigirse al Juez de Vigilancia Penitenciaria solicitando el reconocimiento de su derecho, lo que debería dar inicio al procedimiento o continuar el ya iniciado. Más que la administrativización del procedimiento, la regulación parece dirigirse a que sea el Juez de Vigilancia Penitenciaria, con la colaboración del médico forense, los que dirijan el procedimiento. En este sentido algunas de las disposiciones de la Instrucción I-06/2018 podrían considerarse ilegales, por contrarias al Código penal, así como por la ausencia de referencias a la comunicación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Se entiende que en el caso de informes de este tipo el Juez de Vigilancia Penitenciaria debería estar informado desde el inicio del procedimiento.

### **III. Los derechos fundamentales de las personas internas en prisión**

El ingreso en prisión no conlleva la pérdida de los derechos fundamentales de las personas internas, solamente su modulación o la pérdida de aquellos que se establecen en la sentencia o cuya limitación es necesaria para la preservación de la institución penitenciaria como tal. Inicialmente no estaban reconocidos los derechos fundamentales, que han ido lentamente reconociéndose, estando generalmente admitido que los derechos fundamentales rigen también en el ámbito de las prisiones. Dicho esto no se puede olvidar que las limitaciones impuestas a los derechos pueden ser contrarias a los mismos, tal como se ha manifestado en algunas sentencias del Tribunal Constitucional (SANCHA y MAPELLI).

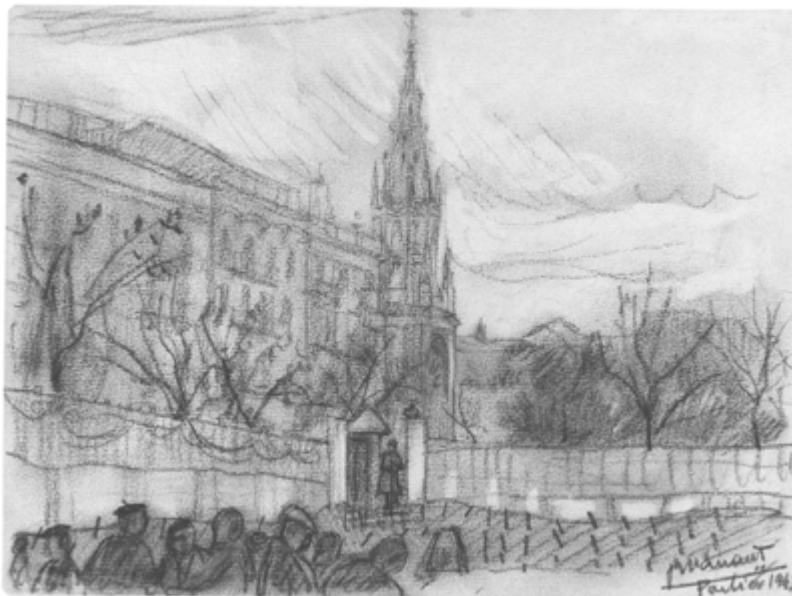
Recorriendo los diferentes derechos afectados se ha podido comprobar cómo se reconoce el derecho a la vida y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, lo que no ha impedido que se estime conforme con la Constitución la alimentación forzosa en caso de huelga de hambre, Sentencia duramente contestada en sede doctrinal, y por los propios votos particulares que acompañan a la misma. Haciendo un breve recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se comprueba que el derecho a la intimidad se ve reducido significativamente, habiéndose llegado a decir que el derecho a la intimidad en prisión se limitaba al derecho a la intimidad de la vida interior, lo que en realidad significaría la inexistencia del derecho (STC 89/1997). No afectaría al derecho a la intimidad compartir una celda con otra persona (STC 195/1995), habiéndose pronunciado el TC sobre otras cuestiones como los cacheos desnudos y flexiones, los *vis a vis* o la utilización de la lengua vasca en las comunicaciones (SsTC 218/2002; 193/2001; 201/1997).

El derecho a la información está reconocido a los internos en prisión aunque este derecho puede encontrar unas limitaciones mayores que las que son imponibles a las personas que están en libertad. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia (STC 2/2006 y STC 11/2006), especialmente en la segunda sentencia. En ambas se planteaba el problema de la retención de unas publicaciones que no se facilitan a las personas internas en prisión, aunque en la primera de ellas se reconoce el amparo por falta de tutela judicial efectiva, siendo en la segunda donde se analizan los supuestos en los cuales puede producirse esa restricción del derecho a la libertad del derecho de información. En la argumentación realizada por las autoridades competentes en materia penitenciaria y por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se justifica la retención de libros o de publicaciones por “razones de seguridad”, así como por ser la decisión más adecuada al “tratamiento del interno”. Entre las razones de seguridad se señala la posi-

bilidad de que en revistas de este tipo se faciliten mensajes cifrados. Estas limitaciones, aplicadas a supuestos de organizaciones terroristas y respecto de publicaciones herederas o vinculadas a otras publicaciones prohibidas, se consideran respetuosas con el derecho a la información de los internos en prisión. Ese derecho a la información puede encontrar limitaciones específicas, y lo que se requiere es que exista una motivación. En lo relativo al tratamiento del interno se estima que la publicación pudiera provocar en el ánimo del interno una justificación o enaltecimiento de actividades delictivas por las que había sido condenado, o dificultar su distanciamiento de las mismas. Estas finalidades son para el Tribunal Constitucional irreprochables constitucionalmente.

El derecho a la tutela judicial efectiva presenta un significado especial en materia de prisiones ya que es aplicable a muchas de las decisiones que pueda adoptar la autoridad competente en materia penitenciaria que afecta a diferentes derechos de las personas internas, así en materia sancionadora o en decisiones relativas a permisos u otro tipo de cuestiones. El derecho a la tutela judicial efectiva se ha reconocido por parte del Tribunal Constitucional en los procedimientos en los que se ha procedido a sancionar a las personas internas en centros penitenciarios (STC 29/1981), estableciéndose que la ausencia de algunas cuestiones procedimentales, como el aviso del recurso procedente (STC 65/2002), o la privación de la posibilidad de interponer recurso de queja, en supuestos de permisos de salida, se considera por el Tribunal Constitucional contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (SsTC 114/2004, 7/2006 y 62/2006). También se ha recogido el derecho de defensa (STC 91/2004), o el derecho a la asistencia letrada (STC 104/2013). En algunos casos, aun reconociéndose el derecho a ser asesorado por otra persona interna en el centro penitenciario, se han aducido razones de seguridad y buen orden del establecimiento para negar esta posibilidad, impidiéndose que se utilice un colega de organización como asesor en el procedimiento (STC 55/2006). También se ha aceptado la asistencia de otro recluso en un procedimiento en el caso de que se solicitara por escrito (STC 27/2001). El Tribunal Constitucional ha establecido también que se tiene derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (STC 14/2011), siendo contrario a la tutela judicial efectiva la no autorización de pruebas sin justificación (STC 23/2006). En este mismo sentido se ha considerado contraria a la tutela judicial la denegación de permisos sin motivación alguna (SsTC 112/1996 y 200/2004). Igualmente se ha señalado que son contrarias a la tutela judicial efectiva las resoluciones estereotipadas (STC 91/2004).

El Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho a la educación de las personas internas en prisión, aunque condicionado a lo que establezca el reglamento de régimen interior del centro en la materia. Se ha planteado en concreto si en virtud del derecho a la educación una persona interna en prisión tiene derecho a disponer de un ordenador en su celda, especialmente si esa persona ha disfrutado de ese derecho en otro centro penitenciario. Pues bien, el TC ha considerado que el derecho a tener un ordenador en la celda no forma propiamente parte del estatus de la persona, sino que puede variar de centro a centro. Previamente hace un excursus sobre la categoría relaciones de sujeción especial, innecesario para la argumentación, a no ser que se entienda que en virtud de esa categoría es posible tener regímenes diferentes en un centro u otro. Por otra parte señala que disponer de un ordenador en la celda no forma parte del derecho a la educación, que se garantiza en el centro disponiendo de un ordenador en la biblioteca (STC 140/2002, FFJJ 4 y 5). En esta sentencia las relaciones de sujeción especial no juegan



*Patio de la prision de Porlier*, José Manaut. Carboncillo, 22,5x30,7, 1943.

como elemento justificativo de la resolución. Como ha podido comprobarse, se participe o no de las motivaciones en concreto, el Tribunal Constitucional realiza ese análisis de la motivación, sin que la mera referencia a estar ante una relación de sujeción especial se entienda como criterio justificativo por sí mismo de la limitación. En definitiva, disponer de ordenador en la celda por las personas que cursan estudios puede permitirse en unos centros y no en otros, lo que resulta difícilmente justificado con el argumento de que un tal derecho, reconocido por el Juez de Vigilancia penitenciaria, solamente es aplicable en el centro en el que se encuentra la persona interna, pero no en otro si se produce un traslado.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también debe tenerse en cuenta al concretar el alcance de los derechos de las personas, bien por haber sido parte en el proceso o por el valor de cosa interpretada que tienen las sentencias. Valor especialmente significado en el orden interno a la luz del art. 10.2 CE. En materia penitenciaria han sido numerosas las sentencias, pudiendo destacarse entre ellas las relativas al derecho a la vida familiar, en aspectos diversos, siendo recientemente significativa su jurisprudencia reconociendo el derecho al cumplimiento de condena en prisiones cercanas al domicilio habitual (art. 8 CEDH, sobre el derecho a la vida familiar).

La jurisprudencia analizada permite llegar a algunas conclusiones con facilidad. La más importante es la falta de utilización de la categoría relaciones de sujeción especial para justificar la limitación de la vigencia de los derechos fundamentales en algunos casos. Solamente se pueden destacar las sentencias atinentes a los presos en huelga de hambre, sentencias que no crean un precedente ni constituyen *leading cases* en la materia, aunque sí *hard cases*. De la numerosa jurisprudencia analizada se deriva la constitucionalidad de las limitaciones de derechos en el ámbito penitenciario, siempre que esas

limitaciones se justifiquen debidamente. Se trata de que las limitaciones estén motivadas, debiendo cumplir esa motivación con los requerimientos derivados del principio de proporcionalidad, especialmente importante en esta materia. El principio de proporcionalidad que requiere el análisis de la idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto de toda limitación de derechos.

#### **IV. A modo de cierre: consideraciones generales sobre la forma de regular el régimen jurídico de las personas internas en prisión con enfermedades graves**

La categoría jurídica relaciones de sujeción general no es posible mantenerla por ser contraria como tal al principio de legalidad y a la vigencia de los derechos fundamentales. Esto no quiere decir que en su significado descriptivo o sociológico no esté justificada su utilización, aunque pueda ser equívoca. Hoy en día los ámbitos que se definían como relaciones de sujeción general se han visto ampliados de forma exponencial, como consecuencia de la difuminación de la separación Estado-sociedad y la creciente incidencia de los poderes públicos en la sociedad. Piénsese en el régimen jurídico y las obligaciones a las que se ven sometidas las personas jubiladas, las perceptoras del subsidio de desempleo, las perceptoras de la renta de garantía de ingresos, las afectadas por situaciones de incapacidad laboral transitoria, las personas extranjeras, las ingresadas en hospitales o instituciones de asistencia a impedidos, incapacitados, personas de edad mayor u otras. En todos estos casos las limitaciones de los derechos o las obligaciones que se les imponen serían también merecedoras de denominarse relaciones de sujeción especial. Ante esta situación hay que afirmar rotundamente que el principio de legalidad y los derechos fundamentales rigen en todas las relaciones que las personas mantienen con los poderes públicos. A su vez, la misma rotundidad debe acompañar a la constatación de que hay relaciones personas-poderes públicos de muy diferente contenido y significado. Unas muy intensas, como las de una persona ingresada en un centro psiquiátrico, un alumno de educación básica o una persona interna en prisión. Nada que ver con las características de la relación de una persona adulta con la enseñanza en una escuela pública oficial de idiomas, con la de una paciente en un ambulatorio o con la de una asistente a un acto cultural público. La intensidad de la relación que se produce en los primeros casos requerirá una normativa muy amplia, que regula aspectos de todo tipo, en la que la regulación requerirá de una mayor o menor flexibilidad, pero en todo caso sometida al principio de legalidad y respetuosa con los derechos fundamentales.

Por esta razón no es aventurado afirmar que el desarrollo mediante mera instrucción de un concepto utilizado en el Código penal es contrario al principio de legalidad. Y lo es por un doble motivo, a saber: por ser contrario a la reserva absoluta de ley existente en la materia y por no existir ningún precepto legal habilitante de una tal intervención administrativa. La dificultad en la regulación de algunas materias no disculpa al legislador del incumplimiento de su función de garante de la legalidad y de los derechos fundamentales. Debe ser el legislador quien asuma la tarea y la preocupación de garantizar el principio de legalidad y los derechos fundamentales de las personas que se ven afectadas por una actividad administrativa que incide de manera más aguda en sus derechos. El

parlamento está obligado a configurar una regulación de estas materias sin abandonar esta función en manos de la Administración, que opera con regulaciones que llegan a no tener ni carácter normativo, así las instrucciones, o que establecen limitaciones a los derechos fundamentales que no encuentran justificación al no respetar el principio de proporcionalidad, entendido este tanto por la inexistencia de un bien jurídico justificativo de esa limitación o por realizar una ponderación de bienes donde la proporcionalidad de la limitación no esté debidamente justificada. Las situaciones de proximidad e intensidad acentuada de las relaciones entre las personas y los poderes públicos, destacadamente en materia penitenciaria, pueden producir un mayor condicionamiento/limitación en el ejercicio de los derechos fundamentales, que debe en todo caso justificarse por exigencias concretas de esa relación jurídica y nunca por el reconocimiento de un mayor poder o potestad de los poderes. Las relaciones de sujeción especial constituyen un concepto comprensible históricamente que hoy en día no debería utilizarse, tampoco descriptivamente, ya que produce más confusión que ayuda para entender el estatus de las personas en sus relaciones con los poderes públicos.

### Bibliografía reciente:

JIMÉNEZ DE LECHUGA, Francisco Javier, "Relaciones de especial sujeción y límites constitucionales: especial referencia al caso de los militares, los funcionarios y los enfermos hospitalarios", *RARAP*, 2017, pp. 417-458. PRIETO ALVAREZ, Tomás, "La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción", *Revista de Administración Pública*, 2009, 178, pp. 215-247. En materia sancionadora, recientemente: COLMENAR LAUNEZ, Ángel, *El régimen disciplinario y su procedimiento en el Sistema Penitenciario Español*, UNED, 2016 (accesible en red). FERNÁNDEZ GARCÍA, Isidro (Tesis doctoral): *El ejercicio de los derechos fundamentales por los militares*, Universidad de Santiago de Compostela, 2014 (accesible en red). GARCÍA CORONADO, Gloria y ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando, "Relaciones especiales de sujeción. Aproximación histórica al concepto", *Revista Prolegómenos*, 2009, 12, pp. 177-192. LLERA, Carlos Enrique, "El concepto de relación especial de sujeción y los delitos de infracción de deber en el ámbito penitenciario", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2012, 1, pp. 153-216. MAPELLI CAFFARENA, Borja, "Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario", *Estudios penales y criminológicos*, 1992/1993, 16, pp. 281-326. MOLINA MOLINA, Javier (Tesis doctoral): *El derecho penitenciario: una revisión necesaria frente al reto de la preservación de los Derechos Fundamentales*, Universidad Católica de Santiago de Murcia, 2014 (accesible en red). NISTAL BURÓN, Javier, "El principio <non bis in ídem>. Su delimitación en el régimen disciplinario penitenciario", *Actualidad Administrativa*, 2010. POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto, "La paradójica extensión del derecho a la tutela judicial efectiva en el marco de las relaciones de especial sujeción (Comentario a la STC 106/2011, de 20 de junio)", en GARCIA DE ENTERRIA, MARTÍNEZ-CARANDE y ALONSO GARCIA, (coords.) *Administración y Justicia*, 2012, 1, pp. 275-300. PRIETO ALVAREZ, Tomás, "Relaciones especiales de sujeción, denominaciones de origen y exigencias de legalidad sancionadora" en DE LA CUESTA SAÉNZ, GARRIDO DE PALMA, GÓMEZ-FERRER SAPIÑA y VATTIER FUENZALIDA (coords.), *Libro Homenaje a Alberto Ballarín Marcial*, 2008, pp. 1179-1210. RUIZ SÁENZ, Angela, "¿Son los internos en instituciones penitenciarias titulares del derecho a la asistencia sanitaria pública?" *Derecho y Salud*, 2014, 24, pp. 235-244. SANCHA DÍEZ, José Pablo, *Derechos fundamentales de los reclusos*, UNED, 2017 (accesible en red). SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Enrique, "La cobertura legal de las infracciones y sanciones reguladas por las entidades locales. Pequeño excurso sobre las sanciones rescisorias y las relaciones de sujeción especial. Análisis jurisprudencial", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en Administración Local y Justicia municipal*, 2004, 13, pp. 2280-2284. SOLAR CALVO, M<sup>a</sup> del Puerto, "¿Tienen los internos demasiados derechos? Valoración normativa a raíz del ATC 40/2017, de 28 de febrero y su

voto particular asociado”, Revista General de Derecho Penal, 2018, 29. Sobre aspectos concretos puede verse: DE DIEGO ARIAS, Juan Luis, *El derecho a la intimidad de las personas reclusas*, UNED, 2015 (accesible en red). FERNÁNDEZ ROCA-SUÁREZ, Carlos (Tesis doctoral), *La configuración de los derechos políticos de los militares en el marco jurídico-constitucional establecido para las Fuerzas Armadas*, Universidad Carlos III de Madrid, 2018 (accesible en red). GARCÍA GUERRERO, Julio, *El consentimiento informado en los pacientes privados de libertad*, Universidad de Valencia, 2013 (accesible en red). RODRÍGUEZ AVILÉS, Juan Antonio, *El ordenamiento jurídico penitenciario español vigente: carencias y disfunciones*, Universidad de Granada, 2013. SERRANO PATIÑO, Victorio, *El sistema penitenciario militar español*, UNED, 2015 (accesible en red). Iñaki Rivera Beiras, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Bosch, Barcelona 1997. En el Derecho alemán véase sobre los derechos fundamentales: KOKOTT JULIANE, “Grundrechtliche Schranken und Schrankenchraken”, en MERTEN & PAPIER (edit.) *Handbuch der Grundrechte*, Vol. 1, edit. Müller, 2004, pp. 853-908. Inicialmente sobre la categoría relaciones de sujeción especial véanse los trabajos de: GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992. LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, IVAP/Civitas, Madrid, 1994. LÓPEZ BENITEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994. Recientemente en materia penitenciaria LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Cárceles y Derechos*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Leioa, 2018.

# El régimen cerrado: disfunciones normativas y vulneración del principio de legalidad en materia penitenciaria

Sara CAROU-GARCÍA

## I. Introducción

Este año la Ley Orgánica General Penitenciaria<sup>1</sup> (en adelante LOGP) celebra su cuarenta aniversario. En estas cuatro décadas la realidad delincencial y carcelaria española se ha ido modificando. El estado de emergencia penitenciaria que justificó la aprobación del artículo 10 de la LOGP, regulador del régimen penitenciario cerrado, en unos términos mínimos en relación al principio de legalidad, ha desaparecido. En aquel momento la Administración rozó el nivel de colapso, debido a la generalización de incidentes regiminales de extrema gravedad y a la inexistencia de una norma legal que diese cobertura jurídica a la necesaria inocuización y segregación de los internos más peligrosos y conflictivos<sup>2</sup>. La acuciante solución jurídica a ese grave problema vino dada por el actual art. 10 de la LOGP.

Si bien a día de hoy no podemos negar la existencia de cierto nivel de conflicto y violencia dentro de nuestras prisiones –probablemente de tipo estructural, por la propia inercia de la ejecución de la pena de prisión, así como por la falta de medios vinculada a los recortes presupuestarios– resulta innegable que la actual situación dista mucho de la vivida a finales de la década de los setenta del siglo pasado<sup>3</sup>. A pesar del cambio sustancial en la realidad social en la que debe ser aplicada la norma, nuestra LOGP –primera ley orgánica de la democracia– ha permanecido inalterada en cuanto a la regulación del régimen cerrado se refiere y, con ella, las deficiencias jurídicas inherentes al mismo han pervivido hasta la actualidad. Éstas, probablemente, fueron fruto de la urgencia en la aprobación parlamentaria de la norma penitenciaria, habida cuenta de la referenciada situación penitenciaria excepcional que estaba teniendo lugar en la incipiente nueva España democrática<sup>4</sup>.

---

1 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, (BOE nº 239, de 5 de octubre de 1979)

2 Vid. García Valdés, C., *Derecho Penitenciario (Escritos 1982-1989)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 253; Arribas López, E., *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, Madrid, 2010, p. 68; Carou-García, S., *Primer grado penitenciario y Estado de derecho. El estatus jurídico de los reclusos en régimen de máxima seguridad*, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 46 y ss.

3 Una completa descripción de la situación carcelaria española a finales de la década de los setenta del siglo XX puede verse en García Valdés, C., *Informe General 1979*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1979.

4 Para un estudio detallado sobre el proceso de tramitación parlamentaria de la LOGP vid. García Valdés, C., *La reforma penitenciaria española. Textos y materiales para su estudio*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981; Sáinz Moreno, F., *Ley General Penitenciaria. Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Servicio de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1980. En particular, para el caso del art. 10 de la LOGP, vid. García Valdés, C., «El artículo 10 de la LOGP: discusión parlamentaria y puesta en funcionamiento», *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 1, 1989.

## II. La parquedad normativa de la LOGP y su posterior desarrollo reglamentario y mediante disposiciones administrativas

El legislador penitenciario español articuló la intervención estatal más invasiva en el ya de por sí restringido status libertatis del recluso a través de ciento noventa y tres palabras, conformadoras del tenor del art. 10 de la LOGP, dejando abierta la puerta para el desarrollo reglamentario o administrativo de esta materia. Conforme al citado precepto:

«1. No obstante lo dispuesto en el número 1 del artículo anterior, existirán establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que el estudio de la personalidad del sujeto denote la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente.

2. También podrán ser destinados a estos establecimientos o departamentos especiales con carácter de excepción y absoluta separación de los penados, dando cuenta a la autoridad judicial correspondiente, aquellos internos preventivos en los que concurran las circunstancias expresadas en el número anterior, entendiéndose que la inadaptación se refiere al régimen propio de los establecimientos de preventivos.

3. El régimen de estos centros se caracterizará por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos en la forma que reglamentariamente se determine.

La permanencia de los internos destinados a estos centros será por el tiempo necesario hasta tanto desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su ingreso».

Los vacíos normativos, originados por la escueta regulación del régimen cerrado en la LOGP, trataron de ser suplidos por vía reglamentaria. El actual Reglamento Penitenciario<sup>5</sup> (en adelante RP) alberga el grueso de sus disposiciones dedicadas al régimen cerrado en los capítulos IV y V del Título III, intitulado «Del régimen de los establecimientos penitenciarios». Este desarrollo reglamentario excede en ocasiones, tal y como examinaremos a continuación, las competencias constitucionalmente atribuidas a este tipo de disposiciones, produciendo novaciones sobre el texto orgánico que generan disfunciones entre ambas normas.

Las distorsiones jurídicas presentes en la regulación del régimen cerrado se agravan, aún más, por el juego de la relación de sujeción especial que une al recluso con la Administración penitenciaria, la cual provoca que las disposiciones emanadas de ésta adquieran una singular relevancia. En este sentido, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (en adelante SGIIPP), en el ejercicio de la potestad que le atribuye el artículo 6 de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público<sup>6</sup>, reiterada por el artículo 3.5

<sup>5</sup> Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE nº 40, de 15 de febrero de 1996).

<sup>6</sup> Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE nº 236, de 02 de octubre de 2015).

Art. 6 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público:

«1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio [...]».

del RP<sup>7</sup>, ha dictado las siguientes instrucciones que afectan a los reclusos insertos en el régimen cerrado:

- Instrucción 9/2007. Clasificación y destino de los penados.
- Instrucción 3/2010. Protocolo de actuación en materia de seguridad.
- Instrucción 5/2011. Reforma del Reglamento Penitenciario.
- Instrucción 12/2011. Internos de Especial Seguimiento. Medidas de Seguridad.
- Instrucción 15/2011. Programa de Normalización de Conductas.
- Instrucción 17/2011. Protocolo de intervención y normas de régimen cerrado.

### III. Peligrosidad e inadaptación como conceptos jurídicos indeterminados

La peligrosidad extrema del interno o su inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, requeridas por el art. 10 de la LOGP, resultan expresiones excesivamente abstractas, dado el impacto de esta materia en la esfera de los derechos fundamentales del recluso. El posterior desarrollo reglamentario de la ley orgánica, contenido a estos efectos en el art. 102.5 del RP<sup>8</sup>, no ha tenido mayor fortuna en la precisión conceptual, llegando incluso a generar más confusión en relación a la finalidad última perseguida con el régimen de máxima seguridad<sup>9</sup>.

#### a) *La peligrosidad.*

La legislación penitenciaria no ofrece un concepto de peligrosidad, por lo que es necesario recurrir al concepto de la misma ofrecido, de modo indirecto, en el artículo 95.1.2º del Código Penal<sup>10</sup>. Partiendo de esta premisa, debemos entender que la aplicación del régimen de máxima seguridad está intentando proteger la indemnidad de ciertos

7 Art. 3.5 del RP:

«Los órganos directivos de la Administración penitenciaria podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante circulares, instrucciones y órdenes de servicio».

8 Art. 102.5 del RP

«Conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se clasificarán en primer grado a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, ponderando la concurrencia de factores tales como:

- a) Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial.
- b) Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos.
- c) Pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas.
- d) Participación activa en motines, plantes, agresiones físicas, amenazas o coacciones.
- e) Comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo.
- f) Introducción o posesión de armas de fuego en el Establecimiento penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico».

9 Para un análisis en profundidad del citado art. 102.5 RP vid. Carou-García, S., *Primer grado penitenciario y Estado de derecho*, op. cit., pp. 114 y ss.

10 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995). El art. 95.1.2º establece como requisito de la aplicación de la medida de seguridad «que del hecho [delictivo] y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos».

intereses jurídicos, que se verían lesionados por una reiteración de la conducta delictiva. El problema estriba en determinar qué intereses jurídicos son los presuntamente protegidos. ¿Se trata de bienes jurídicos esenciales protegidos por el Derecho penal o, por el contrario, se trata exclusivamente de preservar el orden en el interior del centro penitenciario? Una interpretación integradora nos lleva a concluir que la peligrosidad aludida por la LOGP es estrictamente criminal, sin perjuicio de que tenga repercusión en el terreno regimental, pues es obvio que la presencia de internos extremadamente peligrosos pone en grave riesgo el mantenimiento del orden necesario en una prisión. Entendemos que ello es así porque, en la medida en que el artículo 25.2 de la Constitución Española<sup>11</sup>(en adelante CE) declara subsistentes todos aquellos derechos de los reclusos no afectados por la condena, la Administración penitenciaria es depositaria del deber de protección de los mismos<sup>12</sup>. Así pues, es necesario que aquellos reclusos que supongan un peligro para la vida o la integridad física de los restantes miembros de la comunidad carcelaria sean segregados y sometidos a una mayor vigilancia y control.

La incertidumbre relativa al concepto de peligrosidad también tiene su reflejo en el terreno metodológico. La Administración penitenciaria no ha establecido un método concreto para evaluar la peligrosidad del interno. Actualmente, la elección del instrumento valorativo concreto queda en manos de cada psicólogo penitenciario. De ello se deriva un nivel inseguridad jurídica que no debiera de ser admisible en un Estado de derecho. Consideramos que debieran establecerse en sede reglamentaria, de modo claro y unificado, los métodos científicos que van a ser empleados por la Administración penitenciaria para determinar el riesgo de violencia del interno, así como la variable cuantitativa a partir de la cual ese riesgo es considerado como extremo.

#### b) *La inadaptación a los regímenes ordinario y abierto.*

Mientras que para el caso de la peligrosidad la LOGP requiere que ésta sea calificada de extrema, en el caso de la inadaptación la ley penitenciaria no determina la graduación a partir de la cual se hace necesario establecer medidas de seguridad reforzada. Esta desproporción entre los dos motivos que dan lugar a la aplicación del régimen cerrado se intentó solventar por vía reglamentaria, al exigir el art. 102.5 del RP que la inadaptación del interno sea grave y manifiesta.

Atendiendo al carácter excepcional del régimen cerrado, entendemos que de esta sucinta adjetivación de la inadaptación del interno, realizada por el art. 102.5, se deriva lo siguiente: la inadaptación debe de materializarse en conductas consideradas como infracciones disciplinarias graves o muy graves que, además, tengan un carácter indubitado. No en vano el art. 10.1 de la LOGP hace alusión a la apreciación, mediante causas objetivas y en resolución motivada, de la peligrosidad extrema y de la inadaptación referidas al régimen cerrado. Estimamos necesaria, por tanto, la existencia de un proceso sancionador en el que se haya probado la comisión de la infracción por parte del interno.

---

11 Constitución Española (BOE nº. 311, de 29 de diciembre de 1978).

12 Esta obligación aparece establecida de manera explícita en los artículos 3 de la LOGP y 4 del RP, especialmente en lo referido a la vida y la integridad física.

Los requisitos reglamentarios han sido completados, a través de la Instrucción 9/2007, con la exigencia de permanencia de la conducta inadaptada. Dispone la citada instrucción que la permanencia «ha de manifestarse en una continuidad en el tiempo, siendo reflejo de una actitud interna trascendente del interno».

c) *El art. 102.5 del RP.*

La lacónica alusión a la peligrosidad extrema o a la inadaptación de los internos, contenida en el art. 10.1 LOGP, intentó ser concretizada a través de la nómina factorial incluida en el art. 102.5 del RP. La deficiente redacción del artículo dotó de mayor inseguridad jurídica al régimen cerrado, llegando a sugerirse, por algunos autores, que dicho precepto albergaba una segunda vía de aplicación del mismo, al margen de los procesos clasificatorios regulados tanto por la LOGP como por el RP<sup>13</sup>. Consideramos que la interpretación conjunta del art. 102.5 del RP con las previsiones efectuadas en materia de clasificación por el art. 63 de la LOGP<sup>14</sup> –relativas a una valoración penal, social, psicológica y criminológica del interno– nos llevan a concluir que los factores enumerados en el citado artículo reglamentario son meramente orientativos, en relación con la apreciación de la peligrosidad o inadaptación del interno. No se puede anudar la aplicación automática del régimen cerrado a la presencia de uno o varios de estos factores, siendo imperativo, en todos los casos, la realización de una valoración integral del interno en los términos señalados en el art. 63 de la LOGP.

## VI. Aspectos procedimentales de la aplicación del régimen cerrado

a) *La motivación de las resoluciones administrativas.*

La ponderación de los criterios establecidos en el art. 10 de la LOGP –peligrosidad extrema e inadaptación a los regímenes ordinario y abierto– tiene que realizarse en el marco de un procedimiento clasificatorio, bien inicial, bien de revisión de una clasificación previa<sup>15</sup>, que arroje como resultado la necesidad de situar al interno en el primer grado. Ahora bien, dada la minoración de derechos fundamentales inherente al régimen cerrado, la concreción por parte de la Administración de los motivos que fundamentan su decisión debería ser exigida de un modo más riguroso.

Las resoluciones administrativas relativas a la aplicación del régimen cerrado deberían explicar –además de los factores concretos que han llevado a la apreciación de la peligro-

13 Favorable a esta conceptualización del artículo 102.5 del RP como segunda vía de aplicación del régimen cerrado se muestra Aranda Carbonell. Vid. Aranda Carbonell, M. J., «Una aproximación práctica a la clasificación penitenciaria», *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 252, 2006, p. 44.

14 Art. 63 de la LOGP:

«Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. La clasificación debe tomar en cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento».

15 Vid. Arribas López, E., *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, op. cit., p. 113.

sidad o inadaptación del recluso— los métodos de diagnóstico empleados en su valoración; los motivos de elección de dichos métodos y la idoneidad del régimen cerrado, en orden a rebajar el nivel de peligrosidad o inadaptación del interno, frente a otros medios penitenciarios menos lesivos jurídicamente. Sólo de este modo se puede garantizar que el recluso pueda conocer suficientemente las razones por las que es sometido a régimen cerrado y ejercitar —si lo estima necesario— su derecho de revisión de esa fundamentación administrativa por parte de los órganos judiciales, asegurando así la indemnidad de la tutela judicial efectiva<sup>16</sup>.

b) *Los plazos de revisión de la clasificación en primer grado.*

El carácter dinámico atribuido al tratamiento penitenciario —según lo establecido en el art. 62 f) de la LOGP— determina la necesidad de adaptar la clasificación a las modificaciones que se produzcan en la personalidad y comportamiento del recluso<sup>17</sup>. Por ello, los artículos 64.4 de la LOGP y 105.1 del RP disponen, de modo general, que en el plazo máximo de seis meses se procederá a una revisión de la clasificación. No obstante, para el caso del régimen cerrado la severidad de las restricciones de derechos asociadas al mismo son, en nuestra opinión, argumentos más que suficientes para justificar la necesidad de revisar el acuerdo clasificador en un plazo menor. La Administración penitenciaria parece haber sido consciente de esa necesidad y de la ausencia de una previsión legal específica al respecto. De tal modo que, mediante las Instrucciones 9/2007 y 5/2011, ha establecido un plazo máximo de tres meses para la revisión de la clasificación penitenciaria de los internos sometidos a régimen cerrado. Sin poner en duda que el fin alcanzado con estas previsiones administrativas es absolutamente correcto y responde al carácter excepcional y transitorio del régimen de máxima seguridad, hay que destacar que el medio empleado resulta contrario al principio de legalidad y de jerarquía normativa. La LOGP no recoge, en ninguno de sus artículos, la existencia de un plazo específico de tres meses para la revisión de los acuerdos clasificatorios en primer grado<sup>18</sup>.

c) *El procedimiento especial del art. 95.3 del RP.*

Por vía reglamentaria se introdujo un mecanismo de aplicación del régimen cerrado que supone una total ruptura de la vinculación automática entre clasificación y aplicación del correspondiente régimen penitenciario, plasmada en el art. 72.2 de la LOGP<sup>19</sup>. Nos referimos al procedimiento especial del art. 95.3 del RP, para supuestos de motín, agre-

16 Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria han mostrado en varias ocasiones su preocupación por la deficiente motivación de las resoluciones clasificatorias en primer grado penitenciario. Vid. criterio nº 39 de los *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XIX reuniones celebradas entre 1981 y 2010 (texto refundido y depurado actualizado a mayo de 2010)*.

17 Vid. Fernández Arévalo, L. / Nistal Burón, J., *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 471.

18 Vid. Carou-García, S., *Primer grado penitenciario y Estado de derecho*, op. cit., pp. 142 y ss.

19 Art. 72.2 de la LOGP:

«Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el número 1 del artículo 10 de esta Ley».

sión física con arma u objeto peligroso, toma de rehenes o intento violento de evasión<sup>20</sup>. La regulación ofrecida por dicho precepto asemeja, en demasía, esta aplicación del régimen cerrado a la imposición de una sanción de aislamiento, alterando los aspectos característicos de dicho régimen dibujados en el art. 10 de la LOGP. En este supuesto, la aplicación de las normas regimientales de máxima seguridad se produce en ausencia de un procedimiento clasificatorio previo, en el que se determine la peligrosidad extrema o la inadaptación manifiesta del recluso, tal y como obligan los arts. 10 y 63 de la LOGP. Se generan de este modo lesiones a los principios de legalidad y de jerarquía normativa, al mismo tiempo que se producen contradicciones internas en la norma reglamentaria.

## V. Las modalidades de vida dentro del régimen cerrado

### a) *La innovación de la LOGP a través del RP.*

El preámbulo del RP de 1996 destaca, dentro de las novedades introducidas por el texto reglamentario, la redefinición del régimen de máxima seguridad, estableciendo dos modalidades de vida: la ejecutada en los departamentos especiales y la impuesta en los módulos o centros de régimen cerrado. Efectivamente, el calificativo de novedad es más que acertado, si tenemos presente que no existe previsión alguna en tal sentido en la norma orgánica que es objeto de desarrollo reglamentario. El propio concepto de modalidad de vida es un constructo reglamentario, ya que no aparece contemplado en la LOGP. Si bien es cierto que art. 10 de la LOGP, en su apartado primero, hace referencia a la existencia de «establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales», no explicita en ningún momento que en dichos espacios se apliquen modalidades regimientales diferentes. Es más, el apartado tercero del mencionado precepto, al establecer las características del régimen cerrado, emplea la forma singular y alude a «el régimen de estos centros», omitiendo cualquier diferenciación entre ellos. A mayor abundamiento, podemos señalar que la propia ubicación sistemática del art. 10 de la LOGP, dentro del Título I relativo a los establecimientos y medios materiales, nos lleva a interpretar que la referencia a establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado y departamentos especiales obedece a un criterio puramente arquitectónico. El RP de 1996 vulnera en este punto los límites sustanciales o materiales a los que debe ceñirse toda norma reglamentaria, conculcando los principios constitucionales de legalidad y jerarquía normativa.

### b) *Criterios de asignación de modalidades.*

La utilización de los criterios peligrosidad e inadaptación, por parte del art. 91 del RP<sup>21</sup>, a la hora de asignar una u otra modalidad de vida dentro del régimen cerrado diluye

<sup>20</sup> Art. 95.3 del RP:

«Mediando motín, agresión física con arma u objeto peligroso, toma de rehenes o intento violento de evasión, el traslado del penado a un Establecimiento de régimen cerrado podrá acordarse por el Centro Directivo, aunque no se haya producido resolución clasificatoria en primer grado, que, en todo caso, deberá efectuarse dentro de los catorce días siguientes, dando cuenta inmediatamente del traslado al Juez de Vigilancia».

<sup>21</sup> Art. 91 del RP:

la distinción entre ellos redirigiendo a ambos a un escenario de infracciones disciplinarias por parte de los internos. Son varias las críticas que nos suscita esta regulación establecida en el art. 91 del RP.

Por una parte, la insoslayable necesidad de que se produzcan alteraciones regimentales imposibilitaría la aplicación ,de cualquiera de las dos modalidades, a internos cuya extrema peligrosidad haya sido evaluada en función de los ilícitos que han motivado su entrada en prisión, contradiciendo lo establecido en los apartados a), b), c) del art. 102.5 del RP, en los que se alude a los delitos cometidos<sup>22</sup>. Para resolver esta disfunción normativa y dar respuesta a la evidente la necesidad de segregar a aquellos internos en los que se evidencia una peligrosidad extrema, antes de que se produzca un incidente regimental, la Administración penitenciaria acude a la aplicación de la modalidad de vida menos restrictiva de derechos del régimen de máxima seguridad, esto es la imperante en los centros o módulos de régimen cerrado, aludida en el art. 91.2 del RP<sup>23</sup>.

Por otra parte, el apartado tercero del art. 91 del RP sugiere que las alteraciones regimentales, en las que se pone en peligro la vida o la integridad de personas, pueden tener lugar tanto dentro como fuera de los establecimientos penitenciarios. La posibilidad de considerar como alteración regimental la puesta en peligro de la vida o la integridad física acaecidas en el exterior de la prisión resulta cuestionable. Las normas regimentales hacen referencia a un ámbito de aplicación intra-penitenciario<sup>24</sup>, pues están destinadas a mantener el orden y la seguridad dentro del recinto carcelario, tal y como señala el art. 37.1 del RP<sup>25</sup>. En este caso, una vez más, asistimos a una colisión entre dos preceptos de la misma norma penitenciarias<sup>26</sup>.

### c) Reasignación de modalidad.

En materia de reasignación de modalidades, el art. 92 del RP<sup>27</sup> sólo contempla la

---

«1. Dentro del régimen cerrado se establecen dos modalidades en el sistema de vida, según los internos sean destinados a Centros o módulos de régimen cerrado o a departamentos especiales.

2. Serán destinados a Centros o módulos de régimen cerrado aquellos penados clasificados en primer grado que muestren una manifiesta inadaptación a los regímenes comunes.

3. Serán destinados a departamentos especiales aquellos penados clasificados en primer grado que hayan sido protagonistas o inductores de alteraciones regimentales muy graves, que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, Autoridades, otros internos o personas ajenas a la Institución, tanto dentro como fuera de los Establecimientos y en las que se evidencie una peligrosidad extrema».

22 Vid. Brandariz García, J. Á., «Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: Departamentos especiales y F.I.E.S. -1 (CD)», *Estudios penales y criminológicos*, nº 24, 2001, p.16.

23 Vid. Arribas López, E., *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, op. cit., pp. 283 y ss.

24 Vid. Arribas López, E., *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, op. cit., p. 284.

25 Art. 37.1 del RP:

«Por régimen penitenciario se entiende el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos».

26 Vid. Carou-García, S., *Primer grado penitenciario y Estado de derecho*, op. cit., pp. 161 y ss.

27 Art. 92 del RP:

«1. La asignación de las modalidades de vida previstas en el artículo anterior será acordada por la Junta de Tratamiento, previo informe del Equipo Técnico, y será autorizada por el Centro Directivo.

2. Procederá, en todo caso, la propuesta de reasignación de la modalidad en el sistema de vida de los penados destinados en departamentos especiales que muestren una evolución positiva, ponderando, entre otros, factores tales como:

- a) Interés por la participación y colaboración en las actividades programadas.
- b) Cancelación de sanciones o ausencia de las mismas durante períodos prolongados de tiempo.
- c) Una adecuada relación con los demás.

posibilidad de que ésta se produzca en relación con los internos de los departamentos especiales, obviando a los reclusos destinados a los centros o módulos cerrados<sup>28</sup>. Se ignora la posibilidad de que se produzca una involución en la actitud de los reclusos de los centros o módulos de régimen cerrado que los haga acreedores de una mayor severidad regimental, debiendo, en consecuencia, ser reasignados a los departamentos especiales. Esta omisión reglamentaria es suplida por las previsiones de la Instrucción 9/2007, que se refiere de modo expreso a las regresiones de modalidad.

En cuanto a la nómina de factores que deben ser tenidos en cuenta en el procedimiento decisorio de revisión de modalidad de vida, el art. 92.2 del RP no realiza con ella una enumeración cerrada de los mismos, aunque la tipología común a todos ellos resulta contradictoria con la dinámica regimental de cualquiera de las dos modalidades de vida del régimen cerrado<sup>29</sup>. La ponderación del «interés por la participación y colaboración en las actividades programadas» conlleva una evaluación de la asistencia y de la conducta del interno durante el desarrollo de las actividades diseñadas individualmente para él<sup>30</sup>. La ausencia de actividades de tratamiento ha sido uno de los problemas enquistados en la aplicación del régimen cerrado. La reforma del RP, acometida en el año 2011, abordó esta cuestión e instauró la obligación de diseñar programas de intervención específicos para estos internos. A pesar de ello, el carácter relativamente reciente de la reforma, unido a la escasez de medios personales y materiales de la Administración Penitenciaria, provoca problemas para su efectiva puesta en práctica en todos los centros.

La alusión de la norma reglamentaria a la «cancelación de sanciones» introduce en la valoración de la evolución positiva del interno un elemento procedimental, totalmente ajeno al comportamiento o a la conducta de éste<sup>31</sup>.

La evaluación de la «adecuada relación con los demás» es, sin duda, el factor más llamativo de los enumerados por el art. 92.2 del RP. La ponderación de este factor exige examinar, entre otros, aspectos como la evitación o la búsqueda por parte del interno de relación con los funcionarios, su actitud hacia otros internos o funcionarios, el uso de conductas inapropiadas en la relación como presión o engaño, o la presencia de conductas agresivas<sup>32</sup>. La evaluación de estas cuestiones se torna compleja, debido a la propia esencia de aislamiento del régimen cerrado, más acuciada en los departamentos especiales.

Los aspectos procedimentales para la reasignación de modalidad de vida, establecidos en el art. 92 del RP, padecen también ciertas omisiones, incomprensibles para una norma que ha debido de pasar varios filtros antes de su aprobación definitiva. La

3. La asignación de modalidad de vida se revisará en el plazo máximo de tres meses, se notificará al interno y se anotará en su expediente personal.

4. Cuando el interno sea menor de veintinueve años, toda revisión, tanto de modalidad como de grado, que supere los seis meses de permanencia en el mismo régimen de vida, será remitida al Centro Directivo para su resolución.

Asimismo, si los acuerdos, ya sean sobre asignación de modalidad o revisión de grado, no son adoptados por unanimidad, se remitirán al Centro Directivo para su resolución».

28 Vid. Arribas López, E., *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, op. cit., p. 285.

29 Vid. Carou-García, S., *Primer grado penitenciario y Estado de derecho*, op. cit., p. 241.

30 Vid. Fernández Bermejo, D., *Individualización científica y tratamiento en prisión*, Ministerio del Interior, Madrid, 2014, p. 320.

31 Vid. Carou-García, S., *Primer grado penitenciario y Estado de derecho*, op. cit., p. 242.

32 Vid. Armenta González-Palenzuela, F. J. / Rodríguez Ramírez, V., *Reglamento Penitenciario. Análisis sistemático, comentarios, jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2009 op. cit., p. 264.

regulación reglamentaria sólo contempla supuestos en los que la Junta de Tratamiento propone un cambio de modalidad de vida; sin embargo, no es extraño que una vez examinado el informe del Equipo Técnico, la Junta de Tratamiento acuerde el mantenimiento del interno en la modalidad de vida en que se encuentra ubicado. Si para el caso de la propuesta de modificación de la modalidad de vida la norma establece una doble instancia administrativa, en el caso del mantenimiento de la modalidad la decisión única recae sobre la Junta de Tratamiento, sin que dicha decisión haya de ser autorizada por el Centro Directivo<sup>33</sup>. Este procedimiento resulta poco respetuoso en relación con la indemnidad de los derechos fundamentales de los reclusos, ya que la decisión de mantener a un interno en la modalidad de departamento especial resulta más costosa, en términos de afectación a derechos fundamentales, que la decisión de reasignarlo a una modalidad menos restrictiva.

## VI. El fichero de internos de especial seguimiento

Dos años después de que la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS, en su sentencia de 17 de marzo de 2009, considerada ilegal la restricción de los derechos de los reclusos mediante normas internas de la Administración<sup>34</sup>, se decide dar por primera vez cobertura reglamentaria al Fichero de Internos de Especial Seguimiento (en adelante FIES) –de modo expreso– y a las posibles injerencias regimentales del mismo –de modo tácito–. Las innovaciones en la materia se operan a través de la reforma efectuada en el RP por el Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo.

La reforma reglamentaria introduce un nuevo apartado en el art. 6, concretamente el apartado 4, conforme al cual: «la Administración penitenciaria podrá establecer ficheros de internos que tengan como finalidad garantizar la seguridad y el buen orden del establecimiento, así como la integridad de los internos. En ningún caso la inclusión en dicho fichero determinará por sí misma un régimen de vida distinto de aquél que reglamentariamente corresponda». La alusión al FIES –pese a no mencionarlo de modo literal, como si se tratase de una especie de tabú– resulta evidente.

Como complemento de la reforma del art. 6 del RP, el RD 419/2011 da una nueva redacción al art. 65 del texto reglamentario, relativo a las medidas de seguridad interior. Actualmente se incluyen dentro de estas medidas dos aspectos tradicionalmente asociados a la inclusión en el FIES, como son los cambios periódicos de celda y la restricción en la asignación de destinos y actividades. La sombra del FIES en la nueva redacción del art. 65 alcanza su máxima expresión en la incorporación del apartado segundo, según el cual: «la intensidad de las medidas señaladas en el apartado anterior se ajustará a la potencial peligrosidad de los internos a que se apliquen, particularmente en los supuestos de internos pertenecientes a grupos terroristas, de delincuencia organizada o de peligrosidad extrema, respetándose, en todo caso, los principios a que se refiere el artículo 71». Los colectivos de internos citados por el art. 65.2 del RP coinciden esencialmente con la actual catalogación de grupos establecida en el FIES, particularmente FIES-2 DO

<sup>33</sup> Vid. Instrucción 5/2011.

<sup>34</sup> Sobre la citada STS, de 17 de marzo de 2009, vid. Arribas López, E., «La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009 y las instrucciones y órdenes de servicio de la Administración Penitenciaria», *La Ley*, nº 7269, 2009.

(Delincuencia Organizada) y FIES-3 BA (Bandas Armadas). Como complemento de las reformas reglamentarias relacionadas con el FIES, la SGIIPP dictó la Instrucción 12/2011, sobre Internos de Especial Seguimiento y Medidas de Seguridad.

En relación a la posible deriva regimental del FIES, debemos señalar que respecto al colectivo FIES CD (Control Directo) –conformado por los internos a los que se les aplica el art. 10 de la LOGP– en la actualidad no existe un endurecimiento de las restricciones regimentales vinculado a la inclusión en el fichero. Entendemos que ello es así porque, en buena medida, muchas de las medidas de seguridad otrora aplicadas a estos internos incluidos en el fichero han sido incorporadas a la dinámica regimental de los departamentos especiales y de los módulos de régimen cerrado, a través de la Instrucción 17/2011.

Descartada, al menos en teoría, la incidencia regimental del FIES en lo que al colectivo FIES CD se refiere, la duda surge en relación a los colectivos FIES-BA y FIES-DO. La Instrucción 12/2011, inmediatamente después de regular los aspectos administrativos del FIES, introduce un tercer punto que lleva por título «Medidas de seguridad relativas a internos vinculados a grupos terroristas y otras organizaciones o grupos de delincuencia organizada». No es preciso ser un lector muy avezado para colegir la alusión a los colectivos FIES BA y FIES DO. Dentro de las medidas de seguridad aplicables a estos reclusos, profusamente reguladas por la instrucción, encontramos el destino a módulos o departamentos que cuenten con medidas de seguridad adecuadas, en los que pueda controlarse su relación con internos que forman parte de su misma organización, de otras organizaciones y grupos delictivos o de grupos de internos inadaptados. Ello da lugar al surgimiento de una duda relativa a sí, partiendo de tal previsión, se podría destinar a estos reclusos a módulos o departamentos de régimen cerrado –aunque dentro de ellos les sea aplicado un régimen ordinario si así lo implica su clasificación– ya que estas infraestructuras penitenciarias son las que aparecen dotadas de mejores condiciones para una vigilancia intensa. Un recluso de estas características podría ver aumentado el carácter aflictivo de la pena que le ha sido impuesta, en función de la aplicación de las medidas de seguridad recogidas en una simple disposición administrativa como la Instrucción 12/2011.

Sin duda la existencia del FIES resulta de enorme utilidad para que la institución carcelaria cumpla los cometidos que legalmente tiene asignados, por lo que no es de extrañar que la Administración intentase enmendar la ausencia de una cobertura legal de esta base de datos en el menor tiempo posible. Sí resulta, en cambio, más que cuestionable el modo de solventar el problema jurídico puesto de manifiesto por la STS, de 17 de marzo de 2009. La regulación por vía reglamentaria de una herramienta como es el FIES –que incide en los derechos y libertades de los reclusos– supone una quiebra más dentro del ordenamiento penitenciario de los principios de legalidad y jerarquía normativa, ya que el lugar natural de regulación de una materia tan sensible como ésta debiera ser en sede legislativa, esto es dentro del articulado de la LOGP, con las garantías inherentes a la misma<sup>35</sup>.

---

35 Vid. Cervelló Donderis, V., *Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 213.

## VII. Conclusiones

Como señalábamos en la introducción de este texto, la situación de emergencia penitenciaria de finales de la década de los setenta del pasado siglo, determinó la aprobación urgente de un instrumento jurídico que diese cobertura legal a los mecanismos inocuidadores de los reclusos más peligrosos y desestabilizadores del orden y la seguridad intra-penitenciarios. Esa premura pudo justificar, hasta cierto punto, la aprobación de un texto normativo que a duras penas podría ajustarse a los requisitos mínimos del principio de legalidad. Empero, a día de hoy resulta inadmisibile, desde un prisma jurídico, que la regulación en sede orgánica del modo de ejecución más severo de la pena privativa de libertad continúe limitándose a la escueta redacción del art. 10 de la LOP. No resulta acorde con la proclamación constitucional de un Estado de derecho que la máxima manifestación del poder punitivo estatal se solucione, legislativamente, con una remisión a su posterior desarrollo reglamentario.

En una materia tan delicada como la ejecución de la pena de prisión bajo un régimen de máxima seguridad, entendemos que la LOGP debiera albergar el grueso de la regulación, dada la grave afectación de derechos fundamentales. En materia de extrema seguridad carcelaria, lo que a simple vista pueden parecer cuestiones de mera ejecución –que tradicionalmente se podrían solventar por vía reglamentaria o incluso mediante instrucciones administrativas– en no pocas ocasiones esconden tras de sí restricciones de derechos que aumentan la carga aflictiva de la pena, hasta el extremo de alterar la definición sustantiva de la misma. Conviene recordar en este punto el mandato contenido en el art. 25.2 de la CE, conforme al cual las limitaciones de los derechos fundamentales del penado solo podrán provenir del contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

Aunque el clima político de creciente crispación en el que vivimos inmersos desde hace un tiempo no augura un buen futuro para un intento de reformulación de la LOGP –teniendo en cuenta los consensos parlamentarios imprescindibles para ello– la necesidad de modificación de nuestra LOGP se hace cada día más evidente y urgente.

La talla de un Estado de derecho no se mide a través de declaraciones altisonantes enunciadas por los representantes públicos. La verdadera madurez jurídica estatal se demuestra en la respuesta ofrecida por el ordenamiento jurídico a situaciones en las que la línea que separa la protección de los derechos fundamentales de la lesión de los mismos se torna estrecha. Tal es el caso del régimen penitenciario cerrado. La presencia en nuestras prisiones de internos conflictivos y peligrosos ha sido, y será mal que nos pese, una constante. Por ello el ordenamiento jurídico debe articular un sistema que permita combinar un cumplimiento eficaz de las finalidades penitenciarias de retención y custodia, con un escrupuloso respeto a la indemnidad de los derechos fundamentales de los reclusos no afectados por la condena, así como al principio de legalidad. Este difícil cometido jurídico no puede lograrse con un escueto artículo contenido en la LOGP.

# «Se inventan sus leyes»: ¿Qué criterios se deben valorar en la concesión de permisos de salida penitenciarios?

Elena LARRAURI<sup>1</sup>

## Introducción

Los permisos penitenciarios ordinarios<sup>2</sup> son una institución conocida y apoyada en España. Su justificación descansa tradicionalmente en la creencia de que son un mecanismo que promueve la reintegración social, al permitir mantener los vínculos familiares y sociales con el exterior; en que contribuyen a humanizar las penas, al aceptarse que la privación total de libertad sin ninguna esperanza de salir al exterior constituye un castigo inhumano; y en su utilidad para mantener la convivencia y el orden dentro de prisión. Además, los permisos de salida también son importantes en cuanto posibilitan la ‘cadena progresiva’, que permite eventualmente el tránsito a régimen abierto y libertad condicional<sup>3</sup>. La posibilidad de obtenerlos constituye en palabras del Tribunal Constitucional (STC 81/1997 de 22 de abril) una expectativa legítima del interno.

A pesar del consenso en la bondad de esta institución existe también una corriente crítica que destaca la escasez con que se conceden los permisos en el territorio de la Administración General del Estado (AGE). Así en 2016 en España se concedieron 114.

---

1 Este estudio se inscribe en el proyecto “Ejecución y supervisión de la pena: Calidad de la intervención, legitimidad y reincidencia» financiado por MINECO (Ref. DER2015-64403-P), FEDER, UE; también en el marco de las Ayudas a las acciones de dinamización “Redes de Excelencia” proyecto: *Desarrollo de un modelo criminológico y empírico de la política criminal – Acrónimo EmpiriC –. Financiado por MCIU-AEI (Ref. DER2017-90552-REDT)*. Gracias por aportaciones significativas a los Magistrados Eduardo Navarro, Yolanda Rueda, y José Luis Ramírez; a Carles Soler, subdirector de Programas de Tratamiento de la Generalitat de Cataluña, por su ayuda y confianza; y a diversos técnicos y juristas del territorio de la Administración General del Estado (AGE). Agradezco a José María Rodríguez de Santiago su colaboración para intentar entender el tema no menor del control de la discrecionalidad administrativa; y a José Cid y Martí Rovira por soportar infinitas dudas. Finalmente, a los participantes en el seminario celebrado en la UPF en Febrero de 2018. Desde luego, ninguno tiene responsabilidad por la interpretación de sus comentarios.

2 Este trabajo no aborda la posibilidad de salir temporalmente del establecimiento penitenciario por motivos extraordinarios (fallecimiento o enfermedad grave), regulados en el art.47.1 y 155 de la LOGP y RP, respectivamente.

3 La introducción de esta institución en España parece enlazada a la humanización del sistema penitenciario emprendida por Victoria Kent y al sistema progresivo (Bueno Arus, F. (1986) Los permisos de salida y las competencias de los jueces de vigilancia, *Poder Judicial*, nº 2, pag.15-29; Núñez, J. (1997) Los permisos de salida, en *Psicología Jurídica Penitenciaria*, editado por Jesús Clemente y Jesús Núñez, Madrid: Fundación Universidad - Empresa, 367-421; Garrido Guzmán, L. (1989) Los permisos de salida en el ordenamiento penitenciario español, *EGUZZKILORE*, nº extraordinario 2, pag.65-78. En el Reglamento de los servicios de prisiones de 1956 se reconocen permisos extraordinarios por motivos humanitarios (por ejemplo asistir a un fallecimiento), y en el RD 2273/1977 se introducen por primera vez los que pasan a conocerse como ordinarios ‘con la finalidad de que puedan llevar a cabo visitas familiares’ (Bueno Arús, op.cit.). Hay posiblemente un motivo histórico adicional, ‘compensar’ a los presos comunes que en aquellas fechas se vieron excluidos de la amnistía (SGIP, comunicación personal).

374 permisos y ello representa una ratio de 2,58 permisos por preso. Por su parte, en Cataluña se concedieron 42.221 y la ratio es de 5,78 por preso<sup>4</sup>.

Para saber cuántos presos se benefician de los permisos no basta conocer el número absoluto, ya que puede haber más o menos permisos en función de la población en prisión, y tampoco es suficiente averiguar el número de permisos por preso, ya que puede suceder que un grupo reducido de internos reciban muchos permisos. Así pues, para responder al porcentaje de presos de segundo grado se benefician de los permisos debemos por ahora recurrir a pequeños estudios de campo.

En nuestra investigación<sup>5</sup> basada en 152 entrevistas a presos obtuvimos que solo un 25,3% de los internos en segundo grado disfrutaban de un permiso a la ¼ parte, un 34,1% a media condena y sólo cuando se ha superado las ¾ partes se alcanzan las cifras de 51,5% de los internos. Estos datos nos llevan a ser críticos con la forma en cómo se está usando esta institución pues en definitiva *sólo un 25,3% se beneficia del sistema progresivo*, como este fue teóricamente concebido (a la ¼ parte un permiso, a media condena clasificación en régimen abierto y libertad condicional a las ¾ partes)<sup>6</sup>. Ello nos llevó a concluir que en realidad los permisos, al operar en la última parte de la condena, más bien tienden a sustituir el régimen abierto y la libertad condicional, que a permitir un adecuado uso del sistema progresivo.

La escasa concesión de permisos es preocupante por su trascendental efecto para iniciar la progresión, ya que la posibilidad de ser liberado anticipadamente (en régimen abierto o en libertad condicional) alcanza el 56.5%, si se ha obtenido un permiso, mientras que se reduce al 10% si no han obtenido permisos<sup>7</sup>. Además, en un sistema penal que en 2016 tiene un 27 % de condenas largas (de cinco a diez años) comparado con el 6,9% de Alemania, y un tiempo medio de cumplimiento efectivo en prisión de 17,5 meses (comparado con 8,1 meses en Alemania), la institución de los permisos es también particularmente relevante por motivos de humanidad y para evitar el efecto de prisionización<sup>8</sup>.

Uno de los motivos que posiblemente explica la dificultad de obtener un permiso es la multitud de exigencias que se realizan a la persona presa. Así, mientras la Ley General Penitenciaria requiere la concurrencia de tres factores para solicitarlo, la Instrucción 1-12 de Permisos de Salida y Salidas Programadas de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias tolera su denegación por la presencia de cualquiera de las 67 razones que enumera<sup>9</sup>. Esta amplísima variedad de criterios posibilita una fácil negativa, ya que siempre es posible encontrar algún criterio que se incumple.

4 Rovira, M., Larrauri, E. y Alarcón, P. (2018). La concesión de permisos penitenciarios. Una aproximación criminológica a distintas fuentes de variación. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPCPC 20-02.

5 Rovira, Larrauri y Alarcón, op.cit.

6 Los datos presentados (25,3% de los internos en segundo grado disfrutaban de un permiso a la ¼ parte, un 34,1% a media condena y sólo cuando se ha superado las ¾ partes se alcanzan las cifras de 51,5% de los internos) son globales, si los descomponemos por nacionalidad, solo el 21,4% de los ciudadanos de terceros países recibe un permiso incluso una vez cumplidas las ¾ partes de la condena. En este sentido quizás sí es posible prever quien no va a obtenerlo.

7 Cid, J. e Ibáñez, A. (2019) Prisoner resettlement in Spain – Good practices for early-released prisoners and prisoners lost in transition that fully serve their sentence, en Frieder Dünkel, Ineke Pruin, Anette Storgaard & Jonas Weber (eds.) *Prisoner Resettlement in Europe*. Routledge.

8 Véase los datos en Larrauri, E. (2018). *Introducción a la criminología y al sistema penal* (2a ed. revisada y actualizada). Madrid: Trotta.

9 Ver nota final.

En este artículo voy a concentrarme especialmente en los criterios que se evalúan antes de conceder un permiso penitenciario<sup>10</sup>. Esta presentación nos alertará sobre la multitud de criterios evaluados, y sobre los diversos actores fundamentales que intervienen en la concesión de permisos, la Junta de Tratamiento, el Ministerio Fiscal quien los informa y el Juez de Vigilancia Penitenciaria quien finalmente los autoriza.

Adicionalmente la diversidad de exigencias y actores provoca la percepción de que el proceso de concesión de los permisos 'no es justo, se inventan sus leyes' y quizás explica el porqué la concesión de permisos es la tercera institución peor evaluada por un 40% de los internos<sup>11</sup>. Este dato debiera ser preocupante ya que el permiso penitenciario es una de las instituciones alrededor de las cuales gira la vida en prisión y tiene que ver con cómo los presos experimentan la calidad de vida en prisión<sup>12</sup>. Si además existe un sentimiento de que su concesión no es justa, ello puede cuestionar la legitimidad de la institución y sus agentes, lo cual a su vez dice relación con el mantenimiento del orden en prisión y la confianza general en el derecho.

## II. La ley, el reglamento penitenciario y la instrucción 1-12 de permisos de salida y salidas programadas de la secretaría general de instituciones penitenciarias.

Como es conocido, el artículo 47.2 de la LOGP señala

(...) se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de *segundo o tercer grado*, respectivamente, siempre que hayan *extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta* (subrayado añadido).

Es frecuente continuar la discusión<sup>13</sup>, y también así lo realiza el Tribunal Constitucional (STC 221/2006 de 3 de Julio) advirtiendo que además de los 'criterios objetivos' de la LOGP<sup>14</sup>, deben darse otros 'subjctivos'. Con ello se quiere realzar que no es suficiente con que el interno esté en segundo grado y carezca de sanciones para aspirar a un permiso, sino que es una facultad discrecional y se deben valorar 'muchos otros factores'. Esto es lo que en ocasiones se pretende reforzar apuntando que 'la concesión del permiso no es un derecho'<sup>15</sup>.

---

10 En consecuencia no abordo la recurrente discusión acerca de su naturaleza jurídica que ya ha sido tratada de forma extensa por diversos autores. Véase Cervelló, V. (2016) *Derecho Penitenciario*. Valencia, Tirant lo Blanch 4ª ed.; Juanatey, C. (2016) *Manual de derecho penitenciario*, Madrid, Iustel, 3ª ed.; Mir, C. (2018) *El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Barcelona: Atelier; de Vicente Martínez, R. (dir) (2015) *Derecho Penitenciario*. Valencia, Tirant lo Blanch.

11 Rovira, Larrauri y Alarcón, op.cit.

12 Rodríguez, J., Larrauri, E. y Güerri, C. (2018). Percepción de calidad de vida en prisión: La importancia de una buena organización y un trato digno. *Revista Internacional de Sociología*, 76(2), e098.

13 Se ha remarcado el sentido de poder ser clasificado en tercer grado desde un inicio y no poder disfrutar de un permiso hasta que se haya cumplido la cuarta parte. También se ha objetado el no conceder permisos a internos clasificados en primer grado. Véase Martínez Escamilla, M. (2002) *Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad*. Madrid, Edisofer.

14 Se ha señalado la ambigüedad del requisito de mala conducta (no tener sanciones, o no tener sanciones sin cancelar, o no tener más de una sanción). Ciertamente 'no observar mala conducta' es ambiguo, pero puede 'objetivarse' si se interpreta como 'no tener sanciones sin cancelar'. Lo que lógicamente es un gran incentivo para no recurrirlas.

15 Como ya he advertido esta discusión no será proseguida en este artículo. Baste por ahora indicar que el

Cuando se intenta indagar qué otros factores, además de los tres objetivos exigidos por la ley, se van a valorar por parte de la Junta de Tratamiento la remisión obligada es al Reglamento Penitenciario. Este dispone en su artículo 156:

El informe del equipo técnico será desfavorable cuando por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.

Como se desprende de una primera lectura, el reglamento apunta a la necesidad de realizar un juicio de probabilidad sobre el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno, para lo que se debe valorar la 'peculiar trayectoria delictiva', la 'personalidad anómala' y las 'variables cualitativas'.

Los dos primeros elementos (la personalidad y trayectoria delictiva) no acotan el objeto de la valoración. El *último factor hace referencia* a la valoración obtenida mediante la aplicación de algún instrumento de evaluación de riesgo. Como es conocido, en el territorio de la Administración General del Estado se usa la Tabla de Variables de Riesgo (TVR) introducida en la Instrucción 1/1995 de 10 de enero, y la Tabla de Concurrencia de Circunstancias Peculiares (M-CCP), en la Instrucción 22/96 de 16 de diciembre<sup>16</sup>.

Cuando estos instrumentos se aprobaron, un objetivo era también unificar los criterios en base a los cuales se conceden los permisos en los distintos centros penitenciarios. No obstante, la existencia de estos instrumentos no consigue unificar los criterios de decisión acerca de los permisos. Por un lado, porque existe acuerdo unánime, incluso entre los defensores de las Tablas de evaluación de riesgo, que la decisión final no debe descansar solo en factores 'matemáticos'<sup>17</sup>. Por otro lado, porque parece evidente que la valoración acerca de dar un permiso no debiera descansar sólo en una evaluación de riesgo (determinada por los 'factores de riesgo' pasados y estáticos), sino especialmente en la existencia de un proyecto de reinserción futuro. Y por último, porque incluso si se quisiera hacer descansar toda la evaluación en una TVR esta no discrimina suficiente, pues la mayoría de presos presenta un perfil de riesgo bajo<sup>18</sup>. Por estos motivos, la existencia de un instrumento de evaluación de riesgo no agota

---

TEDH ha indicado que *el mero hecho de que su concesión sea discrecional no determina la negación de un derecho* [sentencia *Boulois v. Luxembourg* (2012) par.93]. Véase también la sentencia de la *Cour de Cassation de Belgique*, 15 noviembre 2013, que reconoce un *derecho al permiso de salida* cuando no existen 'contra indicaciones', de sustraerse al cumplimiento de la pena, de comisión de delitos graves y el condenado ha manifestado su conformidad con el cumplimiento de las condiciones. Reconocer un derecho no conlleva que su concesión sea 'automática', ya que evidentemente está sometido, como todos, a ponderación.

16 Para una historia detallada véase Renart, F. *Los permisos de salida en el derecho comparado*, Madrid, SGIP, p.109. La TVR se elaboró en 1993, de forma conjunta entre la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y el Departamento de Psicología Social de la Universidad Complutense con una muestra de unos 1.500 casos, y valora 10 variables de riesgo. En la actualidad la M-CCP ha ampliado la lista con cinco criterios de política criminal (tipo de delito, trascendencia social, lejanía de las ¾ partes de la condena) que difícilmente pueden considerarse de 'valoración del riesgo'. Véase una crítica en Ferez Mangas, D.-Andrés Pueyo, A. (2018) Eficacia predictiva en la valoración del riesgo del quebrantamiento de permisos penitenciarios. *La Ley Penal*, n.134, septiembre-octubre. Además posibilita denegar permisos de salida a internos indocumentados (punto 3) e introduce los Programas de preparación para permisos de salida (punto 5.1.3.a).

17 Núñez, op.cit., pag. 412-414

18 Larrauri, E. (2018) *Introducción a la Criminología y al Sistema Penal*. Madrid, Trotta, 2ªed., pag.186.

la discusión acerca de qué criterios se deberían valorar para conceder un permiso penitenciario.

En un intento de encontrar mayor orientación acudimos (en vano) a la Instrucción 1-12 de Permisos de Salida y Salidas Programadas de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Esta alude a la necesidad de realizar un ‘análisis documental del historial penal y penitenciario’, entrevistas, y un ‘estudio social del medio familiar y entorno’, pero no suministra ninguna guía sobre qué debe ser evaluado por las Juntas de Tratamiento en aras de realizar este juicio de probabilidad. Como ya he mencionado en la introducción, lo que sí hace dicha Instrucción es enumerar *67 razones de denegación*, sin más explicaciones. Sorprende que la Instrucción renuncie a orientar sobre cuáles criterios deben ser tomados fundamentalmente en consideración, o si basta la presencia de uno para denegar la solicitud de permiso, y a fundamentar porqué estos criterios son válidos como indicador de la posibilidad de reincidencia, no reingreso o mal uso del permiso, y cómo pueden ser superados o contrarrestados.

Ciertamente, la realización de todo juicio individualizado comporta una dosis inevitable de discrecionalidad, en la que se valoran determinados criterios los cuáles pueden dar lugar a opiniones diversas. La cuestión a mi parecer es si esta discrecionalidad puede, y debe, ser guiada. Y preguntarnos si admitiríamos una evaluación académica en la que los únicos criterios a evaluar fueran la ‘personalidad y la trayectoria académica’. Explicitar qué criterios se valoran es lo que permite garantizar un derecho al correcto ejercicio de la discrecionalidad. Como señala Rodríguez de Santiago (2016:174)<sup>19</sup>:

A la Administración atribuye la norma el *poder* de integrar o crear con nuevos criterios el supuesto de hecho y, por descontado, también le impone el *deber* de explicar esos criterios ‘nuevos’ que justifican la vinculación al caso de una consecuencia jurídica.

A mi juicio el escaso interés de la Administración Penitenciaria en estructurar la discrecionalidad es criticable<sup>20</sup>, puesto que no sólo renuncia a unificar qué criterios se deben considerar sino también implícitamente, como veremos a continuación, a orientar la política penitenciaria.

### III. La práctica administrativa

#### ‘Se inventan sus leyes... ellos no cumplen’ (Entrevista a preso)

Como ya he expuesto, *los ‘criterios objetivos’* previstos en la ley (cumplimiento de ¼ parte de la condena, clasificación en segundo o tercer grado y ausencia de mala conducta) no acostumbran a presentar grandes problemas de interpretación. No obstante, son *los ‘criterios subjetivos’* los que mayor polémica ocasionan. Estos se desprenden, como hemos visto, del Reglamento (peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala, y existencia de variables cualitativas desfavorables), los cuales al ser tan amplios y ambiguos,

---

19 Rodríguez de Santiago, J.M. (2016) *Metodología del derecho administrativo*. Madrid, Marcial Pons.

20 Ciertamente se puede responder que las decisiones de la Administración son apelables ante los jueces, pero la primera tarea de la Administración debiera ser garantizar un uso adecuado de la discrecionalidad administrativa y no cargar a los presos con la necesidad de interponer un recurso en cada decisión.

amparan prácticamente cualquier exigencia. Es por ello que en ocasiones los internos interpretan que se les exigen criterios no ‘contemplados en las leyes’. Y ya he explicado, en tercer lugar, que la Instrucción 1-12 aporta un catálogo de 67 razones que pueden amparar la denegación, sin orientar sobre qué factores son más relevantes, o si se requiere más de uno para denegar los permisos, o a explicitar qué elementos permitirían contrarrestar su presencia. Por ello supone, pese a su nombre, una escasa instrucción a los profesionales presentes en la Juntas de Tratamiento.

Vamos a ver a continuación qué es lo que sucede. Debo advertir sin embargo que mi análisis se basa fundamentalmente en mi asistencia a seis reuniones de Juntas de Tratamiento y una reunión de Equipo Técnico correspondiente a tres centros penitenciarios en Catalunya<sup>21</sup>, y en consecuencia desconozco hasta qué punto este es generalizable.

En la práctica, cuando el interno solicita un permiso, es *el Equipo Técnico* encargado de su Módulo (compuesto por un psicólogo, jurista, educador y trabajador social, y al cual asiste en algún centro penitenciario un funcionario de vigilancia encargado del módulo) quien debe elevar su petición a la Junta de Tratamiento.

En las *Juntas de Tratamiento* a las que he podido asistir en Cataluña<sup>22</sup>, en especial cuando se valora los primeros permisos, se discuten los informes<sup>23</sup> del jurista, psicólogo, educador y trabajador social y en ocasiones también del maestro. Cada profesional enfatiza algún factor vinculado a su especialidad profesional (psicólogo: *reconocimiento del delito*; educador: *realización del programa de tratamiento*; jurista: *gravedad del delito, lejanía condena, pago de la responsabilidad civil y permiso de residencia*; trabajador social: *entorno familiar o social favorable*).

Si observamos la siguiente Tabla, la prevalencia de estos criterios se ve también reflejada en las decisiones de la *Direcció General de Serveis Penitenciaris*. En Cataluña la DGSIP ejerce la potestad de conceder permisos inferiores a las 48 horas, y aproximadamente un 22% de los permisos concedidos lo son<sup>24</sup>. El ejercicio de esta potestad produce además una cierta unificación de criterios en todos los centros penitenciarios catalanes. En una investigación realizada<sup>25</sup>, podemos observar los criterios generalmente considerados por las Juntas de Tratamiento en Cataluña.

21 No he conseguido autorización en ningún centro AGE.

22 Doy las gracias a todos los profesionales de las Juntas a las que asistí, quienes soportan con profesionalidad y buen humor la presencia de un académico mientras ellos desarrollan su trabajo.

23 Se debe tener en cuenta la posibilidad de que todos estos informes sean públicos, por ejemplo reproducidos en una sentencia judicial, lo que conlleva otra problemática, no menor.

24 Neira, N. (2015). Permisos ordinarios de salida de duración inferior a dos días. Estudio sobre los criterios subjetivos de valoración empleados por la Administración Penitenciaria Catalana». *Indret*. 1-25.

25 Los datos fueron recogidos por Neira op.cit. La cuantificación fue realizada por Martí Rovira. En Catalunya el tema está regulado por la *Instrucció 4/2005 relativa a determinades condicions per l'accés a permisos de sortida i a sortides programades d'interns en règim ordinari*.

| Motivos  | % de peticiones en que se señala este motivo para denegar el permiso <sup>26</sup> |
|--|--|
| Ausencia de salidas programadas <sup>27</sup>  | 57.33%   |
| Falta de pago de la responsabilidad civil derivada del delito  | 33.33%   |
| No reconocimiento del delito   | 18.76%   |
| Programas de tratamiento:<br>Resultados limitados-Falta mayor intervención   | 13.33%   |
| Falta de apoyo externo   | 10.67%   |
| Quebrantamiento de condena previo  | 6.67%  |
| Problemática toxicológica  | 6.67%  |
| Fecha para el fin de la pena lejana  | 5.33%  |
| Gravedad del delito  | 5.33%  |
| Situación administrativa de personas extranjeras: Decreto de expulsión- Dificultades para renovar el permiso de residencia | 4.00%  |
| Existencia de causas pendientes  | 2.70%  |
| Expedientes disciplinarios en vigor  | 1.30%  |
|  | N: 75  |

En definitiva, cuatro parecen ser los factores más evaluados en Cataluña<sup>28</sup>. Es cierto que la discusión y decisión en estas sesiones también están influidas por numerosas micro dinámicas (orientaciones profesionales, ideológicas, aversión al riesgo, y relaciones de jerarquía, entre otras)<sup>29</sup>, y por ello no es sorprendente observar diferencias en cada Junta basadas además en pre-juicios y temores, o intentando anticipar la reacción del juez.

Hay dos elementos que me parecen especialmente relevantes. El primero hace referencia a la intervención en la Junta del profesional que conoce directamente al preso. Asistir a estas sesiones, es como asistir a un juicio, en que de nuevo se vuelve a juzgar el delito, pero esta vez sin abogado<sup>30</sup>, y sin escuchar la voz del preso. La interpretación rígida de los criterios siempre es más flexible cuando se conoce a la persona afectada, como pasa en la vida. Por ello es básico el conocimiento directo que aportan los profesionales del tratamiento o los funcionarios, y debería preverse la posibilidad de incorporar la perspectiva del preso, aunque sea mediante un escrito de motivación del permiso.

26 Estos porcentajes no son acumulativos, las peticiones de permisos pueden ser denegadas por más de una razón.

27 Si bien parece ser que actualmente este requisito ya carece de trascendencia por la importante disminución de que han sido objeto las salidas programadas (comunicación personal)

28 En el territorio AGE carecemos de estudios empíricos, si bien en opinión de expertas como Cervelló op.cit., p. 313, los motivos más usados para denegar un permiso son: lejanía del momento de finalización de condena o libertad condicional, delito cometido, extranjería, duración pena, o insuficiente consolidación de los factores positivos; en tanto Juanatey, op.cit., p.189-190, apunta además a la importancia de la no asunción de la responsabilidad, y la presencia de un arraigo social exterior que garantice la existencia de unos medios de sobrevivencia durante el permiso.

29 Idea de Concepción Yagüe, ponencia en UPF (2018).

30 Martínez Escamilla op.cit. ya advirtió acerca de la falta de *proceso debido* en este proceso administrativo.

El segundo elemento que me parece decisivo son las expectativas de los profesionales y el conocimiento de los recursos externos. En efecto, en tanto para unos profesionales el permiso constituye una 'prueba piloto' para observar la posibilidad del cambio y los recursos externos pueden ser movilizados, otros requieren la finalización de todos los programas antes de conceder el primer permiso. Finalmente algunos parecen aspirar a forjar un 'ciudadano virtuoso', y plantean todo tipo de exigencias referidas más bien a un estilo de vida, un 'perfeccionismo moral' impropio de un Estado liberal-democrático.

En definitiva, si mi análisis respecto la práctica administrativa es correcto, en Cataluña, los cuatro criterios más usados son la falta de pago de la responsabilidad civil derivada del delito, el no reconocimiento del delito, la mala valoración en los Programas de tratamiento y la ausencia de apoyo externo. El RiscCanvi, introducido en Cataluña en 2010, en las Juntas que he presenciado, es utilizado como un criterio adicional<sup>31</sup>. Además, se produce una cierta unificación de criterios en todos los centros penitenciarios catalanes, como puede verse en la Tabla 1, debido a que la DGSIP ejerce la potestad de conceder permisos inferiores a las 48 horas. Es debatible si estos criterios son los más adecuados, pero la Administración ejerce una función de unificación y supervisión de los distintos Centros Penitenciarios. Ello puede contribuir a explicar la mayor ratio de permisos por preso (5,78 frente a la ratio de 2,58 permisos por preso, del territorio AGE) en esta comunidad.

Por el contrario, en el territorio AGE la ambigüedad del Reglamento no parece compensada por la actividad de la Administración Penitenciaria estatal. En primer lugar, porque, como ya he insistido, renuncia en la Instrucción a explicitar y fundamentar qué criterios son los más relevantes para valorar la existencia de un proyecto de reinserción futuro. En segundo lugar, porque no ejerce la potestad exclusiva de conceder permisos inferiores a las 48 horas, lo que le permitiría unificar las diversas decisiones tomadas por las Juntas. Ello no solo priva a los presos de una posibilidad que tienen legalmente establecida, sino que además abdica de cualquier intento de unificar los criterios exigidos por las distintas Juntas de los centros penitenciarios. Por último, porque no parece supervisar (ni publicar) el número de permisos autorizado en cada centro penitenciario. Este dato permitiría comprobar cuántos permisos se conceden, por ejemplo, en función del número de participantes que finalizan los programas<sup>32</sup>.

El resultado de esta dejación es un terreno donde en la práctica reina la más amplia discrecionalidad, lo que explica probablemente que se concedan escasos permisos (recordemos que solo un 25,3% de los internos en segundo grado disfrutaban de un permiso a la ¼ parte), y además se produzcan unas tasas de concesión de permisos muy desigual en los distintos Centros Penitenciarios, no atribuibles exclusivamente a la composición de su población penitenciaria.

---

31 Lo cual no quiere decir, como expondré en el apartado IV, que en ocasiones el sistema judicial revierta la decisión de la Junta alegando precisamente que la valoración del riesgo es alto.

32 Es paradójico la exigencia de que el preso participe en programas (STC 167/2003 de 29 de septiembre), en tanto que diversas investigaciones atestiguan la escasa relación entre realización de un programa y concesión de un permiso Cruz, B.- Moya, C. (2017) Concesión de permisos de salida al agresor de género, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* RECPC 19-20; Larrauri, E., Rovira, M. y Sales, A. (2017). *Qualitat de vida als centres penitenciaris i programes d'intervenció*. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

## IV. La práctica judicial

### **'Se van pasando la pelota... y yo sigo aquí dentro' (Entrevista a preso)**

Si la escasez en la concesión y la multiplicidad de hasta 67 razones de denegación constituyen un problema, no es menor obstáculo la diversidad de actores que participan (la Junta de Tratamiento, los Jueces y Fiscales de Vigilancia Penitenciaria), cada uno lógicamente con su particular visión respecto cuándo debe concederse un permiso. Esta es la percepción de 'pasarse la pelota', a la que alude la cita, y explica la desesperación del preso, consciente de que la clasificación en tercer grado y el acceso a régimen abierto no se va a producir hasta que empiece a gozar de permisos.

El artículo 161 del RP distingue entre permisos ordinarios de hasta dos días, que concede la Administración Penitenciaria, y los superiores a dos e inferior a siete días que requieren la autorización del Juez de Vigilancia Penitenciaria. De esta forma, si el permiso es superior a 48 horas, además del informe favorable de la JT, se requiere la aprobación del Juez de Vigilancia Penitenciaria<sup>33</sup>.

La intervención del Juez para conceder un permiso obedece previsiblemente, por cuando se dictó la LOGP inmediatamente después de la dictadura, a una gran desconianza a la Administración Penitenciaria. Por ello se creó el JVP a quien se le atribuye 'salvaguardar los derechos de los internos' (art.76 LOGP). No obstante, su intervención respecto de los permisos presenta en la actualidad a mi juicio los siguientes problemas.

1. Es necesario resaltar que los permisos superiores a 48 horas que llegan a los jueces son sólo los que la Junta ha autorizado. De esta forma *quedan exentos de supervisión judicial, salvo por recurso del preso, todos aquellos en los que la Junta realiza un informe desfavorable*<sup>34</sup>. En estos casos el interno recibe un formulario que incluye las categorías mencionadas antes<sup>35</sup>, con una x marcada en la casilla correspondiente. Si la función del JVP es salvaguardar los derechos de los internos, quizás se debería replantear esta falta de supervisión judicial de todas las solicitudes que la Junta de Tratamiento desestima.

Una cuestión adicional es si esta 'x' debiera ser considerada la 'motivación' que requiere el art.162 del RP. Motivar es, 'individualizar la clase de méritos que se consideran prioritarios, explicar la significativa relevancia otorgada a los méritos demostrados, las fuentes de conocimiento manejadas y el criterio de selección de esas fuentes'<sup>36</sup>. También es problemático el uso de expresiones huecas utilizadas en ocasiones para denegar un permiso, como 'falta de consolidación de factores positivos', o 'falta de garantía suficiente del uso del permiso'.

2. *El acuerdo de la Junta no es vinculante para el Juez.* En numerosos países de nuestro entorno (Alemania, Bélgica, Suecia) es la Administración Penitenciaria quien concede el permiso, pues se asume que es quien más puede conocer a la persona presa. Debido

---

33 En España, como ya he destacado, en la práctica no se conceden permisos inferiores a 48 horas y por ello todos deben ser aprobados por el JVP (quien concede dos cupos semestrales de 18 días y luego es la Administración quien los divide en periodos temporales).

34 Si el permiso es inferior a 48 horas, o los presos clasificados en tercer grado (art. 76.2, i. LOGP, y 161 RP) tampoco hay supervisión judicial si se conceden y el JVP solo actúa si el Ministerio Fiscal recurre.

35 Ver nota final.

36 García de Enterría, E. y Fernández, T.R. (2015), *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 17ª ed.

a que la decisión correcta requiere un juicio individual, tiene sentido reflexionar acerca de quien está en mejor posición para resolver conceder o no un permiso penitenciario. No es evidente, a falta de investigación criminológica, qué modelo conlleva una mayor concesión de permisos. Así por ejemplo, en Cataluña se observa que los jueces tienden a realizar una labor de ‘contención’ frente a las numerosas solicitudes favorables de las Juntas de Tratamiento. Por el contrario, en el territorio AGE quizás se percibe un fenómeno contrario y los jueces realizan mayormente una labor de ‘concesión’.

En la práctica judicial parece que en la decisión de aceptar el informe de la Junta de Tratamiento influye la auto concepción que el Juez tiene acerca de su papel<sup>37</sup>. Si el juez cree que su función es, de acuerdo con el art.106.1 de la Constitución, la de hacer un control de legalidad de la actividad administrativa revisará: a) que se ha interpretado correctamente la norma (los elementos reglados); b) que se ha seguido el procedimiento adecuado (elaboración de informes, resolución conforme a los criterios técnicos usualmente utilizados en la evaluación); c) y que hay una motivación adecuada, en la que se ha ponderado los objetivos de la resocialización (y se indica qué debe hacer el interno para conseguirlo), frente al riesgo de reincidencia, quebrantamiento y mal uso del permiso (y se indica por qué no pueden adoptarse medidas para disminuirlo)<sup>38</sup>.

Por el contrario, otro juez puede sentirse tentado a discutir la conveniencia de otorgar el permiso, exigir criterios adicionales e imponerlos a la Administración Penitenciaria (esto es, a las diversas Juntas de Tratamiento). Estos dos modelos reflejan obviamente las discusiones en torno a la ejecución de la pena. Se puede defender que la tarea del juez finaliza con la sentencia, y la ejecución, excepto en aquello que infrinja los derechos de los presos, corresponde a la administración. O por el contrario, apuntar a que el art.117 de la Constitución atribuye al juez la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

En España parecen convivir ambos modelos<sup>39</sup>, y en este último caso se sustituye la discrecionalidad administrativa por la judicial. Ahora bien, la discrecionalidad judicial en este ámbito suscita alguna reflexión. En la práctica no se acostumbra a pedir informes adicionales a los suministrados por la JT. Es difícil entender entonces si la JT lo solicita por unanimidad, ¿qué informes posee el sistema judicial para negarse? ¿En qué basa el juez el examen ‘individualizado’ del caso?. Como consecuencia, en general, las denegaciones judiciales tienden a basarse, en ‘criterios jurídicos rígidos’: duración de la pena, no pago

37 La idea es de José Luis Ramírez, magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona.

38 Como prevé el propio Reglamento en su artículo 156.2, de Vicente Martínez (dir), op.cit., pag.252

39 Una alternativa sería defender que el sistema judicial no debiera intervenir cuando se autorizan, sino solo cuando se deniegan, porque sólo en este caso se ponen en peligro los derechos que el JVP debe velar. La idea es de Salvador Cutiño (UPF, 2018). Véase Rodríguez de Santiago, op.cit., pag. 166 nota 39, quien recoge un supuesto en que la competencia judicial se activa solo si la manifestación ha sido prohibida o modificada por la autoridad gubernativa y los interesados recurren, y no se produce en cambio si la autoridad administrativa no pone reparos a la manifestación comunicada. Vale la pena leer toda la cita: ‘Un supuesto de indistinción entre decisión y examen de la decisión de otro parece encontrarse en el supuesto del control de las decisiones gubernativas sobre prohibición o modificación de manifestaciones. La jurisprudencia en esta materia pone de manifiesto que el órgano judicial, más que revisar la decisión administrativa, adopta por sí misma una segunda decisión independiente y desvinculada de la primera (la adoptada por la autoridad gubernativa) y que, por descontado, se impone frente a aquélla. El órgano judicial no examina propiamente si es correcta la fijación de los hechos, la aplicación de la norma y la ponderación de los principios en conflicto en función de las circunstancias del caso que han sido realizadas por la Administración, sino que es él mismo el que fija los hechos y aplica la norma mediante el mencionado juicio de ponderación. Las actuaciones que llegan a este proceso especial procedentes de la Administración son tratadas por el órgano judicial como mero material instructorio. Este es, en este punto, un supuesto excepcional en el contexto general del control judicial de la actividad administrativa, en el que existe una clara diferencia entre las funciones de decidir (Administración) y revisar jurídicamente la decisión administrativa (órgano judicial)’.

de responsabilidad civil, causas pendientes, reincidencia, falta de documentación o permiso de residencia, y desde más recientemente riesgo alto en los instrumentos de evaluación de riesgo. El recurso a estos criterios no es sorprendente, pues debido a la lejanía del sistema judicial con el interno no es posible un mayor juicio individualizado, pero es cuestionable porque dicen más relación con el pasado del preso que con el proyecto de reinserción futuro.

3. *Los criterios jurídicos rígidos utilizados por Fiscalía.* Si bien en España existe la intuición que si la Junta de Tratamiento solicita el permiso por unanimidad el juez habitualmente lo concede (ya que implícitamente acepta que es este órgano quien mejor conoce al interno), no son aislados los casos en los que el juez plantea unas exigencias adicionales o interpreta de forma diversa los requisitos evaluados, y decide en sentido contrario al informe de la Junta.

Ello puede suceder por ejemplo cuando existe un informe negativo de la Fiscalía. Si bien este actor es objeto de escasa atención académica, la Fiscalía debe informar antes de que el juez decida. En los casos en que el informe es negativo, aun cuando la JT haya acordado por unanimidad la aprobación del permiso, el JVP puede sentirse tentado de actuar de acorde al MF en vez de seguir el criterio unánime de la JT.

En una pequeña investigación realizada en Barcelona<sup>40</sup> que tomó como muestra dos meses de 2018, se refleja que *la Fiscalía informó negativamente en un 40% de las ocasiones.*

| % de peticiones en las que se considera este motivo para denegar el permiso |   |
|---|---|
| Motivos   | Fiscalía de Vigilancia Penitenciaria (2018) |
| Reincidente penal y penitenciario   | 76,09%                                      |
| Situación económica precaria  | 69,56%                                      |
| Existencia de causas pendientes   | 66,70%                                      |
| No ha pagado la responsabilidad civil derivada del delito                   | 60,86%                                      |
| No ha realizado previos permisos inferiores a 48 horas                      | 60,86%                                      |
| Mal uso de un permiso anterior/falta de garantía de un uso correcto         | 47,82%                                      |
| Clasificación de riesgo alta (RisCanvi)                                     | 30,43%                                      |
| Falta de arraigo en el entorno exterior                                     | 26%   |
| No reconocimiento de los hechos   | 17,39%                                      |

N: 60

En este pequeño estudio puede observarse los diversos criterios usados por Fiscalía para informar negativamente de la concesión de un permiso. Se comprueba por un lado

40 Los datos son de Laura Font (TFG, UPF, 2018) y su cuantificación realizada por Alex Park. El estudio intenta recoger los factores que fueron discutidos. No implica que este fuera el único o el determinante, y por ello el resultado no es 100.

la exigencia de criterios que no están presentes en la ley ni en el reglamento (lo que lleva a denunciar en ocasiones la exigencia de ‘criterios no escritos’ de los permisos)<sup>41</sup>. Y también la tendencia a valorar ‘criterios jurídicos rígidos’, que apuntábamos anteriormente, y que dicen más relación con el pasado del preso que con el proyecto de reinserción futuro.

Por último, en Cataluña es visible además el rol que juega la ‘aversión de riesgo’ y así la Fiscalía exige en ocasiones que se otorgue antes un permiso administrativo (inferior a 48 horas), para informar positivamente<sup>42</sup>. Esta es la percepción de ‘pasarse la pelota’<sup>43</sup>, para protegerse de eventuales riesgos, a la que alude la cita del interno. Y puede entenderse la desesperación del preso consciente de que la clasificación en tercer grado y el acceso a régimen abierto no se va a producir hasta que empiece a gozar de permisos. Por ello recientemente, si se apunta en el Programa Individualizado de Tratamiento la fecha de previsión de permisos, se añade ‘pendiente que lo autorice la autoridad judicial’.

4. El último problema detectado en la práctica judicial es *la falta de consistencia de criterios judiciales*. En un estudio realizado sobre 110 sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona <sup>44</sup>, puede observarse la gran variedad de motivos por los cuales se acostumbran a denegar los permisos.

| <b>% de peticiones en las que se considera este motivo para denegar el permiso</b> |  |
|--|--|
| <b>Motivos</b>   | <b>Audiencia Provincial de Barcelona (2008-2012)</b> |
| No reconocimiento de los hechos  | 24,53%   |
| Problemática toxicológica  | 21,70%   |
| Existencia de causas pendientes  | 19,81%   |
| Queda pendiente o no finalizado la realización de un programa de tratamiento       | 18,87%   |
| Necesidad de una mayor observación del interno                                     | 15,09%   |
| Reincidente penal y penitenciario  | 14,15%   |
| El interno no ha alcanzado los objetivos planteados por el PIT                     | 14,15%   |
| Lejanía para finalizar el cumplimiento de la condena                               | 11,32%   |
| Incumplimientos previos de la sentencia  | 10,38%   |
| Presenta una personalidad anómala  | 10,38%   |

41 Véase las jornadas organizadas por el ICAB (Marzo, 2018) con el título de ‘Las normas no escritas en la aprobación de permisos penitenciarios. Una visión crítica’.

42 Esta ‘aversión al riesgo’ se manifiesta también en la Instrucción 1-12 que exige que se conceda un permiso por el Juez antes incluso de aprobar una ‘salida programada’ por el centro penitenciario.

43 Que se acentúa cuando en Cataluña se tramitan de forma simultánea la solicitud de permisos administrativos y judiciales, y en ocasiones se niega un permiso judicial y la Administración concede uno inferior a 48 horas; en otras, quizás lo niega la Administración y se concede por la autoridad judicial.

44 Los datos fueron recogidos por Ana Barbadiño (UPF, 2017), la cuantificación realizada por Alex Park.

| <b>% de peticiones en las que se considera este motivo para denegar el permiso</b> |  |
|--|--|
| <b>Motivos</b>   | <b>Audiencia Provincial de Barcelona (2008-2012)</b> |
| Tipología o gravedad del delito  | 6,60%  |
| Mal comportamiento en prisión/presenta alguna sanción disciplinaria                | 6,60%  |
| Falta de arraigo en el entorno exterior  | 5,66%  |
| Situación administrativa (Sin permiso de residencia)                               | 5,66%  |
| No ha pagado la responsabilidad civil derivada del delito                          | 0,94%  |
| Mal uso de un permiso anterior/falta de garantía de un uso correcto                | 0,94%  |

N: 106

Sin duda este análisis refleja un determinado momento histórico, tiene numerosas limitaciones y puede no ser extrapolable a otros tribunales. No obstante, permite vislumbrar que numerosos motivos por los que se deniega un permiso encuentran escaso o nulo apoyo en la ley y reglamento (unos exigen el pago de la responsabilidad civil, y otros apuntan a que 'la ley no lo exige'); son muy variados (así hay jueces que exigen el 'reconocimiento de los hechos' en tanto otros afirman que ello 'vulnera la garantía de no inculparse'; unos requieren que no haya causas pendientes y otros sostienen que ello vulnera la 'presunción de inocencia'); y de nuevo son 'criterios jurídicos rígidos' que valoran el pasado más que el proyecto futuro de reinserción.

La falta de jurisprudencia respecto la concesión de permisos probablemente obedece por un lado a la ausencia de normas que permita a los jueces decidir, pues el artículo 156 del Reglamento penitenciario, que alude a la necesidad de evaluar la trayectoria delictiva, personalidad y variables cualitativas está dirigido al equipo técnico; por otro, estos casos no llegan al Tribunal Supremo, debido a los estrictos requisitos para interponer recurso de casación en esta materia (Tribunal Supremo, Pleno 22 de julio de 2004)<sup>45</sup>.

En definitiva, la intervención judicial solo se produce de forma generalizada frente a la autorización de los permisos y no respecto de su denegación por las Juntas de Tratamiento, y si mi análisis es adecuado muestra que, sin un conocimiento mayor o directo o de la persona presa, conlleva el uso de 'criterios jurídicos rígidos' por parte de los jueces y fiscales, que dicen mayor relación con el pasado que con el presente y proyecto resocializador futuro. Si estos son los criterios esencialmente utilizados entonces tiene sentido la exigencia mayoritaria entre la doctrina penitenciaria de que estén plasmados en la ley, lo que permitiría una mayor consistencia judicial.

<sup>45</sup> La explicación es de Eduardo Navarro, presidente de la sección 21 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Es curioso que el Auto de 28/6/2007 del TS (cit. por Juanatey, op.cit.), que reafirma que en estos casos no cabe recurso de casación parece dar a entender que en los supuestos en que existe una cierta discrecionalidad el principio de igualdad no puede infringirse.

## V. Una propuesta de discusión

En este artículo he manifestado mi preocupación por el hecho de que solo una pequeña parte de personas presas se benefician de un permiso de salida, y lo he atribuido en parte a la existencia de hasta 67 razones a las que se puede recurrir para denegarlos. Esta multiplicidad de criterios ocasiona además una gran diversidad de decisiones que contribuye a deslegitimar el proceso por el que se conceden los permisos. La doctrina ha intentado limitar esta amplia discrecionalidad reivindicando que los permisos son un derecho y que los criterios que se evalúan para concederlos deberían estar claramente plasmados en la ley.

Aceptando estas dos propuestas me atrevo a sugerir tres reflexiones adicionales.

1. Repensar el requisito de la 'lejanía de la fecha de cumplimiento'. La LGP solo exige haber cumplido  $\frac{1}{4}$  parte, estar clasificado en segundo o tercer grado y no observar mala conducta. Incluso estos requisitos legales han sido reinterpretados por el TC, quien ha permitido incorporar como criterio de evaluación la 'lejanía del tiempo de cumplimiento de la condena', sustituyendo en la práctica el criterio legal de  $\frac{1}{4}$  parte de la condena<sup>46</sup>. No hay una fecha mágica ni empíricamente correcta<sup>47</sup>, pero sí hay fechas más o menos consistentes en el conjunto del sistema penitenciario. La previsión legal de considerar el permiso a la  $\frac{1}{4}$  parte de la condena es consistente con el sistema progresivo español que lo prevé como su primer paso (a la  $\frac{1}{4}$  parte, acceso a régimen abierto a la  $\frac{1}{2}$  y libertad condicional a las  $\frac{3}{4}$ ).

2. Concretar los criterios que deben evaluarse. Es debatible si una reforma de la Ley y el Reglamento podrían aportar una mayor concreción (aun cuando seguramente se podría superar la alusión a la 'peculiar trayectoria delictiva', 'personalidad anómala' y las 'variables cualitativas'). Hasta que ello no suceda la primera tarea de la Administración Penitenciaria debería ser garantizar el derecho al correcto ejercicio de la discrecionalidad. Para ello sería conveniente en primer lugar activar la potestad exclusiva de conceder permisos inferiores a las 48 horas, lo que le permitiría unificar las diversas decisiones tomadas por las Juntas. En segundo lugar, explicitar y fundamentar qué criterios son los más relevantes para valorar la existencia de un proyecto de reinserción futuro.

En la actualidad existe un consenso en que los permisos no son una 'recompensa por' la conducta interior del preso, sino un '*instrumento para*' la rehabilitación que permite al preso el primer paso de la progresión. Ello implica a mi juicio, garantizar que los criterios que se evalúan por las Juntas son<sup>48</sup>:

1. *públicos*: plasmados en una ley (o *soft law*), que ayude a guiar la evaluación de las Juntas de Tratamiento, y puedan ser conocidos con anterioridad por los presos.
2. *dinámicos*: que pueden alcanzarse por el comportamiento de la persona en el cen-

46 La STC 2/1997 de 13 de enero (ponente Gimeno Sendra) entendió que el criterio de '*lejanía de la fecha de cumplimiento de la condena*' no es manifiestamente arbitrario ya que entronca con la finalidad de la institución (FJ 5).

47 Aun cuando es dudoso el argumento basado en el sentido común de 'como más tiempo le falta de condena, más posibilidad hay de quebrantamiento'. Como advierte Rejas, S. (1991) Los permisos de salida (Análisis de las causas de no presentación). *Revista de estudios penitenciarios* 244: 55-82, lo relevante no es (solo) cuánto tiempo falte objetivamente, sino otros factores, como por ejemplo el hecho de que la persona presa tenga familia, de sus expectativas de pasar a régimen abierto, o de su sentimiento de haber 'ya pagado' con el largo tiempo de condena cumplido.

48 Siguiendo a Toch, H.(1967) Prison Inmates' Reactions to Furlough, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, nº 4, pag.248-262.

tro. Expresión no sólo de lo que carece, sino especialmente de lo que la persona debe hacer para conseguir el permiso.

3. *idóneos*: basados en investigaciones (*evidence based*) y paradigmas penológicos que reflejen un consenso sobre el conjunto de actividades que demuestran la existencia de un proyecto rehabilitador.
4. *integrales*: que permiten medir el esfuerzo reintegrador y plasmen no sólo los factores de riesgo sino también los factores protectores.
5. *universalizables*: que permitan alcanzar a la mayoría de la población presa, y expresen las medidas que pueden adoptarse para aminorar y contrarrestar el riesgo de quebrantamiento, reincidencia o mal uso.
6. *motivados*: que permitan identificar qué hechos se toman en consideración, qué relevancia y preferencia se les atribuye y en qué fuentes de conocimiento se basan.

Ciertamente siempre existirá una posible valoración diversa pero parece innegable que esta se puede acotar mostrando cuáles son los elementos que deben valorarse fundamentalmente. Esta materialización de los criterios, permitiría además un mejor control judicial, ya que la separación de las Juntas de estos criterios podría ser considerada una decisión inválida, por infracción de la igualdad o interdicción de la arbitrariedad, si la Administración resuelve sin seguir sus propias instrucciones ('criterios técnicos usuales'). En últimas, las quejas respecto de la concesión de los permisos es preocupante también por un argumento pragmático, por el alto porcentaje de recursos que llegan a los Tribunales<sup>49</sup>.

3. Reflexionar acerca del modelo de intervención judicial. Como he explicado, la intervención judicial solo se produce de forma generalizada frente a la autorización de los permisos y no en su denegación por las Juntas de Tratamiento.

Además nos encontramos esencialmente frente a dos modelos teóricos: o hay una discrecionalidad administrativa controlada por el JVP (esencialmente es una decisión administrativa), o hay una actividad jurisdiccional (es el juez quien decide, auxiliado por la administración).

En el primer caso, si el juez cree que su función es la de hacer un control de legalidad de la actividad administrativa, revisará: a) que se ha interpretado correctamente la norma (los elementos reglados); b) que se ha seguido el procedimiento adecuado (elaboración de informes, resolución conforme a los criterios técnicos usualmente utilizados en la evaluación); c) y que hay una motivación adecuada, en la que se ha ponderado los objetivos de la resocialización (y se indica qué debe hacer el interno para conseguirlo), frente al riesgo de reincidencia, quebrantamiento y mal uso del permiso (y se indica porqué no pueden adoptarse medidas para disminuirlo).

En el segundo caso si el juez realiza un juicio de legalidad y de adecuación sobre la conveniencia de conceder el permiso, se debiera prever la exigencia de informes adicionales a los suministrados por la Administración, pues sin un conocimiento directo o mayor de la persona presa, conlleva el uso de 'criterios jurídicos rígidos', por parte de los jueces y fiscales que dicen mayor relación con el pasado que con el presente y proyecto

---

49 Según datos de Fiscalía de Barcelona en el año 2017 un 30% de todos los procedimientos se refieren a permisos.

resocializador futuro. Si estos son los criterios esencialmente utilizados entonces no parece haber más remedio que exigir una reforma legal y reglamentaria que clarifique los requisitos que deben valorarse antes de conceder un permiso y permita orientar de mejor manera la práctica judicial.

La seguridad jurídica es una exigencia del principio de legalidad que busca garantizar que la Administración y los poderes públicos resuelven de conformidad con las leyes. En un sentido más profundo representa el respeto a la autonomía del ciudadano, a quien se le permite organizar su actividad a su modo, anticipando los efectos de sus actos. Esa autonomía es la que también debe ser respetada a los presos.

#### Nota final

Las razones de denegación protocolizadas en formularios de la Administración Penitenciaria relacionan las razones por grupos. Son: A) *Requisitos*: 1. No encontrarse clasificado en segundo o tercer grado de tratamiento, 2. Existencia de responsabilidades preventivas, 3. No tener extinguida la cuarta parte del total de las condenas, 4. Observar mala conducta. B) *Actividad delictiva*: 5. Gravedad, 6. Delito que ha generado gran alarma social, 7. Pluralidad de víctimas o especialmente desprotegidas, 8. Trayectoria delictiva consolidada por comisión de numerosos delitos, 9. Tipología delictiva variada, 10. Rápida reincidencia tras anterior excarcelación, 11. Actividad delictiva compleja, que precisa preparación o infraestructura, 12. Escalada en la gravedad de su actividad delictiva, 13. Pertenencia a organización delictiva o de carácter internacional. C) *Condenas*: 14. Momento inicial de cumplimiento de condena de especial cuantía, 15. Lejanía de la fecha de cumplimiento de los tres cuartos, 16. Responsabilidades penales pendientes de sustanciación. D) *Conducta penitenciaria*: 17. Sanciones sin cancelar, 18. Comisión de faltas de especial gravedad, 19. Faltas recurridas pendientes de resolución, 20. Expediente disciplinario pendiente de sustanciación, 21. Antecedentes recientes de aplicación del régimen cerrado, 22. Reciente regresión de grado, 23. Irregular evolución penitenciaria. E) *Uso de permisos y Libertad condicional*: 24. Quebrantamiento con ocasión de permiso, 25. Comisión de delito durante el disfrute de permiso, 26. Incumplimiento de medidas impuestas en anterior permiso, 27. Introducción de sustancias tóxicas tras permiso, 28. Retraso injustificado en permiso anterior, 29. Mal uso de permisos anteriores, 30. Comisión de delito en periodo de libertad condicional, 31. Incumplimiento de reglas de conducta en libertad condicional. F) *Drogodependencias*: 32. Drogodependencia activa en la actualidad, 33. Alcoholismo grave con significación criminológica, 34. Actividad delictiva ocasionada por drogodependencia no superada, 35. Resultado positivo en analítica de consumo, 36. Negativa a la realización de analíticas de consumo. G) *Vinculación*: 37. Ausencia de vinculación significativa a efectos de permiso, 38. Entorno social de referencia inadecuado para la reinserción, 39. Condición de extranjero no legalizado en España, sin control externo. H) *Actitud hacia la reinserción*: 40. No asunción de la responsabilidad civil con la víctima, 41. No asunción de las causas de su conducta delictiva, 42. Falta de participación en las actividades de reinserción ofertadas, 43. Ausencia de motivación hacia el tratamiento y cambio de comportamiento, 44. Distorsiones cognitivas resistentes al cambio, en relación con el delito. I) *Personalidad-conducta*: 45. Déficits importantes de personalidad, 46. Trastornos Psicopatológicos, 47. Desadaptación conductual en situaciones de escaso control, 48. Ausencia de hábitos laborales, haciendo del delito un medio de vida, 49. Situación de autoprotección que evidencia conflictos o presiones internas. J) *Permiso prematuro*: 50. Insuficiente conocimiento del interno por escasa permanencia en el centro, 51. Insuficiente consolidación de factores positivos. K) *Tercer grado finalista*: 52. Tercer grado para la libertad condicional en su país, sin permisos previos, 53. Tercer grado por enfermedad grave, sin permisos previos. L) *Generales*: 54. Existencia de variables cualitativas desfavorables, 55. Alta puntuación en la tabla de variables de riesgo, 56. Riesgo significativo de reincidencia, 57. Riesgo significativo de quebrantamiento, 58. Repercusión negativa de la salida para la preparación de su vida en libertad, 59. Repercusión negativa de la salida sobre su programa individual de tratamiento, 60. Falta de suficientes garantías de hacer un buen uso del permiso. M) *Tramitación*: 61. Menos de tres meses desde anterior estudio, sin cambio de circunstancias, 62. Situación transitoria en el centro, sin permisos previos, 63. Agotamiento de cupo reglamentario de días de permiso. N) *Permisos extraordinarios*: 64. El motivo no se encuentra entre los recogidos en el art. 47.1 de la LOGP, 65. No consta parentesco en grado suficiente que justifique la salida, 66. Imposibilidad material de realizar la salida con medidas en tiempo adecuado, 67. No disfrute habitual de permisos a efectos del art. 155, 4 y 5 del RP.

# Los sistemas actuariales de prevención y gestión de riesgos en el ámbito penitenciario. Configuración y aplicación práctica

Yolanda RUEDA SORIANO y Eduardo NAVARRO BLASCO

## 1. Introducción

En nuestro sistema penal cada vez son más frecuentes los supuestos en los que su resolución exige valorar el comportamiento probable y futuro del sujeto, lo que nos obliga a realizar un pronóstico de comportamiento futuro sobre la existencia de riesgo de comisión de nuevos delitos. En materia de ejecución de penas, la decisión de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta, o de no revocar la suspensión ya concedida, requiere una expectativa de no comisión de futuros delitos. Así, el artículo 80 Código Penal permite dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Y el artículo 86 de dicho texto legal regula la revocación de la suspensión cuando se ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión ya no puede ser mantenida... siendo imprescindible revocar para evitar el riesgo de reiteración delictiva<sup>1</sup>. Otros ejemplos son las medidas de seguridad cuya imposición también exige realizar un pronóstico de comportamiento futuro con carácter previo a decidir<sup>2</sup>. O en materia de cumplimiento de penas, el artículo 78 Código Penal permite en los supuestos a los que se refiere <sup>3</sup>, aplicar el régimen general de cumplimiento cuando exista un previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

En el ámbito penitenciario, la libertad condicional, el tercer grado, así como la concesión de permisos, precisan asimismo de una valoración de la peligrosidad criminal como premisa esencial a la hora de tomar una decisión. En este sentido, en relación a los permisos penitenciarios, los artículos 154 y siguientes Reglamento Penitenciario (RP), exigen para su concesión “*no observar mala conducta*” (art. 47 LP y 154 RP), y un informe del Equipo Técnico que será desfavorable cuando resulte<sup>1</sup> probable la comisión de nuevos delitos, que se deducirá de la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables. La progresión al tercer grado se aplica según art. 102 RP a los internos que estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Y el art. 104 de dicho texto legal, que regula los casos especiales de concesión de tercer grado, contempla su concesión a los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, por razones de humanidad, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad. Con lo que nos está dando una aproximación a la idea de *capaz de vivir en semilibertad*, al considerar que serán

<sup>1</sup>Las notas al pie se encuentran al final del artículo

aquellos internos de escasa peligrosidad. También la libertad condicional exige a tenor de la nueva regulación del CP en el art. 90 que se esté en tercer grado (nos remitimos a lo expuesto) y se contempla la posibilidad de imponer prohibiciones y deberes (los recogidos en el art. 83) cuando *ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos*. De hecho, el propio RP al regular el expediente de libertad condicional requiere como uno de sus contenidos el informe pronóstico de integración social, requisito que curiosamente no se exige en la actual regulación por el Código penal de la libertad condicional que la considera ahora una modalidad de suspensión y por tanto exige la expectativa de no reiteración en el delito<sup>4</sup>. Por último, no podemos dejar de señalar que también en el ámbito de las medidas cautelares, tanto la detención como la más gravosa de ellas que es la prisión provisional, pueden adoptarse cuando haya riesgo de que la persona investigada pueda cometer otros hechos delictivos<sup>5</sup>, es decir, para evitar precisamente el riesgo de reiteración delictiva. Lo mismo sucede en las medidas cautelares en la jurisdicción de menores<sup>6</sup>.

Actualmente, nuestro modelo penal está centrado en la gestión y prevención del riesgo que ha venido a sustituir el concepto tradicional de peligrosidad<sup>7</sup>, siendo indiscutible la relevancia que adquieren los métodos de predicción del riesgo, como instrumentos necesarios para poder adoptar decisiones judiciales de gran trascendencia, así como para intervenir a través de los programas de tratamiento en los sujetos agresores con el fin de evitar su reiteración, es decir, lo que se conoce como la gestión del riesgo. Nos centraremos en este artículo en los instrumentos de predicción de riesgo aplicados al ámbito penitenciario.

## 2. Métodos de predicción del riesgo de la violencia y de reincidencia penitenciaria

Siguiendo la clasificación de David Férez-Mangas y a Antonio Andrés Pueyo<sup>8</sup> distinguimos: a) los llamados de primera generación, caracterizados porque la predicción futura de la conducta se fundamenta en el método clínico no estructurado, basándose la evaluación del riesgo en el juicio profesional puro e intuitivo, b) los de segunda generación, se basan en métodos actuariales y presentan una mayor precisión predictiva que el juicio profesional no estructurado. Se componen únicamente –y es una de sus limitaciones– de factores de riesgo estáticos<sup>9</sup>, c) los de tercera generación, se basan también en métodos actuariales pero incluyendo factores de riesgo dinámicos. Se llaman también instrumentos de riesgo/necesidad porque aparte de predecir el riesgo futuro, sirven para identificar las carencias o necesidades criminogénicas que presentan los sujetos en relación a los factores dinámicos de riesgo susceptibles de cambio, y d) los de cuarta generación, que además de evaluar el riesgo y las necesidades mediante el uso de factores de riesgo estáticos y dinámicos con validez empírica contrastada, integrando un plan de gestión del riesgo futuro individualizado<sup>10</sup>.

Los métodos b, c y d, responden al actuarialismo punitivo, definido como la tendencia caracterizada por el uso de métodos estadísticos en vez de clínicos, consistentes en amplias bases de datos, para determinar los diferentes niveles de actuación criminal relacionados con uno o más rasgos grupales a los efectos de predecir la conducta criminal<sup>11</sup>.



*Interior de la cárcel de Porlier, galería con presos tendidos en sus petates, José Manaut, 1943.  
Hoja con dibujos y anotaciones, 32x22, 1.*

pasada, presente o futura y de administrar una solución político-criminal. Pretenden así superar el amplio margen de discrecionalidad subjetiva de los métodos clínicos y responden al deseo de conocer a los infractores, de clasificarlos y de poder predecir el futuro con el fin de prevenirlo<sup>12</sup>. Si bien, actualmente los instrumentos de riesgo combinan ambos métodos –clínico y estadístico– ya que no se pueden despreciar los conocimientos y la experiencia de los profesionales ni el contacto directo con los infractores. De esta forma surge el juicio profesional estructurado o juicio clínico estructural.<sup>13</sup>

En España se utilizan dos instrumentos diferentes para valorar riesgos de quebrantamiento, así como de reincidencia en los permisos penitenciarios. La Tabla de Variables de Riesgos (TVR) con la Concurrencia de Circunstancias Peculiares (CCP) en los centros penitenciarios dependientes de la Administración General del estado y gestionados por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, y el protocolo multi-escala RisCanvi en las prisiones dependientes de la Comunidad Autónoma de Catalunya. La Tabla de Variable de Riesgos es un protocolo actuarial que consta de diez factores de riesgo<sup>14</sup> con una valoración cada uno de 0 a 3 según la presencia o ausencia del factor de riesgo. Una vez obtenidas las puntuaciones en cada variable, se aplica un algoritmo interno y se determina la puntuación global que corresponderá con algún nivel de riesgo (muy bajo, bajo, normal, flectado, bastante elevado, muy elevado y máximo). Posteriormente se complementa la valoración por la Tabla de Concurrencia de Circunstancias Peculiares, que son variables que deben ser tenidas en cuenta para valorar acerca de la concesión o no de un permiso<sup>15</sup>.

El protocolo multi-escala RisCanvi permite pronosticar el riesgo futuro de cuatro tipos de riesgo: el quebrantamiento de condena, la violencia intrainstitucional, la reincidencia violenta y la violencia auto-dirigida. Este protocolo se administra a través del programa

informático eRiscanvi y consta de dos formatos: el Screening o de cribado con diez factores de riesgo que con la aplicación de un algoritmo actuarial da una valoración final de riesgo alto o bajo, y el Completo que está compuesto por cuarenta y tres factores de riesgo y que con la aplicación de un algoritmo actuarial da una valoración final de riesgo alto, medio o bajo<sup>16</sup>.

### 3. Críticas efectuadas a los sistemas actuariales

No vamos a tratar las críticas efectuadas desde el punto de vista de la Criminología, que son muy interesantes pero que exceden del objeto del presente artículo. Nos remitimos al estudio que hace José Ángel Brandariz García en su libro “El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal”, en el que recoge en su Capítulo IV las críticas de Simon y Feeley al objetivo de racionalizar los procesos de gestión del riesgo, que se centran en gestionar infractores, es decir, en clasificar y gestionar grupos humanos en términos de peligrosidad, sustituyendo los diagnósticos individualizados por sistemas de clasificación de agregados, y surgiendo nuevas técnicas tendentes al control y neutralización selectiva desconectadas de la rehabilitación y más eficientes en materia de costes. Sin embargo, debemos añadir que el autor referido ya advierte que ha transcurrido mucho tiempo desde estos planteamientos tan severos. El autor referido analiza la relación del surgimiento del actuarialismo con el incremento de la sensación social de inseguridad ante el delito, la aceptación de la existencia de grupos poblacionales permanentemente excluidos –los llamados *underclass*– que solamente pueden ser objeto de gestión, y la crisis de los sistemas punitivos de corte rehabilitador y normalizador –y habla de crisis de la rehabilitación welfarista–, lo que exige políticas públicas de control y gestión del riesgo criminal, ya que su objetivo no puede ser acabar con la criminalidad, sino minimizarla a través de una gestión eficiente de la misma<sup>17</sup>.

Nos vamos a centrar en las críticas concretas a los dos instrumentos de valoración de riesgos en el ámbito penitenciario y en España, como hemos dicho, la Tabla de Variables de Riesgos y la tabla de concurrencia de circunstancias peculiares por una parte y el Riscanvi utilizado en Catalunya.

En cuanto a la Tabla de Variables de Riesgo y de Concurrencia, que dio lugar a la Instrucción 22/1996, de 16 de diciembre, de la DGIP sobre estudio y tramitación de permisos de salida, el estudio más relevante es el de validación y depuración dirigido por Miguel Clemente Díaz en el año 1993 que partía de una muestra total de 912 reclusos y permitió un 69,5 % de clasificaciones correctas con una imposibilidad de clasificar correctamente al 30,5% de los casos. Por lo que la falta de estudios empíricos actuales o recientes sobre su eficacia predictiva (obsérvese la fecha del estudio referido) impide establecer una eficacia contrastada de estos instrumentos de valoración del riesgo, como concluyen David Férrez Mangas y Antonio Andrés Pueyo.

En cuanto al Riscanvi, el estudio empírico es mucho más reciente –finalizó en 2014–, participaron 668 internos, aunque se tomaron los resultados de las valoraciones de riesgo de 524, con un resultado de clasificación correcta del 49,04% de los casos, un valor predictivo positivo del 63,64% (probabilidad de quebrantamiento que presenta un interno que ha sido valorado con riesgo positivo, es decir, porcentaje de quebrantamientos de entre los así detectados) y un valor predictivo negativo del 48,41% (probabilidad de no

quebrantamiento que presenta un interno que ha sido valorado con riesgo negativo o bajo).

Desde el punto de vista de su eficacia predictiva, estos métodos de predicción de riesgo han sido objeto de varias críticas. Una de ellas es centrarse en los factores estáticos, que son los que atienden a aspectos de la biografía del penado que no son susceptibles de cambio con el tiempo, en lugar de contemplar los factores dinámicos, que son aquellos que pueden modificarse con el paso del tiempo, como las relaciones personales o laborales del sujeto<sup>18</sup>.

Por otra parte, también se acusa a ambos instrumentos de valoración de riesgo de utilizar factores de riesgo o variables que no presentan una relación estadísticamente significativa con la conducta a predecir, y por tanto influyen de modo negativo en la valoración futura del riesgo, por ejemplo de quebrantamiento, impidiendo identificar los factores dinámicos que sí sería posible cambiar y mejorar con el tratamiento penitenciario. Así, por lo que se refiere a la Tabla de Variables de Riesgo y de Concurrencia de Circunstancia Peculiares, contempla entre sus factores predictores, algunos nada significativos para poder fundamentar el pronóstico futuro de quebrantamiento del permiso, como el tiempo transcurrido de condena (las  $\frac{3}{4}$  partes), el tipo delictivo o la trascendencia social de la conducta, concluyendo que tienen un carácter más restrictivo que no predictivo. En este sentido, se apunta que por ejemplo no hay un aval científico o empírico para justificar la fecha de las  $\frac{3}{4}$  partes. Asimismo, en la variable tipo delictivo se consideran como circunstancia peculiar los condenados por delitos contra las personas, contra la libertad sexual y delitos de violencia de género, siendo que empíricamente tienen un peor pronóstico con una mayor probabilidad de quebrantar los que han cometido un delito contra la propiedad o contra la salud pública<sup>19</sup>. Por lo que se refiere al Riscanvi, como ejemplos se alude a que la falta de recursos económicos, las actitudes hostiles o valores procriminales, el tiempo ininterrumpido en prisión, no se asocian al quebrantamiento.

No menos importante es la crítica que se les hace –en cuanto predicen la reincidencia– de incurrir en una sobrevaloración de la peligrosidad, del peligro de reincidencia, generando muchos falsos positivos, es decir, clasificar como peligrosos a sujetos que no lo son. Así concluye la autora Lucía Martínez Garay, cuando relaciona el resultado del estudio sobre Tasa de reincidencia penitenciaria 2014 en Catalunya coordinado por Capdevila con la valoración del riesgo que se había hecho a través del Riscanvi, sobre un total de 410 internos. Considera que no se ha diferenciado entre sensibilidad y valor predictivo. La sensibilidad es, siguiendo con la autora citada, el porcentaje de casos correctamente detectados por el instrumento en relación con los casos que reinciden. En definitiva, lo expone muy gráficamente: *el valor predictivo diría: sabiendo cuántos dijimos que serían peligrosos, vamos a ver cuántos de ellos realmente han delinquido después. La sensibilidad diría: sabiendo cuántos han delinquido, vamos a ver cuántos de esos habíamos sido capaces de identificar con nuestra herramienta de predicción*. Y concluye que de los 301 sujetos pronosticados como probables reincidentes (riesgo alto 130 + riesgo moderado o medio 171) solamente 54 reincidieron, un 17,94%, es decir, un valor predictivo muy bajo<sup>20</sup>.

Debemos añadir que en el trabajo ya referido sobre Tasa de reincidencia penitenciaria 2014 en Catalunya, la previsión efectuada por el Riscanvi sobre riesgo de reincidencia, es decir, el periodo de seguimiento para determinar la reincidencia penitenciaria fue de

3,5 años como media, es decir, casi 4 años de seguimiento, siendo que obviamente en materia de permisos la previsión debe hacerse a un tiempo mucho más inmediato.

Por último, incluso hay autores que van más allá y consideran que estos métodos efectúan un pormenorizado enjuiciamiento sobre muchísimas facetas de una persona que ya ha sido juzgada y condenada por la comisión de un delito. Y que además de su carácter intrusivo, esta “psicologización de tantos aspectos”, puede entrar en colisión con numerosos derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad<sup>21</sup>.

No obstante, y pese a las críticas reseñadas, no estamos desdeñando los métodos de predicción del riesgo. Por el contrario, consideramos que son un complemento muy útil para la toma de decisiones que requieren efectuar un pronóstico de comportamiento futuro. Y por tanto, son instrumentos muy valiosos en nuestro quehacer diario. Ahora bien, como explicaremos en el apartado siguiente, la influencia de dichos instrumentos en la decisión de lo/as jueces/zas y fiscales, en muchas ocasiones observamos que es decisiva, erigiéndose como el único elemento a tener en cuenta a la hora de decidir. Por esta razón debemos ser conscientes de las limitaciones y errores que presentan. De esta forma, hasta David Férez-Mangas y Antonio Andrés-Pueyo, que suponen una autoridad en la materia por las numerosas investigaciones efectuadas al respecto, consideran que pese a la enorme importancia de estos instrumentos de predicción que entre otras muchas ventajas, evitan el subjetivismo, estos protocolos de valoración deben ser sometidos a evaluación y a una constante revisión científica para reajustarlos a la identificación de nuevos factores<sup>22</sup> con el fin de mejorar su precisión en la predicción futura<sup>23</sup>. Asimismo, es necesaria formación exhaustiva a todos los operadores jurídicos del funcionamiento de estos instrumentos para evitar –como apunta Aberto Daunis– la indefensión de lo/as le-trado/as que no pueden rebatir ni argumentar los resultados de riesgo que arrojan estos protocolos.

#### **4. La influencia de los instrumentos de valoración de riesgo en la toma de decisiones en el ámbito penitenciario**

A lo largo de la trayectoria penitenciaria de cualquier interno existen momentos fundamentales en los que resulta imprescindible llevar a cabo una evaluación que supone necesariamente un diagnóstico sobre los distintos riesgos que habrá que gestionar por todos los operadores que intervienen en la toma de decisiones. El primero será el ingreso y la necesidad de clasificarlo inicialmente en el grado de tratamiento penitenciario que se considere más adecuado, pero también será esencial la evaluación a la hora de diseñar el Programa Individualizado de Tratamiento (en adelante PIT), la propuesta y concesión de permisos de salida, las posteriores revisiones para la progresión o regresión de grado, la concesión de la libertad provisional y la de cualquier beneficio penitenciario de los previstos en el art. 202 RP. La introducción de sistemas actuariales de predicción y gestión de riesgos, que nos aportan datos pretendidamente científicos y objetivos, pueden llevar a la tentación de aplicar de forma automática los resultados obtenidos a partir de la aplicación del pertinente algoritmo hasta el punto de predeterminar la decisión, dejando de lado otros factores que necesariamente han de ser tenidos en cuenta. De hecho, en la práctica un resultado de riesgo medio o alto en factores como los de reincidencia violenta

o quebrantamiento de condena están provocando en la mayoría de las ocasiones que se desestime la concesión de permisos de horas o que se emitan informes desfavorables por parte de las Juntas de Tratamiento de los centros penitenciarios respecto de los de más de 24 horas, cuya concesión corresponde a los jueces de vigilancia penitenciaria (en adelante JVP), que también se ven influidos por tales resultados, de la misma forma que sucede con quienes tenemos encomendada la revisión de sus resoluciones vía recurso<sup>24</sup>. Mayor automatismo se produce, si cabe, en la postura del Ministerio Fiscal (al menos en lo que se refiere al servicio de vigilancia penitenciaria de la Fiscalía de Barcelona) que indefectiblemente viene informando en contra de cualquier permiso o beneficio peni-tenciario cuando se presentan riesgos medios o altos en tales factores, y acaba interpo-niendo recurso de apelación contra las resoluciones del JVP si éstas son favorables a las pretensiones del interno.

Tal automatismo no tiene razón de ser y, además, resulta contrario al espíritu de las normas penitenciarias y a las propias directrices emanadas de las administraciones encargadas de su gestión. En concreto, y por lo que se refiere a los permisos de salida, tanto el art.47.2 LOGP como el art. 154 RP los vinculan de forma directa al tratamiento y señalan como su finalidad principal la “preparación de la salida en libertad”, y así ha sido reconocida su naturaleza por la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional desde la paradigmática sentencia 112/96 (Ponente: Vives Antón). No puede negarse pues una expectativa legítima del interno a disfrutar de los mismos como parte de su resocialización, debiendo reconocerse además su relación directa con la obtención de beneficios peni-tenciarios como la progresión al tercer grado o la obtención de la libertad condicional. Es evidente que principios y derechos fundamentales tan importantes no pueden quedar al albur de lo que nos acabe diciendo un algoritmo matemático, más cuando los protocolos de evaluación y predicción de riesgos (y aquí nos referiremos particularmente al RisCanvi por ser éste con el que los autores estamos más familiarizados) presentan aspectos que no están exentos de críticas, a los que nos referiremos más adelante. Es por ello que, tanto la Instrucción 1/2012 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias por lo que se refiere al territorio Ministerio, como el documento que, a modo de manual, publicita en su página web la *Direcció General de Serveis Penitenciaris* sobre el modelo de rehabilitación en las prisiones catalanas<sup>25</sup>, califican los sistemas actuariales de predicción de riesgos como una herramienta de trabajo al servicio de los profesionales encargados de emitir los informes que deberá ser tenida en cuenta, pero la decisión ha de tener en cuenta necesariamente otras circunstancias y ha de ser el resultado de una interpretación y valoración específica e individualizada por parte de los profesionales que conforman los Equipos Técnicos de Tratamiento, que además están en contacto directo con los internos<sup>26</sup>.

En el capítulo anterior ya nos hemos referido a las críticas llevadas a cabo por la doc-trina respecto del sistema, procede ahora referirnos a los que se derivan de su aplicación práctica por parte de cuantos intervenimos en la toma de decisiones que afectan a los in-ternos. Al respecto, no podemos olvidar que el proyecto RisCanvi nace de la necesidad de dar respuesta a la creciente preocupación social por el aumento de la reincidencia violen-ta, especialmente la relacionada con los delitos sexuales, para dotar de una herramienta técnica específica de valoración del grado de riesgo de toda la población penitenciaria en el ámbito catalán. A partir de su desarrollo se ha implementado también en la gestión de tales riesgos en la rehabilitación del penado. Sin embargo, su eficacia en tal ámbito

se ve afectada por la cantidad de factores de tipo estático que conforman las escalas. En el RisCanvi-S pueden identificarse hasta 7 de los 10 factores que lo componen como de tipo estático, teniendo en cuenta además que la recogida de información se obtiene a partir del expediente penal y penitenciario, de entrevistas y observaciones directas y de otras informaciones complementarias. Difícilmente podrán modificarse a través de tratamiento cuando pertenecen a la propia biografía del interno. La conclusión: quien provenga de una familia desestructurada, sin estudios y sin experiencia laboral y haya tenido algún contacto previo con el abuso de drogas difícilmente va a poder revertir esos factores considerados de riesgo aunque se someta a los programas que se le ofrezcan en el centro penitenciario. Y otro tanto cabe decir de muchos de los 43 "ítems" que se incluyen en la escala del RisCanvi-C<sub>27</sub>.

Otras objeciones que se ponen de manifiesto por parte de los abogados defensores de los penados en sus recursos contra las decisiones de las Juntas de Tratamiento y de los JVP son la estandarización del tratamiento, que debería ser siempre individualizado, a partir de los resultados obtenidos, obligatoriedad encubierta de someterse a los mismos pues es la única manera de acceder a los permisos cuando no siempre responden a las necesidades personales, la falta de motivación suficiente de las decisiones administrativas y judiciales amparada por el dato presuntamente objetivo y científico ofrecido, e incluso la afectación del derecho a la intimidad que pueden suponer algunas de las cuestiones a las que son sometidos y la acumulación de datos personales en distintos ficheros, algunos de naturaleza tan delicada como los referentes a cuestiones médicas. Desde un punto de vista criminológico, el enfocar el tratamiento exclusivamente sobre valoraciones y gestión de riesgos parece centrarse más en el concepto peligrosidad que en el de verdadera rehabilitación. Dicho en otras palabras, lo verdaderamente importante es la defensa de la sociedad por encima de la integración del penado en la misma. Recordemos que el RisCanvi tiene su origen en la preocupación originada por el incremento de la reincidencia en el ámbito de los delitos violentos y en cumplimiento de las recomendaciones de una Comisión creada al efecto para tratar de las medidas de prevención adecuadas al respecto.

Si a todo ello unimos que la revisión de los resultados se produce cada seis meses, salvo circunstancias extraordinarias, lo que implica que la valoración del riesgo no va a verse modificada durante un periodo de tiempo en el que la Junta de Tratamiento se va a reunir como mínimo tres veces, los jueces estamos obligados a incorporar en nuestras resoluciones criterios de valoración que marginen las dificultades señaladas y nos permitan cumplir con el mandato constitucional del art. 25 CE. La concesión de un permiso, y también en los casos de incorporar un régimen abierto la clasificación inicial en tercer grado, la progresión posterior, la obtención de la libertad condicional o la de cualquier otro beneficio penitenciario que implique la salida del centro, exige llevar a cabo un pronóstico, una predicción para el futuro acerca de la existencia de un riesgo cierto de reincidencia o de quebrantamiento de condena, toda vez que es imposible saber con certeza a priori qué uso va a hacer el interno de los mismos una vez fuera de prisión. La utilización de un instrumento de evaluación y gestión del riesgo que ha sido objeto de estudio y valoración por parte de los miembros de los equipos multidisciplinares de los centros penitenciarios (psicólogos, juristas, criminólogos, trabajadores sociales, educadores y pedagogos) que además obtienen información del interno (entrevistas con él y con

las personas de su entorno, expedientes, observación directa, coordinación con otros profesionales...), complementado con los informes individualizados de los diferentes profesionales que trabajan día a día con el interno y que por tanto están en las mejores condiciones para valorar su situación, ha de ser necesariamente un punto de partida importante en la toma de decisiones. Pero nada es infalible, y menos cuando se trata de comportamientos humanos pero, en la práctica, cuando el resultado del RisCanvi ofrezca riesgo bajo en todos los factores, los informes del Equipo Técnico de Tratamiento sean favorables y no concurren circunstancias excepcionales que puedan ser valoradas en sede judicial, no existen motivos razonables para denegar un permiso o cualquier otra situación que suponga una salida del centro penitenciario. En el supuesto contrario, cuando los resultados del RisCanvi ofrezcan riesgos medios o altos en alguno de los factores esenciales para la salida (violencia autodirigida o quebrantamiento de condena), habrá que analizar otras circunstancias como el periodo transcurrido desde la última revisión y la valoración que el propio equipo multidisciplinar haga de las posibilidades de gestionar tales riesgos a partir de la evolución tratamental del interno, huyendo así del automatismo que lamentablemente se aprecia en un número importante de resoluciones judiciales.

## Anexo

**RISCANVI-S (screening):** Además de los datos de identidad del interno, edad, género, estado civil, situación procesal-penitenciaria, régimen de vida penitenciaria, tipo de delito cometido y relación con la víctima, se incorporan los siguientes "ítems":

1. Edad del primer incidente violento o inicio de las conductas violentas.
2. Violencia previa.
3. Comportamiento penitenciario anterior (faltas graves o muy graves).
4. Evasiones, fugas, quebrantamientos de condena.
5. Problemas con el consumo de alcohol u otras drogas.
6. Problemas de salud mental anterior (diagnósticos previos de trastornos, ira, inestabilidad emocional, impulsividad).
7. Intentos o conductas de autolesión.
8. Falta de soporte familiar y social, falta de una red relacional.
9. Problemas de índole laboral, falta de recursos económicos.
10. Ausencia de planes de futuro, actitud hostil, valores pro-criminales.

**RISCANVI-C (completo):** divididos en tres grupos:

Factores criminales/penitenciarios:

1. Delito base violento.
2. Edad en el momento del delito base.
3. Intoxicación durante la realización del delito base.
4. Víctimas con lesiones.
5. Duración de la pena.
6. Tiempo ininterrumpido en prisión.
7. Historial de violencia.
8. Inicio de la actividad delictiva o violenta.

9. Incremento de frecuencia, gravedad y/o diversidad de los delitos.
10. Conflictos con otros internos.
11. Incumplimiento de medidas judiciales.
12. Expedientes disciplinarios.
13. Evasiones o fugas.
14. Regresión de grado.
15. Ruebrantamiento de permisos.

*Factores personales/sociofamiliares:*

16. Desajustes en la edad infantil.
17. Distancia entre su residencia habitual y el centro penitenciario.
18. Nivel educativo.
19. Problemas relacionados con la educación.
20. Falta de recursos económicos.
21. Ausencia de planes viables de futuro.
22. Antecedentes delictivos en la familia de origen.
23. Socialización problemática en familia de origen.
24. Falta de soporte familiar y social.
25. Amistades criminales/delincuentes.
26. Pertenecer a grupos sociales de riesgo.
27. Rol delictivo destacado.
28. Víctima de violencia de género (sólo aplicable a mujeres).
29. Cargas familiares actuales.

*Factores clínicos/personalidad:*

30. Abuso o dependencia de drogas.
31. Abuso o dependencia de alcohol.
32. Trastorno mental severo.
33. Comportamiento sexual promiscuo.
34. Respuesta limitada al tratamiento psicológico o psiquiátrico.
35. Trastorno de personalidad relacionado con la ira.
36. Pobre enfrentamiento frente al estrés.
37. Intentos o conductas de autolesión.
38. Actitudes procriminales o valores antisociales.
39. Baja capacidad mental e inteligencia.
40. Temeridad.
41. Impulsividad, inestabilidad emocional.
42. Hostilidad.
43. Irresponsabilidad.

## Notas al pie

<sup>1</sup> Artículo 86.4 Código Penal

<sup>2</sup> Artículos 95 y siguientes Código Penal

<sup>3</sup> Cuando aplicadas las limitaciones de máximo de cumplimiento efectivo de la condena establecidas en el art. 76 CP, la pena a cumplir sea inferior a la mitad de la suma total de las impuestas

<sup>4</sup> Hay que valorar la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, así como los efectos que quepa esperar de la suspensión de la ejecución de la pena, entre otras circunstancias.

<sup>5</sup> Hay que atender especialmente a que el menor haya cometido con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza, lo que permitirá fundar el riesgo de reiteración, incluyendo el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima.

<sup>6</sup> Artículos 28 y siguientes LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, hablan de riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima

<sup>7</sup> Han profundizado mucho en la diferencia Antonio Andrés Pueyo y Santiago Redondo Illescas, que en el ámbito de la violencia, hablan de cambio de paradigma acerca de la peligrosidad y la valoración del riesgo, explicando que la peligrosidad, como predictor de la violencia de contenido clínico, tiene una capacidad predictiva limitada por su inespecificidad y por no ser el único determinante del comportamiento violento. Frente a ello las técnicas de predicción basadas en la valoración del riesgo de violencia, surgidas en los años 90 han demostrado una mayor eficacia predictiva, al considerar los factores predictivos en función del tipo de violencia a predecir. Por lo que se tiende a sustituir el término peligrosidad por el de riesgo de violencia.

<sup>8</sup> Surgen en el contexto de la predicción de la violencia y de la reincidencia en pacientes y reclusos afectados por trastornos mentales graves en Canadá. Después se fueron ampliando para predecir otros tipos de violencia –por ejemplo, sexual, de pareja y doméstica- extendiéndose a otros países como Estados Unidos, Reino Unido, Países Nórdicos, Alemania, Holanda... Recientemente han aparecido instrumentos para valorar el riesgo de violencia en jóvenes y adolescentes, como el SAVRY que consiste en una valoración del riesgo de violencia en los jóvenes.

<sup>9</sup> Ejemplos de instrumentos de segunda y tercera generación, en José Ángel Brandariz García. Capítulo VI de su obra "El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal".

<sup>10</sup> Eficacia predictiva en la valoración del riesgo del quebrantamiento de permisos penitenciarios, David Férrez-Mangas y Antonio Andrés-Pueyo. La ley Digital 13292/2018

<sup>11</sup> José Angel Brandariz García, citando a Harcourt, en la obra del autor citado.

<sup>12</sup> Remisión a la nota 9.

<sup>13</sup> Extraído de la monografía referida en la nota 10.

<sup>14</sup> 1. Extranjería, 2. Drogodependencia, 3. Profesionalidad delictiva, 4. Reincidencia, 5. Quebrantamientos, 6. Artículo 10 LOGP (primer grado o departamentos especiales para internos calificados de peligrosidad extrema), 7. Ausencia de permisos, 8. Deficiencia conyugal, 9. Lejanía y 10. Presiones internas.

<sup>15</sup> 1. Resultado de la TVR, 2. Organización delictiva, 3. Trascendencia social, 4. Fecha  $\frac{3}{4}$  partes, 5. Trastorno psicopatológico, 6. Existencia de resoluciones administrativas o judiciales de expulsión.

<sup>16</sup> Incorporamos en forma de ANEXO los "ítems" que son tenidos en cuenta en una y otra escala para mejor comprensión de cómo se trabaja con la herramienta actuarial y para que pueda identificarse en cada caso el carácter estático o dinámico de cada uno de ellos.

<sup>17</sup> En la misma línea se pronuncia Alberto Daunis Rodríguez. “Criterios para la valoración de la peligrosidad y el riesgo en el ámbito penitenciario”.

<sup>18</sup> José Angel Brandariz García. Capítulo VI de la obra citada, llamado actuarialismo punitivo: la redefinición de la penalidad en función de la gestión de los riesgos.

<sup>19</sup> Eficacia predictiva en la valoración del riesgo del quebrantamiento de permisos penitenciarios, David Férrez-Mangas y Antonio Andrés-Pueyo.

<sup>20</sup> Lucía Martínez Garay. “Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia”. Revista española de investigación criminológica.

<sup>21</sup> Iñaki Rivera Beigas. “Actuarialismo penitenciario. Su recepción en España”. Capítulo 3 del libro “La cárcel dispar” Edicions Bellaterra.

<sup>22</sup> Resulta muy interesante e ilustrativa de esta conclusión la investigación recogida en el artículo “Extranjeros y españoles en prisión: comparación de tipologías delictivas y factores de riesgo”, publicado en el Boletín Criminológico del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, y en el que han intervenido, entre otros, Antonio Andrés-Pueyo y Santiago Redondo.

<sup>23</sup> David Férrez-Mangas y Antonio Andrés-Pueyo. “Predicción y prevención del quebrantamiento de los permisos penitenciarios. Revista española de investigación criminológica.

<sup>24</sup> Los cuatro factores de riesgo cuya predicción se deriva de los resultados obtenidos a partir de la escala RisCanvi son: reincidencia violenta (referida a la comisión de otros delitos violentos fuera del centro penitenciario), violencia autodirigida (intentos de suicidio o autolisis), violencia intrainstitucional (conductas violentas sobre internos o funcionarios dentro de la institución penitenciaria) y quebrantamiento de condena (fuga, evasión, no retorno de una salida o permiso).

<sup>25</sup> Tal manual viene estableciendo los criterios esenciales en cuanto a la concesión de permisos en tanto no se publique la Circular que los regule de forma definitiva en el que la DGSP lleva ya tiempo trabajando.

<sup>26</sup> La Instrucción mencionada dice, entre otras cosas: “Los instrumentos en la toma de decisiones de la Tabla de Variables de Riesgo (TVR) y la Tabla de Concurrencia de Circunstancias Peculiares (M-CCP) mantienen su vigencia, con las actualizaciones realizadas en esta Instrucción, dado que han sido y son herramientas que aportan información esencial, que no debe ser nunca obviada, sino conocida y trabajada por los profesionales (...) Los resultados obtenidos, tanto los de carácter cualitativo como cuantitativo, no condicionan de forma matemática el acuerdo de concesión o denegación, pero tienen que tener lógicamente una influencia directa; el acuerdo final dependerá de la evaluación probabilística y de todo el conjunto de argumentos y razones esgrimidos en cada caso concreto. Cuando el informe final sea discordante con los resultados obtenidos en la TVR se motivará especialmente el acuerdo”. Por su parte, el documento de la DGSP pone especial énfasis en la naturaleza del RisCanvi como un instrumento de predicción de tipo mixto: ha de servir tanto para la valoración del riesgo como para su gestión en el ámbito del tratamiento rehabilitador, lo que a la larga ha de servir precisamente para que los factores de riesgo detectados disminuyan o lleguen incluso a desaparecer.

<sup>27</sup> Ver ANEXO adjunto al final del artículo.

# Empezar por el principio. A propósito de las obligaciones del Poder Judicial en la tutela de los consumidores

José María FERNÁNDEZ SEIJO

«El Conejo Blanco se puso las gafas.  
–¿Por dónde debo empezar, con la venia de Su Majestad? –preguntó.  
–Empieza por el principio –dijo el Rey con gravedad– y sigue hasta  
llegar al final; allí te paras.»

Lewis Carroll. *Alicia en el País de las Maravillas*.

Seguramente Alicia en el País de las Maravillas contenga muchas más pautas útiles que las leyes para establecer cuales son los deberes de los tribunales en la tutela de los consumidores.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha cumplido el papel del conejo blanco al que persigue Alicia, personaje que se esconde en una madriguera que, en realidad, es un pozo sin fin que trastoca la idea que Alicia tiene de las que hasta ahora habían sido las reglas de funcionamiento de la jurisdicción civil en el ordenamiento jurídico español.

En nuestro caso, Alicia inició su periplo con el caso Océano<sup>1</sup> (Sentencia de 27 de junio de 2000), un camino que, de momento, concluye con el caso OTP Bank<sup>2</sup> (Sentencia de 20 de septiembre de 2018), aunque ni el conejo blanco, ni el sombrero loco, ni la reina de corazones han dicho todavía la última palabra.

La edición inglesa de Alicia en el País de las Maravillas es de 1865. Enseguida se tradujo al alemán y al italiano, bajo la directa supervisión de Lewis Carroll, sin embargo,

---

<sup>1</sup> Asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346 (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=93%252F13&docid=45388&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1180035#ctx1>)

<sup>2</sup> Asunto C-51/17, ECLI:EU:C:2018:750 (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=93%252F13&docid=205931&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1170018#ctx1>)

la primera traducción íntegra a una lengua española se retrasó hasta junio de 1927, fecha de traducción al catalán por Josep Carner, la edición en castellano llegó cuatro meses más tarde<sup>3</sup>. Una demora similar se ha producido en la incorporación normalizada en España de los criterios para establecer la protección de los consumidores frente a condiciones generales de la contratación, el profesor Federico de Castro publicaba en el año 1961 un interesantísimo artículo sobre las condiciones generales de los contratos<sup>4</sup>, allí hacía referencia a la dogmática alemana, francesa e italiana, que había empezado a plantearse la incidencia de estas nuevas formas de contratación en masa ya en años 30 del siglo XX. En España, pese al esfuerzo del profesor De Castro y de otros ilustres tratadistas como Garrigues, lo cierto es que las primeras reformas legales en profundidad no se producen hasta la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (1984) y la Ley de Condiciones Generales de la contratación (1997). Los esfuerzos del legislador español no sólo deben considerarse tardíos, sino manifiestamente insuficientes, sólo así se entiende que a día de hoy los tribunales españoles, incluido el Tribunal Supremo, se vean en la obligación de plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE para indagar a cerca de la recta interpretación del sistema normativo interno en su confrontación con la legislación de la Unión Europea.

## 1. Punto de partida

La primera lectura de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Directiva 93/13) puede producir al lector cierta perplejidad, cierta incertidumbre, no parece un texto legal al uso, lleno de plazos y de definiciones precisas, es casi una declaración programática, construida sobre principios y valores.

Es una norma cuyo objetivo principal es facilitar el establecimiento de un mercado único frente a la diversidad de leyes estatales que regulaban la materia, estimular la competencia y evitar distorsiones en esa competencia. La norma nace a partir de la necesidad de unificar el mercado, aunque ya se advierte también la necesidad de proteger a la ciudadanía en su papel de consumidor, se afirma que el consumidor puede no conocer las normas que regulan los contratos.

Discretamente, la exposición de motivos de la Directiva rompe con uno de los principios en los que se asentaba el derecho tradicional, discretamente se afirma que la ignorancia de las leyes en algunos casos sí afecta al cumplimiento de las mismas.

En el caso Océano, el TJUE sienta las bases que justifican el control judicial de oficio, la intervención se considera, en principio, una «facultad» que se justifica, al amparo del la Directiva. La razón por la que se exige esta intervención positiva de los poderes públicos es la constatación de «que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas».

---

3 Así lo indica Juan Gabriel López Guix en sus estudios sobre Alicia en el País de las Maravillas incorporados a la biblioteca virtual del instituto Cervantes.

4 Anuario de Derecho Civil, nº 2.

Se asume que existe una situación de desequilibrio en el momento de la contratación que debe solventarse dentro del procedimiento.

Ante esa situación de desequilibrio, el riesgo o la tentación de imponer cláusulas abusivas por los predisponentes se convierte en la «cara oculta de la contratación»<sup>5</sup>.

En el arranque el TJUE sienta las bases configurando una facultad que tiene por objeto evitar un desequilibrio que se detecta extramuros del juzgado.

## 2. Carriles de aceleración

El caso Océano no fue un punto de llegada en la jurisprudencia del TJUE, fue, sin duda, un carril de aceleración que permitió al Tribunal desarrollar a partir de 2000 una jurisprudencia clara, inequívoca y contundente que configura un régimen de protección de los consumidores que aparentemente respeta el principio de autonomía procesal de los estados, pero, en la práctica establece un régimen material y procesal que difícilmente encaja en sistemas procesales como el español.

Mientras que la legislación y la práctica judicial española recibió la sentencia Océano como tema menor, la jurisprudencia del TJUE empieza a construir una doctrina que, lejos de marcar límites al primer pronunciamiento, lo que hace es desarrollar un marco de protección que, a fecha actual, todavía no ha terminado de cerrarse.

En el caso Cofidis<sup>6</sup> se reiteran las razones por las que el consumidor puede decidir no acudir a la protección de los tribunales («bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos»). Se advierte que no pueden fijarse límites temporales para el ejercicio de las acciones de nulidad de las cláusulas abusiva («la fijación de un límite de tiempo a la facultad del juez para no aplicar tales cláusulas, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, puede atentar contra la efectividad de la protección que es objeto de los artículos 6 y 7 de la Directiva»). Incluso puede defenderse que el TJUE no constriñe la facultad de control judicial de oficio en un momento procesal preciso («debe considerarse que una norma procesal, que prohíba al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula cuyo cumplimiento solicita el profesional, puede hacer excesivamente difícil la aplicación de la protección que la Directiva pretende conferir a los consumidores en los litigios en los que éstos sean demandados»).

En el caso Mostaza Caro<sup>7</sup> el Tribunal ya no habla de facultad, sino de deber del que se justifica por tres razones:

1) La Directiva es una disposición imperativa «que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas».

2) la Directiva, que tiene por objeto fortalecer la protección de los consumidores,

5 El término «*cara oculta de la contratación*» lo utiliza el profesor Hans Micklitz, uno de los inspiradores de la Directiva 93/13, al reflexionar sobre la evolución de la jurisprudencia del TJUE en el desarrollo de esta norma en «The Regulation of Over-Indebtedness of Consumer in Europe», Journal of Consumer Policy number 35, 2012.

6 Sentencia de 21 de noviembre de 2002, Asunto C-473/00. ECLI:EU:C:2002:705.

7 Sentencia de 26 de octubre de 2006, Asunto C-168/05. ECLI:EU:C:2006:675.

constituye, conforme al artículo 3 Constitución Europea, apartado 1, letra t), una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta.

3) la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que los órganos judiciales nacionales deban apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

En estos tres puntos el TJUE le da una trascendencia a la protección de los consumidores que no tiene reflejo en muchas constituciones de los estados miembros, en las que la tutela del consumidor no es un derecho fundamental, sino una mera declaración programática. Esta trascendencia se explicita en el caso *Kuřionová*<sup>8</sup> en la que la protección de los consumidores se vincula al artículo 47 de la Carta Derechos Fundamentales de Unión Europea (Carta), precepto en el que se regula el principio de tutela judicial efectiva. El derecho a una vivienda digna se vincula al artículo 7, referido al respecto a la vida privada y familiar, así como a la inviolabilidad del domicilio<sup>9</sup>.

El Tribunal defenderá, a partir del caso *Mostaza Caro*, la idea de que la actuación de oficio es un deber, no una mera facultad. Así lo indica, expresamente, en el caso *Pannon GSM*<sup>10</sup>; incluso en el caso *Tomášová*<sup>11</sup> analiza en qué circunstancias puede plantearse la responsabilidad patrimonial del Estado cuando no se haya cumplido con las obligaciones de actuación de oficio.

### 3. Cuestión de orden, o de desorden

En principio, la jurisprudencia del TJUE ha reconocido la autonomía de los estados miembros para establecer las normas procesales que se consideren convenientes. Este principio de autonomía procesal no es ilimitado, encuentra su primer límite importante en los principios generales del Derecho comunitario, relacionados, por ejemplo, con la protección de los derechos subjetivos conferidos por el Derecho comunitario. Al respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que, a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada estado miembro regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo del Derecho comunitario confiere a los justiciables, si bien estas modalidades no pueden ser menos favorables que las referentes a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni articularse de tal manera que hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el

<sup>8</sup> Sentencia de 10 de septiembre de 2014, C-34/13. ECLI:EU:C:2014:2189.

<sup>9</sup> El caso *Kuřionová* abre un campo de actuación judicial especialmente interesante en el caso español ya que en el ordenamiento jurídico español tradicionalmente se había considerado que la protección a los consumidores y el derecho a una vivienda digna eran principios de carácter social o económico, que no eran directamente invocables por los particulares, que exigían un desarrollo normativo específico, no formando parte del núcleo de derechos fundamentales. Sin embargo, para el TJUE tanto la protección de los consumidores como el derecho a la vivienda si se vinculan a derechos fundamentales, por lo que el tribunal español, en cuanto a tribunal comunitario, tiene la obligación de aplicar directamente la Carta UE, incluso por encima de la Constitución española, en esta materias especialmente sensibles, pudiéndole dar una dimensión y protección más intensa a estos derechos que han sido especialmente debilitados como consecuencia de la crisis económica.

<sup>10</sup> Sentencia 4 de junio de 2009, C-243/08. ECLI:EU:C:2009:350.

<sup>11</sup> Sentencia de 28 de julio de 2016, C-168/15. ECLI:EU:C:2016:602.

ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)<sup>12</sup>.

Puede afirmarse, por tanto, que el «orden» procesal es competencia de cada uno de los estados y que el TJUE no debiera pronunciarse respecto de estas cuestiones. Sin embargo, cuando se examina al detalle la jurisprudencia del TJUE, sobre todo en materia de aproximación de legislaciones relativa a protección de consumidores, se observa que el principio de efectividad ha permitido al Tribunal fijar pautas interpretativas que, en la práctica, han desmantelado normas procesales internas<sup>13</sup>. Por tanto, la jurisprudencia del TJUE conlleva cierto desorden en los procedimientos internos, desorden que está justificado al amparo de ese principio de efectividad.

No se trata sólo de desterrar el principio dispositivo y de aportación de parte en el procedimiento civil común, permitiendo una presencia judicial activa al amparo de sus deberes de oficio. Se trata también de desterrar ciertas rigideces procesales que interfieren en la correcta protección de consumidor.

Analizando con cierta perspectiva la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores, es posible afirmar que si en el caso *Océano* el Tribunal justificaba esa irrupción para solventar los desequilibrios producidos en el momento de la contratación; en el desarrollo de esta jurisprudencia la actuación judicial tiene también como finalidad la de evitar que esos desequilibrios observados extramuros de la jurisdicción muten en desequilibrios producidos también en el marco del procedimiento civil.

Una primera batería de resoluciones del TJUE en materia procesal se refirió a las «debilidades» del sistema de arbitraje, como cauce para solventar conflictos entre predisponente y adherente. El caso *Mostaza Caro* (ya reseñado), el caso *Asturcom Telecomunicaciones*<sup>14</sup>, el caso *Pohotovost* s. r. o.<sup>15</sup>, tienen su origen en procedimientos arbitrales o cláusulas de sometimiento a arbitraje que suponían, en la práctica, un atropello a los derechos de los consumidores. El contenido de estas sentencias ha permitido poner coto a los abusos que pudieran generarse en estos arbitrajes, aunque ha debilitado la pretendida invulnerabilidad del laudo arbitral, habilitando cauces para que, por la vía del recurso de nulidad del laudo, incluso con actuaciones de oficio, pudieran expulsarse del contrato las cláusulas abusivas, incluida la propia cláusula de sometimiento a arbitraje.

Respecto a la tutela de oficio, los sistemas procesales internos parece que conducen a pensar que el tribunal debe actuar en el arranque el procedimiento, al admitir a trámite una demanda debiera examinar si el título que da lugar a la misma contiene o no cláusulas abusivas. Así, en el derecho español, cuando la Ley 1/2013 modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en materia de ejecución, estableció que los mecanismos de control de oficio se dispusieran en el momento del despacho de ejecución.

---

12 Véanse al respecto las sentencias de 14 de diciembre de 1995, van Schijndel y van Veen (C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I-4705), apartado 17; de 15 de septiembre de 1998, Ansaldo Energia y otros (C-279/96 a C-281/96, Rec. p. I-5025), apartados 16 y 27; de 1 de diciembre de 1998, Levez (C-326/96, Rec. p. I-7835), apartado 18; de 16 de mayo de 2000, Preston y otros (C-78/98, Rec. p. I-3201), apartado 31; de 6 de diciembre de 2001, Clean Car Autoservice (C-472/99, Rec. p. I-9687), apartado 28; de 9 de diciembre de 2003, Comisión/Italia (C-129/00, Rec. p. I-14637), apartado 25; de 19 de septiembre de 2006, i-21 Germany y Arcor (C-392/04 y C-422/04, Rec. p. I-8559), apartado 57; de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro* (C-168/05, Rec. p. I-10421), apartado 24; de 7 de junio de 2007, van der Weerd y otros (C-222/05 a C-225/05, Rec. p. I-4233), apartado 28, y de 6 de octubre de 2009, *Asturcom* (C-40/08, Rec. p. I-0000), apartado 38.

13 Un supuesto paradigmático es la sentencia de 14 de marzo de 2013 (*caso Aziz*, C-415/11. ECLI:EU:C:2013:164).

14 Sentencia de 6 de octubre de 2009, C-40/08. ECLI:EU:C:2009:615.

15 Sentencia de 16 de noviembre de 2010, C-76/10. ECLI:EU:C:2010:685.

Puede parecer razonable que la actuación de oficio haya de articularse en el arranque del procedimiento, en las primeras decisiones, sin embargo, puede ocurrir que en ese primer momento haya obstáculos procesales o materiales que impidan una correcta actuación judicial, que limiten sus facultades de conocimiento:

a) Hay un obstáculo procesal de gran calado en aquellos supuestos en los que la decisión sobre la admisión a trámite no recae sobre el tribunal sino sobre el letrado de la administración de justicia. En estos casos el letrado habrá de poner en conocimiento del tribunal la posible existencia de cláusulas abusivas para que sea éste quien decida.

b) Hay un obstáculo material cuando no se disponga de elementos de juicio para determinar si una cláusula puede considerarse abusiva.

El TJUE ha advertido que en un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria se debilitan los derechos de los consumidores al no intervenir la autoridad judicial para la expulsión de las cláusulas abusivas (caso Banco Santander<sup>16</sup>). También se ha cuestionado el juicio monitorio, en el que la admisión a trámite del procedimiento y el requerimiento de pago lo hace el letrado de la administración de justicia y no el órgano judicial (caso Finanmadrid, E.F.C.<sup>17</sup>).

El TJUE desde el caso Pannon GMS indica que la intervención de oficio se hará «tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello», por lo que no puede circunscribirse a un momento procesal concreto, de hecho, asuntos como Mostaza Caro o Asturcom Telecomunicaciones ponen de manifiesto que la activación de los mecanismos de tutela de oficio se produce en la segunda instancia. Al amparo de esta flexibilidad, el Tribunal Supremo español ha realizado este control de oficio en casación (sentencia de 9 de mayo de 2013<sup>18</sup>).

Para poder disponer de estos elementos de hecho y de derecho, necesarios para apreciar que una cláusula es abusiva, en ocasiones el tribunal habrá de disponer de las pruebas correspondientes, lo que ha determinado que el TJUE permita incluso de oficio, practicar las diligencias que considere oportunas (así en el caso VB Pénzügyi Lízing Zrt.<sup>19</sup>).

En el caso Duarte Hueros<sup>20</sup>, el Tribunal considera que es posible incluso modificar de oficio la acción ejercitada por el demandante, con el fin de adaptarla a una tutela efectiva del interés del consumidor; alterando, con ello las reglas del artículo 400 de la LEC.

Se plantea un problema especialmente interesante al conjugar los instrumentos de protección de oficio que corresponden al tribunal con el llamado control de transparencia o, más específicamente, doble control de transparencia<sup>21</sup>, que obliga a indagar sobre la información precontractual facilitada al consumidor antes de firmar el contrato, así

16 Sentencia de 7 de diciembre de 2017, C-598/15. ECLI:EU:C:2017:945.

17 Sentencia de 18 de febrero de 2016, asunto C-49/14. ECLI:EU:C:2016:98.

18 Sentencia de la Sala I dictada en una acción colectiva frente a la cláusula limitativa del tipo de interés (cláusula suelo). ECLI:ES:TS:2013:1916).

19 Sentencia de 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/08. ECLI:EU:C:2010:659.

20 Sentencia de 3 de octubre de 2013, asunto C-32/12. ECLI:EU:C:2013:637.

21 En el caso Kásler y Káslerné Rábei se concreta este control de transparencia, entendido como «la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75)».

como el grado de conocimiento o comprensión que el consumidor hubiera podido tener de una cláusula en concreto para comprender así el conjunto de derechos y de obligaciones que conlleva de modo efectivo esa cláusula.

Para que se pueda realizar correctamente ese control de transparencia de oficio tendrá que buscar en el procedimiento o requerir al predisponente para que le facilite en toda su extensión la información dada. No se trata, pues, de expulsar del contrato cláusulas que pudieran incluirse dentro de la llamada lista negra, o lista de cláusulas abusivas que de modo no exhaustivo recogía el anexo a la Directiva 93/13 y que, de modo más amplio, se han recogido en el artículo 85 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (RDL 1/2007); de lo que se trata es de anular cláusulas en principio válidas, pero que se han incorporado a un contrato de modo no transparente.

#### 4. Procedimientos en los que se debe prestar esta tutela de oficio

Las primeras sentencias del TJUE hacían referencia a procedimientos declarativos (así en el caso Océano y en el caso Cofidis). En los casos Mostaza Caro y Asturcom Telecomunicaciones la protección también se reconoce en los procedimientos especiales de nulidad de laudos arbitrales.

En el caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid<sup>22</sup> y RWE Vertrieb AG<sup>23</sup>, la tutela a los consumidores se extiende también a las acciones colectivas, ejercitadas por asociaciones de consumidores. El Tribunal Supremo español, en la citada Sentencia de 9 de mayo de 2013, reconoce sin ningún problema la tutela de oficio en las acciones colectiva. Estas sentencias merecen una especial atención ya que no se trata de procedimientos seguidos contra consumidores a título individual, sino de procedimientos iniciados por asociaciones especialmente habilitadas y cualificadas para el ejercicio de acciones colectivas. Esta cualificación debería determinar, por lo menos en el procedimiento judicial, que no se apreciaran desequilibrios que justificaran la intervención de oficio, sin embargo, el Tribunal Supremo considera posible la intervención de oficio, asentándose en los mismos argumentos en los que se asentaba el TJUE para justificar la protección de oficio en los procedimientos individuales.

En el caso Banco Español de Crédito<sup>24</sup> el TJUE extendió los mecanismos de tutela de oficio también al juicio monitorio, aunque la Abogada General, en su informe de 14 de febrero de 2012, había recomendado que no se extendieran los instrumentos de protección de oficio en los juicios monitorios porque se corría el riesgo de *desmontar* el sistema no documental de procedimientos monitorios que se aplicaba en países como Alemania, en los que el requerimiento de pago no exige que el instante soporte su petición en documentos específicos.

En el caso Aziz se advirtió de la trascendencia que tenía la tutela al consumidor en procedimientos de ejecución, procedimientos en los que el derecho procesal interno tenía restringidas las posibilidades de oposición del deudor ejecutado. Tras esta sentencia,

---

22 Sentencia de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08. ECLI:EU:C:2010:309.

23 Sentencia de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11. ECLI:EU:C:2013:180.

24 Sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10. ECLI:EU:C:2012:349.

el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse en otros procedimientos de ejecución (caso Banco Bilbao Vizcaya Argentaria<sup>25</sup>).

También se ha habilitado la tutela al consumidor en procedimientos especiales, así, en el caso *Asbeek Brusse/Man Garabito*<sup>26</sup>, se habilita la protección en procedimientos de desahucio por falta de pago.

En el caso *Radlinger/Radlingerová*<sup>27</sup> se exige también la protección de oficio también en los procedimientos universales de insolvencia.

El recorrido por todos estos pronunciamientos del Tribunal de la Unión Europea permite afirmar, sin ningún género de duda, que el TJUE exige la intervención positiva de los jueces en todo tipo de procedimiento, sea de la naturaleza que sea, en la que se ventilen cuestiones que puedan afectar directamente a consumidores, tanto en procesos declarativos como especiales, tanto en ejecuciones ordinarias como en ejecuciones hipotecarias, tanto en procesos individuales como colectivos, incluidos, por descontado, los procedimientos universales que pudieran abrirse por la insolvencia del consumidor.

## 5. Límites y reglas del juego

Pese a la amplitud con la que se establecen los deberes del tribunal, lo cierto es que en alguna resolución el TJUE ha realizado algunas advertencias sobre los posibles límites a esa actuación de oficio, remitiéndose así a las normas de derecho interno que regulan algunas instituciones básicas del derecho procesal.

En el caso *Cofidis* el TJUE consideró que era nula una norma, como la recogida en el código de consumo francés, en la que se establecía que el control de las cláusulas abusivas de un contrato sólo podía realizarse, de oficio o a instancia de parte, dentro de los dos años siguientes a la firma del contrato. Estas normas limitativas eran contrarias a la Directiva 93/13.

En el caso *Asturcom Telecomunicaciones* el TJUE deba abierta la posibilidad de limitar las facultades ante la inactividad del consumidor, que no se opuso a un laudo arbitral de consumo previo, tampoco solicitó la nulidad del auto y el auto fue ejecutado a instancia del predisponente. El TJUE advierte que el efecto de cosa juzgada es una cuestión que debe regular el derecho interno: «el respeto del principio de efectividad no puede llegar, en circunstancias como las del procedimiento principal, hasta el extremo de exigir que un órgano jurisdiccional nacional deba no sólo subsanar una omisión procesal de un consumidor que desconoce sus derechos, como en el asunto que dio lugar a la sentencia *Mostaza Claro*, antes citada, sino también suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor interesado que, como la demandada en el procedimiento principal, ni participó en el procedimiento arbitral ni promovió la anulación del laudo arbitral que, en consecuencia, pasó a ser firme»<sup>28</sup>.

25 Auto de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13. ECLI:EU:C:2015:397.

26 Sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11. ECLI:EU:C:2013:341.

27 Sentencia de 21 de abril de 2016, asunto C-377/14. ECLI:EU:C:2016:283.

28 Esas mismas salvedades las observamos en el caso *Gutiérrez Naranjo* (Sentencia de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15. ECLI:EU:C:2016:980): «es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en

El efecto de cosa juzgada, cuya regulación le corresponde al ordenamiento nacional, exige que se haya producido un pronunciamiento expreso al efecto, así el TJUE ha concluido que «se deduce que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada, extremo éste que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente<sup>29</sup>».

El efecto de cosa juzgada sólo operará cuando el tribunal, se haya pronunciado expresamente sobre la validez o nulidad de una cláusula en concreto, surge la duda en aquellos supuestos en los que ese pronunciamiento no se ha producido, pero el consumidor sí tuvo la posibilidad de plantearlo sin que lo haya hecho<sup>30</sup>.

Si analizamos con cierta profundidad el alcance del caso Banco Primus y lo ponemos en relación con otras sentencias del propio TJUE, podemos concluir que el TJUE sólo permite aplicar el efecto de cosa juzgada cuando exista un pronunciamiento previo al respecto, no en aquellos supuestos en los que se haya perdido la oportunidad de plantearlo, bien de oficio por el tribunal, que por la razón que sea no identificó en el proceso de ejecución posibles cláusulas abusivas, bien por el consumidor, que no se personó en el procedimiento ejecutivo por las razones que fueren.

En Pannon GSM se advierte que el órgano judicial, antes de proceder a declarar abusiva de oficio una cláusula tiene que informar al consumidor, en concreto, la sentencia de referencia declara que «el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula».

Es interesante profundizar en este pronunciamiento ya que el mismo no supone la imposición de dar vista al consumidor en todo caso, sino sólo en aquellos supuestos en los que el consumidor se haya personado en el procedimiento. No tiene sentido que se exija dar vista al consumidor en todo caso, ya que, en aquellos procedimientos instados por el predisponente, en los que el consumidor no es ni tan siquiera emplazado, no parece razonable que haya de habilitarse un trámite procesal específico de emplazamiento al consumidor para indagar si acepta la cláusula abusiva, una vez ha sido debidamente informado<sup>31</sup>.

---

la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada.

Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencia de 6 octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 41).»

<sup>29</sup> Caso Banco Primus, Sentencia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14. ECLI:EU:C:2017:60.

<sup>30</sup> Así, en el sistema español, derivado del desarrollo de la Ley 1/2013, que reforma la LEC en materia de ejecución, está planteando problemas ya que si los consumidores no articulan la denuncia de posibles cláusulas abusivas en el incidente de oposición a la ejecución, la mayor parte de la práctica judicial, amparándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considera no será posible que el consumidor pueda cuestionar esas cláusulas en un procedimiento declarativo posterior.

<sup>31</sup> En el caso Pénzügyi Lizing, ya reseñado, el TJUE valora que «en los litigios de escasa cuantía, los gastos correspondientes a la comparecencia del consumidor pueden resultar disuasorios y hacer que éste renuncie a interponer un

Sí parece imprescindible exigir al tribunal que advierta al predisponente de su intención de declarar nula una cláusula impuesta, para que el predisponente pueda hacer las alegaciones que considere oportunas. A ese traslado previo se refirió el TJUE en el caso Duarte Huero para justificar un cambio en el objeto del procedimiento y en las pretensiones ejercitadas por el consumidor.

En definitiva, aunque el sistema articulado por el TJUE obliga a una revisión en profundidad de los procedimientos en los que se ventilen cuestiones derivadas de contratos firmados por consumidores en los que se incluyan cláusulas abusivas, lo cierto es que el Tribunal ha fijado unos límites mínimos y unas garantías básicas:

1) Antes de intervenir de oficio debe advertirlo a las partes personadas, especialmente al predisponente.

2) También debe sondear al consumidor, si estuviera personado en el procedimiento, para valorar si el adherente, una vez informado, hubiera aceptado en todo caso la cláusula, especialmente si los efectos perjudiciales pudieran verse compensados por otras cláusulas favorables al consumidor.

3) El tribunal no puede sustituir al consumidor en aquellos supuestos en los que la inactividad del consumidor haya sido de tal grado que haya permitido que adquieran firmeza resoluciones judiciales instadas por el predisponente en las que hubiera podido ventilarse el carácter abusivo de una o varias cláusulas.

4) Para que pueda apreciarse el efecto de cosa juzgada al que se refiere el TJUE en sentencias como Asturcom Telecomunicaciones, es imprescindible que se haya producido un pronunciamiento expreso sobre una cláusula en cuestión.

## **6. El caso OTP Bank. Explorando los confines del deber de actuación de oficio. ¿Hasta donde debe llegar el deber de la magistratura?**

Si se accede al formulario de búsqueda del TJUE se comprueba que todavía se plantean y admiten un número muy importante de cuestiones prejudiciales vinculadas al desarrollo e interpretación de la Directiva 93/13, la duda que generan estas cuestiones pendientes es si el TJUE está llegando a los confines de interpretación de la mencionada Directiva, especialmente en lo que se refiere a la tutela de oficio.

En una de las últimas sentencias dictadas sobre esta materia, el caso OTP Bank (ya reseñado), el Tribunal abunda en los argumentos que justifican la actuación de oficio, compilando los pronunciamientos dictados hasta ahora. La cita es extensa, pero puede resultar de interés para extraer las últimas conclusiones:

«86 (...) del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 en relación con su vigesimocuarto considerando se desprende que los Estados miembros deben velar por que los órganos judiciales y las autoridades administrativas cuenten con medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha recordado la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los con-

---

recurso judicial y a defenderse», luego pierde sentido que si se activa la tutela de oficio porque parece razonable que el consumidor no comparezca en los procedimientos de escasa cuantía, a la vez, se exija al tribunal que haga comparecer al consumidor para sondear si ha conocido y aceptado la cláusula.

sumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales (sentencia de 31 de mayo de 2018, Sziber, C-483/16, EU:C:2018:367, apartado 33 y jurisprudencia citada).

87 Procede recordar que, habida cuenta de las consideraciones anteriores, el juez nacional deberá apreciar de oficio, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 43 y jurisprudencia citada).

88 Esta obligación que incumbe al juez nacional ha sido considerada necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta en particular del riesgo no desdeñable de que este ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de mayo de 2018, Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, C-147/16, EU:C:2018:320, apartado 31 y jurisprudencia citada).

89 El Tribunal de Justicia ha juzgado además que, dada la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores, el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de mayo de 2018, Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, C-147/16, EU:C:2018:320, apartado 35 y jurisprudencia citada).

90 De ello se deduce que la protección ofrecida por la Directiva 93/13 exige que, tan pronto como el juez nacional disponga de los elementos de Derecho y de hecho necesarios para ello, señale de oficio, inclusive, en su caso, en sustitución del consumidor en su condición de parte demandante, las posibles cláusulas abusivas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y ese consumidor».

Esta sentencia plantea el reto práctico de dotar de contenido efectivo el deber de sustituir al consumidor en su condición de demandante. El TJUE deja a los ordenamientos jurídicos internos la tarea de fijar un marco procesal que permita la efectividad de los derechos reconocidos en la jurisprudencia comunitaria.

### 6.1. *La determinación del momento en el que ha de realizarse ese control de oficio.*

En el sistema español parece que los mecanismos de tutela de oficio se concentran básicamente en el momento de admisión a trámite de los procedimientos. Ya se ha indicado que en el modelo procesal interno el arranque de los procedimientos no suele ser tarea judicial ya que la LEC encomienda este trámite al letrado de la administración de justicia, lo que obliga a un alambicado sistema de dación de cuentas para superar las objeciones que el TJUE ya ha realizado cuando en los procedimientos judiciales se ven afectados derechos de los consumidores ya que los letrados no tienen reconocida esta facultad conforme a la jurisprudencia citada.

Residir los instrumentos de control de oficio exclusivamente en la fase de admisión va claramente en contra del criterio del TJUE que aboga por una fórmula muy

flexible al determina que el órgano judicial ha de intervenir «tan pronto como disponga de elementos de hecho y de derecho», lo que puede suceder avanzado el procedimiento, incluso en instancias superiores.

## 6.2. *Sobre la amplitud de ese control en el procedimiento de ejecución y en el juicio monitorio.*

La reforma del procedimiento de ejecución llevada a efecto por la Ley 1/2013 dio un vuelco al modelo de ejecución singular ordinaria e hipotecaria en España, trasformando la LEC con el fin de adecuarla a las exigencias del caso Aziz<sup>32</sup>. A partir del 14 de mayo de 2013, con la entrada en vigor de la reforma, el tribunal ha de evaluar si hay en el título que sirve al demandante para el inicio del procedimiento cláusulas que tenga la consideración de condición general y, además, haya de reputarse abusiva.

La iniciativa en estos procedimientos la toma el predisponente, que debe aportar su título. La tarea obliga a adentrarse en tres círculos concéntricos: primero ha de constatar que en el título aparecen condiciones generales, después ha de determinar si el ejecutado o requerido es consumidor<sup>33</sup> y, finalmente, determinar si esas condiciones señaladas son o no abusivas.

No hay límites complicados para que se realice esa función, se dispone de las presunciones previstas en la Directiva para trasladar al predisponente la prueba que determine que se trata de una condición singular o negociada. El TJUE permite al tribunal articular las diligencias o medios de prueba que considere necesarias. La nulidad no es automática dado que se exige un traslado previo al ejecutante o requirente. La única cortapisa es que las cláusulas fiscalizadas tengan incidencia directa en la ejecución, por lo que no podrá depurar cláusulas que, siendo susceptibles de ser anuladas, sin embargo, no incidan en la determinación de la cantidad reclamada, su vencimiento y exigibilidad<sup>34</sup>. La tarea del tribunal en el procedimiento de ejecución y en el juicio monitorio es, aparentemente, sencilla, aunque quedan por resolver algunas cuestiones prejudiciales ante el TJUE de gran trascendencia para determinar si las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento tienen incidencia práctica o no en los procesos de ejecución.

---

32 Seguramente, la lectura reposada de la sentencia Aziz hubiera llevado a una reforma en sentido opuesto a la abordada por la Ley 1/2013, ya que al órgano judicial comunitario lo que le preocupaba es que no se articulara un sistema de medidas cautelares que permitiera, en un procedimiento declarativo, suspender el curso de una ejecución en marcha, con el fin de ventilar la existencia e incidencia de cláusulas abusivas. El legislador español, sin duda presionado por la crisis económica y los movimientos sociales, prefirió llevar la discusión sobre las cláusulas abusivas y su nulidad al marco del proceso de ejecución, con todos sus inconvenientes procesales, en vez de al procedimiento declarativo.

33 El ámbito subjetivo de la Directiva 93/13 se limita única y exclusivamente a los consumidores personas físicas, por lo que la tutela de oficio que configura el TJUE sólo es posible cuando se trate de consumidores personas físicas, por mucho que la legislación interna haya podido extender algunos aspectos de la nulidad de las condiciones generales a otros sujetos (así en el caso español la Ley de Condiciones Generales de 1997 generaliza algunos ámbitos de protección a todo adherente).

34 Así, en una póliza de préstamo hipotecario en la que se hubiera incluido una cláusula, que imputara todos los gastos de constitución del préstamo y de la garantía al prestatario/hipotecante, no podría ser anulada de oficio en un procedimiento de ejecución instado por el prestamista años después con apoyo en los incumplimientos del prestatario en obligaciones distintas de las del pago de los gastos.

### 6.3. *Sobre la amplitud de ese control de oficio en los procedimientos declarativos instados por los predisponentes.*

En la medida en la que los procedimientos de ejecución frente a consumidores se han convertido en un campo procesal lleno de incidencias y en tanto en cuanto el TJUE no termine de dar respuesta a las cuestiones todavía en curso, algunos predisponentes de condiciones generales (particularmente entidades financieras) se han aventurado a iniciar procedimientos declarativos ordinarios pidiendo el vencimiento anticipado de contratos de préstamo suscritos con adherentes consumidores. Por medio del juicio declarativo se pretende evitar la paralización de un hipotético procedimiento de ejecución.

El predisponente “renuncia” a unas hipotéticas ventajas procesales que se vinculan a la tenencia de un título con determinadas formalidades y acude al proceso declarativo, pidiendo la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales, con todas sus consecuencias.

En estos procedimientos declarativos instado por los predisponentes también parece conveniente que se reconozcan las obligaciones de tutela de oficio para poder detectar y anular cláusulas abusivas. Las bases o fundamentos para esa intervención en el procedimiento declarativo se encuentran en la jurisprudencia constante del TJUE: Al consumidor le puede resultar muy gravoso o difícil personarse en el procedimiento ordinario, puede desconocer o ignorar que en su contrato hay cláusulas abusivas, puede estar mal asesorado... El argumentario del TJUE para reclamar esta intervención positiva de la autoridad judicial encaja tanto en procedimientos especiales o de ejecución, como en procedimientos declarativos. Por tanto, el órgano judicial debería adentrarse en el contenido de los documentos que sirven como base para configurar las pretensiones del demandante antes de haber emplazado al demandado.

Podría afirmarse que la mejor tutela judicial al consumidor es aquella en la que el consumidor puede que ni se entere de que ha sido demandado<sup>35</sup>.

### 6.4. *Sobre la amplitud del control de oficio en los procedimientos instados por los consumidores adherentes*

Tras la sentencia del TJUE en el caso Aziz y, fundamentalmente, tras la sentencia del Tribunal Supremo español anulando las cláusulas limitativas de los tipos de interés, se ha producido una verdadera “explosión” de procedimientos declarativos instados por los consumidores, hasta el punto de crearse un nicho de negocio que está cambiando las bases de funcionamiento de la abogacía.

La práctica judicial pone de manifiesto que se están dibujando verdaderas estrategias judiciales destinadas a la gestión de la tutela del consumidor que firmó préstamos con entidades financieras, estrategias judiciales que en muchas ocasiones tienen su justificación en criterios judiciales un tanto erráticos, que han llevado a convertir al TJUE en verdadera cámara dirimente en materia de consumidores.

---

35 Así sucedió a Rocío Murciano Quintero, la persona demandada en el juicio de cognición que, a principios de 1998, instó una editorial en el procedimiento que se convertiría en el caso Océano. La Sra. Murciano nunca se enteró de que había sido demandada en Barcelona, pese a que su domicilio estaba en una pequeña localidad de la provincia de Jaén.

Una misma escritura que afecta a un mismo consumidor puede someterse a varios procedimientos declarativos, administrando el consumidor, o sus asesores, un sistema de goteo por el que se van modulando las cláusulas cuestionadas, incluso los efectos que lleva aparejada la nulidad de estas cláusulas.

La duda que surge es si el tribunal en estos casos puede imponer sus deberes de oficio y plantear la nulidad de cláusulas que no han sido, en principio, objeto de la demanda principal, es decir, cláusulas que el demandante/consumidor ha decidido no cuestionar.

No parece que pueda imponerse una interpretación rígida del artículo 400 de la LEC y obligar al consumidor a acumular en una sola demanda todas las pretensiones de nulidad que afecten a cláusulas incluidas en una única escritura o contrato. De igual modo, no parece razonable que deba interpretarse que cuando el consumidor ejercita una acción solicitando la nulidad de una cláusula concreta del contrato esté aceptando, tácitamente, la validez del resto de cláusulas.

El goteo de demandas declarativas recogidas en un solo contrato está colapsando juzgados y tribunales, generando un problema que ha agravado exponencialmente la falta de agilidad de los juzgados civiles<sup>36</sup>.

En el caso OTP Bank el TJUE obliga al órgano judicial a sustituir al consumidor tan pronto como disponga de elementos de hecho y de derecho para determinar la nulidad de una cláusula por abusiva. Esa obligación de sustituir al consumidor debería permitir que, en el procedimiento declarativo, a instancia en último término del tribunal, se pudieran ventilar todas las cláusulas que pudieran tildarse de abusivas. Así, por ejemplo, en un procedimiento declarativo de nulidad de una cláusula limitativa de los tipos de interés, el tribunal podría traer al procedimiento la nulidad de la cláusula de imputación de gastos, evitando así a las partes un nuevo procedimiento.

Esta lectura de la sentencia OTP Bank, y de las sentencias anteriores del TJUE, choca abiertamente con el principio dispositivo, que se configura así como “un dogma inquebrantable” del derecho procesal civil español, pero tiene indudable apoyo en la jurisprudencia del TJUE y, además, da instrumentos para afrontar los gravísimos problemas de litigiosidad que atascan los juzgados civiles en la actualidad.

Dado que la normativa procesal española no dispone de un trámite específico para plantear esta intervención de oficio, tendrá que ser el tribunal el que establezca dentro del procedimiento el momento en el que traslada a las partes (consumidor/demandante y predisponente/demandado) que en el contrato hay otras cláusulas, en principio ajenas a la demanda, que deben anularse. Lo puede hacer en el trámite de admisión a la demanda, reclamando al actor que amplíe sus pretensiones, o en la audiencia previa; incluso esta ampliación del objeto puede hacerse en un trámite posterior puesto que el caso Duarte Huero permitió el cambio de objeto del pleito incluso tras la vista de juicio, exigiendo únicamente que se hubiera dado vista previa al predisponente para no causar indefensión.

Iguales argumentos, incluso más poderosos, justificarían que, de oficio se pudiera ampliar la tutela al consumidor cuando en la demanda no haya una petición expresa

---

<sup>36</sup> Las estadísticas judiciales de los años 2016 a 2018 indican que hay decenas de miles de demandas de consumidores varadas en los juzgados especializados en materia de consumo, lo que augura décadas de litigiosidad para reclamaciones que en la mayor parte de las ocasiones no llegan a los 3.000 €.

de condena de pago vinculada a la nulidad de la cláusula instada. Las demandas con reserva de condena, remitiéndose el actor a un nuevo procedimiento una vez obtenida la declaración de nulidad, no sólo aumentan artificialmente la litigiosidad<sup>37</sup>. El TJUE en el caso *Gutierrez Naranjo* (ya reseñado) da al tribunal los instrumentos necesarios para que lleve la declaración de nulidad a sus últimas consecuencias: «la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13 exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula (sentencia de 30 de mayo de 2013, *Jóros*, C-397/11, EU:C:2013:340, apartado 42)».

Sin duda, este tipo de propuestas deberían recogerse en una reforma en legislativa profunda del sistema procesal en asuntos civiles que afecten a los intereses de consumidores, pero, mientras llega esta reforma, no parece que el TJUE ponga obstáculos para permitir que el modelo y las razones que justifican la actuación de oficio del pueda imponerse también en procedimientos seguidos a instancia del consumidor, para conseguir así «llegar hasta el final», tal y como sugería el rey al conejo en Alicia en el País de las Maravillas.

## **7. Adenda: sigue hasta llegar al final (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2019).**

Justo cuando el artículo sobre las obligaciones del poder judicial en la tutela de los consumidores estaba en la imprenta, el Tribunal Constitucional (TCo) ha publicado la sentencia de 28 de febrero de 2019, que da respuesta al recurso de amparo 1086/2018. Esta resolución se centra, fundamentalmente, en fijar en clave constitucional cuales son los deberes de actuación de oficio del tribunal en un procedimiento de ejecución de un título judicial, un contrato de préstamo hipotecario, firmado por una entidad financiera con un consumidor. La ponente de la Sentencia es la magistrada Encarnación Roca Trías, la resolución cuenta con un voto particular.

La sentencia del Constitucional tiene gran importancia ya que por primera vez el TCo se pronuncia sobre estas cuestiones, fijando una doctrina clara que rompe con las rigideces con las que en ocasiones se enfrentan los tribunales a estas cuestiones.

Una primera lectura de la sentencia puede llevarnos a pensar que, siguiendo las indicaciones que el Rey hacía al Conejo Blanco de Alicia en el País de las Maravillas, podemos estar llegando al final.

En la medida en la que la sentencia supone un avance en ese recorrido, considero que merece la pena reseñarla, aunque sea con cierta provisionalidad porque habrá que esperar a que el TCo pueda dictar nuevas resoluciones sobre la materia, advirtiendo que es muy positivo que el Tribunal haya, por fin, asumido que la protección de los consumidores afecta de lleno al principio de tutela judicial efectiva.

---

<sup>37</sup> Aunque puedan estar justificadas atendiendo a la falta de seguridad que se ha generado respecto al efecto de la nulidad de algunas cláusulas.

*Razones por las que la Sentencia del TCo es trascendente.*

1. Sin perjuicio de un examen más reposado de la resolución, lo cierto es que el TCo ha sorprendido por la celeridad con la que ha afrontado el amparo, inusual en nuestro sistema judicial, atendiendo a las especiales circunstancias del caso y, fundamentalmente, a la conexión del derecho a la tutela judicial efectiva con el principio de efectividad preconizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El TCo asume, con ello, un papel capital en las garantías procesales tanto desde la perspectiva del derecho interno, como desde la perspectiva del derecho comunitario.

2. Es también excepcional la interpretación que el TCo hace respecto del deber de haber agotado las vías ordinarias de recurso, realizando una interpretación inusualmente flexible al permitir el acceso al amparo tras una providencia de inadmisión de un incidente de nulidad, básicamente porque la propia providencia advierte que contra la misma no cabe recurso.

3. El TCo, invocando su propia jurisprudencia, considera que le corresponde velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente en aquellos supuestos en los que los juzgados ordinarios desconocen o ignoran las decisiones del TJUE.

4. Respecto del deber de actuación de oficio del órgano judicial, el TCo advierte que no puede circunscribirse o limitarse a un momento procesal concreto, no cabe considerar que ese control precluye si el deudor no ha formulado oposición en el plazo legalmente establecido (10 días). Recuerda que el TJUE permite al juez actuar incluso tras haber dictado una resolución con fuerza de cosa juzgada, siempre que la cláusula no hubiera sido examinada previamente (se invoca aquí la Sentencia del TJUE dictada en el asunto Banco Primus).

Como complemento a estas consideraciones, el TCo. entiende que el incidente de nulidad de actuaciones instado por el deudor puede ser el cauce idóneo para plantear el carácter abusivo de una cláusula.

5. Se considera que en el procedimiento de ejecución hipotecaria es posible el control de las cláusulas abusivas hasta el momento en el que el inmueble subastado se ponga a disposición del adquirente, tal y como indicó el propio Gobierno de España en las alegaciones previas al asunto Banco Primus.

6. El deber de control de oficio que realiza el órgano judicial no puede ser implícito, no puede deducirse del auto despachando ejecución, o del rechazo de las alegaciones del ejecutado. Debe ser un control expreso, vinculando la cuestión al deber de motivación de las resoluciones judiciales.

7. El voto particular, que discrepa con los argumentos y el fallo dictado en amparo, mantiene una posición formalista sobre el momento en el que el órgano judicial debe actuar de oficio, entiende que, en el caso de autos, la parte ejecutada desatendió las posibilidades ordinarias para oponerse al proceso de ejecución.

Establece que el momento en el que se debe materializar el control de oficio es antes de procederse al despacho de ejecución. Defiende que, al iniciarse la ejecución tras la entrada en vigor de las reformas de mayo de 2013 en las que se adaptaba el procedimiento civil a los requerimientos del TJUE, no era posible habilitar un trámite extraordinario ni permitir el incidente de nulidad de actuaciones.

# **Cruz Ximena, un caso particular demasiado generalizable.**

## **Los derechos de los consumidores y las cláusulas abusivas en la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2019**

Juan Carlos ROIS ALONSO

Me permito explicar la intrahistoria de la reciente sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2019 en el recurso de amparo 1086/2018, promovido por mi defendida y que tan relevante parece que va a ser tanto en los aspectos procesales relativos al planteamiento del recurso como en los materiales respecto de las garantías exigidas a los jueces que se enfrentan al derecho de los consumidores.

### **1. El caso anecdótico de Cruz y su paso por los juzgados**

Cruz, como cientos de miles de personitas de a pie, suscribió en el año 2006 con una entidad financiera (en este caso Bankia, pero podría ser cualquier otro) un préstamo hipotecario para comprar una vivienda en la que habitar con su por entonces pareja. Tuvo que comprometer a varios familiares como fiadores solidarios. Ni qué decir tiene que el préstamo predispuesto contaba con las cláusulas abusivas que la práctica de la época imponía en estos negocios.

En plena crisis hipotecaria la cuota a pagar se elevó de los algo más de seiscientos euros iniciales a los algo menos de mil quinientos euros, cantidad inasumible para su economía, por lo que, tras agotar todos sus esfuerzos por seguir pagando intentó negociar algún arreglo con el banco que, también como era habitual, se negó a ello.

En 2013, tras diez cuotas impagadas, se insta la ejecución hipotecaria, de la que ve el juzgado 32 de Madrid, el cual despacha ejecución de formulario sin efectuar control alguno sobre el clausulado, a pesar de que para aquella época ya había suficiente materia jurisprudencial al respecto y el control de oficio era obligatorio.

Cruz recibe la demanda. Después de contactar con alguna asesoría, decepcionada por la información de que contra esto no se podía hacer nada y que lo mejor era buscar una solución con el banco, no contesta a la misma. Para entonces Cruz ya no mantiene su relación sentimental y es víctima de violencia machista. Se encuentra sola y presionada por sus familiares, asustados por el aval prestado. Intenta la dación en pago, pero el banco no acepta.

El banco se adjudica la vivienda (decreto de 14 de abril de 2016) y acto seguido notifica una tasación de costas de 34.382,33 euros.

En el año 2016 Cruz se pone en pie en muchos aspectos de su vida. Entra en contacto con alguna de las plataformas sociales de hipotecados de Madrid y conoce de primera mano que su drama es el de miles, que la actuación del juzgado donde “cayó” su caso es la de siempre, y que ese juzgado no tiene en cuenta ninguna de las muchas peticiones y recursos planteados en los juicios hipotecarios de los que atiende.

Lo va a comprobar en propia carne. En mayo de 2017 pide, con varios escritos elaborado por una plataforma, la documentación de la titulización de su hipoteca al fondo RMBS IV, la suspensión del procedimiento por entender que debe controlarse de oficio la legitimación del banco en el proceso y el control de las cláusulas abusivas, entre ellas la de vencimiento anticipado.

El juzgado no se hace esperar y devuelve los escritos por falta de forma de letrado y procurador. Más tarde solicita abogado y procurador de oficio, lo que pone de manifiesto al juzgado solicitando la suspensión del procedimiento hasta su nombramiento y pidiendo copia del expediente completo al juzgado, que no tarda en contestarla denegando la suspensión del proceso porque no está prevista entre sus causas la solicitud de abogado de oficio y rechazando la petición de la causa, porque debe designar los particulares que quiere dado el volumen de la misma.

El abogado de oficio le es denegado, básicamente porque tiene un salario y una vivienda de su propiedad, precisamente la que es objeto del proceso hipotecario.

El juzgado ordena el lanzamiento. Cruz solicita la suspensión de los términos porque ha recurrido contra la denegación de abogado de oficio, que de nuevo le es denegada, intenta obtener tiempo y pide acogerse a la moratoria. Por el camino el juzgado resuelve confirmar la denegación de abogado y procurador de oficio, porque la peticionaria excede holgadamente las cuantías fijadas en la ley de justicia gratuita por ingresos.

Es en este momento cuando Cruz decide no dar la batalla por perdida, donde tantos otros compañeros y compañeras de las plataformas ya han desistido de casi todo.

Aunque la respuesta judicial va por barrios, la plaza de Madrid aplica inexorablemente el criterio restrictivo respecto a los procesos hipotecarios con auto de despacho de ejecución “firme” y desde las propias asesorías y plataformas se aconseja, llegado a este punto, buscar soluciones más posibilistas: dación en pago con o sin alquiler social (si el banco quiere), acogerse a la moratoria.

Dado, además, que asistimos a un proceso tan terminal, los cauces para intentar hacer algo desde el punto de vista jurídico son limitados y, por si fuera poco, el juzgado ha precipitado el lanzamiento.

## **2. La estrategia del recurso de amparo**

Es en ese momento cuando el grupo de afectados hipotecarios con el que vengo colaborando de tiempo atrás contactan conmigo para intentar dar un paso más allá, pues Cruz, y ellos, se resisten a que la solución final a esta lucha consista en perder la vivienda y, con suerte, conseguir un alquiler barato por tres años y quedar sin deuda en la mochila. En este punto, con el impulso de este grupo y la decisión de lucha de Cruz, busco el mecanismo, un tanto rocambolesco y alambicado, de elevar este asunto al Tribunal Constitucional inmediatamente.

Teníamos un problema. Dado que los plazos para recurrir alguna resolución han pa-

sado con exceso, y que no existe ningún cauce claro para elevar este asunto, no nos queda otra que intentar 1) o bien un escrito solicitando al juez, ahora con abogado y procurador, que se pronuncie sobre lo que por otros casos similares sabemos que no se va a pronunciar (yo los llamo escritos de excitación, por aquello tan gráfico de remover de forma exhortativa la pasión por el derecho del juez), para, una vez rechazado, instar la nulidad de actuaciones por violación del derecho de defensa como paso imprescindible para ir al amparo constitucional (y arriesgarnos a que el lanzamiento acordado acabe tan lanzado que no lleguemos a tiempo de nada). 2) o promover un incidente de nulidad por falta de control de oficio de las cláusulas abusivas sobre las que el juez nunca se pronunció, sabedores de que de forma rauda y veloz el juez respondería (no era la primera vez) rechazando de plano el incidente, sin que contra dicha resolución quepa recurso alguno (lo que nos abría la posibilidad de un recurso de amparo porque el acto violador de derechos es precisamente esta resolución).

Como era de esperar, el juzgado rechazó el incidente por considerarlo indebido, extemporáneo, precluida cualquier posibilidad de formular oposición a la ejecución, contrario a la cosa juzgada y, novedad inesperada, que el juez ya ejerció un control del título en el momento de dictarse la orden general de ejecución (¿una especie de denegación tácita de la abusividad?).

Es así como abrimos el cauce, inseguro, del recurso de amparo que ahora ha conseguido romper una dinámica judicial de desamparo a los consumidores en este tipo de pleitos y, en mi criterio, en cualquier otro donde estén en juego derechos de consumidores. Aparentemente se debatía una cuestión de orden principalmente procesal, pero el alcance de la resolución va mucho más allá.

La suerte de Cruz estaba echada y hasta el penúltimo momento todo fue problemático. El propio Tribunal Constitucional se pronunció acordando la suspensión cautelar del lanzamiento el día antes en que éste debía tener lugar. El Fondo cesionario se enteró de ello en la puerta de la casa de Cruz, cuando llegaron a la toma de posesión y se encontraron con la puerta llena de activistas dispuestos a parar un desalojo más, y con Cruz mostrando la resolución del Tribunal Constitucional por si les cabía alguna duda.

### **3. No hay una sola Cruz**

Por desgracia para la salud de nuestra sociedad, no tenemos una sola Cruz entre nosotros, sino un camino poblado de ellas. No es difícil encontrar casos muy parecidos al que ha dado lugar a esta inédita y garantista protección del Tribunal Constitucional en otros muchos procesos hipotecarios en ejecución o ya finalizados, ni en otro tipo de procesos civiles.

Por si fuera poco, el rosario de desprotecciones y de abusos de la banca no parece que vaya a amainar. Como la energía, simplemente se desplaza a otros cauces procesales. Llevamos un tiempo en el que la preferencia de las entidades bancarias es abandonar los procesos hipotecarios, un verdadero armatoste en demolición, para demandar a los hipotecados en procesos declarativos en los que ejercitan tanto la acción de reclamación de deuda vencida como, con fundamento en el art. 1124 C. Civil, el vencimiento anticipado del total de la deuda; procesos en los que pretenden evitarse el control de oficio de la abusividad del clausulado y las reconveniones basadas en la existencia de cláusulas abu-

sivas, al venir limitada por el artículo 406.2 LEC esta posibilidad por razón de la materia a los jueces ordinarios que no sean los encargados del análisis de las cláusulas abusivas con arreglo a los criterios autorizados por el CGPJ.

A ello acompañan una segunda estrategia, por la que los “cesionarios” de los procedimientos hipotecarios (en realidad los fondos que titulizaron en su día los créditos y que ahora afloran como efectivos dueños) demandan en precario contra los “ignorados ocupantes” de las viviendas.

¿Hará falta, de nuevo, recomenzar, como Sísifo, haciendo rodar la piedra de las garantías de los consumidores hasta la cima de la montaña en estas nuevas vías procesales emprendidas por la banca? ¿Será verdad que a partir de ahora los jueces se tomarán los derechos de los consumidores en serio tal como exige la jurisprudencia europea y ahora el TC? ¿Veremos llegar al día en que no se confunda la imparcialidad judicial con la equidistante falta de toma de posición en favor del consumidor que exige la Directiva 93/13 y el papel garantista que, en beneficio del restablecimiento del derecho como algo más y distinto del poder del fuerte, exige dicha norma del juez en procesos con consumidores?

¿Y quién paga los platos rotos de los cientos de miles de casos en que, en igualdad de condiciones de las de Cruz, todas las cruces que hemos ido dejando en el camino han perdido su vivienda? ¿Podrán estos usuarios pedir resarcimiento? ¿A quién?

#### **4. Una última reflexión**

El estallido de la crisis hipotecaria dio lugar al establecimiento, siempre tarde y poco, de medidas para evitar la explosión social. Entre ellas ocupan un lugar importante la extensión de un plazo que alcanza hasta mayo de 2020 de moratoria para el lanzamiento de los hipotecados. Otros muchos han entregado la vivienda a cambio de un alquiler social que igualmente va llegando a su fin. A ello podemos asociar el espectacular aumento de los precios en régimen de alquiler y la creciente presión social de las ocupaciones de viviendas vacías.

¿Qué pasará con los miles de ciudadanos embalsados en esta especie de limbo el día después de que de nuevo estalle la eludida situación de la desnaturalización del derecho de vivienda de la gente a mero valor de mercado y especulación del parque de vivienda en nuestra sociedad?

¿Hará entonces falta que la indignación social eleve de nuevo la voz para que avancemos más allá del derecho de los consumidores hacia la efectividad del derecho a una vivienda digna que predicán los tratados internacionales y, a su modo, garantiza la Constitución?

# El Tribunal de Estrasburgo frente a la destrucción del estado de derecho en Turquía<sup>1</sup>

Franco IPPOLITO

## 1. Las instituciones políticas europeas y el régimen de Erdogan

El intento de golpe de estado producido en Turquía el 15 de julio de 2016 determinó, como cualquier golpe de estado que interrumpe la vida del estado de derecho, una fuerte desazón en todos los demócratas. Pero fue mayor aún la desazón ante la reacción del régimen autoritario de Erdogan, que acogió aquel intento como una ocasión (feliz y quizá esperada) para desembarazarse definitivamente de toda oposición, sobre todo de la civil y democrática, no por casualidad inmediatamente agredida, encarcelada y humillada.

Con el pretexto, todavía hoy indemostrado, de que sus opositores fueran cómplices de la intentona militar, Erdogan la aprovechó para poner en práctica su política de aniquilación de cualquier disenso, pisoteando leyes internas y convenciones internacionales suscritas por la República turca<sup>2</sup>.

La Fundación Basso, mediante una nota de Elena Paciotti, de 22 de julio de 2016, dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, al alto Representante para la Política Exterior de la Unión Europea y al Presidente del Parlamento Europeo, solicitó la inmediata condena de la inaceptable deriva dictatorial del régimen autocrático turco, que ningún consenso de mayoría puede hacer legítimo, tanto más en presencia de violaciones masivas y sistemáticas de libertades y derechos fundamentales de la persona, con el despido de centenares de millares de empleados estatales y el encarcelamiento de millares de magistrados, abogados y profesores universitarios, muchos de los cuales continúan en prisión, mientras otros, aún menos afortunados, han muerto en la cárcel.

Eran muchos los que esperaban que de las instituciones europeas hubiera partido una pronta y, sobre todo, eficaz reacción, dirigida a condenar sin vacilaciones y a aislar al régimen turco, reafirmando la esencia de los valores europeos, centrados en el respeto del estado constitucional de derecho y en la protección de los derechos humanos y de los pueblos. No faltaron tomas de posición y palabras, pero se trató de declamaciones rituales, de mera fachada, que se limitaron a pedir cautela al autócrata turco, del que in-

---

1 Texto destinado a formar parte del libro: F. Buffa y G. Civinini (eds.), *La CEDU. Quaderno Speciale di Questione Giustizia*, Key edit., Milán. Trad. cast. de Perfecto Andrés Ibáñez.

2 El dramático cuadro de la situación vivida por las víctimas de la represión de Erdogan está descrito en los testimonios de los directos interesados recogidos en las *Letters from the Turkish Judiciary 2016-2017*, publicadas por MEDEL (*Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés*) en octubre de 2017, traducidas del inglés al italiano por Vito Monetti y publicadas en [questionegiustizia.it](http://questionegiustizia.it) el 3 de noviembre de 2018.

cluso recordaron su elección popular, como si la democracia pudiera reducirse solamente a la investidura del poder desde abajo. Hay que reconocer que nuestra apelación a las instituciones europeas expresaba una ilusión ingenua. ¿Cómo habría podido ser de otro modo? Una eficaz toma de posición europea habría tenido que determinar la imposición de las correspondientes sanciones, con suspensión de toda participación de Turquía en instituciones y organismos europeos. Y, antes aún, tendría que haber llevado consigo la cancelación del pacto, vergonzoso y perverso, que, el 28 de marzo de 2016, a cambio de millardos de euros, encomendó a Erdogan la tarea de bloquear el flujo de personas que huían de la violencia de la guerra y del hambre, prófugos desesperados, rechazados por el egoísmo de los ricos países europeos, que en cambio hallan acogida en otros pequeños y pobres como Líbano y Cisjordania, con recursos y medios no comparables ni de lejos con los del viejo continente.

## **2. Las declaraciones de inadmisibilidad de millares de recursos de ciudadanos turcos por el Tribunal de Estrasburgo**

No se incluyó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) entre los destinatarios de aquel llamamiento, al no haber pensado, ni siquiera por un momento, que este necesitase del estímulo de la opinión pública democrática para considerar admisibles los 27.000 recursos de ciudadanos turcos, para alertar su compromiso y su sensibilidad en materia de garantía de los derechos fundamentales, que constituyen la razón de su misma constitución y existencia.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) nació en el clima de refundación del derecho y de las instituciones internacionales, que –tras los horrores del nazifascismo, que produjo el Holocausto y las decenas de millones de muertos de la segunda guerra mundial–, en el Estatuto de las Naciones Unidas aprobado por la Conferencia de San Francisco el 26 de junio de 1945, asumieron el compromiso de un solemne *nunca más*, fundado en el respeto de la igual dignidad de las personas y de los pueblos y en la tutela de los derechos humanos fundamentales.

La CEDH y el TEDH fueron las expresiones más coherentes de aquel compromiso, al introducir el recurso directo de toda víctima de violación de los derechos humanos cometida por los estados que habían suscrito y ratificado el Convenio.

Por eso ha sido enorme la decepción de tantos demócratas y juristas europeos y, en particular, de tantas víctimas del régimen de Erdogan que habían puesto sus esperanzas en los jueces de Estrasburgo, ante la burocrática declaración de inadmisibilidad de decenas de recursos por «falta de agotamiento de los recursos internos»<sup>3</sup>, como si no fuera evidente la clamorosa desproporción de la reacción del régimen frente al intento del golpe de estado, con la reiterada prolongación del estado de emergencia más allá de los límites previstos en el artículo 14 de la CEDH; emergencia que hay que considerar cesada el 18 de julio de 2018, una vez que Erdogan se hubo asegurado la victoria en las elecciones del 24 de junio. Un bienio terrible jalonado por la clausura

---

3 Véase «La Cedu sbarra la strada ai ricorsi contro la Turchia per le misure post golpe malgrado l'allarme degli organismi internazionali», en [www.marinacastellaneta.it](http://www.marinacastellaneta.it), 21 de noviembre de 2016.

de centenares de cabeceras periodísticas y televisivas; por depuraciones y despidos masivos (más de 170.000) de profesores universitarios y enseñantes, funcionarios, militares; por decenas de millares (más de 80.000) de detenciones de ciudadanos, entre ellos abogados y periodistas independientes reducidos al silencio, magistrados y jueces (¡incluso del Tribunal Constitucional!); por violaciones de derechos fundamentales, comenzando por los de defensa, libertad de expresión y manifestación; por la ampliación del arresto policial hasta sesenta días; por confiscaciones de bienes de las personas sospechosas.

A aquel difuso sentimiento de desolación le puso voz un documento redactado en el ámbito de la Fundación Basso, difundido en marzo de 2017 (Luigi Ferrajoli, David Cerri e Ignazio Juan Patrone fueron los primeros firmantes), que, a distancia de muchos meses del intento de golpe de estado, subrayaba cómo, en vista de tantas y tales medidas represivas, no cabía recuperar ninguna confianza en un control jurisdiccional interno del régimen turco, encomendado a magistrados intimidados y amenazados a su vez de represión, cuya independencia y fiabilidad resultaba ser prácticamente nula o en todo caso estar fuertemente comprometida. Si las reacciones de las instituciones políticas europeas (Consejo de Europa y Unión Europea) se habían revelado ineficaces, del todo tímidas y reticentes se manifestaron también las respuestas del Tribunal de Estrasburgo, frente a una situación tan grave como alguna que, en el pasado, la jurisprudencia del propio Tribunal había entendido apta para fundar excepciones a la regla del previo agotamiento de los recursos internos<sup>4</sup>.

A su vez, en una intervención del 16 de febrero de 2017<sup>5</sup>, Luca Perilli, uno de los más atentos y documentados observadores del manto oscuro que ha hecho caer la noche sobre el estado de derecho en Turquía, ha informado sobre jueces arrestados o despedidos, sustituidos en un tiempo record mediante procedimientos de urgencia inadecuados para garantizar la imparcialidad. En otra sede, refiriéndose a tantos jueces como, en el itinerario de la adhesión del país a la Unión Europea, habían derrochado sus mejores energías en afirmar los derechos humanos en Turquía, contribuyendo a la modificación de la legislación y a la adopción del plan de acción para la tutela de los derechos fundamentales de conformidad con la jurisprudencia derivada de la aplicación de la CEDH, Perilli invitaba a todos a «imaginar su estado de ánimo actual en relación con Europa y, sobre todo, con el TEDH», después del reconocimiento de la efectividad de los recursos previstos en el sistema judicial turco.

### 3. Las dos primeras sentencias de condena del régimen de Erdogan

No sabemos, es obvio, en qué medida las críticas públicas han podido influir en la convicción de los jueces de Estrasburgo, pero es un hecho que el primer replanteamiento se produjo después de estas, con dos decisiones del 20 de marzo de 2017 (*Affaire Sahin Alpay c. Turchie* y *Affaire Mehmet Hasan Altan c. Tuchia*) que condenaron a Turquía por

4 Véase al respecto LDF-Laboratorio dei diritti fondamentali, Boletín se 20 de enero de 2017, *Turchia. I diritti fondamentali. La reazione al tentato golpe e le deroghe alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, en labdf.eu.

5 L. Perilli, «Lo stato di diritto, l'indipendenza della magistratura e la protezione dei diritti fondamentali: la tragica deriva della Turchia dal 2013»: *La magistratura*, 1-2 (2017).

la prisión cautelar aplicada a dos periodistas por violación de la CEDH, artículos 10 (que asegura la libertad de expresión) y 5 (el derecho a la libertad personal)<sup>6</sup>.

En el caso de Alpay (privado de libertad bajo la acusación de ser un componente de la organización terrorista Feto/PDY, considerada por Erdogan responsable del intento de golpe de estado), el tribunal de apelación rechazó la solicitud de libertad del periodista, a pesar de que el Tribunal Constitucional turco, por sentencia del 11 de enero de 2018, había reconocido la violación del derecho del recurrente a la libertad personal, a la seguridad y a la libertad de prensa.

El TEDH, luego de señalar que en la notificación de la aplicación de la derogación de la CEDH ex artículo 15 de la misma, ni siquiera se indicaban los preceptos cuya aplicación quedaba en suspenso, puso de relieve que el artículo 15 no atribuye a los estados un poder ilimitado y del todo discrecional en la aplicación de la derogación del CEDH y, todavía más aún, la norma es de aplicación estricta porque debe darse la emergencia de graves peligros para el orden democrático constitucional.

El TEDH, pronunciándose finalmente en concreto sobre el caso, declaró la existencia de una violación de los artículos 5 y 10 del CEDH, considerando la privación de libertad de los periodistas una medida no necesaria, desproporcionada y por tanto ilegítima, en cualquier caso, no utilizable para sancionar la manifestación de opiniones políticas que son y deben ser libremente expresables. «Una de las principales características de la democracia –se lee en las sentencias citadas– consiste en la posibilidad que esta ofrece de afrontar y resolver los problemas a través del debate público. Por eso debe nutrirse de libertad de expresión [...] y también durante el estado de emergencia, los estados deben dar por sentado que las medidas a adoptar deben estar dirigidas a la defensa del orden democrático amenazado y deben hacer todo lo necesario para proteger los valores de la sociedad democrática, como el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura. [...] Mientras, en cambio, la prisión preventiva de voces críticas crea múltiples efectos negativos, no solo para el privado de libertad, sino para toda la sociedad, ya que la medida cautelar de que se trata produce inevitablemente un efecto disuasorio sobre la libertad de expresión, con la intimidación de la sociedad civil y la reducción al silencio de las voces discrepantes».

Son afirmaciones importantes que señalan y valorizan elementos esenciales del estado constitucional de derecho, que constituye un patrimonio jurídico y político de los países europeos, que todo estado tiene el deber de salvaguardar, potenciar y transmitir a las generaciones futuras. El fuerte llamamiento del Tribunal de Estrasburgo es tanto más importante en un momento histórico en el que renacientes soberanismos y nuevas pulsiones nacionalistas querrían relativizar y neutralizar ese patrimonio de civilidad.

De tales pronunciamientos debe subrayarse otro aspecto, que constituye al mismo tiempo la razón de la decepción inicialmente manifestada y una renovada esperanza en el futuro de la jurisprudencia de Estrasburgo. El TEDH consideró especialmente grave

---

6 Véase F. L. Gatta, «Detenzione di giornalisti e repressione della libertà di espressione: da Strasburgo un chiaro messaggio alla Turchia, ma verrà ascoltato?»: [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 9 de abril de 2018; así como «Turchia: la detenzione di due giornalisti viola la Convenzione europea. La deroga in caso d'urgenza non blocca l'esame del merito dei ricorsi dei reporter»: [www.marinacastellana.net](http://www.marinacastellana.net), 21 de marzo de 2018; además, A. J. Palma, «Le sentenze Sahin Alpay c. Turchia e Mehmet Altan c. Turchia: un punto di svolta – forse più apparente che reale – nell'Odissea dei ricorsi avverso le misure emergenziali turche presso la Corte europea dei diritti dell'uomo»: *Ordine internazionale e diritti umani* (2018), pp. 223-241.

el hecho de que sentencias del Tribunal Constitucional turco sobre la ilegitimidad de la privación de libertad hubieran sido desatendidas por parte de los jueces de instancia, tanto que no dudó en calificar sus decisiones de contrarias a los principios fundamentales del estado de derecho. El hecho de que los jueces de instancia no hubieran tenido en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional declarando ilegítima la prórroga de la prisión preventiva, según Estrasburgo, no solo pone en discusión el papel y la *auctoritas* del vértice de la jurisdicción turca, sino que suscita serias dudas acerca de la eficacia de un recurso individual ante el supremo órgano constitucional del estado en casos relativos a esa medida cautelar personal.

Es difícil resistir a la tentación de preguntar que, si tal era la situación a finales de marzo de 2017, cómo podría justificarse el *non liquet* protagonizado por el TEDH con las declaraciones de inadmisibilidad de decenas de millares de recursos en las semanas precedentes, por la falta de agotamiento de los recursos internos.

Sin ánimo de detenerme en la contradicción, aquí es suficiente recordar que a veces –aunque sea tapándose la nariz– hay que aceptar que los organismos políticos adopten conductas de compromiso o «diplomáticas», por hallarse interesados en obtener o mantener resultados prácticos (por ejemplo, el bloqueo de los prófugos sirios o las contribuciones financieras al Consejo de Europa), pero a las instituciones jurisdiccionales no les está permitido mirar para otro lado, por oportunismo o diplomacia, en vez de denunciar la específica violación soportada por la víctima, que en aquel momento (no en la evolución de los procesos políticos o históricos) tiene necesidad de un remedio efectivo y eficaz. El precio que paga la institución judicial por la opción oportunista, dilatoria o solamente «diplomática», es la pérdida de *auctoritas* de la jurisdicción, no solo ante las víctimas del régimen turco, sino ante la opinión pública europea, que ve con alarma la represión del dictador Erdogan y con preocupación las derivas autoritarias y populistas de Polonia y Hungría.

#### **4. El papel de los jueces en defensa del estado constitucional de derecho**

Esto es algo de lo que finalmente parece convencido el Tribunal de Estrasburgo, a juzgar por la última decisión, publicada el 20 de noviembre de 2018, en el *affaire Selahattin Demirtas c. Turquie*, que ha apreciado violaciones de los artículos 5 § 3, 18 y 3 del Protocolo 1 en la prórroga de la prisión preventiva (aplicada el 4 de noviembre de 2016) por el rechazo de la solicitud de libertad, por parte, precisamente, del Tribunal Constitucional turco, en perjuicio de Selahattin Demirtas, parlamentario hasta las elecciones de junio pasado y vicepresidente del Partido Democrático del Pueblo (HDP), partido pro kurdo de izquierda.

Los jueces del TEDH, aun afirmando la plausibilidad de los elementos de la acusación que condujeron a la aplicación de la prisión preventiva, han apreciado la violación de las normas aludidas, por considerar del todo insuficientes las estereotipadas motivaciones utilizadas para justificar la duración de la medida, y reafirmando que todo sistema de prisión provisional automático sobre la base de una presunción legal es de por sí incompatible con el CEHU.

Del mayor interés es sobre todo la motivación de la apreciada violación del artículo 3 del Protocolo 1, relativo a los efectos de la prórroga de la prisión preventiva sobre el ejercicio del mandato parlamentario (perfil examinado por vez primera en la historia del TEDH).

El Tribunal recuerda, ante todo, que el derecho a elecciones libres (reconocido y garantizado por ese artículo) no se limita a la sola posibilidad de participar en las elecciones legislativas, sino que se extiende al derecho de ejercitar el mandato derivado de la elección, ejercicio impedido al diputado Dermitas, que ha sufrido una continua e ilegítima injerencia del régimen turco en el ejercicio de sus derechos políticos.

El Tribunal de Estrasburgo subraya, significativamente, que no solo los jueces de instancia, sino también el Tribunal Constitucional prescindieron del dato de que Dermitas, además de miembro de la Asamblea parlamentaria, era uno de los líderes de la oposición política. Este papel tendría que haber implicado un mayor nivel de protección del opositor a Erdogan, mientras que, en cambio, se rechazó cualquier solicitud de aplicación de medidas alternativas a la prisión, sin, por lo demás, realizar una motivación concreta e individualizada.

La imposibilidad de participar en las actividades de la Asamblea nacional a causa de la ilegítima prórroga de la prisión provisional constituyó una injustificada violación de la libertad de expresión del consenso popular y del derecho de Dermitas a ejercer su mandato parlamentario, así como una lesión del poder soberano del electorado que le hizo diputado.

El pasaje de la sentencia que mejor expresa la sobrevenida convicción de los jueces de Estrasburgo sobre el progresivo desmantelamiento del estado de derecho en Turquía es el relativo a la apreciación de la violación del combinado dispuesto en los artículos 18 y 5 § 3, donde se toman en consideración los datos aportados en los informes de observadores internacionales, coincidentes en hacer luz acerca de los condicionamientos ambientales y las presiones sobre las decisiones de los jueces y que se vieron confirmados por la particular dureza de las relativas a los opositores políticos y las voces discordantes. De esta constatación se sigue la conclusión del TEDH según la cual en Turquía, no solo han sido atacados los derechos y las libertades del diputado Dermitas, sino que se ha puesto en peligro la democracia misma.

En este clima, la prórroga de la prisión preventiva de un líder opositor, sobre todo en el curso de dos campañas electorales decisivas y particularmente críticas (referéndum constitucional y elección presidencial), aparece como estrictamente funcional a la inconfesada finalidad de sofocar el pluralismo y comprimir y limitar el libre juego del debate político, que es el elemento central de la noción de sociedad democrática.

En este punto hay que reconocer que los jueces de Estrasburgo han hablado con el lenguaje severo y riguroso propio de la jurisdicción, cuya claridad es por sí misma un valor, sobre todo en los momentos difíciles que está atravesando Europa (tanto en los 27 países de la Unión como en los 47 del Consejo de Europa).

El TEDH ha sido para muchos de nosotros un importante punto de referencia, tanto para modernizar la legislación italiana (y la de los demás países miembros del Consejo de Europa) como para obtener criterios orientativos de la jurisprudencia, sobre todo de la de legitimidad. Precisamente por esto, por la arraigada convicción de la fecundidad de la argumentada crítica pública de las decisiones judiciales, como de todas las actuaciones

de cualquier poder, no podía dejar de expresarse una valoración negativa de la actitud inicial del TEDH frente a los millares de ciudadanos turcos que habían confiado en el juez europeo, con la misma confianza del molinero de Potsdam frente a la prepotencia de Federico de Prusia.

Hoy cabe constatar con satisfacción que el TEDH ha madurado progresivamente una convicción y ha tomado conciencia de que en Turquía se está avanzando en el desmantelamiento del estado de derecho, cuyos principios y valores son esenciales para mantener una democracia auténtica y vital.

Al respecto, hay que añadir que el consenso mayoritario surgido del sufragio universal es un elemento necesario para gobernar sociedades complejas, pero no es en modo alguno suficiente.

Las derivas identitarias, soberanistas y nacionalistas, aun cuando puedan contar con el aplauso contingente de mayorías compactadas por el rencor, el odio y el rechazo del diferente (chivo expiatorio identificado en cada ocasión en el judío, el kurdo, el extranjero, el emigrante...) no aseguran ni paz ni bienestar, ya que la democracia para ser auténtica no debe excluir, sino incluir y tutelar a toda persona.

La trágica historia del siglo XX ilustra muy bien acerca de los destrozos, las perversiones y los nefastos resultados de las dictaduras y las democracias iliberales. Los políticos populistas, en busca de fáciles consensos a explotar en el corto plazo, alimentan y utilizan miedos y resentimientos acumulados en la sociedad por la violación sistemática del principio de dignidad social y de igualdad de las personas.

Los juristas y, sobre todo, los jueces, en Estambul como en Estrasburgo, en Catania como en Ragusa, están obligados a tener en cuenta la advertencia-constatación del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que, desde 1789, funda la civilidad europea en el principio de que la sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni establecida la separación de poderes no tiene constitución.

# **Derecho penal sustantivo en el espacio de libertad, seguridad y justicia posterior al Tratado de Lisboa.**

## **¿Un sistema penal europeo?**

Mariano LÓPEZ MOLINA

### **Introducción**

En estos últimos años, sobre todo a partir de la crisis financiera mundial de 2008, la Unión Europea ha experimentado (y lo sigue haciendo a día de hoy), momentos de gran fragilidad política e institucional en sectores muy importantes que caen dentro de su ámbito de acción, como la estabilidad del euro o su papel en la escena internacional. Sin embargo, el espacio de libertad, seguridad y justicia se revela como uno de los campos de acción de la Unión en el que, después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ha existido una progresión y consolidación muy concreta, así como, desde una perspectiva general, una percepción positiva por parte de los ciudadanos europeos.

Así, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la cuestión principal sobre la aplicación del espacio de libertad, seguridad y justicia, en particular en su dimensión penal, no es ya de la saber en qué condiciones la Unión Europea tiene una competencia (directa o indirecta) que le permita imponer a los Estados miembros, la obligación de prever sanciones penales para garantizar la plena efectividad de las normas, como se puede leer en Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de octubre de 2007, procedimiento C-440/05, punto 58. Y no es así ya, decimos, porque en efecto, sobre la base de las nuevas disposiciones del artículo 3, párrafo 2, del Tratado de la Unión (TUE), y las del artículo 83; 86 y 325 del mismo cuerpo legal, ya citado en el Resumen, la Unión cuenta con una competencia específica en materia penal. Esta competencia le permite establecer un conjunto de normas, con alcance jurídico obligatorio, que forman lo que podemos denominar como “espacio penal europeo”, es decir, un sistema jurídico de nueva generación, sui generis, derivado del propio sistema de fuentes del derecho de la Unión y destinado a integrarse, progresivamente, en los sistemas jurídicos de derecho penal de cada Estado miembro.

En este artículo me propongo, brevemente, mostrar el camino por el que se ha llegado a un auténtico derecho penal europeo con el consiguiente espacio único en esta materia. Partiendo de la comunitarización del tercer pilar, pasando por una serie de Directivas en materia penal, con la regulación de una serie de infracciones europeas y las sanciones correspondientes, incluso con la creación de una Fiscalía Europea. Este derecho penal europeo está también informado, como ocurre con el derecho penal de los Estados miembros, de algunos de los principios básicos en derecho penal como el de Ultima

Ratio o intervención mínima. Por último, quizá podría ser el punto de llegada o punto de partida hacia nuevas metas, estudiaré la posibilidad de una nueva Sentencia Vand Gend and Loos pero en materia penal.

## **1. Qué podemos entender, desde una perspectiva europea, por materia penal. Algunas consideraciones sobre la Orden Europea de Protección**

Al hilo de lo dicho en la introducción, nos parece necesario comenzar por fijar, o delimitar, la noción de espacio penal, y dilucidar si se trata de una noción autónoma de derecho de la Unión o, si por el contrario, surge de las propias leyes nacionales o sistemas nacionales de cada Estado miembro. A este fin, nos parece útil igualmente hacer alguna consideración sobre la Orden Europea de Protección.

A este respecto, los servicios del Consejo<sup>1</sup> consideraban que la expresión “materia penal”, en el sentido del artículo 82 del Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), (al igual que de la redacción del capítulo IV del Título V “cooperación judicial en materia penal”), debía ser interpretada de forma autónoma, es decir, sin referencia a las leyes nacionales y a los sistemas nacionales propios de cada Estado miembro. Dicho de otro modo, una conducta tipificada en un Estado miembro no necesariamente entraría en el ámbito de aplicación del art. 82 TFUE; de igual modo que una conducta no tipificada en un Estado miembro, en la que por ejemplo la respuesta fuera únicamente con herramientas propias del derecho civil, podría, a nivel europeo, ser objeto de una medida o respuesta desde la perspectiva del derecho penal europeo. A la luz de esta interpretación autónoma y extensiva de la noción de “materia penal”, la base jurídica proporcionada por el artículo 82 es suficiente para permitir la adopción de la Orden Europea de Protección por ejemplo (EPO).

Los servicios jurídicos de la Comisión Europea<sup>2</sup>, sin embargo, defendían una postura contraria: para ellos, al hablar de “materia penal” debemos siempre tener en cuenta el derecho nacional de los Estados miembros, de los cuales deriva, sin que pueda defenderse un alcance europeo autónomo. Por ello, la propuesta de la Directiva 2011/99 UE sobre la Orden Europea de Protección, introducida únicamente por doce Estados miembros y no por la Comisión, debería limitarse a establecer, en términos de cooperación judicial, la coordinación necesaria de medidas penales de protección nacional adoptadas en el seno de un procedimiento por infracción penal. Sin embargo, esta postura habría prácticamente vaciado esta iniciativa legislativa. En algunos Estados miembros, efectivamente, estas medidas de protección pueden ser adoptadas por jurisdicciones civiles o incluso por autoridades administrativas, mientras que en otro Estado miembro, quizá, estas medidas solo podrían ser adoptadas por una jurisdicción penal.

1 En este sentido: Consejo de la Unión Europea: Iniciativa con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección, exposición de motivos, Bruselas, 6 de enero de 2010. <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%205677%202010%20INIT>

2 Véase, a estos efectos, el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Evaluación de Impacto que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, y tanto a la propuesta de Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos como a la propuesta de Reglamento relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, Bruselas, 18 de mayo de 2011, SEC(2011)5 80 final. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/sec/2011/0580/COM\\_SEC%282011%290580\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2011/0580/COM_SEC%282011%290580_EN.pdf)

De otra parte, entre los diferentes Parlamentos Nacionales, al pronunciarse sobre esta Orden Europea de Protección, en el marco del principio de subsidiariedad, debemos destacar al Bundesrat alemán que se pronunció negativamente, contestando directamente la posición de los servicios del Consejo y su noción de derecho penal autónomo.

En cuanto a los servicios del Parlamento Europeo<sup>3</sup>, son de la opinión que la EPO es un instrumento jurídico nuevo, de origen y concepción comunitaria, por lo que la cuestión sobre el carácter y alcance de la noción de materia penal no se plantearía en este caso concreto. En otras palabras, la naturaleza jurídica de la medida de protección nacional en la cual se insertará la Orden Europea de Protección (EPO), no le conferiría a esta última el mismo carácter civil, penal o administrativo que la medida nacional de la que parte.

En estas circunstancias, la verdadera cuestión es, en definitiva, la de identificar, en los tratados, la base jurídica apropiada que pueda justificar la creación de un instrumento jurídico europeo que, concebido con la intención de asegurar, a escala territorial europea, una protección eficaz en favor de las víctimas de ciertos delitos, no entra encaja exactamente en el marco del reconocimiento mutuo de las decisiones nacionales. La EPO, efectivamente, no debe ser considerada como una medida judicial nacional destinada como tal a ser reconocida por la jurisdicción de otro Estado miembro, sino más bien una decisión europea pronunciada por una jurisdicción nacional. Así, el artículo 82 TFUE, limitado a la materia penal, no podía por sí mismo constituir la base jurídica apropiada para la creación de este instrumento poliédrico y flexible, con la necesidad de adaptarse a las diferentes especificidades procedimentales nacionales, en la mayoría de los casos de derecho penal, pero también en derecho civil o administrativo. Consideramos que la base jurídica de la EPO puede estar compuesta por el art. 82, párrafo 1, del TFUE, que cubre precisamente el campo mayor de aplicación de la EPO, a saber, el derecho procesal penal, y del art. 3, párrafo 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE).

Por lo tanto, vemos que, siquiera progresivamente, comienza a surgir la idea de un derecho penal europeo, propio y autónomo, al cual, obviamente, le son aplicables principios básicos del derecho penal como serían los de *Ultima ratio* o intervención mínima de los que hablaré en el punto siguiente.

## **2. Ultima ratio y regulación mínima. Nueva categoría de Directivas Europeas en materia penal**

Como decíamos al final del punto anterior, al derecho penal europeo, obviamente, también le son de aplicación principios fundamentales internacionalmente reconocidos en derecho penal, entre otros, el de *Ultima Ratio* o intervención mínima.

Así, debemos comenzar con lo declarado en la Comunicación de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2011<sup>4</sup> sobre “una política de la Unión Europea en materia penal: asegurar una aplicación eficaz de las políticas de la Unión Europea en derecho penal”.

El art. 83.2 TFUE prevé: “2. Cuando la aproximación de las disposiciones legales y

<sup>3</sup> Se puede ver en el informe del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 2018 sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/EU. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2018-0065+0+DOC+XML+V0//ES>

<sup>4</sup> [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/com/com\\_com%282011%290573\\_/com\\_com%282011%290573\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282011%290573_/com_com%282011%290573_es.pdf)

reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo 76”.

La condición de *ultima ratio* implica que, a nivel europeo, el derecho penal será un mecanismo de último recurso. Este criterio va más allá del campo de aplicación del principio general de subsidiariedad, puesto que debe aplicarse en la adopción de normas penales que deriven no solamente del ámbito de competencia compartida de la Unión, como lo indica claramente el redactado del art. 83, párrafo 2 del TFUE, sino también de aquellos ámbitos de competencia exclusiva, no solo compartida. Además, este concepto de *ultima ratio*, por su naturaleza, integra inevitablemente el respecto al principio general de proporcionalidad, tanto en lo que concierne al alcance del acto legislativo de la Unión (ver art 5, párrafo 4, TUE) como por lo que concierne a la naturaleza y contenido de las sanciones que pueden imponerse.

En términos de política legislativa, estos dos criterios imponen, en cualquier caso, dos límites a la acción del legislador europeo: en primer lugar la de poder adoptar únicamente una reglamentación mínima, limitada a la definición de las infracciones penales y las sanciones; y en segundo lugar, el límite de poder hacerlo solo cuando se revele como indispensable para asegurar la eficaz aplicación de la acción de la Unión.

Además, en lo que se respecta a la definición de los elementos constitutivos del tipo en el marco del párrafo 2, art. 83 TFUE, a escala europea, esta tipificación debe ser siempre respetuosa del principio de subsidiariedad, correspondiendo a la Unión la determinación de esos elementos al igual que la definición de las reglas que fijen las sanciones correspondientes, que será subsidiaria en lo que concierne al mínimo de la pena, correspondiendo al legislador nacional el determinar el límite máximo.

A continuación, podemos preguntarnos por este concepto de regulación o intervención mínima y su alcance.

En cuanto al alcance, conviene recordar que el predecesor del art. 83, párrafo 1 y 2, del TFUE, a saber, el artículo 311 del Tratado de Ámsterdam, si bien era tan ambiguo, en este aspecto, como las nuevas disposiciones del Tratado de Lisboa, por el contrario, era más claro en cuanto al contenido. Según su redactado, el Consejo, podía, efectivamente, “adoptar progresivamente las medidas que instauren unas normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de las infracciones penales y las sanciones aplicables”.

Desde esta perspectiva, deberíamos entender que el contenido mínimo de esas normas o reglas europeas correspondería, en definitiva, a una armonización máxima, en expresión del profesor Klip<sup>5</sup>, una definición, que, en su alcance, no dejaría a los Estados miembros ningún poder de discreción al aplicar las directivas correspondientes.

La cuestión, sin embargo, no es tan simple, en efecto, hemos de observar, en primer lugar, que el Tratado de Lisboa introduce una distinción clara entre la competencia penal

---

5 Klip. André “Towards a general part of criminal law for the European Union” en “Substantive Criminal Law of the European Union”, Maklu 2011, p 25.

europaea tal y como está descrita en el art. 83, párrafo 1, del TFUE (once infracciones europeas...) y la competencia del párrafo 2 (elementos constitutivos de las infracciones penales). De ahí, la dificultad de interpretar una noción de contenido mínimo que es común en dos campos de la acción europea netamente diferenciados en sus contenidos y objetivos.

En el marco del primer párrafo de ese artículo, el contenido mínimo relativo a la determinación de los elementos constitutivos de las infracciones europeas enumeradas no puede ser más que autónomo y unitario, con intención de tener en el ordenamiento jurídico penal de cada Estado miembro el mismo contenido. En estas, podemos denominarlas, euro infracciones, el legislador europeo no armoniza necesariamente las normas europeas sobre la base del mínimo común denominador de las normas penales nacionales ya existentes, sino que, al contrario, fija unas categorías criminales nuevas, con estricto respeto a las condiciones legislativas necesarias para garantizar la plena observancia del principio de "nullum crimen europaeum sine lege europea certa".

Igualmente, la creación de estas categorías criminales comunes debe hacerse, a la vez, bajo el respeto de las condiciones específicas previstas por el art. 83, párrafo 1, del TFUE, siendo comportamientos caracterizados por una gravedad particular, con una dimensión transfronteriza y que hay que combatir sobre bases o elementos comunes, al igual que en el contexto fijado en las condiciones generales establecidas en el art. 67 del TFUE. No podemos olvidar tampoco que esta creación jurídica deberá hacerse solamente respetando el principio de subsidiariedad y última ratio también (69 TFUE)

En definitiva, el contenido mínimo sobre la definición de las euro infracciones se convierte necesariamente en contenido máximo, es decir, reglas que imperativamente fijan los elementos constitutivos de las infracciones que por su naturaleza, no pueden dejar ningún margen de discreción ni a los Estados miembros al transponerlas, ni a los jueces nacionales obligados a aplicarlas. El respeto al principio de legalidad se impone por lo tanto.

En consecuencia, desde el punto de vista del origen y naturaleza del acto legislativo europeo que fija el contenido mínimo de las euro infracciones, el legislador europeo se encuentra ya, desde Lisboa, necesariamente confrontado a un fenómeno nuevo: la llegada de una categoría particular de directivas europeas, las directivas europeas en materia penal, que, en el marco de la aplicación del espacio único europeo, fijan directamente los elementos constitutivos de cada euro infracción y que indican las sanciones correspondientes. Para estas directivas especiales, es necesario prever, para garantizar el respecto puntual del principio de legalidad, condiciones específicas de adopción, tales como la plena transparencia de los trabajos legislativos preparatorios, el estricto respeto de las formas ad hoc de redacción y publicación de estos actos y las condiciones de aplicación.

Estas Directivas europeas, en materia penal, por lo tanto, constituyen el germen de lo que denominamos como espacio penal europeo, que forma parte del espacio único europeo, se trata de un auténtico derecho penal europeo el cual, qué duda cabe, cobró especial importancia a partir del Tratado de Lisboa del que hablaremos en el punto posterior.

### 3. Tratado de Lisboa y derecho penal: aspectos destacados sobre la creación de un espacio único europeo y de un derecho penal europeo

Decíamos que, no cabe duda alguna, podemos hablar ya de un auténtico derecho penal europeo y de un espacio único europeo en esta materia, a tal efecto, el Tratado de Lisboa tuvo una importancia decisiva.

Pretendemos, a continuación, plasmar una reflexión sobre algunos retos planteados por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina más recientes, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ligados específicamente al derecho penal sustantivo.

En primer lugar, hemos de destacar un aspecto, a mi entender, poco advertido por los expertos en la materia; en efecto, el Tratado de Lisboa ha reforzado significativamente el papel del espacio de libertad, seguridad y justicia si se compara con el texto constitucional previo al Tratado (más allá obviamente de su comunitarización). Nos referimos, en concreto, al artículo 3, párrafo segundo, del TUE. A diferencia de la redacción del antiguo artículo 3, la actual versión del artículo no se limita a afirmar que “ la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores” , además, añade a esa afirmación general una precisión importante sobre dicho espacio , a saber, se asegura la libre circulación de personas, junto con la adopción de medidas apropiadas en materia de control de fronteras exteriores, asilo, inmigración y prevención y lucha contra la delincuencia.

Incluso si la doctrina especializada apenas lo cita, considero que es justo este artículo el que constituye el fundamento principal, o piedra angular, de este nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia posterior a la Constitución europea, otorgándole la dimensión de un verdadero “espacio único europeo” (esta expresión es utilizada igualmente por el Consejo Europeo, en su programa de Estocolmo, punto 1.1). Este artículo 3, abarca el conjunto de aspectos jurídicos que caracterizan el espacio cívico europeo ( a saber, las disposiciones de los artículo 67 a 89 del TFUE), y abarcan tanto los aspectos relevantes en materia civil y penal (espacio interior) , como aquellos aspectos relevantes de las políticas relativas al control de fronteras, asilo e inmigración (espacio exterior).

Es así que este espacio europeo, con esta triple composición, se convierte en un “espacio único europeo”: un espacio que no concierne ya exclusivamente a los Estados miembros de la Unión como así ocurría con las disposiciones del antiguo “tercer pilar”, desprovistas de cualquier efecto directo, sin que también concierne principalmente a los ciudadanos de la Unión, si bien en la mayor parte de los casos por intermediación de aquellos (si bien, este no es el caso del reglamento 2017/1939 para la creación de una Fiscalía Europea, conforme lo previsto en el art. 86 TFUE, y la definición de delitos para los que sería competente, un reglamento que, como tal, es directamente aplicable).

Esta importancia del papel a desempeñar por el espacio único es confirmada, igualmente, por la posición que en el Tratado de Lisboa ocupa el mismo, dentro del orden prioritario de los objetivos estratégicos a alcanzar por la Unión. El espacio único, en la actualidad, es el verdadero nexo de unión entre la Unión Europea y sus ciudadanos, un espacio, sobre todo, estrechamente ligado al primer objetivo que la Unión debe alcanzar, el de “promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos” (artículo 3, párrafo 1, TUE).

En particular, la mención adicional, expresamente prevista en el artículo 3: "(...) medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia " implica que se trata de una competencia específica de la Unión que no se limita, de forma instrumental o accesoria, a cumplir solamente con la finalidad de alcanzar la mejor cooperación judicial posible (art. 82 TFUE) o con la mejor aproximación y homogeneización de legislaciones penales en aquellos campos o materias que ya han sido objeto de medidas de armonización europea (art. 83, párrafo segundo, TFUE). Se trata, al contrario, de una verdadera competencia explícita, que permite a las instituciones de la Unión el adoptar "medidas apropiadas" estrechamente ligadas no solamente a la realización de este espacio, sino también a la realización del conjunto de objetivos estratégicos de la Unión, que son, como hemos dicho, indicados en el art. 3 TUE, a saber, y en este orden: el espacio único europeo, el mercado interior, la unión económica y monetaria y las relaciones exteriores. La realización de un espacio único europeo constituye, por lo tanto, la concretización de los "valores" sobre los cuales se funda la Unión: en particular, en lo que se refiere a la materia penal, los valores de la dignidad humana, del Estado de derecho, al igual que el respeto por los derechos humanos (art. 2 TUE).

En el marco de esta competencia penal nueva, completándola, se incluyen todas las disposiciones de los arts. 67 a 89 TFUE.

En el plano del derecho penal sustantivo, tienen una importancia particular las disposiciones del art. 83 TFUE que se refieren, precisamente, al establecimiento, lo hemos ya mencionado, de normas y contenidos mínimos al definir las infracciones penales europeas y las correspondientes sanciones, podríamos hablar de una especie de euro infracciones y euro sanciones

Se trata de una competencia destinada a combatir, sobre bases comunes, delitos particularmente graves a escala europea, a saber: "el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada."

Si esto es así, podríamos preguntarnos si el artículo 3, párrafo 2, del TUE puede constituir la base jurídica general que, en estrecha conexión con las disposiciones procedimentales que figuran en los otros artículos del TFUE sobre la materia, pudiera justificar la adopción de medidas europeas de prevención de la criminalidad y lucha contra la misma, como por ejemplo la Orden Europea de protección.

Más allá de todo lo dicho hasta aquí, este derecho penal europeo no tendría virtualidad alguna sin apoyo del principio de efecto directo, afirmado en primer lugar en la Sentencia Van Gend and Loos del Tribunal de Justicia a la que haremos referencia en el punto 8 de este artículo. Ahora bien, y a modo de enlace, aunque solo sea para estudiar los antecedentes de este espacio penal europeo y del principio de efecto directo, considere necesarios unos breves apuntes sobre la comunitarización del tercer pilar (cooperación policial y judicial en materia penal).

## 4. Comunitarización del tercer pilar

Como decíamos al final del punto anterior, y para enlazar con el principio de efecto directo en materia penal, considero necesario hacer unos breves apuntes sobre la comunitarización del tercer pilar.

La denominada “comunitarización del tercer pilar, deriva, es sabido, de la abolición de la antigua división de la estructura de la Unión europea en tres pilares bien distintos. Sin embargo, esta comunitarización no se presenta sin más como consecuencia automática de la abolición de la antigua estructura de la Unión, sino más bien como un proceso en constante evolución, cívica y jurídica, hacia la realización de un verdadero espacio único europeo. En materia penal, por ejemplo, una efectiva comunitarización del espacio único no podría ser alcanzada sin la creación de una Fiscalía europea ni, tampoco, sin la creación, sobre la base del 257 TFUE, de un Tribunal Penal de la Unión. Un Tribunal encargado, en primer lugar, de controlar la legalidad de las medidas adoptadas por dicha Fiscalía antes de que la misma solicite la apertura de juicio, ante la jurisdicción nacional competente, de los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión ( art. 86, párrafo 2, TFUE).

Sin embargo, la Fiscalía Europea, a pesar de que el comité de selección , el 4 de febrero de 2019, aprobó la propuesta de los tres candidatos para el puesto de Fiscal General Europeo, la primera posicionada es la fiscal rumana Laura Kövesi, todavía no está en funcionamiento siendo que, además, esta propuesta debe ser refrendada por el Parlamento Europeo y el Consejo que deberán elegir, de entre los tres candidatos, al futuro fiscal general europeo.

En lo que respecta al Tribunal Penal europeo, tan solo de una forma muy vaga hace, a mi entender, referencia al mismo el art. 86 TFUE cuando habla de las normas aplicables al control jurisdiccional: “Los reglamentos contemplados en el apartado 1 fijarán el Estatuto de la Fiscalía Europea, las condiciones para el desempeño de sus funciones, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades y aquéllas que rijan la admisibilidad de las pruebas, así como las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el desempeño de sus funciones”.

En el estudio al respecto del Consejo de Estado francés, se prevé al respecto un sistema de control a dos niveles: los actos de la Fiscalía Europea adoptados antes de la solicitud de apertura de juicio ante el tribunal nacional competente podrían ser controlados por una jurisdicción ad hoc de la Unión, mientras que el control sobre aquellas decisiones tomadas durante la fase procedimental ante la jurisdicción nacional sería en principio competencia de esta última, sin perjuicio de la competencia del TJUE en materia prejudicial. Es una posible fórmula, en cualquier caso, haría falta prever igualmente una serie de disposiciones anti conflicto entre las decisiones de cada jurisdicción.

## 5. Consecuencias y efectos de la comunitarización del tercer pilar en materia penal

La doctrina más reciente, atribuye a la comunitarización del tercer pilar las consecuencias siguientes:

– Aplicación *quasi-ex lege* del principio de primacía del derecho de la Unión sobre el derecho nacional incompatible.

– Aplicación prioritaria, en este contexto de la primacía, aplicación prioritaria y directa de las disposiciones de la carta de derechos fundamentales de la Unión, en los límites y condiciones previstas en el art. 51.

– Abolición definitiva aunque no inmediata del déficit jurisdiccional que caracterizaba el antiguo tercer pilar. La judicialización del espacio único europeo significa que los actos europeos correspondientes quedan sometidos al control de legalidad del Tribunal, bien de forma indirecta a través de la cuestión prejudicial o mediante el correspondiente recurso por inactividad de un Estado (al no transponer una Directiva por ejemplo).

– Una cuarta consecuencia de la comunitarización del tercer pilar es, en lo que se refiere a los actos legislativos, la utilización del procedimiento legislativo ordinario, es decir, el de codecisión que asocia, en un plano de paridad, al Parlamento Europeo y al Consejo como colegisladores.

## 6. Principio de efecto directo en materia penal

Ahora sí que, a mi entender, estamos en posición de poder hablar de este principio. La cuestión es a día de hoy sería si las disposiciones penales posteriores al Tratado de Lisboa gozan de efecto directo, es decir, si pueden crear para los ciudadanos y ciudadanas de la Unión derechos y obligaciones que los jueces nacionales están obligados a respetar .

La doctrina responde, en general, que no: “sin una previsión en una ley penal nacional, una Directiva no puede servir de base para fundamentar la responsabilidad penal”<sup>6</sup>. En otros términos, “una directiva, había afirmado el Tribunal de Justicia antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, por ella misma e independientemente de una ley interna de un Estado miembro aplicable al caso, no puede tener como efecto directo el de determinar o agravar la responsabilidad penal de un acusado” - Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de mayo de 2005, asuntos C-387/02, C-391/02 y C-403/02. Una conclusión, seguramente, consecuente dado que no es sino la aplicación exacta de los principios de legalidad y seguridad jurídica en función del momento en que se dictó.

Ahora bien, ¿el Tratado de Lisboa aporta una nueva geometría jurídica a este respecto u horizontes nuevos? A mi entender, la respuesta es que sí.

Como hemos visto, el articulado del 83, párrafo 1, del TFUE difiere sensiblemente del párrafo 2 siguiente. Las directivas adoptadas sobre esta base específica, en la medida en que ellas definan directamente los elementos constitutivos del tipo en una infracción penal europea (y que no determinen por lo tanto ni una agravación ni una responsabilidad penal nacional), fijan, en concreto, una reglas imperativas que no dejan, precisamente por su carácter constitutivo, ningún margen de discreción a los Estados miembros, so pena de que estos últimos incurran en un comportamiento contrario a los principios de legalidad europea, de seguridad jurídica así como de la primacía de la ley europea y de la cooperación leal.

---

6 Klip, André “Towards a general part of criminal law for the European Union”, en “Substantive criminal law of the european union”, ya citado, p 24.

De otro lado, una eventual no transposición en derecho nacional de estas directivas especiales (que podemos también denominar directivas en materia penal) no podría quedar sin ninguna incidencia en el orden jurídico del Estado incumplidor (como era el caso de las decisiones marco del tercer pilar), precisamente en razón del hecho de que las reglas máximas e imperativas que las mismas establecen son claras, incondicionales y jurídicamente obligatorias en este caso.

En definitiva, estas directivas, en razón de su contenido y sus características específicas, no podrán ser consideradas, en caso de no transposición, como “directivas no existentes” o una especie de directivas “blancas”, situadas en una especie de limbo todo el tiempo que dure la falta de transposición de las mismas por el Estado miembro. Estas directivas ya no son decisiones marco.

A este aspecto, ya no podemos contentarnos con el eventual “efecto indirecto” de estas directivas, que deriva de la jurisprudencia “Pupino”<sup>7</sup>. En esta Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de la Unión Europea del año 2005, se establece por el Tribunal el principio de “interpretación conforme”, es decir, que los jueces nacionales deben interpretar su derecho nacional conforme a las disposiciones contenidas en las decisiones marco europeas. Decíamos, no podemos contentarnos con ese eventual efecto indirecto, en virtud del cual el juez penal nacional estará obligado, en lo posible, a interpretar la ley nacional en conformidad con las disposiciones de la directiva pertinente, sin que sin embargo ello implique una interpretación *contra legem* de su propio derecho nacional aplicable ( conclusión que, en el contexto jurídico de la época del tercer pilar se explica precisamente en virtud de la primacía, aplicable a contrario, del principio de legalidad interna, propia de cada orden jurídico nacional).

Por lo tanto, dos opciones:

1) Una directiva “en materia penal”, según el artículo 83 párrafo 1, del TFUE, no transpuesta en plazo, no produce ningún efecto y por lo tanto su regulación de mínimos o máximos, aunque sea clara e incondicionada, no podría constituir la base jurídica apropiada para poder legalmente iniciar el procedimiento penal contra un individuo y, eventualmente, sancionarlo como culpable de una infracción penal europea.

2) Esta directiva, no transpuesta, produce al menos efectos jurídicos desde el momento en que sus disposiciones incriminatorias y sancionadoras sean claras, completas e incondicionadas, a condición, bien entendido, que ella sea también adoptada con todas las garantías legislativas de redacción y publicación propias de esta categoría específica de directivas. Si este fuera el caso, podríamos preguntarnos si las diferentes autoridades nacionales competentes (policía, fiscal o juez) no estarán ellos mismos obligados de cumplir y hacer cumplir la reglamentación mínima o contenido mínimo de cada directiva no transpuesta con alcance también a la definición de delitos y penas europeas en cada caso.

Considero más ajustada a derecho la segunda opción.

El TJUE también ha juzgado que sería incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del derecho comunitario toda disposición de un orden jurídico nacional, o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que tuviera por efecto el de disminuir la eficacia del derecho comunitario por el hecho de rechazar al juez competente

7 <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=59363&doclang=ES>

para aplicar este derecho, el poder de hacer, al momento mismo de esta aplicación, todo lo que sea necesario para apartar las disposiciones legislativas nacionales que pudieran obstaculizar, siquiera temporalmente, la plena eficacia de las normas comunitaria (STJUE, Factortame, de 19 de junio de 1990, punto 20).

Un paso siguiente, en la evolución de este espacio penal europeo, ha sido la previsión en el artículo 86 TFUE de una Fiscalía Europea para combatir las infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión, para lo cual forzoso es hablar de infracciones europeas y sanciones europeas como haremos en el punto siguiente.

## **7. Nuevas competencias penales. Una Fiscalía Europea**

En los capítulos anteriores hemos ya mencionado las disposiciones específicas del Tratado de Lisboa que establecen las nuevas competencias en cuestión al igual que ciertos aspectos problemáticos sobre su interpretación

En lo que respecta a la naturaleza y extensión de sus competencias, varias son las cuestiones que podemos plantear. Así, en lo que concierne a la definición de las infracciones europeas y sanciones así como al estatuto de la Fiscalía europea, podríamos preguntarnos si la Unión tiene una competencia directa, si bien limitada a esas infracciones, o por el contrario tiene solamente una competencia indirecta o accesorio, en la medida en que sus actos, como directivas que son, exigen en todo caso que su aplicación sea asegurada por la legislación penal nacional correspondiente. Tendría la Unión solamente una competencia parcial y limitada en Derecho Penal.

En lo que se refiere a la aplicación del art. 86 TFUE y su redacción, se trata de una competencia directa. La parte de la doctrina que se opone a esta teoría se funda, en primer lugar, en las divergencias lingüísticas, ciertamente sorprendentes, que caracterizan estas normas y, particularmente, la traducción del contenido de este artículo 86 a las diferentes lenguas oficiales de la Unión. En función de algunas traducciones, sobre todo la inglesa, podría parecer que la competencia de la Fiscalía europea se extendería también a todo tipo de infracciones, no solo respecto de aquellas que perjudicaran los intereses financieros de la Unión.

Sin embargo, si en lo que concierne una disposición tan importante del tratado, no podemos sino estar sorprendidos por la inadvertencia al respecto de los traductores de la Unión al igual que de otras instancias que intervinieron al redactar el Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa, felizmente, estas divergencias lingüísticas manifiestas parecen disolverse a la luz de la redacción, clara, del párrafo cuarto de dicho artículo 86, que prevé, también en las demás versiones lingüísticas: “Simultáneamente o con posterioridad, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que modifique el apartado 1 con el fin de ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza, y que modifique en consecuencia el apartado 2 en lo referente a los autores y cómplices de delitos graves que afectan a varios Estados miembros. El Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo y previa consulta a la Comisión”.

En cualquier caso, más importante, a mi juicio, es la objeción de esa doctrina antes citada que se oponía a la consideración como competencia directa de ese artículo 86. Así, si la redacción de dicho artículo, en su párrafo segundo, se limita, en cualquier caso,

a la definición de las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión, y no incluye la facultad de definir las sanciones correspondientes, como sí ocurre en el artículo 83 de este Tratado, y a mi juicio, no podemos sino entender que, conforme al artículo 2 y siguientes del TFUE, toda competencia no atribuida a la UE en los tratados corresponde a los Estados miembros.

En otras palabras, si en este caso específico, el *ius puniendi* queda en su integridad, de forma exclusiva, bajo la competencia de los estados miembros, la Unión no tendría en la materia más que una competencia directa pero limitada, relativa solamente a la definición de los crímenes de naturaleza financiera y no, de igual forma, a la definición de las sanciones correspondientes.

Ciertamente, el hecho de que la redacción del art. 86, párrafo 2, permita el concebir una suerte de competencia compartida entre la Unión –para la definición de infracciones, y los Estados miembros, para la definición de las sanciones–, es una posibilidad admisible y legítima. Esto, sin embargo, no significa todavía que la Unión no disponga en absoluto de un *ius puniendi*, es decir, la competencia para definir el quantum de las sanciones penales aplicables a los delitos que ella misma puede definir de forma autónoma. Como hemos visto, esta prerrogativa está expresamente atribuida a la Unión por el art. 83, párrafo 1, del TFUE, en materia justamente de infracciones europeas, incluso aunque esté limitada a la sola definición del contenido mínimo de la sanción penal correspondiente.

Esta importancia de una armonización en el quantum de las sanciones penales aplicables a los delitos que caen en el ámbito de competencia de la Fiscalía Europea, ha sido puesta de manifiesto también por el Consejo de Estado francés<sup>8</sup>, al señalar: “El principio de equivalencia parece implicar que sanciones relativamente homogéneas, si no perfectamente idénticas, como lo habían propuesto los redactores del Corpus Iuris, se combinan en las infracciones competencia de la futura Fiscalía europea.”

En efecto, dado que el TFUE ha previsto que el juicio de fondo sobre la acción pública llevada a cabo corresponderá a las jurisdicciones nacionales y no a una jurisdicción especializada de la UE, disparidades significativas en el quantum de las penas en las legislaciones de los Estados miembros pueden constituir un riesgo y favorecer conductas conocidas como el “forum shopping”, que se podría manifestar de una doble forma: o bien la fiscalía europea podría estar tentada de premiar, acudiendo a algunas jurisdicciones nacionales con respecto de otras, en la esperanza de obtener penas más importantes, o bien las personas objeto de investigación pueden elegir defenderse en caso de solicitud de apertura de juicio ante una jurisdicción de algún Estado miembro por los mismos motivos.

Puede ser también por estar razones que el artículo 325.4 TFUE, en materia de lucha contra el fraude y cualquier otra actividad ilegal que perjudique los intereses financieros de la Unión, prevea que el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptarán las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los inte-

<sup>8</sup> Informe del Consejo de Estado Francés, [http://www.conseil-etat.fr/content/download/2519/7585/version/1/file/etude\\_parquet\\_europeen.pdf](http://www.conseil-etat.fr/content/download/2519/7585/version/1/file/etude_parquet_europeen.pdf)

reses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

Esta disposición podría considerarse como el complemento ideal del art. 86, párrafo 2, del TFUE, en la medida en que permitirá al legislador europeo el establecer los criterios mínimos en la duración de las penas, precisamente para respetar el principio de equivalencia al cual hace referencia el Consejo de Estado francés, dejando a los Estados miembros la competencia para fijar el máximo de duración.

Estas consideraciones nos llevan a hacernos una pregunta todavía más importante, y es la de si el ordenamiento jurídico de la Unión debe dotarse de una parte general de derecho penal. Así, una de las razones para hacerlo derivaría precisamente de la puesta en marcha de la Fiscalía europea. Según el profesor Klip<sup>9</sup> : “El establecimiento de una posible justicia penal europea (...) capaz incluso de que un fiscal europeo pueda investigar y solicitar apertura de juicio, contra una persona, ante un tribunal penal europeo, requiere el redactar una parte general. En términos más generales, la profesora Sicurella<sup>10</sup> considera que “la decisión de la UE para una intervención armoniosa efectiva en algunas áreas, que pretenda la realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia, no puede evitar al legislador europeo el introducir una reglamentación común, una parte general”. Siendo esto así, en un estadio inicial de la integración europea en materia penal en la que nos encontramos, parte general y especial pueden vivir y desarrollarse de forma autónoma, sin que la evolución más rápida de la parte especial exija necesariamente un avance al mismo ritmo de la parte general. La evolución del derecho penal europeo, efectivamente, solo podrá desarrollarse bajo el impulso creador del legislador europeo (ver por ejemplo la orden europea de protección), y también en el marco de la acción del TJUE y las jurisdicciones nacionales (como por ejemplo fue el caso del derecho penal en la antigua Roma, donde una parte general solo intervendría tiempo después de las “questiones perpetuae” y las “cognitio extra ordinem” ejercitadas por los jueces romanos). Así, la utilización, eventualmente, de ciertas categorías del derecho penal de cada Estado miembro, no parece que pudieran deslegitimar la elección del legislador europeo en materia penal.

## 8. ¿Una nueva Sentencia Van Gend and Loos en materia penal?

Hablaba al final del punto tercero de este artículo de la importancia del principio de efecto directo, por primera vez pronunciado, por la conocida Sentencia Van Gend and Loos. Cuando hablamos de la Sentencia Van Gend and Loos<sup>11</sup>, nos referimos a una resolución histórica, dictada en 1963, por el entonces denominado Tribunal de las Comunidades Europeas. Esta resolución establece uno de los principios fundamentales del Derecho de la Unión, el principio de efecto directo.

Los antecedentes de esta Sentencia están en una cuestión prejudicial planteada por un tribunal holandés en un litigio planteado por la empresa de transporte Van Gend and Loss.

---

9 Klip, André “Substantive criminal law”, Klip ed., citado, p 249.

10 Sicurella, Rosaria, “Some reflections on the need for a general theory of the competence of the European Union in criminal law ” en “Substantive Criminal Law”, Klip ed., citado, p 29.

11 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61962CJ0026&from=ES>

Su queja se basaba en los derechos de aduanas ya que, al importar mercancías desde Alemania a Holanda, estaban obligados a pagar unos importes superiores a los establecidos hasta ese momento.

Así, la empresa holandesa apoyándose en el art. 12 del Tratado comunitario, que prohíbe aumentar los derechos de aduanas, plantearon al Tribunal que este texto tuviera un efecto inmediato en el Derecho interno. Se pretendía con ello que los nacionales del Estado miembro pudieran invocarlo directamente ante el juez nacional.

En contra de las conclusiones del Abogado General, el Tribunal argumentó que “la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional”. Se limitaban los derechos soberanos de los Estados miembros mientras que pasaba a considerarse como sujeto de aplicación no sólo a los Estados sino también a los nacionales.

En este momento, quedaba establecido el efecto directo, lo que ha supuesto que, en estos ya más de 50 años, las disposiciones de la UE generen por ellas mismas derechos y obligaciones para cualquier ciudadano de un Estado miembro, que puede invocarlas directamente ante un juez nacional sin necesidad de que exista una norma nacional que recoja la europea.

El principio de efecto directo no tiene que ver con el principio de la aplicabilidad directa. Este último se utiliza, por ejemplo, en el caso de los Reglamentos.

El efecto directo surge, por tanto, de un ordenamiento jurídico singular y autónomo que se integra en el sistema nacional y lo reorganiza en cuanto a la incidencia que tiene sobre los derechos subjetivos de los particulares.

A partir de la sentencia *Van Gend and Loos* asistimos a una transformación del Derecho internacional general con el reconocimiento de un nuevo ordenamiento jurídico integrado en el de los Estados miembros y que se impone a sus tribunales.

Por ello, y ya por último, y a modo de reflexión final, quizá haga falta una nueva Sentencia *Van Gend and Loos* en materia de espacio penal europeo.

La comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia, lo hemos visto, es un proceso legislativo y jurisprudencial en movimiento, alimentado en primer lugar, cada día, por el impulso que proviene de las demandas de los ciudadanos europeos y de los jueces comunitarios nacionales.

Corresponde a la Comisión europea o a los Estados miembros, en el marco de sus prerrogativas respectivas, traducir estas demandas ciudadanas en propuestas legislativas. Debidamente examinadas por los parlamentos nacionales, bajo el respeto de los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad, estas propuestas se convierten en *leges europeas certas* solamente con la aprobación conjunta del parlamento europeo y del Consejo, como colegisladores. Una vez que las mismas sean leyes europeas, debidamente publicadas en el Diario Oficial de la Unión y en los boletines de cada Estado miembro, estas directivas se dirigirán en primer lugar y sin ninguna duda a los Estados miembros, pero una vez que el plazo de transposición expire, se dirigirán también a los ciudadanos y a los jueces europeos, en las condiciones fijadas por el derecho y la jurisprudencia de la Unión.

Una buena parte de la doctrina, sin embargo, no comparte esta opinión: “Mientras que el mercado único da derechos a los ciudadanos de la Unión Europea en forma de libertades, los derechos correspondientes al espacio de libertad, seguridad y justicia corresponden a los Estados miembros. Los Estados miembros se benefician directamente

de una mayor flexibilidad en lo que respecta a todas las formas de cooperación internacional. Los ciudadanos, sin embargo, se benefician solo indirectamente del espacio de libertad, seguridad y justicia, y ello porque a pesar de que los mismos gozan de un nivel elevado de seguridad, ello es así en ausencia de un concreto derecho a accionar"<sup>12</sup>. Y sin embargo, desde el Tratado de Lisboa, el derecho primario que regula el espacio de libertad, seguridad y justicia sido modificado considerablemente. La libertad fundamental de circulación de personas, que engloba también la de trabajadores, propia del mercado interior, debe ser entendida en el espacio único europeo como la libertad fundamental de todo ciudadano de la Unión y de toda persona que resida en un Estado miembro (art. 3, párrafo 2, TUE).

La legislación europea secundaria, adoptada después de Lisboa, se inscribe igualmente en este marco jurídico.

La directiva sobre la EPO, orden europea de protección, por ejemplo, que se aplica esencialmente en materia penal, da precisamente a las víctimas de delitos particularmente odiosos, el derecho a circular libremente, también a las mismas, en el espacio único europeo, al gozar, a su solicitud, del mismo nivel de seguridad que les es garantizada en su Estado miembro. Este derecho a circular bajo la protección europea, les es conferido por los Tratados mediante una decisión europea EPO, la cual es emitida por las autoridades nacionales competentes, siempre que se den las condiciones previstas en la Directiva. Ahora bien, una vez cumplido el plazo de transposición sin que el Estado miembro haya reaccionado, las autoridades nacionales competentes o los jueces nacionales, una vez la víctima ha interpuesto una denuncia, ¿no deberían también, en la medida de lo posible, aplicar la directiva EPO? La víctima, o la víctima potencial, una vez obtenida la orden europea de protección, ¿no tiene en todo caso el derecho de obtener de las autoridades competentes del Estado de destino una protección efectiva, respecto de aquellas personas que puedan hacer peligrar su seguridad?

En esta nueva perspectiva se inscriben también las directivas post Lisboa.

Desde el inicio de la historia de la Comunidad Europea, el TJUE ha tenido un papel decisivo en la definición de los derechos subjetivos que los particulares, no solamente los trabajadores, pueden obtener del orden jurídico comunitario. Con la Sentencia Van Gend and Loos, se afirma precisamente que "el derecho comunitario, independientemente de la regulación que derive de un Estado miembro, igual que impone obligaciones a los particulares también les otorga derechos; (...) y ello como contrapartida de las obligaciones que para los particulares pueden nacer de los Tratados".

Una nueva Sentencia Van Gen dan Loos que fijara los principios y condiciones jurídicas reguladoras de los derechos y obligaciones de cada uno en el marco del Espacio único europeo, sobre todo en materia penal, sería deseable.

Las ventajas podrían ser: En primer lugar, permitiría al Tribunal afirmar claramente, que en virtud del principio de atribución, y en virtud de aquellas partes de soberanía que los Estados miembros legítimamente han transferido a las Instituciones de la Unión en el campo del espacio de libertad, seguridad y justicia, dichas instituciones son competentes, en estrecha cooperación con los Estados miembros y los Parlamentos Nacionales, para

---

12 Klip, André. "European Criminal law", Intersentia 2012, p 470.

adoptar, respetando los principios y condiciones fijados por los Tratados al igual que los derechos fundamentales que figuran en la Carta de la Unión, sobre todo los principios de los arts. 47 a 50 de la misma, las disposiciones en materia penal oponibles erga omnes y que las jurisdicciones nacionales deben respetar y hacer respetar. Sobre el plano sustancial, los principios que la carta establece en esta materia constituyen el bloque de legalidad penal en derecho de la Unión. En un plano formal, la adopción de estas normas debe igualmente hacerse bajo el respeto de las condiciones de forma y de procedimiento propias de la legalidad del derecho penal de la Unión.

En segundo lugar, para afirmar que esta competencia penal de la Unión se ejerce bajo el respecto del principio enunciado en el art. 10 del TUE, según el cual el funcionamiento de la Unión se funda en la democracia representativa, lo que quiere decir que a nivel de la Unión “los ciudadanos son directamente representados (...) en el Parlamento Europeo” mientras que “los Estados miembros son representados en el Consejo por sus gobiernos, ellos también democráticamente responsables, bien ante sus parlamentos nacionales o ante sus ciudadanos”. Que una competencia penal se ejerce conforme al redactado del art. 2, párrafo 6, del TFUE, según el cual: “El alcance y las condiciones de ejercicio de las competencias de la Unión se determinarán en las disposiciones de los Tratados relativas a cada ámbito”.

En tercer lugar, para afirmar que en virtud del principio de primacía del derecho de la Unión, las disposiciones legislativas penales que provengan de este orden se impondrán sobre las normas nacionales incompatibles.

En cuarto lugar, para decir que en estas condiciones, el derecho penal europeo, proveniente de fuentes que han sido expresamente atribuidas a la Unión por los Estados miembros, constituye un sistema penal de nueva generación o nuevo género, sui generis, que se integra, progresivamente y armoniosamente, en los sistemas jurídicos del derecho penal propios de cada Estado miembro, al igual que, en la medida de lo posible, en sus tradiciones jurídicas.

Y finalmente, una nueva Sentencia Van Gend and Loos para los ciudadanos de la Unión, que puedan beneficiarse de un medio social y económico europeo sin fronteras, en el seno del cual tengan el derecho a circular libremente y protegidos por unos estándares apropiados de seguridad.

Tomando la expresión de Robert Schumann, el espacio único europeo, como en la época de la Comunidad, no se hace en un solo día.

Pronunciar una Sentencia como la de Van Gend and Loos en materia de espacio único, seguridad y justicia sería un desafío audaz, como fue el caso de esta Sentencia pronunciada poco antes del proceso que conduciría al establecimiento de una unión aduanera y después de un mercado interior, en el seno del cual los ciudadanos de la Unión (y aquellos que residan legalmente en la misma) circulen libremente. Este será en cualquier caso un desafío correspondiente que tendrá que afrontar el TJUE en el marco de sus prerrogativas, y es que la jurisdicción europea se encuentra no solamente en el centro de la comunidad de derecho que es la Unión, sino, sobre todo después del nuevo Tratado de Lisboa, en el corazón de un nuevo espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

En este sentido, se puede ver la declaración del Consejo de 14 de diciembre de 2011, declaración que figura en el anexo de la Directiva EPO –Directiva 2011/99 EU–.



*Galerías y puertas enrejadas, cárcel de Carabanchel, José Manaut, 1944. Grafito, 31 x 22.*

## Veredicto, motivación del fallo y debido proceso. Algunas consideraciones sobre una discusión sempiterna

María BELÉN SALIDO

El tema que nos proponemos abordar, adelanto para no defraudar al lector, no reviste originalidad. Quizás tampoco la ostenten los argumentos que se vinculan a él; pero no por ello, imperioso resulta destacar, el mismo carece de actualidad y de necesidad de análisis. Esa importancia latente, entonces, que compromete el interés propio y seguramente el de muchos, es la que nos impulsa a insistir en la temática del juicio por jurados, con la modesta expectativa de incitar algunas reflexiones acerca del mismo o más puntualmente acerca de algunos de sus aspectos centrales, como es el relativo al veredicto del jurado clásico, desde una perspectiva tendencialmente epistémica.

Así, para justificar la vigencia y relevancia del tema, diré que es un dato que impone la realidad, que el juicio por jurados a la par que decrece en vigencia práctica en los países que históricamente lo abrazaron como modelo de enjuiciamiento<sup>1</sup>, experimenta una sensible expansión territorial. En efecto, a la vez que es desplazado, fundamentalmente por señorío de la justicia negociada, en los países del *common law*, donde fue acunado y donde el mismo es una institución emblemática, comienzan a receptorlo otros países que originariamente se habían decidido –legislativa y/o culturalmente– por un tipo de jurisdicción profesionalizada<sup>2</sup>.

---

1 Andrés Ibáñez refiere que la vigencia del instituto en Estados Unidos, país de referencia al respecto, es escasamente significativa desde el punto de vista estadístico y señala como causas de ello, citando a Pizzi, los esfuerzos en ese país por evitar el juicio, mediante la promulgación de leyes que desplazan la autoridad sentenciadora del juez al fiscal, quienes utilizan su poder para presionar a los acusados a renunciar a sus derechos procesales (Andrés Ibáñez, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2015, p. 433). Damaska, por su parte, califica de dramática la caída que ese tipo de tribunal ha experimentado. Agrega, que Inglaterra, país de origen del jurado, ha eliminado prácticamente el instituto para conflictos civiles, que los tribunales administrativos especializados –una nueva especie de tribunal que se ha expandidos en el siglo XX– deciden sobre los hechos en vez de los jurados y que incluso en el derecho penal, donde los juicios por jurados son todavía emblemáticos constitucionalmente, están soplando vientos de cambio. Que en Estados Unidos, donde el derecho al juicio por jurado está tallado en piedra constitucional, los procesos con jurados constituyen ahora una fracción minúscula del número total de las causas resueltas en el sistema de justicia penal (Damaska, Mirjan R., *El derecho probatorio a la deriva*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 130).

2 La Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Taxquet c. Bélgica* (sentencia del 16/11/2010), hizo una dis-

Antes de entrar de lleno a las consideraciones que nos proponemos desarrollar, entiendo prioritario hacer una aclaración que tiende a adelantarse a una crítica de común utilización. Así, quienes cuestionan al juicio por jurado o más bien quienes entienden o entendemos que el mismo no reporta en lo concreto las virtudes que del mismo se predicán, suelen ser descalificados con la tacha de antidemocráticos, antiliberales o defensores de un sistema autoritario. La censura además de infundada por su generalidad lo es también porque, a mi entender, comporta una especie de falacia *ad hominem*, que distrae la discusión central, mediante la descalificación del impulsor de la idea y el oscurecimiento a través de prejuicios de los argumentos que el mismo coloca en el escenario del debate.

El cuestionamiento de ciertos tópicos propios del instituto o vinculados históricamente a él, en base a motivos metodológicos y de garantías, no debe identificarse, porque no existen razones vitales para ello, con la defensa de ningún sistema autocrático o con el rechazo de uno genuinamente acusatorio<sup>3</sup>. Contrariamente, se trata solo de la expresión de una perspectiva quizás diferente en la propuesta del medio, pero enteramente congruente en la del fin de cualquier programa de ascendencia liberal y garantista. Se trata, del interés de generar espacios para una discusión abierta acerca de qué sistema sirve mejor a los intereses de una justicia pensada como institución de garantía. Y esa apertura dialógica, sin exclusiones ni descalificaciones a priori, sí está en la identidad de una sociedad democrática.

En síntesis, ni quienes defienden al juicio por jurados, ni quienes criticamos al mismo y/o a ciertas manifestaciones de él, queremos una justicia menos republicana, ni menos liberal, ni menos garantizadora, solo discutimos acerca de los modelos que mejor sirven

---

criminación muy detallada de los Estados del Consejo de Europa que se decidieron por los distintos tipos de tribunales y especificó que pueden clasificarse los miembros en tres categorías, los Estados en los que no existe juicio por Jurados ni ninguna otra forma de justicia no profesional en materia penal; los que están dotados, en materia penal, por jurisdicciones municipales compuestas por jueces no profesionales que se reúnen y deliberan junto a magistrados de carrera; y aquellos que han optado por el modelo de jurado «tradicional» en materia penal. Entre los ejemplos examinados, sostuvo la Corte que catorce Estados miembros del Consejo de Europa ignoran la institución del Jurado o cualquier otra forma de justicia no profesional en materia penal, o la han suprimido (Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Chipre, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Moldavia, Holanda, Rumanía, San Marino y Turquía); que otros Estados miembros practican el sistema escabinado (Alemania, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Estonia, la ex-Repubblica yugoslava de Macedonia, Grecia, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Islandia, Liechtenstein, Mónaco, Montenegro, Noruega (en la mayor parte de los casos), Polonia, Portugal, República checa, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia y Ucrania) y que diez Estados miembros del Consejo de Europa, optaron por el jurado tradicional (Austria, Bélgica, España, Federación de Rusia, Georgia, Irlanda, Malta, Noruega –solamente en casos importantes en apelación–, Reino Unido –Inglaterra, País de Gales, Escocia e Irlanda del Norte y que, hasta el 1 de enero de 2011, Suiza –cantón de Ginebra–) (Considerandos 43-60). En los estados miembros de la Organización de Estados Americanos –OEA– de los treinta y cinco países que lo integran, veintiuno recogen el sistema, predominando en ellos el modelo clásico (Antigua y Barbuda, Argentina –algunas provincias–, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Estados Unidos, Dominica, El Salvador, Granada, Haití, Jamaica, Nicaragua, Panamá, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Trinidad y Tobago, San Cristóbal y Nieves, y Guyana) –datos extraídos del considerando 223 de caso V.R.P. y otros c. Nicaragua de la Corte Interamericana de Derechos Humanos–. Por su parte en la República Argentina, pese a que el juicio por jurados tiene desde 1853 contemplación constitucional (arts. 24, 75 inc.12 y 118 C.N.), solo muy recientemente, algunas provincias lo regularon en sus respectivos códigos procesales penales o en leyes especiales (Buenos Aires, Córdoba, Neuquén, Chaco, Río Negro, Mendoza y San Juan); mientras que en las provincias de Santa Fe, La Rioja, Chubut, Salta, Santa Cruz y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tienen proyectos legislativos de jurados en discusión en sus respectivas legislaturas.

3 De hecho, refiere Luigi Ferrajoli que la distinción entre sistemas acusatorio e inquisitivo puede tener un carácter teórico o simplemente histórico y que las diferencias identificables en el plano teórico no coinciden necesariamente con las contempladas en el plano histórico, por no estar siempre conectadas entre sí lógicamente. Destaca que si bien forman parte de la tradición histórica, no son lógicamente esenciales al modelo teórico acusatorio, la discrecionalidad del ejercicio de la acción, el carácter electivo del juez, la sujeción de los órganos de la acusación al poder ejecutivo, la exclusión de la motivación de los juicios por jurados, etc. (Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero, Trotta, Madrid, 1995, p. 563).

a esos intereses. Valores éstos que, innecesario resulta acreditarlo, están en el acervo cultural y en la dinámica profesional de cualquier hombre o mujer de derecho.

Aclarado lo anterior, avanzaremos a los puntos de análisis específicos y para ello es necesario describir el marco de examen. Al respecto, cabe decir que la cuestión no se abordará, no al menos inicialmente, desde una perspectiva constitucional, en tanto no es ello lo que se encuentra en discusión. Sabemos y reconocemos que el instituto del juicio por jurados en muchos países emerge de los propios textos constitucionales y no desconocemos tampoco que además el problema del veredicto y la eventual colisión del mismo con la garantía del debido proceso y la de la motivación del fallo, ha sido descartado por los órganos naturales de interpretación de los pactos internacionales de derechos humanos<sup>4</sup>.

Consideramos que en el plano de discusión de ideas, propio de los foros académicos y de estudio, esa circunstancia no constituye o no debe constituir, un obstáculo para el examen del tema desde otros prismas posibles. Esto es lo que con la erudición que le es propia enseña Ferrajoli, quien en el contexto de exploración de otro instituto dice: *“Este interrogante<sup>5</sup> debe ser afrontado desde el punto de vista externo, prescindiendo de lo que dice la Constitución, para de este modo no sucumbir a la falacia hoy habitual en nuestra cultura jurídica, según la cual lo que por hipótesis la Constitución consiente es también justo e incontestable<sup>6</sup>”*. Solo una vez satisfecha esa primera perspectiva, será el momento de confrontar el resultado de la misma, con el contenido común de las respectivas constituciones, esta vez desde un ángulo más amplificado de ellas, para no preterir una conveniente evaluación de coherencia<sup>7</sup>.

Muchos son los argumentos que se postulan a favor del juicio por jurados<sup>8</sup> y muchos son también los que se predicen en reparo del mismo<sup>9</sup>. No nos ocuparemos de todos ellos, claro está, no solo porque eso desafiaría los límites que en orden a la extensión del texto tenemos, sino porque sería una empresa ambiciosa e imprudente que terminaría incurriendo -por ese condicionamiento- en superficialidad y vaguedad. Nos ocuparemos, entonces, solo de la forma en que emiten sus decisiones los jueces legos en un sistema de jurado clásico; esto es, del veredicto y de su falta de motivación.

La pregunta que inaugura este espacio, es: ¿por qué la decisión del caso penal debe ser motivada? No caeremos en la respuesta simple de que debe serlo por exigencia de las constituciones políticas de los diferentes Estados. Dijimos que de momento nos apartaremos de ese enfoque interno. Las decisiones penales deben ser motivadas, y deben

4 Corte E.D.H., Caso Taxquet c. Bélgica, sentencia del 16 de noviembre de 2010 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso V.R.P y V.P.C. c. República de Nicaragua, sentencia del 8 de marzo de 2018 (Serie C-350).

5 La pregunta que supone la frase citada, es: “Si la prisión preventiva es una necesaria injusticia o el producto de una inconfesada concepción inquisitiva del proceso que quiere al imputado en situación de inferioridad respecto de la acusación, inmediatamente sujeto a pena ejemplar y sobre todo, más allá de las virtuosas proclamaciones contrarias, presunto culpable”.

6 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 556.

7 Ferrajoli advierte sobre esa necesidad -siempre en referencia a otro instituto-, cuando previene: *“Esta falacia -fruto del señalado constitucionalismo ético de nuestra doctrina progresista, proclive a calcar sobre la Constitución el horizonte axiológico de la ciencia y de la crítica del derecho positivo vigente-, es advertible en la programática renuncia a toda valoración acerca de la coherencia del instituto de la prisión preventiva con el conjunto de principios profesados, una vez admitida la compatibilidad con el art. 27, 2º de la Constitución”* (*ibid.*, p. 635, n. 67).

8 Un exponente insigne a favor del juicio por jurados, es el Prof. Julio B. J. Maier. Pueden conocerse sus respectivos argumentos en: *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, I, pp. 732 ss.

9 Un examen meduloso, consistente en una crítica aguda del instituto es la que encara Perfecto Andrés Ibáñez, en *Tercero en discordia*, cit., pp. 431 ss.

serlo exhaustivamente, por razones de legitimación política del poder jurisdiccional, por motivos epistemológicos y por guarda de garantías.

Nada diferente o ningún argumento superador a los que ya enarbolaron Luigi Ferrajoli, Perfecto Andrés Ibáñez o Michele Taruffo podemos agregar nosotros para poner en dimensión el valor de la motivación del fallo en un Estado Constitucional de Derecho, por eso nos serviremos de esas lecciones, siempre actuales e incommovibles. Imperioso resulta recordarlas y repensarlas en este contexto de análisis, pues ellas son las que proveen el más fiable caudal argumental para poner en cuestión un sistema de enjuiciamiento que deriva en una decisión encriptada e inescrutable.

Ferrajoli considera a la motivación de las decisiones judiciales como una garantía procesal de segundo orden; esto es, como una garantía de garantías primarias<sup>10</sup>, como baluarte de la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio y como medio de aseguramiento del control de la legalidad y del nexo entre convicción y pruebas. Identifica también a ella con el valor endo-procesal de garantía de defensa y extra-procesal de garantía de publicidad y la califica como principal parámetro de legitimación tanto interna o jurídica como externa o política de la función judicial<sup>11</sup>.

Andrés Ibáñez ha dedicado gran parte de su labor como jurista al análisis del valor de la motivación de los fallos<sup>12</sup> y ha dejado una herencia de inestimable valor en la materia. Destaca, entre muchas cosas más, que la función central y constitucional del deber de motivación de la decisión penal es la de propiciar una racional valoración de la prueba (aproximación a los elementos de prueba no de modo intuitivo u holístico, sino analítico y por pasos, con conciencia crítica y autocrítica del desarrollo de estos) y ha dicho que la motivación *“sirve antes aún que para explicar a terceros la ratio decidendi de la sentencia, para que quien o quienes tienen la responsabilidad de elaborarla puedan verificar por sí mismos la racionalidad del propio discurso”*<sup>13</sup>.

Taruffo parte de la afirmación de que *“toda la historia del derecho de las pruebas, en el ordenamiento italiano y en los demás, podría leerse como la historia de los intentos del legislador y de la doctrina por prevenir, o al menos, limitar la arbitrariedad del juez que decide sobre los hechos en la valoración de las pruebas”*<sup>14</sup> y sostiene que mientras la contradicción es un medio de control ex antes de la racionalidad de la decisión, la motivación lo es ex post<sup>15</sup>, en tanto la motivación de los hechos como la del derecho aplicado, permiten el control sobre la racionalidad de la propia decisión y garantiza la controlabilidad de la valoración de la prueba<sup>16</sup>.

10 Las mismas consisten en la formulación de la acusación, la carga de la prueba y el derecho de defensa (Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 60).

11 *Ibid.*, pp. 616 ss.

12 Desarrollos de esa materia pueden leerse en sus obras *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009; *Tercer*, cit., y en sus artículos «Sobre Prueba y motivación», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n.º 59, pp. 80-94, «Sobre argumentación probatoria y su expresión en la sentencia penal», en *Jueces para la democracia. Información y debate*, n.º 88, 2017, pp. 102-112, «Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción», en *Revista del Poder Judicial*, n.º 57, 2000, pp. 155-186.

13 Andrés Ibáñez, Perfecto, *Tercero*, cit. pp. 442 y 443.

14 Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002, p. 421.

15 Taruffo indica además que constituyen medios de control del uso racional de la prueba también las reglas de admisibilidad de los medios de prueba, la regulación de los procedimientos de formación de la prueba y también las reglas de prueba legal (*ibid.*, pág. 421).

16 Taruffo, *ibid.*, pág. 435.

Sencillo resulta afirmar a partir de estas explicaciones, que la motivación del fallo, en cuanto forma habilitante del auto y del hetero juicio de logicidad, es una verdadera garantía de racionalidad de la decisión, también una elocuente manifestación de ejercicio republicano del poder penal y un presupuesto necesario de genuina impugnabilidad de la decisión. Como inicialmente se sugirió, y aquí se confirma, la motivación del fallo es una exigencia primariamente epistémica, ya que es el mayor recaudo para la formación de una decisión válida desde una perspectiva racional y para su inmovilidad posterior, frente a impugnaciones. Todos los controles anteriores que están al servicio de la racionalidad de la decisión (reglas sobre la admisibilidad o formación de la prueba, contradicción, publicidad del juicio, etc.), pierden sentido o decaen en valor, si los fundamentos de la decisión judicial quedan guarecidos en la intimidad del decisor y no adquieren publicidad.

Es por esa razón que ningún Estado que se decide por un derecho penal mínimo, lo que supone respeto por la legalidad, uso racional del poder y compromiso con la verdad, puede renunciar a la exigencia de la motivación de la decisión, sea quien sea el funcionario –permanente o accidental– a quien confía la emisión del fallo o veredicto. Podrán o no las constituciones políticas de cada país contemplar a la motivación del fallo como garantía expresa, pero ella será en un sistema penal garantista siempre un presupuesto esencial, implícito si se quiere, ya que como refiere Andrés Ibáñez, las precauciones de método frente al posible error, implícitas en el modelo de proceso acusatorio, pueden ser modeladas por el legislador, pero resultan inderogables en su dimensión metodológica, salvo al precio de producir una drástica degradación de la calidad cognoscitiva de la actividad de enjuiciamiento<sup>17</sup>.

Contestada la primera pregunta de este segmento, cabe emprender la respuesta a un segundo interrogante y es si existe algún otro recaudo procesal sustitutivo o compensatorio de la falta de motivación del veredicto. Esto nos conduce a analizar lo que la doctrina juradista propone, aun no abiertamente bajo esos títulos, como seguros de acierto del veredicto inmotivado.

En general se sostiene que la rigurosidad de las reglas que conducen a la elección de un jurado imparcial, la profunda adversarialidad del debate con el consecuente control de toda la prueba admitida *para* y producida *en* el juicio, la participación directa del “pueblo” en la decisión del caso y la conformación plural del jurado, son los recaudos de calidad de la decisión que tornarían superflua la motivación de la decisión. Estamos acá ante la invocación de recursos compensatorios de la falta de motivación.

Por su parte, también debemos considerar lo que los tribunales supranacionales han entendido como suficiente garantía de motivación, me refiero aquí a las instrucciones que el juez profesional imparte al jurado antes de la deliberación de ellos. Las instrucciones serían, a la luz de esa inteligencia, un medio sustitutivo de la motivación por equivalencia funcional. A la doctrina emergente de esos fallos prestaremos particular atención, por cuanto conforma el estándar que tiende a homogenizar la jurisprudencia y las prácticas vernáculas de los estados partes de los respectivos sistemas que contemplan el juicio por jurados clásico.

Reparemos en todos esos argumentos. Lo primero que cabe decir, es que la imparcialidad del juzgador y la contradicción fecunda no son o *no deben ser* patrimonio privativo

---

17 Andrés Ibáñez, Perfecto, «Sentencia penal: formación de los hechos», cit. p. 170.

de un sistema de enjuiciamiento ante jurados, sencillamente porque ambas condiciones hacen a la identidad del sistema acusatorio. Sin órgano jurisdiccional rigurosamente separado de las partes y neutral frente a los intereses que las mismas representan, sin reglas que doten a los litigantes de posibilidades reales de apartamiento de los jueces sospechados de parcialidad, sin aseguramiento de exhaustivo control de la prueba, y sin concesión de un poder dialéctico transversal a todo el proceso, no podemos calificar al sistema de acusatorio, sea cual sea el modelo de juez electo. De allí que resulta lógicamente injustificable que el legislador establezca reglas que robustezcan el poder de recusación o de contradicción de las partes, solo cuando diseña el debate ante un jurado lego y no asuma ese mismo compromiso –exigido desde los textos constitucionales mismos–, cuando diagrama uno ante tribunales letrados<sup>18</sup>. Esa merma de poderes es la que hace menos acusatorio al modelo.

En segundo lugar, que el juzgador sea imparcial, o más bien que no recaigan sobre él sospechas legítimas de falta de ecuanimidad y que las partes gocen de atribuciones equitativas y amplias de control de la prueba, no asegura una racional valoración de la prueba por parte del órgano decisor. Y es que esos recaudos metodológicos ni siquiera garantizan que la parte que controló o que tuvo posibilidades de controlar la prueba, adopte un lineamiento racional al elaborar sus propias conclusiones sobre el rendimiento convictivo de las mismas. Representan esas condiciones, sin dudas, un cauce limitador del propio error y el del tercero, pero no repliegan todo riesgo al respecto.

Ya dijimos que Taruffo traza un programa tendiente a favorecer la racionalidad de la decisión y en el marco de este coloca a la contradicción como condición *ex antes* de ella y a la motivación condición *ex post*, ya que la primera la impulsa y la segunda habilita su control. Los distintos hitos de esa plataforma -criterios de control de racionalidad que operan como pautas de control sobre la fundamentación del razonamiento, principio de contradicción de las partes y motivación del juicio sobre los hechos<sup>19</sup>-, son piezas insusceptibles de supresión, en tanto todas ellas y no solo una u otra proveen a la validez del resultado.

Aún más, Taruffo acepta que la contradicción tiene una capacidad de influencia relativa; esto es, que puede incidir con mayor o menor intensidad en la racionalidad de la decisión del juez. Cuanto más utilicen las partes las reglas de racionalidad en la valoración de la prueba, cuanto más rigurosas sean en sus juicios sobre los hechos, más posibilidades –dice el autor– hay de “*influir en las elecciones del juez, dirigiéndolas sobre los caminos de la racionalidad y no sobre los del subjetivismo incontrolado*”<sup>20</sup>. De acuerdo a ello, la contradicción tiene un papel central como antecedente de la racionalidad de la decisión final, pero cuenta con vocación de incidencia fluctuante, ya que ese impacto

18 En algunas provincias de la República Argentina, en las que se ha instaurado a través de leyes especiales el sistema de jurados para el juzgamiento de algunos delitos, coexisten dos regímenes procesales paralelos, con distintos niveles de adversarialidad. Esto se observa, por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires y en la Provincia de Mendoza de la República Argentina (leyes 14.543 modificado por ley 14.589 y 9.106, respectivamente). Así en relación a los jurados populares se prevé una audiencia específica para la selección de los jueces legos (audiencia de *vor dire*) y se habilita la recusación sin causa, a la vez que se prohíbe el ingreso en el debate de datos probatorios no contralados por las partes -se niega valor a la prueba introducida por lectura-, se impide al jurado conocer las constancias de la investigación penal preparatoria, se habilitan los alegatos de apertura (previando contradicción desde el momento inicial del juicio), recaudos procesales que en general los códigos procesales de esas provincias no aseguran para el juicio ante jurados letrados.

19 Taruffo, *ibid.*, pp. 422 ss.

20 Taruffo, *ibid.*, p. 434.

depende no solo de la intensidad de la racionalidad alcanzada por el discurso individual (ausencia de discrecionalidad y renuncia al uso de la prueba con fines meramente persuasivos<sup>21</sup>), sino también de la mayor o menor permeabilidad que esa racionalidad conquiste en el sujeto o en los sujetos receptores. En síntesis, sin contradicción y sin valoración racional individual difícilmente habrá racionalidad en el juicio de hecho del juez, pero la concurrencia de ellas no evita la arbitrariedad, ni excluye el error en el juicio de hecho del juez o jurado.

El razonamiento lineal que confía en esa transferencia como proceso necesario, incurrir en el error de postular que la propia racionalidad goza de una inmanente traslación a otros, cuando en realidad es solo una circunstancia facilitadora, pero no necesaria. La cuestión por decidir, entonces, es si propiciamos una racionalidad presunta o reivindicamos una racionalidad justificada y controlable. Parece incontrovertible, desde una perspectiva epistémica, la decisión por la segunda alternativa y es allí donde la motivación aparece como garantía, en tanto ella es el medio necesario para verificar la efectiva existencia de un juicio sustentado en criterios racionales, o para reclamar la invalidación de este, en el caso contrario.

Por último, si como enseña Andrés Ibáñez, la exigencia de motivación apunta a generar autocrítica en el juez-intérprete, habida cuenta del alto nivel de implicación que tiene en su labor los presupuestos ideológicos, religiosos, culturales en general, desde los que inevitablemente actúa<sup>22</sup>; entonces, debemos preguntarnos si alguna persona llamada a decidir un caso penal, puede ser relevada del deber de justificar su sentencia o veredicto sin riesgo de que esa eximición comprometa la calidad de la decisión que adopte y abra un cauce indiscriminado al error o la discrecionalidad.

¿Un juez lego o un grupo de ellos, se encuentra por efecto de alguna virtud especial o por influencia del contexto del litigio, exento de entreverar en la decisión esas matrices teórico-ideológicas, que como sujeto cognoscente necesariamente porta? Entiendo que no hay motivos racionales que avalen esa expresión de fe. Ni el escrupuloso o hábil poder de selección de los jurados que ostenten los litigantes, ni el denodado esfuerzo de control probatorio de ellos, pueden asegurar la exclusión de esos prejuicios, o desacelerar la influencia de estos en el análisis del material probatorio; por ello, una vez más, solo la exigencia de autocontrol de logicidad del propio proceso de conocimiento que supone la motivación y el control externo de ella, guardan relación con esa posibilidad.

Continuando con el análisis de las circunstancias que la doctrina favorable al jurado popular invoca como resortes de validez del veredicto infundado, vemos que se alude también a la participación directa del “pueblo” en la decisión del caso y a la conformación plural del jurado. Al respecto se afirma que la motivación de la decisión se exige cuando el poder penal lo ejerce un funcionario público y no cuando es el pueblo el que actúa directamente como condicionante de él.

El primer reparo que cabe enfrentar a esa afirmación, es que ella parte de una concep-

21 Señala Taruffo que es también difundida la opinión de que la prueba no tiene una función en sentido lato “cognoscitiva”, sino “argumentativa”: esto es, no se situaría en la dimensión “lógica” del fundamento racional de las hipótesis sobre el hecho, sino en la muy distinta dimensión “retórica” de la argumentación dirigida a convencer a alguien (en el supuesto de hecho, al juez) para que considere al hecho como existente. Agrega el autor que en resumen, la prueba no sería un instrumento para conocer racionalmente algo, sino un argumento persuasivo dirigido a hacer creer algo acerca de los hechos relevantes para la decisión (Taruffo, *ibid.*, pp. 349 y 350).

22 Andrés Ibáñez, Perfecto, *En torno a la jurisdicción*, cit., p. 209, n. 120.

ción al menos reductora de la función de la motivación de las decisiones judiciales y de la publicidad del juicio en un sistema democrático, republicano y liberal de derecho, en cuanto parece entender a las mismas como medios de rendición de cuentas del mandatario –funcionario público– al mandante –pueblo soberano–, que se tornan innecesarios cuando el mandante –pueblo– asume o “intermedia” en el ejercicio del poder. Claro está, que de este modo se margina la principal competencia que tienen esas garantías, que es como ha destacado Ferrajoli, la de afianzar la primera de ellas la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la estricta legalidad y de hecho a la prueba de la hipótesis acusatoria<sup>23</sup> y ambas –motivación y publicidad del juicio–, la de *asegurar el control, tanto interno, como externo de la actividad judicial*<sup>24</sup>.

La publicidad del juicio y con él también la motivación del acto conclusivo del mismo –publicidad de las razones de la decisión–, son exigencias que nacen antes que de otro motivo de la demanda de transparencia y de racionalidad en el ejercicio de un poder público. La motivación y la publicidad son amparos contra la arbitrariedad y como tales garantías de defensa. De allí, que no solo la decisión, sino también y sobre todo los argumentos que sustentan a la misma (que solo cuando respetan parámetros de racionalidad y reflejan compromiso con la verdad, aun relativa, hacen reconocible al juicio como acto legítimo de poder), requieren de publicidad. La publicidad del fallo y la de sus fundamentos, en cuanto partes de una misma expresión de poder, son el antecedente necesario para el control que concierne tanto a los directamente alcanzados por él, como a la sociedad en su conjunto.

Lo segundo que se aprecia es que detrás del argumento opera un desplazamiento del eje de atención, en tanto pone las condiciones de “legitimación” por fuera del acto –carácter representativo del sujeto que lo ejerce– y no en el acto mismo y en sus condiciones intrínsecas, cuando lo decisivo es el acto de poder, que para ser legítimo debe ser racional y permitir el respectivo control, y no –o no solo– quien lo ejerce –funcionario permanente o accidental–.

Por su parte, no parece tampoco claro que el banco de ciudadanos constituido en jurado condicione como se afirma, el ejercicio del poder penal (lo que sí sería más aceptable si se dotara al mismo de un poder de acusación), sino más bien que lo ejerce o concurre a ejercerlo. El veredicto del jurado, integra la decisión penal y los jueces legos son responsables exclusivos del segmento de ella destinado a la verificación fáctica, tan trascendente o más que el ordenado a la verificación jurídica, que se reserva al juez profesional. Esa descentralización o cesura de la decisión penal, no distorsiona la cualidad de esos actos como testimonios de un único poder, y si es manifestación de poder y particularmente de poder penal, entonces, debe satisfacer las condiciones de legitimación y ya hemos justificado que la motivación es una de ellas.

Para que el encausado y la sociedad estén en condiciones de enjuiciar la racionalidad de la decisión, para que cotejen que las aserciones fácticas propias del juicio de culpabilidad se ajustan a la verdad, es necesario que la motivación se comunique. Nada reemplaza a esa exteriorización de los fundamentos del juicio, que concierne al sujeto que decide, en cuanto único responsable y exclusivo portador de esa aptitud explicativa. No

---

23 Ferrajoli, *Derecho y razón*. cit., p. 623.

24 Ferrajoli, *ibid.*, pp. 616 y 623.

suple esa garantía ni el mayor o menor número de sujetos decisores, ni el carácter representativo de ellos, ni la conformación plural del cuerpo de decisores. A riesgo de abusar del recurso de citas de autoridad, por la insustituibilidad de la reflexión, acudo otra vez a Ferrajoli y digo: *"verificabilidad y verificación de las motivaciones, ..., son, por un lado las condiciones constitutivas de la estricta legalidad y de la estricta jurisdiccionalidad de las decisiones judiciales. ... De ello se sigue que el vínculo de la verdad procesal es también la principal fuente de legitimación externa, ético-política o sustancial del poder judicial que, en contraste con otros poderes públicos, no admite una legitimación de tipo representativa o consensual, sino una legitimación de tipo racional y legal, precisamente por el carácter cognoscitivo de los hechos y reconocitivo de su calificación jurídica exigido a las motivaciones de los actos jurisdiccionales.... En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad ni el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden hacer verdadero lo falso, o viceversa<sup>25</sup>".*

Cabe ocuparnos ahora de aquello a lo que los órganos supranacionales de derechos humanos y luego también algunas legislaciones domésticas, han dado el valor de fundamentos del veredicto. Me refiero aquí a las instrucciones del juez técnico a los jurados, herramienta esta ofrecida como principal suplente de la fundamentación de la decisión de los jueces legos. Ciertamente, primero la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso "Taxquet c. Bélgica", como recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "V.R.P., V.P.C. y otros c. Nicaragua", han sentado algunos estándares en la materia y han terminado postulando esa equivalencia funcional. Veamos primero con más detalle qué es lo que sostienen, para luego analizarlo.

En Taxquet, la Corte sentó los siguientes criterios: a) que escapa a la competencia de control de ese tribunal, la elección por parte de cada Estado del sistema penal, salvo en aquello que vulnere los principios del convenio; b) en base a precedentes previos<sup>26</sup>, que el convenio no exige que el jurado motive su decisión ni se opone a que un acusado sea juzgado por un jurado popular, aun cuando este no funde su veredicto; c) que el proceso justo lo que exige es que el público y particularmente el acusado comprenda el veredicto que se ha emitido, que en los procesos ante jueces profesionales esa comprensión está asegurada con las resoluciones judiciales, en las que se deben exponer con claridad los motivos que la fundan y que ante los tribunales con participación de jurado popular –que no tienen obligación o no pueden motivar su convicción–, el convenio exige que el imputado tenga garantías contra la arbitrariedad y comprenda las razones de su condena y que ello puede lograrse a través de instrucciones o aclaraciones del presidente del tribunal al jurado en relación a los problemas jurídicos planteados o las pruebas practicadas y en preguntas precisas e inequívocas planteadas al jurado por dicho magistrado, de modo que se conforme un argumento que sirva de fundamento para el veredicto o que compense adecuadamente la falta de motivación de las respuestas del jurado, y d) que debe tenerse en cuenta, cuando exista, la posibilidad del acusado de ejercitar las vías recursivas.

25 Ferrajoli, *ibid.*, p. 543.

26 R. c. Bélgica –número 15957/1090–, Zarouali c. Bélgica –número 20664/1992–, Planka c. Austria –número 25852/1994–, Papon c. Francia, José Manuel Bellerín Lagares c. España –número 31548/2002–, Göktepe c. Bélgica y Saric c. Dinamarca.

La Corte entendió en el caso que el acusado no tuvo suficientes de garantías para comprender el veredicto de culpabilidad, atento a que de las treinta y dos preguntas que el presidente del tribunal realizó al jurado, solo cuatro se referían a él. Sostuvo que el acusado no pudo saber qué elementos de convicción y qué circunstancias de hecho de todas las debatidas en el juicio, habían conducido a los jurados a responder afirmativamente las cuatro preguntas que lo afectaban a él.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema en un caso donde, a diferencia del antecedente europeo, el peticionario no era el acusado, sino la presunta agraviada por el delito y su madre frente a un veredicto absolutorio. La Corte, fijó la doctrina que resumimos en los siguientes puntos: a) Las garantías judiciales del art. 8.1 de la convención amparan el derecho al debido proceso del imputado, y también salvaguardan los derechos de acceso a la justicia de la víctima y de sus familiares y el derecho de éstos de conocer la verdad; b) que la convención no acoge un sistema determinado y deja en libertad a los Estados para elegir el que consideren preferible, siempre que respeten las garantías exigidas por la convención, por el derecho interno, por otros instrumentos internacionales y por las normas consuetudinarias; c) que de la afirmación anterior no se sigue que el diseño del enjuiciamiento por jurados quede librado al arbitrario estatal o que la legislación interna tenga preeminencia sobre la convención; d) que la motivación es una de las garantías del debido proceso contempladas en el art. 8.1 de la convención, que consiste en la exposición racional de las razones que llevan al juzgador a la decisión y que su relevancia se encuentra en relación a la correcta administración de justicia, a la evitación de decisiones arbitrarias, a la necesidad de otorgar credibilidad a las decisiones judiciales en el marco de una sociedad democrática, a demostrar a las partes que las mismas han sido oídas y a asegurar el derecho al recurso. Que en el ámbito penal la motivación como garantía, se dirige además a preservar el principio de presunción de inocencia, ya que permite que quien se ve sometido al poder penal del Estado pueda comprender las razones por las que se obtuvo convicción sobre la imputación; d) que la motivación de las decisiones judiciales no son solo relevantes para el imputado, sino también para el control ciudadano de los actos de gobierno, pero que en el caso de los jurados esa vertiente se considera satisfecha con la participación directa de la ciudadanía; e) que no es posible sostener que el veredicto absolutorio inmotivado sea *per se* violatorio del art. 8.1 de la convención y que la falta de exteriorización de fundamentos del veredicto no vulnera en sí mismo la garantía de motivación<sup>27</sup>, ya que todo veredicto tiene motivación, aunque no se exprese; f) que el veredicto debe permitir que a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, que quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad si esa reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales, g) que algunos Estados de la OEA que implementan el sistema por jurados establecen distintas garantías de interdicción de la arbitrariedad de la decisión, como las instrucciones judiciales –Canadá, Estados Unidos, ciertas provincias de la República Argentina, El Salvador, etc.–, cuestionarios con preguntas a resolver por escrito que se deben agregar al expediente –Panamá–, posibilidad de anulación del veredicto

---

27 La Corte Interamericana tomó como referencia para este argumento lo dicho por la Corte Europea en el precedente Sadic c. Dinamarca, N°: 31.913/96, decisión de admisibilidad de 2 de febrero de 1999.

de culpabilidad cuando el mismo sea manifiestamente contrario a la prueba –provincia de Buenos Aires, Argentina–, facultades de recusación con y sin causa, posibilidad del juez o de las partes de indagar, tras el veredicto, a cada uno de los jurados acerca la existencia de unanimidad en la decisión –Estados Unidos y provincia de Chaco, Argentina–, cursos de capacitación a los ciudadanos con el objeto de promover el conocimiento y el cumplimiento adecuado de la función de jurados –provincia de Córdoba, Argentina–, h) que la íntima convicción no es un criterio arbitrario, que el jurado popular como el juez profesional utiliza un método histórico –heurística, crítica externa, crítica interna y síntesis– en la reconstrucción del hecho, solo que no lo expresa, y quien valora el veredicto de un jurado debe reconstruir ese camino y para descartar el veredicto debe verificarse que la síntesis se aparta de la lógica metodológica histórica, e i) que la necesidad de que el imputado y la víctima o el acusador comprendan las razones de la decisión de culpabilidad o de inocencia, que adopta el veredicto del jurado, mantiene plena vigencia como garantía contra la arbitrariedad.

La Corte entendió que en el caso el código de procedimientos de Nicaragua<sup>28</sup>, no contemplaba una regulación expresa sobre las instrucciones del juez profesional al jurado, tampoco preguntas que el jurado debiera responder a través del veredicto, ni incorporaba referencia alguna contra prueba contra-intuitiva, medidas que podrían haber puesto condiciones de racionalidad a la decisión, por lo que declaró la responsabilidad internacional de Nicaragua.

Si valoramos aquello que aparece como sustrato común en ambos pronunciamientos, podemos extraer ciertas conclusiones, algunas de ellas resultan de premisas expresas, otras de enunciados entimemáticos, pero en ambos casos las conclusiones emergentes reconocen como antecedentes afirmaciones carentes de una fina justificación. En los precedentes se proclama la imperturbabilidad de la garantía de motivación del fallo y el derecho de defensa, sin que tal juicio esté precedido de un análisis metódico y hondo, lo que torna no solo difícil, sino riesgosa la tarea exegética de ellos. La generalidad y superficialidad argumentativa latente en los fallos pueden por un lado conducir a un intérprete poco cauto a una ingenua tranquilidad frente a la convalidación del modelo, y por otro alentar más de una interpretación diferente y cada una de ellas competir en idénticas posibilidades de acierto o error. Con esa salvedad, entonces, van las siguientes consideraciones.

En primer lugar, ambos tribunales coinciden en que la motivación es una “garantía”, que ella tiende principalmente a evitar la arbitrariedad y que es recaudo de racionalidad de la decisión. Concuerdan también aquellos en que la motivación del fallo consiste en la expresión de las razones de la condena. Inmediatamente luego del reconocimiento de esas trascendencias, los tribunales consienten en caso del juicio ante jurados legos, alternativas de sustitución de la motivación, siempre que las mismas aseguren al acusado –y al acusador y a la víctima agrega la Corte Interamericana– *la comprensión de la decisión o la posibilidad de reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados*. Sendos tribu-

---

28 Resulta interesante consignar, que según se lee en el propio texto del fallo, Nicaragua encaró luego de la fecha del hecho una serie de reformas normativas y el dato de significación al respecto es que a partir de la misma los casos por violencia sexual y de género tienen que ser decididos por jueces técnicos y no por jurados legos. Explicó el Estado que ello obedeció a la necesidad de resolver de modo técnico y motivado dichos hechos (ver considerandos 236/238, C.I.D.H., Caso V.R.P. y otros c. Nicaragua).

nales reconocen en las instrucciones que el juez profesional da al jurado, esa potencial incumbencia<sup>29</sup>.

Los tribunales asignan esa competencia a las instrucciones, pero no dan razones –y el razonamiento intuitivo tampoco sugiere la respuesta– por las cuales entienden que un acto prescriptivo o aclaratorio de derecho propio del juez técnico<sup>30</sup> deviene tras un acto deliberativo secreto, en fundamento que torna cognoscibles y comprensibles las razones de la decisión adoptada por un cuerpo decisor diferente. Si las instrucciones son actos de comunicación realizados por el juez técnico al juez lego con antelación a la decisión del caso, mediante los cuales informa a los jurados cuestiones de naturaleza normativa constitucional, procesal y/o sustancial –única dimensión en la que puede incursionar el juez profesional, ya que le está vedado constitucional y legalmente ingresar al terreno fáctico incluso a través de las instrucciones–, no resulta perceptible la utilidad de estas como herramienta de comprensión de los motivos de la decisión. Tampoco, reitero, los tribunales supranacionales proveen algún argumento justificador de la correspondencia afirmada.

El ilustre profesor Julio Maier, no obstante su defensa al sistema de juicio por jurados, niega enfáticamente que puedan considerarse fundamentos del veredicto la respuesta a preguntas formuladas por otro con un sí o con un no, tampoco el hallar culpable o inocente a una persona, ni el responder por sí o por no a una acusación, por perfecta que ella sea. Sostiene, que *“si algo significa fundar una opinión, ello descarta condiciones extrínsecas a esa opinión, pues representa, en verdad, una exigencia impuesta a quien opina, de explicarnos –en el caso, al acusado, al acusador, a los demás intervinientes, a nosotros, al público– la razón de ser de la opinión, de la respuesta a cierta pregunta, el por qué decidió de esa manera y no de otra”*<sup>31</sup>.

Pero no es o no es solo la falta de justificación de esa equivalencia, lo que nos advierte sobre la incapacidad de las instrucciones para servir de fundamento del veredicto o para habilitar la comprensión de los motivos de este, sino una razón intrínseca al instituto procesal mismo. Recordemos que de acuerdo con lo que enseña la doctrina especializada, las instrucciones son *“explicaciones sobre el derecho”*, y lo que el jurado está llamado a resolver es lo concerniente a la dimensión fáctica del objeto litigioso. Aun cuando ya se ha demostrado la inseparabilidad de ambas órbitas del objeto procesal<sup>32</sup>, el instituto del juicio por jurado sigue asumiendo como posible ese divorcio, y pone al descubierto la incongruencia de la postulación: el antecedente invocado –aclaraciones normativas–, no puede tener ninguna capacidad explicativa de la decisión relativa a los hechos.

29 La Corte Interamericana admite otras garantías más contra la arbitrariedad distinta a las instrucciones, como son la posibilidad de recusación de los jurados que tienen las partes, el poder que ostenta el juez técnico de anulación del veredicto contrario a la prueba, o la realización de cursos de capacitación a los potenciales jurados, entre otras más.

30 Precisa la doctrina que: *“Las instrucciones son un instituto procesal por medio del cual el juez se comunica con el jurado, explicándole las reglas procesales que rigen el juicio, los principios constitucionales que se encuentran involucrados, como el derecho de fondo que califica como delito al predicado fáctico de imputación. En sentido amplio, se podría decir que por medio de esas instrucciones el juez explica “el derecho”* (Schiavo, Nicolás, *El juicio por jurados. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 513)

31 Maier, Julio B.J., «Sobre enjuiciamiento por jurados, instrucciones a jueces y fundamentos de sentencias criminales», en Alberto Binder y Andrés Harfuc (eds.), *El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 70.

32 Ver al respecto Taruffo *La prueba de los hechos*, cit., p. 90; Satta, Salvatore, *Derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1972, I, p. 462; Gascón Abellán, Marina *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 37; Andrés Ibáñez, Perfecto, *Tercero*, cit., p. 435 y *passim*.

En segundo lugar, las instrucciones se imparten siempre antes del momento deliberativo (pueden estar al inicio del debate, durante el mismo y/o antes o después de las conclusiones de cierre) y conforman en todo caso una matriz para la deliberación, que tiende a evitar que la discusión de los jurados discurra por desconocimiento del derecho, fuera de lo que es el objeto del juicio o transgreda principios que operan como cláusulas del poder de decisión de los jueces legos (carga probatoria, principio de inocencia, duda a favor del imputado, estándar convictivo más allá de toda duda razonable, etc.). Ese molde o marco, nada dice y por ende no puede hacer cognoscibles, las razones que se debatieron en reserva, ni tampoco garantiza el alineamiento racional de ellas. En síntesis, las instrucciones no tienen por una inhabilidad intrínseca capacidad explicativa del posterior juicio de culpabilidad, respecto del cuál en términos ideales, solo intervinieron como orientadoras.

Infiero también de la lectura de los fallos, que los tribunales supranacionales superponen fases, que en un plano metodológico son estructural y funcionalmente discriminables. Una cosa es el debate, espacio de discusión dialéctica y de proyección del contradictorio –ámbito dominado por las partes en garantía de su poder de control de la prueba–, otra es el momento deliberativo, dimensión destinada a asegurar la intersubjetividad del proceso de decisión –espacio de alternatividad reservado, que permite al o a los decisores sacar del fuero íntimo su propio razonamiento y someterlo al escrutinio ajeno– y otro es el de la motivación, fase de exteriorización y comunicación a terceros de las razones que condujeron al juicio asertivo o negativo de culpabilidad –que tiende a habilitar el auto control y el control externo del proceso decisional, a través de un acto comunicacional abierto–.

Si bien todos esos momentos se relacionan y se orientan a la obtención un producto racional, cada uno contribuye a él con un aporte individual y es por ello por lo que uno no supe ni guarda capacidad de solución de la misión metodológica que es propia de otro. De acuerdo a este razonamiento no es aceptable, ni la afirmación de que el jurado motiva, aunque no exteriorice los fundamentos de la decisión (en todo caso, delibera), ni tampoco que las instrucciones que surgen del escenario del debate y son marco para la deliberación, sean comunicación de los motivos de la decisión.

Pero algo más puede agregarse y es que sendos tribunales, aunque de modo más abierto la Corte Interamericana, terminan colocando en cabeza de las partes -quienes tienen el derecho de exigir la expresión de las razones de la decisión-, la doble carga “reconstruir el proceso decisional” y en todo caso de “justificar que el mismo no es racional”. Esto, además de ser una exigencia que no encuentra asistencia en el marco normativo y que demanda a individuos legos una empresa de difícil o imposible ejecución, conlleva también una evidente inequidad para las partes que litigan ante un jurado popular respecto de aquellas que lo hacen ante un juez profesional.

Ciertamente, todas las normas forjadas a la luz del pensamiento ilustrado establecieron una plataforma coherente con la idea de que es el poder lo que se limita, no los derechos del individuo frente a él; que es la racionalidad del ejercicio del poder penal lo que debe justificar quien se vale de él y no su falta de racionalidad, quien sufre su peso. No es al individuo, entonces, a quien le cabe edificar (¿adivinar?) el proceso de justificación de racionalidad del poder penal que se ejercerá sobre él, ni tampoco quien debe afrontar la carga de probar un hecho negativo, como es que las razones del veredicto no son racionales.

Resulta difícil descubrir aquello que permite al particular, en el marco de un debate contencioso (que supone hipótesis y pruebas en competencia), de una deliberación secreta y de un veredicto inmotivado, reconstruir a través de un “método histórico” el proceso que condujo a sus jurados a inclinarse por la condena (o absolución si es el presunto agraviado). Es curioso que mientras los tribunales reconocen que el jurado lego no debe o no puede explicar los motivos del veredicto<sup>33</sup>, le exija a otro sujeto asimismo lego o generalmente lego y por regla cautivo de una alfabetización deficitaria que lo haga y además que para desestabilizar la decisión inmotivada justifique la falta de racionalidad de ella. No parece esto un designio humanamente viable y menos legalmente exigible.

Además: ¿comporta esa jurisprudencia una decisión ecuaníme?, todo parece indicar que no. Ciertamente, dice la corte europea que el derecho del imputado a comprender la razón de la condena en los procesos ante jueces letrados se satisface con la motivación de la resolución, la que además debe ser clara y debe demostrar que las partes han sido oídas. La carga de fundamentar y de facilitar la comprensibilidad de la decisión concierne, como se ve, al órgano decisor.

Contrariamente en los procesos ante jueces legos, dice la corte, hay que adaptarse a las particularidades que le son propias y ante la falta de motivación del veredicto debe acudir a otras garantías que hacen reconocibles las razones de este, siendo las instrucciones la principal de ellas. Es el acusado, entonces, quien carga con el esfuerzo de deducir de las “instrucciones o aclaraciones realizadas por el juez profesional” los motivos del veredicto de culpabilidad y también la de demostrar eventualmente su falta de racionalidad. El acusado soporta el doble gravamen de tener que discernir la razón del veredicto y de demostrar, en su caso, la falta de racionalidad de este. Ese trabajo de justificación inverso (falta de racionalidad), además, no cuenta con ninguna fuente de apoyo en las actividades del órgano decisor, sino en cuestiones extrañas a ellas (deficiencias del debate, defectos de las instrucciones, etc.), por lo que el esfuerzo puesto en cabeza del inculpado –o de la presunta víctima–, es indiscutiblemente superior<sup>34</sup>. No se aprecia que la posición del particular frente al sistema penal en un caso y en otro, sea equitativa.

Finalmente, un compromiso que no vamos a obviar no obstante la declamada postergación inicial, es el relativo a un escrutinio interno o constitucional de la cuestión, aunque en el esquema de este trabajo el mismo tendrá una dimensión sensiblemente menor al propuesto en primer término. En efecto, si la motivación de las decisiones penales, como hemos expuesto inicialmente, es una condición epistémica o metodológica, su exigencia en un sistema penal garantista no depende de que la misma encuentre o no prédica expresa en las constituciones políticas de cada país. Ella será siempre un recaudo de racionalidad del sistema penal.

El programa constitucional liberal solo sienta las bases de un derecho penal mínimo, y cuantas menos ambigüedades y menos contradicciones albergue en su seno, más segura será su realización. Pero, sabemos, que ningún plexo normativo ni siquiera los constitucionales, son enteramente coherentes ni completos. La coherencia y completitud

---

33 Considerando 92, Caso Taxquet c. Bélgica.

34 Schiavo hace referencia a esa mayor complejidad, aunque para subestimarla, en base a razones que exceden nuestro marco de análisis. Refiere: “Como el veredicto que emite el jurado lo es sin la imposición de hacer explícita la motivación, esta clase de recursos son sumamente complejos, y generalmente tienden a tener pocas “chances” de éxito en la medida que no se encuentran claramente estructurados” (en op. cit., p. 676).

del plexo normativo, como dice Ferrajoli, son dogmas positivistas<sup>35</sup>. Por ese motivo es que en nuestras constituciones conviven derechos que generan expectativas positivas y negativas para el ciudadano común, que no siempre pueden conciliarse o que dan lugar a interpretaciones que vacían de contenido a una de ellas. La proclamada presunción de inocencia y el encarcelamiento preventivo y la participación ciudadana en la justicia, la garantía de motivación del fallo y/o derecho al recurso, son algunos ejemplos de ello.

Y allí es donde aparece necesario el momento valorativo o ponderativo, en el que terminarán reflejándose las múltiples opiniones que laten en la misma sociedad. Ojalá que detrás de esa discusión, que si es establecida en términos de polémica pacífica y contributiva hará madurar el sistema democrático, exista siempre un interés de mejor justicia y de más racionalidad en el uso de poder penal (no tan visible en todos los discursos que propician al juicio por jurados), y no escondan tras la invocación de emblemas republicanos, propósitos de socavar los límites que la misma Constitución quiso para el poder penal. Si los límites se vencen o se debilitan, la arbitrariedad avanza.

---

35 Ferrajoli utiliza esa expresión cuando al tratar el tema de la pretendida apoliticidad de actividad judicial, dice que ella se apoya en un gastado mito iluminista: la concepción del juez como *bouche de la loi* y de la jurisdicción como técnica de la fiel aplicación de la ley, y que toman como presupuestos teóricos los dogmas positivistas del rigor, completud y coherencia del ordenamiento jurídico positivo (ver Ferrajoli, Luigi, «La ideología de la apoliticidad de la función judicial», en «Magistratura Democrática” y el ejercicio alternativo de la función judicial», en Nicolás Guzmán (ed.) *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, 3, p. 27).

# Medios de comunicación masiva y proceso penal\*

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ

## 1. La intuición premonitoria de Francesco Carnelutti

El gran procesalista italiano, discurriendo, en sus *Lezioni*, sobre el concepto de «parte» en el proceso penal, distinguía en él un sentido «*formal*», reservado para «los sujetos de los intereses inmediatamente implicados en el conflicto del que brota el delito», de otro «*sustancial*». Este, connotado por el carácter «indeterminado» de sus integrantes: «siempre más de un[o], antes bien much[o]s, incluso nunca se llega a saber cuánt[o]s pueden ser». Es por lo que –continuaba– cabría formar la impresión de que, «precisamente por tal carácter, la parte en sentido sustancial carece de relevancia para el proceso y, así, no debe ser colocada entre sus elementos». «Pero –a su entender– esta sería una apariencia falaz», pues esa «parte en sentido sustancial [...] a menudo desempeña una acción decisiva sobre la suerte del proceso». En concreto, al tratar de «explicar el principio de publicidad del juicio oral», algo que estimaba imposible al margen de ese concepto. Ello debido a que, «como sucede a menudo, no solo la acusación del ministerio público o los informes de los defensores contribuyen a determinar las suertes de un proceso, sino, también, las manifestaciones de la opinión pública», razón por la que hay que acometer el «intento de integrar también estos datos entre los elementos de aquel». En el planteamiento, haciendo uso «de la metáfora de la piedra lanzada en el agua» –explicaba el jurista italiano– «si las partes en sentido sustancial se representan mediante círculos concéntricos, en degradación progresiva, el centro lo ocupa la parte en sentido formal»<sup>1</sup>.

Carnelutti cuestionaba la inclinación a considerar que el público con derecho a asistir a las sesiones de un juicio se encuentre compuesto «solamente por *terceros*, que, en el lenguaje jurídico, quiere decir extraños al conflicto de intereses que hace explosión en el delito». Porque, de ser así, no habría razón para imponerles (como hacía, en su artículo 434, el Código Procesal Penal italiano, entonces vigente) la obligación de abstenerse de «manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos»<sup>2</sup>. Que es lo propio de quien,

---

\* Ponencia destinada al «IX Seminario Internacional de Derecho Procesal Proceso & Constitución», organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Agradezco la autorización para esta publicación anticipada.

1 Francesco Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1947, pp. 125-129. (Hay trad. cast. de S. Sentís Melendo, *Lecciones sobre el proceso penal*, prólogo de N. Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950, 4 vols.).

2 Salvatore Satta calificó de «iluminante intuición» a la idea de Carnelutti de que «el principio de la publicidad del juicio oral se explica solamente si se reconoce al público que tiene derecho a asistir al proceso la calidad de parte [porque] precisamente como parte le está prohibido manifestar opiniones y sentimientos, tener un comportamiento capaz de intimidar o provocar: si fuese tercero, es decir, extraño al conflicto de intereses que explota en el delito, todo esto, evidentemente, sería superfluo» (en *Il mistero del processo*, Adelphi, Milán, 1994, p. 34).

de algún modo, está o se siente concernido por lo que presencia. Y concluía con la observación de que esa clase de juicios y de impresiones se manifiestan, «con la misma e incluso con mayor vehemencia, a través de la prensa», ya entonces, regular cauce de expresiones como las prohibidas en ese precepto<sup>3</sup>.

En la época a la que pertenecen estas reflexiones, es sabido, la publicidad externa o mediata del desarrollo de un proceso tenía dos limitaciones *de facto* ciertamente relevantes. Una constituida por el dato de que las causas objeto de la misma eran porcentualmente poco significativas; la otra por la circunstancia de que, aquella, en cualquier caso, como se recoge en la última cita, era exclusivamente la viabilizada a través de la prensa escrita.

De aquí podría, con toda legitimidad, inferirse una evidente desproporción o una manifiesta inadecuación entre el fenómeno tomado como referente, es decir, esa clase de publicidad, y la naturaleza de los efectos que se le atribuyen, o sea, una relevante incidencia en el desarrollo de las causas. Y, en consecuencia, seguirse la ausencia de una necesidad real de hacerle objeto, a ella y a su difusa categoría de sujetos, de un tratamiento conceptual como el que resulta sugerido en las precedentes consideraciones.

Pero me parece que, si leído ahora, Carnelutti, dado el momento en que escribía, podría ser visto como exagerado o imaginativo en exceso; no lo será o, desde luego, no lo será tanto, de ponerse en relación sus observaciones con lo que en la actualidad representa la información masiva: la televisiva y la canalizada, a partir de la *información* recibida de esta, a través de las conocidas como redes sociales. Y tanto en el orden cualitativo, debido a la penetrante incisividad de sus efectos<sup>4</sup>, de los que no están libres los propios operadores judiciales<sup>5</sup>; como por la potencialmente ilimitada amplitud de la difusión de sus contenidos en el espacio social.

Pero, antes de abordar en concreto las particularidades de la publicidad de los procesos que tiene su vehículo en este medio de comunicación, es preciso detenerse, siquiera sea de forma breve, en sus antecedentes.

## 2. Secreto y proceso: una pareja estable

Una particularidad central del proceso inquisitivo es la completa opacidad de las actuaciones, ya que, durante su curso, el imputado ignoraba todo acerca del porqué de la intervención que tan intensamente le afectaba; mientras que, fuera, nadie sabía de él. De ahí, la pertinencia de la metafórica apreciación de Franco Cordero al calificarlo de «máquina que aborrece el público, las disputas, el aire libre», porque en él «la sentencia crece sigilosamente como una planta en la oscuridad»<sup>6</sup>. Lo propio, tratándose del ins-

3 *Ibid.*, p.126.

4 Con traducción en el hecho de que la televisión, al transmitir el desarrollo del juicio, más que informar de manera neutral sobre este, ofrece-crea otro, producido *ad hoc* para consumo de los telespectadores, carneluttiana parte en sentido *sustancial*. «La escena mediática se superpone a la judicial, la absorbe, la desborda, a veces la condiciona y la manipula. A menudo la vacía, deslegitimándola» (Donatella Stasio, «La spettacolarizzazione mediatica del processo penale»: *Italia-nieuropei*, 1 [2010] p. 2).

5 Todos en general, pero muy en particular los jurados.

6 Franco Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1981, p. 643. «El acusado no ve la luz de la publicidad, hasta que se le conduce para ejecutarlo con la espada, la rueda o el fuego, o para colgarlo en la horca», escribió muy

trumento idóneo concebido, no para establecer claridad sobre un hecho incierto, sino como ritual de castigo en estado puro; dado que *la verdad* estaría establecida ya, *de facto*, en el punto de partida. Incluso *de iure*, a tenor del modo de razonar de Pedro de Castro, que estimó «[in]necesario» quitar al tormento –a la sazón instrumento procesal por excelencia– «el nombre de pena», debido a que «la sospecha justa e[ra] punible»<sup>7</sup>. Así, proceder consistía en empezar a castigar, con fundamento en el axioma de que «el investigado [era] naturalmente culpable»<sup>8</sup>.

Cabría objetar, de nuevo con Carnelutti, que hay algo (a veces no poco) de ese juicio, susceptible de ser predicado asimismo del proceso en su versión actual, dado que «no solamente hace sufrir a los hombres porque son culpables, sino también para saber si son culpables o inocentes»<sup>9</sup>. Pero ocurre que este dato incontestable, inherente en el *ancien régime* a la propia fisiología del antimodelo inquisitorial o inquisitivo, es hoy una indeseable degradación práctica del modelo normativo asumido en la vigente disciplina constitucional del proceso, que responde a una muy diferente línea de principios. Claro que una degradación nada inocente y tampoco casual, en el contexto de las vigentes políticas penales, animadas por una tendencia, no nueva, a cargar el proceso de implicaciones sustantivas y a privilegiar el momento de la instrucción frente al del juicio oral<sup>10</sup>, que es en lo que se traducen las fórmulas procesales *de urgencia* y las de negociación sobre la culpabilidad, destinadas a *deflacionar* el proceso penal<sup>11</sup>. Estas últimas fruto de lo que, hace ya bastantes años, Schünemann calificó de «marcha triunfal del proceso americano en el mundo»<sup>12</sup>.

La histórica lucha por la limitación y la racionalización del poder en sus diversas manifestaciones se ha librado siempre, entre otras cosas, por la transparencia, que, al justo decir de Flores d'Arcais, es la «materia prima del poder democrático»<sup>13</sup>. Cierto. Y por la razón de que el secreto –puede decirse con buena base empírica– es el ecosistema ideal, la atmósfera preferida por el poder antidemocrático. A la que –¡ay!– tampoco suele hacer ascos el que recibe su legitimidad del sufragio.

El poder de la época sobre la que versan las precedentes reflexiones tenía en la judicial su forma genuina de ejercicio, pues «la justicia era la modalidad central del poder político»<sup>14</sup>; y, en tal marco, «el derecho de castigar [...] un aspecto del derecho del

expresivamente Gustav Radbruch, en *Introducción a la ciencia del derecho*, trad. cast. de L. Recasens Siches, prólogo de F. de los Ríos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, p. 178.

7 Pedro de Castro, *Defensa de la tortura*, Miguel Escribano, Madrid, 1778 (edición facsímil de Ed. Máxtor, Valladolid, 2009, Valladolid, 2009) p. 128.

8 F. Cordero, *ibid.*, p. 403.

9 Francesco Carnelutti, *Las miserias del proceso penal*, trad. cast. de S. Santís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos aires, 1959, p. 75.

10 Cfr. Paolo Ferrua, «Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale», en *Studi sul processo penale. Il Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, Turín, 1992, pp. 20 ss.

11 «El rito negociado, a pesar de sus límites intrínsecos debidos a la regresión de las formas, sigue ejercitando una formidable atracción sobre el legislador europeo que evidentemente aprecia su idoneidad para deflacionar la carga de trabajo judicial. Las exigencias de economía y de eficiencia del sistema acaban por prevalecer sobre los valores del justo proceso», ha escrito recientemente Ennio Amodio (en *Estética della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Giuffrè, Milán, 2016, p. 33).

12 Bern Schünemann, «¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)», en Varios autores, *Jornadas sobre la «Reforma del Derecho Penal en Alemania»*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, pp. 49 ss.

13 Paolo Flores d'Arcais, *Il sovrano e il disidente. La democrazia pressa sul serio*, Garzanti, Milán, 2004, p. 35.

14 Perry Anderson, *Transiciones de la antigüedad al feudalismo*, trad. cast. de S. Juliá, Siglo XXI, Madrid, 1979, pp. 153-154.

soberano a hacer la guerra a sus enemigos» (Foucault<sup>15</sup>). Ahora bien, con la progresiva diferenciación, dentro de este ámbito más general, de las funciones soberanas tempranamente identificadas como *gubernaculum* y *iurisdictio*<sup>16</sup>, esta segunda, en la que el derecho comienza a jugar un incipiente papel o función de límite (por más tímida que pudiera ser) frente a la prerrogativa regia<sup>17</sup>, empezará a gozar de cierta, relativa autonomía práctica y a ser objeto de un tratamiento específico, que se proyectará también sobre el concreto asunto de que aquí se trata.

Es como el secreto, en cuanto rasgo de la jurisdicción, adquirirá de manera progresiva una autonomía conceptual, suscitando una crítica específica que alimentará una reivindicación de publicidad de las actuaciones procesales del mismo carácter.

En este punto es de obligada referencia la denuncia de Beccaria, del «secreto [como] el más fuerte escudo de la tiranía» y su reivindicación de «la publicidad del ejemplo, o sea la del juicio», como «interés de todos»<sup>18</sup>. Presente asimismo en Filangieri, que, al tratar de la «Reforma [...] del juicio criminal», se mostrará decidido partidario de «desembarazar la justicia de aquella oscuridad voluntaria en la que se envuelve con el misterio de la pesquisa»<sup>19</sup>. Ambos autores expresan un planteamiento que debe a Bentham la más plástica formulación: «La publicidad es [...] el alma de la justicia»<sup>20</sup>. Y un «principio» –escribirá también– que «exige la libertad de la imprenta para todo cuanto ocurre en los tribunales de justicia»<sup>21</sup>, profundizando de este modo en su lógica y haciendo explícita una implicación esencial, la de su vertiente *externa*, que demanda la entrada en la escena de los medios de comunicación como vehículo.

Con estos, entrará también en juego un momento de tensión<sup>22</sup>, largo tiempo soterrado, pero, desde hace no tanto, particularmente evidente. Es la que tiene como polos a los dos intereses en presencia: el del imputado, en cuyo favor se dio comienzo a la batalla cultural por la publicidad del proceso penal; y el de la ciudadanía a estar informada del contenido de las prácticas de ese relevante sector de la institucionalidad

15 Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, trad. cast. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI Editores, México, 1976, p. 53.

16 Algo acontecido inicialmente en la Inglaterra medieval, un asunto estudiado de manera específica en la clásica obra de Charles Howard McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, edición de N. Matteucci, Il Mulino, Bolonia, 1990 (hay también trad. cast. de J. J. Solozábal, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, CEPC, Madrid, 1991).

17 Cfr. Ernst H. Kantorowicz, *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología y política medieval*, trad. cast. de S. Aikin Araluce y R. Blázquez Godoy, con prólogo de W. Chester Jordan y estudio preliminar de J. M. Nieto Soria, Akal, Madrid, 2012, p. 169. El aludido proceso tendrá un escenario privilegiado en Inglaterra. De él da cuenta, de la forma más plástica, el conocido enfrentamiento del juez Edward Coke con Jacobo I, motivado por la defensa del *common law* como ley fundamental del reino, por parte del primero frente al segundo. Sobre este emblemático episodio puede verse Roscoe Pound, *El espíritu del 'common law'*, trad. cast. de J. Puig Brutau, Bosch, Barcelona (sin fecha de publicación, pero con una advertencia del traductor datada en 1954), pp. 73-74.

18 Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, prefacio de P. Calamandrei, edición bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, texto italiano fijado por G. Francioni, Trotta, Madrid, 2011, pp. 161 y 163. Se preguntará Voltaire: «¿Es que la justicia tiene que ser secreta? Es el crimen al que le corresponde ocultarse» (*Prix de la justice et de l'humanité*, L'Arche, París, 1999, p. 77).

19 Gaetano Filangieri, *Ciencia de la legislación*, trad. cast. de J. Ribera, edición y revisión del texto por L. Prieto Sánchez, con prólogo de D. Ippolito, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, I, p. 640.

20 Jeremy Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. cast. de M. Ossorio Florit, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959, I, p. 140.

21 Jeremy Bentham, *Tratados sobre la organización judicial y la codificación*, trad. cast. de B. Anduaga Espinosa, Oficina del Establecimiento Central, Madrid, 1843, p. 142.

22 Javier Hernández García se detiene en el examen del carácter conflictual de la relación justicia penal-medios de comunicación, que en nuestra época presenta nuevos perfiles, debido al también nuevo modo de ser de aquellos, que suscita la necesidad de modular sus formas de intervención al respecto, en «Justicia penal y medios de comunicación: los procesos paralelos», en Varios autores, Joan Picó y Junoy (ed.), *Problemas actuales de la justicia penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 67 ss.

estatal representado por los tribunales de justicia. Se trata de una tensión que, podría decirse, tuvo, durante un periodo, un carácter más bien teórico, dada la naturaleza de las acciones generalmente enjuiciadas y el limitado alcance o incidencia de la publicidad mediática, canalizada, de forma prácticamente exclusiva, a través de la prensa escrita y eventualmente radiofónica<sup>23</sup>. Pero que, como se verá y se sabe bien, hoy ha adquirido dimensiones muy distintas.

La aludida tensión fue tempranamente señalada por Eberhard Schmidt en su comentario de la Ordenanza procesal alemana, donde puso claramente de manifiesto algo esencial: que «el interés en la aclaración de los hechos y en la defensa del acusado, que también debe tutelar el tribunal, preceden al interés en la información pública»<sup>24</sup>.

El desarrollo de los acontecimientos no se ha producido ciertamente en el sentido más favorable a ese interés del acusado como presunto inocente, que inspiró la histórica lucha, ilustrada y liberal, por la publicidad del proceso. Y ello en un doble sentido. De un lado, porque –como se sabe y se verá más adelante– esta se ha hecho masiva e intensamente invasiva, de modo que hoy prácticamente no conoce límites. Y porque el secreto, perdida su condición de principio rector de las actuaciones de la justicia criminal, y legal y constitucionalmente limitado en su alcance, con todo, no ha abandonado el campo, y, aun en régimen de excepcionalidad sigue teniendo una presencia importante, no siempre justificada, bajo nuevas formas de intervención, en particular, en el terreno de las comunicaciones<sup>25</sup>.

El resultado es que esa clase de injerencias se producen de manera con frecuencia seriada y, secretas por naturaleza, comportan la declaración del secreto de las actuaciones en las que se acuerdan, durante periodos de tiempo que pueden llegar a ser muy dilatados, y en los que unas terminales (teléfonos, ordenadores) llevan a otras, como en cascada, en un régimen de control judicial generalmente precario. Con la particularidad de que el resultado de esa clase de controles, hoy tecnológicamente muy manejable mediante el cruce computerizado de datos, forma en manos de la policía, un impresionante *stock* de informaciones altamente sensibles, que se mantienen bajo su disponibilidad, incluso en el caso de que –después– las injerencias fueran declaradas ilegítimas y dieran lugar a sentencias absolutorias<sup>26</sup>.

En definitiva, lo que se sigue de estas últimas consideraciones es que el par proceso penal-secreto sigue gozando de notable vigencia como tal. Claro que con plena justifica-

---

23 Aunque hay que decir que estas formas –vistas desde la actualidad– ciertamente limitadas, de información sobre el desarrollo de los procesos penales ya suscitaban preocupación en los autores. Sobre el asunto, cfr. también Eberhard Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal*, trad. cast. de J. M. Núñez, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pp. 243 ss.

24 *Ibid.*, p. 243.

25 El viejo secreto de las investigaciones procesales ha encontrado actualmente una forma de *reencarnación* en la interceptación de las comunicaciones a distancia técnicamente mediadas, un instrumento realmente cómodo de intervención y por eso predispuesto a un abuso que se ha hecho habitual. En particular, desde que, gracias a los avances tecnológicos, ya no precisa de la práctica directa de la escucha o la observación en tiempo real por y cabe operar simultáneamente, incluso de forma masiva, sobre un número virtualmente ilimitado de terminales, es decir, de sujetos. Precisamente, a esto se debe el hecho de que haya llegado a convertirse en el más socorrido recurso policial, sobre todo en casos como el español, donde la escandalosa indolencia del legislativo ha mantenido esta delicadísima materia en un auténtico vacío de tratamiento legal, en un régimen de extrema discrecionalidad judicial, por tanto.

26 Esto, hablando de las injerencias de las que hay un momento en que llega a saberse; porque están también las de los servicios de información, dotadas, como corresponde, de mucha mayor opacidad y sujetas a un control judicial (en el supuesto de que exista) todavía más formulario.

ción, si el segundo opera en un sentido rigurosamente funcional a los fines de la investigación de delitos graves<sup>27</sup>, pero sin ella en caso contrario, como cuando se instaura por pura comodidad y en virtud de rutinas burocráticas, en las que son tan fértiles las praxis policiales y judiciales.

### 3. Cambios de relieve en el sentido del fenómeno informativo

Según se ha apuntado, la clase de publicidad del proceso penal propiciada por los medios de comunicación, ya en el caso de los tradicionales, fue causa de preocupación, por las gravosas consecuencias que la misma pudiera tener, en particular, para el imputado.

Pero los efectos de esa publicidad, viabilizada esencialmente a través de la prensa escrita, tiene poco que ver con los que actualmente se derivan, sobre todo, del medio por excelencia: el televisivo.

En efecto, pues aquella mantenía una relación *unidireccional* con el ámbito del proceso, debido a su condición de receptora, más bien pasiva, de los datos relativos al hecho judicial noticioso, formado de manera autónoma en el espacio procesal verdadero y propio.

Por otra parte, el proceso penal se medía, de un modo casi exclusivo, con la delincuencia común convencional, preferentemente la de subsistencia, que, como objeto de interés informativo, alimentaba la histórica «crónica de tribunales», de una relevancia, por lo común, poco más que anecdótica.

El estado de cosas en la materia ha experimentado, en el curso de no muchas décadas, un cambio radical. En efecto, pues si, en la época de su consolidación como principio del proceso, el de publicidad tenía por objeto neutralizar o, cuando menos, limitar de forma sensible la irrefrenable tendencia del poder —aquí en su vertiente judicial— a actuar en la opacidad; lo que registra la realidad social en acto es la presencia de todo un *poder de información y formación de la opinión pública*, movido por una lógica político-empresarial<sup>28</sup> difícilmente contrastable. En efecto, ya que está muy concentrado, en manos de potentísimos grupos económicos con fuerte proyección política; con el efecto de que la libertad de expresión y el libre flujo de la información ha derivado en la emergencia y consolidación de un nuevo poder de difícil fiscalización a través de los procedimientos de

27 Es muy interesante al respecto la sentencia del Tribunal de Casación francés, de 9 de enero de 2019 (n.º 17-84.026), anulando la condena de un imputado, cuyo domicilio fue objeto de una policial entrada y registro con presencia de periodistas de televisión, que grabaron el desarrollo de la diligencia. El tribunal considera que solo la policía judicial es competente para tomar conocimiento de tal clase de actuaciones, y parece no estar dispuesto a sacrificar el interés de la justicia y el del justiciable en el altar de la libertad de información; por más que se haga cargo de la importancia de este derecho constitucional. Por cierto, en este punto, y lamentablemente, hay que decir que en la televisión española es más que frecuente ver información gráfica de esa clase de diligencias, lo que sugiere bien la presencia directa del periodista o, en otro supuesto, la difusión por parte de la policía de las tomas realizadas por ella. En todo caso: ¡un dislate!

28 Pierre Bourdieu ha denunciado cómo el universo del periodismo es un campo sometido a los constreñimientos del campo económico»; y cómo «este campo tan heterónimo, tan tremendamente sujeto a las imposiciones comerciales, se impone a su vez sobre todos los demás campos, en tanto que estructura» (en *Sobre la televisión*, trad. cast. de T. Kauf, Anagrama, Barcelona, 1997, p. 78). Por su parte, Antoine Garapon ha observado, muy justamente, «La ideología de la imagen [...] enmascara los lugares del poder de donde proceden los *media*» (en *Bien juger*, Odile Jacob, París, 2001, p. 279). Juan Ramón Capella habla expresivamente de «toda una rama industrial compleja de producción de contenidos de consciencia» (en *Un fin del mundo. Constitución y democracia en el cambio de época*, Trotta, Madrid, 2019, p. 109).

la democracia representativa, y frente al que el ciudadano común (y no solo) está esencialmente indefenso<sup>29</sup>.

Este nuevo perfil, relativo a la titularidad de los medios, tiene muy plurales efectos, en los que aquí no cabe entrar, pero hay uno que atañe especialmente al tema objeto de estas reflexiones que debe, cuando menos, ser subrayado. Es el que se produce cuando las causas que generan la información afectan en algún sentido a sujetos públicos, exponentes políticos, o figuras relevantes del mundo empresarial, casos en los que la aludida dimensión de los *media* suscita o despierta fácilmente una clase de intereses que, no solo no tienen que ver con el propiamente informativo, sino que se imponen a este instrumentalizándolo y sesgándolo de forma, en ocasiones, realmente escandalosa. Y no se diga, en aquellos supuestos en los que, además, el caso entra en el marco o, directamente, genera una guerra de grupos. En tales ocasiones, el grupo o los grupos mediático-económicos (y generalmente políticos o con una significativa proyección de esta clase), adquieren fácilmente el carácter de una atípica *parte* procesal, en el sentido «*sustancial*» postulado por Carnelutti: por la consideración de efectivamente interesados y por su capacidad de influir en el curso de las vicisitudes procesales.

Es, en particular, en casos de esta índole cuando se *incoan* auténticos procesos paralelos<sup>30</sup>, que, por la invasividad de los medios puestos en juego, no solo interfieren sino que pueden llegar a imponerse en la opinión al proceso verdadero y propio, ejerciendo una peligrosísima influencia en el desarrollo de las pruebas<sup>31</sup>, y (no sería nunca descartable) hasta en el sentido de las decisiones, en especial, tratándose de juicios con jurado, pero no solo.

#### 4. ¿Puede el aula de justicia convertirse en plató? ¿Con qué clase de consecuencias?

La respuesta positiva a este tipo de interrogantes suele tener apoyo en una fácil ecuación. Una ecuación demasiado fácil, que podría formularse así: siendo la publicidad buena para el proceso, cuanta más mejor. Con ello, ese dice, aparte de seguir dando satisfacción a los derechos del imputado, se daría a la vez la máxima efectividad al constitucional derecho a la información de la ciudadanía, que comprende el de saber cómo actúa un poder del estado, en este caso, el judicial.

Pero ocurre que tal planteamiento no puede acogerse. Porque *más* publicidad (y no se diga una publicidad ilimitada y de cualquier nivel de calidad) no equivale a una *publicidad procesal* mejor. Por la misma razón que –evocando a Max Weber– hay que decir que, a partir de cierto grado, más parlamento no significa necesariamente más democracia, sino,

29 De este asunto –con referencia a Italia, pero en términos que hacen que las correspondientes reflexiones sean hoy de una pertinencia prácticamente universal– se ha ocupado Luigi Ferrajoli, en *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, traducción y prólogo de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, pp. 61 ss.

30 Cfr. al respecto, Edmondo Bruti Liberati, «Prassi, disciplina e prospettive della 'informazione giudiziaria'», en *Diritto penale contemporaneo*, 12 de enero de 2018, pp. 20 ss. (puede consultarse en la red)

31 De hasta qué punto esto puede ser cierto, dan buena cuenta los supuestos, no excepcionales, de causas incoadas a partir de la compraventa de un dossier comprometedor, en cuanto relativo a las acciones posiblemente inculminables de algún personaje de relieve, que el grupo (rival) adquirente dosificará, es obvio, a su conveniencia, dándolo a la publicidad *por entregas*, a través de sus terminales mediáticas, de manera que la secuencia *informativa* modula y condiciona rigurosamente la procesal, en su desarrollo y, eventualmente, en su desenlace.

con mayor probabilidad, ausencia o debilidad de la separación de poderes, que es, según se sabe bien, un elemento estructural, coesencial del estado constitucional de derecho<sup>32</sup>.

El dato de que –en la creencia ingenua del telespectador estándar– la pequeña pantalla ofrece una imagen de lo que en ese momento *está ocurriendo* en la sala de audiencia, sugiere la idea de que el conocimiento de este modo transmitido y adquirido es auténtico, por *directo*. Es decir, en cuanto (supuestamente) recibido sin la interposición de algún filtro. Pero esto es rigurosamente incierto, pues la verdad es que existe una relevante mediación del realizador que proporciona lo que es *un producto* sintético fruto de *otro proceso*: el de captación selectiva y montaje o elaboración de la imagen, y, en tal sentido, distinto, de lo que sería el objeto genuino de una captación neutral<sup>33</sup>.

Además, la captación y transmisión televisiva, con sus recursos técnicos, facilita un tipo de aproximación, preferentemente emotiva, a quienes intervienen en el juicio, de efectos que pueden ser fuertemente distorsionadores y de una carga profundamente negativa. Lo expresa muy bien Cavicchioli, cuando habla de la existencia de una «ojeada casi clandestina», «ojeadas indiscretas»<sup>34</sup>, para referirse a las que la cámara proyecta sobre los sujetos procesales, sobre el imputado en particular. Lo que se traduce en la introducción de un punto de vista con algo de *inquisitivo*, en la medida en que, por ejemplo, el manejo del zoom<sup>35</sup> y los encuadres<sup>36</sup> ofrecerán, como ofrecen, una perspectiva<sup>37</sup> que no es en modo alguno la del espectador directo. Pero sí, en cambio, la del «telespectador indefenso», del que hablan Giannaria y Mittone, al que le llegan unas «tomas que excitan un prejuicio, que instilan opiniones»<sup>38</sup>. Y al que a través del «diluvio de imágenes»<sup>39</sup>, le *llueve* menos y peor información de la que recibiría por cualquier otro medio<sup>40</sup>. Hasta el punto de que Giostra ha podido denunciar, cargado de razón, «el riesgo [...] de que la noticia pueda acabar por cumplir, paradójicamente, la misma función del secreto: esto es, impedir un análisis crítico de aquello de lo que se trata»<sup>41</sup>.

32 «La parlamentarización y la democratización no están en modo alguno en una relación de reciprocidad necesaria» (en *Economía y sociedad*, ed. de J. Winckelmann, con nota preliminar de J. Medina Chavarría, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, vol. II, p. 1103).

33 Franco Ferrarotti ha escrito al respecto que «la televisión [...] trastorna la realidad incluso cuando la presenta como documento», en *Mass media e società di massa*, Laterza, Bari, 1992, p. 59, cit. por Fulvio Gianaria y Alberto Mittone, *Giudici e telecamere. Il processo come spettacolo*, Einaudi, Turín, 1994.

34 Sandra Cavicchioli, «Processi in televisione», en Pier Paolo Giglioli, Sandra Cavicchioli y Giolo Fele, *Rituali di degradazione. Anatomia del processo Cusani*, Il Mulino, Bolonia, 1997, p. 91.

35 La fiscalía de Palermo, con ocasión de algún proceso importante, pidió «que no se admitieran más filmaciones televisivas que las realizadas con cámaras testigo, exentas de zoom y otros efectos visuales» «¿Quién teme al objetivo?», *El País*, 27 de septiembre de 1995.

36 «Los encuadres, que sirven para graduar subjetivamente los roles de los protagonistas», como justamente han subrayado Fulvio Gianaria y Alberto Mittone, *ibid.*, p. 62.

37 Cavicchioli se refiere «a la pasionalidad (reacciones inmediatas y no controladas) de los sujetos que va a tratar de descubrirse: sus tics, sus nerviosismos, sus sonrisas, sus fugaces oscurecimientos. Se trata, en este último caso, de una mirada casi clandestina, de una privacidad robada a su legítimo tenedor» (*ibid.*).

38 *Ibid.*, p. 43.

39 La expresión es de Henri-Jean Martin, en *Storia e potere della scrittura*, trad. it. de M. Garin, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 528.

40 Esta afirmación es de Giovanni Sartori, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, trad. cast. de A. Díaz Soler, Taurus, Madrid, 1998, p. 81.

41 Glauco Giostra, *Processo penale e informazione*, Giuffrè, Milán, 1989, p. 30. Escribe también que «el verdadero antídoto contra el secreto no es la noticia, sino el conocimiento, entendido como visión global, orgánica y crítica de un determinado fenómeno» (*ibid.*). Un interesante e ilustrativo balance de los inconvenientes y ventajas de la aplicación del medio televisivo a la información en materia de procesos judiciales, puede verse en Gianaria y Mittone, cit., pp. 47ss. De él resulta que el impreciso *haber* pesa bastante menos que el *debe*.

Y no solo, pues la cámara puede ser también instrumento de acciones netamente antijurídicas, conculcadoras de derechos tan fundamentales como el del acusado a comunicarse reservadamente con su abogado. Valga un ejemplo: durante la transmisión televisiva en directo de las sesiones de un procesos de seguimiento masivo en España, por razón de la truculencia de los hechos, el conductor del programa (uno de esos de ínfima calidad y de gran audiencia) estuvo asistido de un experto en la lectura de los labios, que llegó a traducir, incluso, las conversaciones que el imputado –que ocupaba un asiento junto a su letrado– en uso de su derecho de defensa, mantenía (más bien trataba de mantener) privadamente con este, durante el desarrollo de la vista (celebrada en julio de 2013)<sup>42</sup>. A lo que tendría que añadirse la burda, torpe y gratuita espectacularización de momentos relacionados con el proceso, como las entradas y salidas de las salas, de nuevo, preferentemente, del imputado entre policías y con esposas en las muñecas, aplastado, incluso físicamente, por los portadores de las videocámaras, en un morboso afán de trasladar al público espectador de los habituales programas de telebasura<sup>43</sup>, el inevitable gesto de turbación, de desolación o de agobio, literalmente *robado* y, no pocas veces, con uso de auténtica *violencia*, debido a lo que suele ser un verdadero acoso físico<sup>44</sup>.

Por otro lado, aunque siempre en la misma línea, es de señalar que, tratándose del proceso penal, los momentos que suscitan el mayor interés mediático son, precisamente, aquellos iniciales, los de la mera *notitia criminis*, en los que el conocimiento es más precario y, además, afecta a un sujeto amparado por la presunción de inocencia. Esto cuando se sabe bien, en virtud de una dilatada experiencia, que la sentencia eventualmente absolutoria –que nunca podría cancelar los precedentes efectos, siempre negativos y, a veces, extraordinariamente destructivos de la clase de publicidad que se examina– raramente recibirá una atención similar y de eficacia equivalente al de las primeras vicisitudes policiales y judiciales, tan abiertas a un tratamiento *informativo* en clave sensacionalista. En efecto, porque, además, es claro que las imágenes que suelen tener más *cotización*, apenas tienen un valor más que anecdótico, no aportan nada al conocimiento del fondo de los asuntos, y, fácilmente, son las más depresivas para los afectados.

Todas estas consideraciones y muchas otras que pudieran hacerse, han dado lugar a que no pocos ordenamientos hayan optado por vedar el acceso de las cámaras de televisión a las salas de juicios<sup>45</sup>.

Al respecto, en la experiencia comparada es de sumo interés la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional alemán, de 24 de enero de 2001, declarando la legitimidad del artículo 169 de la Ley de Organización de los Tribunales, cuyo apartado primero dice: «Las audiencias ante los tribunales son públicas, incluyendo aquellas en

42 De parecido tenor fue la situación producida en el desarrollo de la vista del caso *Simpson*, cuando «el juez Lance Ito [se dio] cuenta de que una cámara había tomado un primer plano del deportista escribiendo una nota a su abogado en un papel» cuyo contenido, es obvio, pudo ser y seguramente fue grabado. El juez puso fin a la transmisión televisiva. («El juez del ‘caso Simpson’ interrumpe la cobertura televisiva del juicio», *El País*, 27 de septiembre de 1995).

43 Parece ser que alguno de estos programas ha llegado a costear los gastos de personación y asistencia jurídica de algún perjudicado, en causas, obviamente de *interés* mediático, como forma de estar presente en las actuaciones y tomar conocimiento de su contenido, claro está, para divulgarlo ilegítimamente.

44 Claro que esto es algo que no suele ocurrir cuando se trata de sujetos públicos relevantes, a cuya disposición suelen ponerse imaginativas formas de acceso a las sedes judiciales, de las que nunca podrá hacer uso el acusado *de a pie*.

45 Cfr., al respecto, Gabriel Ignacio Anitua, *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 175 ss. La obra es de gran interés, por la calidad del abordaje de su complejo asunto, en la pluralidad de sus perfiles.



*Presos trabajando, Carabanchel, José Manaut, abril 1944. Grafito, 31x23.*

las que se pronuncian las sentencias y autos. Las tomas y las grabaciones para la radio y la televisión, así como las grabaciones y filmaciones con el objeto de ser presentadas públicamente o de publicar su contenido, son inadmisibles». La alta instancia llegó a tal conclusión tras de haber ponderado con encomiable rigor las exigencias del derecho constitucional a recibir información acerca de lo ocurrido en un espacio estatal como el de los tribunales, y las derivadas del necesario respeto a ciertos derechos de la personalidad de los más directamente afectados por el proceso y de la propios fines institucionales del mismo<sup>46</sup>.

46 Puede consultarse en Jürgen Schwabe (ed.), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, con prólogo de J. Woischnik, trad. de M. Anzola Gil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá-Montevideo, 2003, pp. 156 y ss. Lamentablemente, bastante menos matizado es el tratamiento del asunto por parte del Tribunal Constitucional español, en la sentencia 56/2004, de 19 de abril, dando respuesta al recurso promovido por un grupo de informadores, contra los Acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, regulando el acceso de las cámaras televisivas a las salas de audiencia. Aún sin dejar de advertir algunos de los efectos de la publicidad televisiva sobre el proceso penal, elude el verdadero problema de fondo que los mismos plantean, el de la (in)compatibilidad con el fin institucional de aquel, sin realizar el necesario ejercicio de ponderación a tenor de ese dato. Así, entendiéndose que la vigencia del derecho reconocido en el artículo 20,1 d) de la Constitución Española, que garantiza el derecho a comunicar libremente información veraz «por cualquier medio de difusión», no permite un régimen de prohibición general con reserva de autorización como el que establecía la normativa reglamentaria impugnada. Como si el televisivo fuese, en realidad, un medio cualquiera y simplemente *de comunicación*, sin la poderosa y perturbadora incidencia a que se ha hecho y se hará ulterior alusión. Una valoración esta que, sin embargo, si está presente en el voto particular del magistrado Rodríguez-Zapata Pérez.

Hay, por último, aunque no en fin, en este campo, un aspecto que bien merece, siquiera, ser aludido. Es el de los posibles efectos perniciosos que la publicidad masiva, la televisiva en especial, puede llegar a ejercer, también en las actitudes de los profesionales de la jurisdicción. En particular por su, contaminante, capacidad de dotarlos de una publicitaria *dimensión* estelar<sup>47</sup>. De la que podría seguirse –como en ocasiones se ha seguido– el potente estímulo que habría llevado a algunos de ellos a entrar en una suerte de peligroso *do ut des* con algún medio. *Comercio* este, en el que las contraprestaciones serían publicidad y buena imagen a cambio, en el mejor de los casos, de solo información privilegiada<sup>48</sup>.

## 5. Por si la televisión no bastase... ahora las redes sociales

Guzmán Flujá se ha referido recientemente –con razón– a las redes sociales «como un factor más que abunda en la relación conflictiva entre justicia y medios de comunicación y su insano producto: los juicios paralelos»<sup>49</sup>.

No este el lugar para discurrir sobre el fenómeno de las redes sociales como vehículo de intercomunicación, pues, dado el tema, tampoco es de lo que se trata. Lo que aquí importa –a la luz de lo expuesto y de lo que se sabe, por ejemplo, en el campo de la política, a partir de intervenciones en ellas tan elocuentes como, por poner un ejemplo de *calidad* incuestionable, las de Trump– es constatar que las mismas, en cuanto instrumento que contribuye de manera importante a generar opinión sobre el trabajo de la administración de justicia, es una seria fuente de riesgo o, quizá mejor, *de incremento del riesgo* desencadenado por la televisión<sup>50</sup>. Esta, lo expresó muy plásticamente Sartori, «produce imágenes y anula conceptos, y de este modo atrofia nuestra capacidad de abstracción y con ello toda nuestra capacidad de entender»<sup>51</sup>. Algo ciertamente peligroso, cuando se

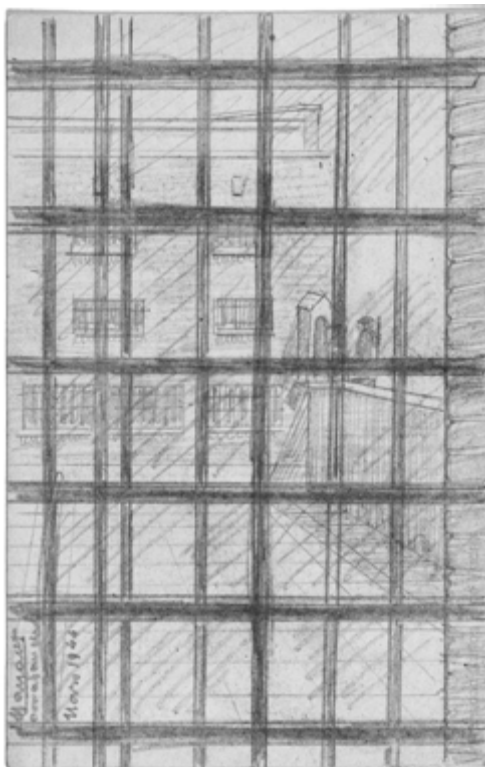
47 Una suerte de *pathos*, de cierta difusión hoy, que alimenta actitudes *profesionales* que no tienen nada que ver con la templanza, la tendencia a la autorrestricción y la prudencia en el uso del propio poder que, según el correcto entender de Atienza, deberían presidir las actuaciones de los jueces (Manuel Atienza, «Virtudes judiciales. Sobre la selección y la formación de los jueces en el estado de derecho», ahora en Íd. *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2001, pp. 140-141).

48 No se trata de una simple hipótesis. Precisamente, el *Codice ético* de la italiana Asociación Nacional de Magistrados, incluye, desde hace buen número de años, un precepto que reza: «En las relaciones con la prensa y con los demás medios de comunicación el magistrado no solicitará la publicidad de noticias atinentes a su propia actividad profesional» (artículo 6). En el mismo sentido, un *avis* (de 2002) del Conseil Consultatif des Juges Européens, que asiste al Consejo de Europa, establecía que el juez «deberá abstenerse de toda explotación personal de sus eventuales relaciones con los periodistas». Y no hace falta decir que, si algún tipo de periodismo puede aportar el mayor coeficiente de riesgo de estímulo a la clase de recusables conductas de que se trata, ese es el televisivo. Sobre el tema de las relaciones de los integrantes de judicatura con los *media*, es de sumo interés el parágrafo titulado «Il ruolo dei media e il protagonismo dei magistrati» –dedicado a la experiencia italiana en la materia, con procesos tan significativos como el conocido como *Mani pulite*– por Edmondo Bruti Liberati, en *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2018, pp. 249 ss.

49 Vicente C. Guzmán Flujá, «Juicios paralelos en las redes sociales y derecho penal»: *IDP, Revista [on line] de los estudios de derecho y ciencia política* 27 (2018).

50 Pero la aludida no es la única vertiente del ámbito de la jurisdicción en la que las redes sociales pueden proyectarse como fuente de riesgo. Precisamente, la Red Global de Integridad Judicial (creada en Viena en 2015), en el evento de su lanzamiento, en abril de 2018, difundió las conclusiones de una encuesta realizada en línea a jueces y distintos operadores relacionados con la administración de justicia, que, por ese medio, expresaron la preocupación, muy extendida entre los miembros de estos colectivos, por las posibilidades y los límites de la posible intervención de sus propios miembros en aquellas. En esa onda, la Comisión de Ética Judicial, que opera en el marco del Consejo General del Poder Judicial español, ha publicado unas «Pautas no vinculantes sobre el uso de las redes sociales por parte de los jueces».

51 G. Sartori, *Homo videns*, cit., p. 47. También advierte de que «la televisión da *menos* información que cualquier otro instrumento», sin contar con que «*información no es conocimiento*» (*ibid.*, pp. 81 y 79).



Vista del patio tras la reja de la ventana, José Manaut.  
Carabanchel, marzo 1944, grafito.

trata, como es el caso, de asuntos que, por otra parte, si algo necesitan y demandan, es análisis distanciado, conocimiento de calidad y reflexión.

Pues bien, ocurre que el fenómeno de las redes sociales, desde luego en el asunto objeto de examen, debe ponerse necesariamente, como de hecho lo está, en relación con el medio televisivo. Y lo que sucede con ello es que la *información* recibida por ese cauce entra en un nuevo circuito en el que —a la pobreza y precariedad de los contenidos obtenidos a través del medio por excelencia— se añade la clase de tratamiento degradante que tiene en este nuevo instrumento, el recurso ideal para la intervención instantánea, irreflexiva, presidida por el desconocimiento y la improvisación. El más apto, pues, para dar fácil salida a masivas tomas de posición, connotadas por la frivolidad, en clave emocional, sin el menor filtro. El resultado, como no podría ser de otro modo, es una especie de bucle fatal. Con la particularidad de que sus contenidos, literalmente *vuelan* de un modo incontrolable, generando amplísimos climas de opinión que no pueden dejar de ser fortísimamente condicionantes<sup>52</sup>. Y a los que no será fácil que se sustraigan los eventuales juzgadores, en particular, los posibles futuros integrantes de tribunales de jurado.

52 Para un ejemplo paradigmático de lo que quiero decir, remito al lector a Alicia Gil, José Núñez Fernández, «La manada y la jauría», *El país*, 2 de mayo de 2018, sobre las graves acciones de los sujetos integrantes del grupo autodenominado “la manada”, pero también sobre la gravedad y lo peligroso de estados de opinión como el generado en este caso por el uso masivo del recurso a las redes sociales y por un tipo de interlocución objetivamente reñido con la reflexión.

Como no podría ser de otro modo, el producto inmediato de esa clase de ejercicios de *interlocución* masiva es un reforzamiento del preocupante fenómeno, ya aludido, de los juicios paralelos; y, por si esto no bastase, de la intensificación de su *sumariedad*, hasta el punto de que *las condenas* (en ellos se desconoce la inocencia como hipótesis) se producen en un tiempo (más que) real.

Según también pone justamente de relieve Guzmán Fluja, el uso de las redes sociales ha traído consigo la emergencia de un nuevo tipo de creadores de opinión, los llamados *influencers*<sup>53</sup>, cuyo prestigio en aquellas suele tener fundamento en los factores más dispares, por ejemplo, de estética, y a los que su posición en ese mercado habilita para expresar y formular cualquier clase de criterios, sobre cualquier cosa. Eso sí: siempre a un ritmo objetivamente incompatible con la reflexión.

Pues bien, para concluir, y enlazando con lo escrito al principio, hay que decir que Carnelutti, al acuñar su categoría de «parte *sustancial*», no escribía, ciertamente, para ser leído por sus contemporáneos, en los que bien pudo crear, en este punto, alguna perplejidad. Pero, sin saberlo, estaba saliendo al encuentro y, en cierto modo advirtiendo preventivamente, acerca de lo que hoy es un gravísimo problema para la jurisdicción entendida en su sentido constitucional, ya que esta difícilmente podría desarrollarse de una forma adecuada sin un entorno de cultura, y de opinión, por tanto, de una calidad compatible con el cuadro de sus valores de referencia.

---

53 *Ibid.*, p. 56.

### **Entrevista con Clemente Auger. Memoria del antifranquismo en la Justicia**

Le habíamos enviado por correo un cuestionario. Aquella tarde lluviosa del otoño madrileño propiciaba el encuentro con Clemente Auger (Madrid, 1933). Pretendíamos invitarle a que relatara sus recuerdos sobre Justicia Democrática, la organización de resistencia desde el derecho a la dictadura, su papel en la transición y la presencia que tuvo en las estructuras de la oposición democrática, y recoger sus opiniones sobre los jueces, la independencia y la separación de poderes, en el contexto de su peripecia biográfica y profesional. Auger, un juez culto, buen lector y conversador, ha sido protagonista y testigo de una época de la historia de la justicia española, desde aquel compromiso con los derechos y la democracia en la última fase del segundo franquismo al desempeño de cargos directivos en calidad de presidente de importantes tribunales, como la Audiencia Territorial de Madrid, luego Tribunal Superior de Justicia, y la Audiencia Nacional, hasta el ejercicio de la jurisdicción como magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, donde se jubiló. Fue miembro de Jueces para la democracia y tuvo una notable dimensión pública. La entrevista con Clemente Auger es otra entrega de la serie que la revista lleva a cabo en el proyecto de recuperar la memoria de la tradición democrática y garantista en la magistratura. Por la redacción acudimos a la cita Perfecto Andrés, que participó en el diálogo precisando algunos datos que habían vivido juntos, y Ramón Sáez, que elaboró el texto.

—*Nos interesa, en primer lugar, tu biografía profesional. ¿Cuándo accediste a la función de juez y qué razones te llevaron a elegir esta dentro de las profesiones jurídicas?*

—Lo explico con gran precisión. Estudié en el colegio de los jesuitas durante ocho años, en el colegio Areneros, de la calle Alberto Aguilera de Madrid. Era mejor estudiante en letras que en ciencias, hasta el último año no se me dieron bien las matemáticas y, sin embargo, las letras me interesaban y se me daban muy bien. Era también lector, el primer libro importante que leí, yo tendría 12 años, fue *David Copperfield*. Entonces, el mundo de las letras fue el que me llamó al terminar el bachillerato, después del examen de estado y de la reválida, pero estudié Derecho no porque me interesara la justicia o lo jurídico, sino porque estudiar Filosofía en aquel momento no te brindaba la menor oportunidad de futuro si pertenecías a una familia de clase media. ¿Por qué me hice juez? Ahí vienen mil problemas, influyó mucho la situación económica de mi familia.

Mi padre fue el típico afectado por la guerra, en el sentido de que vivía muy bien antes del conflicto, porque era jefe de intervención de la compañía Transmediterránea, pero luego la devaluación de la moneda provocó un descenso espectacular en las rentas de todos estos profesionales, hasta el punto de que no podían llegar a fin de mes. En vez de estudiar Filosofía y Letras e Historia, que me hubiera gustado más, estudié Derecho. Pero hay que añadir otra motivación, pues adelanté un año al quedar exento del servicio militar por mi hipertensión; un año que me regalaron, además de la suerte de no hacer la mili, de lo cual estoy absolutamente orgulloso. Ello me permitió ingresar en la judicatura, por necesidad, muy joven, con 22 años, aprovechando una convocatoria numerosa, que por las plazas ofrecidas se presentaba como una oposición más sencilla que la de notario o la de abogado del estado. Ahora me doy cuenta que era un muchacho cuando ingresé. Al empezar a ejercer la carrera, en 1959, ya tenía 25 años, porque en medio hubo un periodo de espera en que lo pasé muy bien, del verano hasta enero, cuando empezó el curso, que duró un año en la escuela judicial del Paseo de la Castellana, un edificio que ya no existe. A los primeros años de juez no les doy mucha importancia desde el punto de vista profesional. Estabas destinado en unos sitios que carecían de importancia y de litigiosidad, lo que te permitía gozar de tiempo para todo tipo de actividades. Estuve en Albocácer, un pueblo, allí no hay nada, luego en Cogolludo, por eso de estar cerca de Madrid, donde tampoco había nada que hacer, eso sí, entonces ya estábamos casados Isabel y yo. Como había que pasar de juez de entrada a juez de ascenso, nos fuimos a Canarias, y allí la profesión adquirió relieve porque la vida social era más compleja, había problemas, más conflictos y, además, porque en la provincia había cuatro jueces, dos de primera instancia e instrucción en Las Palmas de Gran Canaria, uno de ellos era Garralda, un juez de primera instancia en Telde y otro en Guía. Luego, me trasladé a Tarancón, por regresar a un lugar cerca de Madrid. En resumen, para mí empieza el ejercicio profesional cuando asciendo a magistrado, que soy juez decano en Palma de Mallorca. La carrera judicial era una profesión de escasísimos ingresos, aunque muy respetada y estimada, mucho más que ahora. Algo que se ha producido no por cambios sociales sino por razones de otra índole. Hay que tener en cuenta que en el tiempo del franquismo, junto a los jueces y magistrados de carrera, existían jueces comarcales y municipales; y estos, los miembros de la justicia municipal, para la ciudadanía eran funcionarios próximos, conocidos y personas respetables. Los salarios eran muy bajos en contraste con la dificultad del acceso a la función judicial mediante una oposición. Y subrayo que era muy importante para la percepción ciudadana del juez el hecho de la división de la carrera, porque la percepción negativa no se tenía respecto al juez comarcal y municipal, no se tenía porque ellos tenían mucho contacto con la gente, en los juicios de faltas, en el registro civil. Es por lo que creo que un juez o magistrado normal es hoy menos estimado socialmente que en el franquismo.

—*Ese reconocimiento del juez en la dictadura nos plantea la cuestión de su complicidad en la represión política.*

—Sí, pero es una cosa distinta, porque la represión de la dictadura en el ámbito jurisdiccional se llevó a cabo, primero, por los jueces militares y, luego, por los jueces de orden público, de manera que el juez ordinario quedaba apartado del conflicto político. La mayoría no eran de nada, políticamente, eran profesionales bien preparados en lo civil, porque la aplicación del derecho estaba encauzada en el derecho privado y el mundo del

derecho penal era muy pobre. El Tribunal de Orden Público se creó a consecuencia del enjuiciamiento y ejecución de Julián Grimau, que provocó un escándalo internacional, era el órgano que se encargó de la represión política. Yo estaba en Las Palmas cuando se constituyó. Entonces, la carrera se dividía en dos, por un lado los miembros del Tribunal de Orden Público, por el otro, el resto de los jueces que eran respetados, eran mal retribuidos y la mayoría vivían en pueblos. También pienso que si yo volviera a vivir, con esa tontería que decimos, volvería a ser magistrado, no tengo duda ninguna, por razones puramente egoístas, la de no tener jefes y no tener subordinados. No estoy hablando en broma: la libertad personal que el juez tiene como profesional es muy grande, enorme.

—*Luego, políticamente el juez estaba separado del aparato de la represión que era confiada a la justicia militar y a la justicia de excepción.*

—Claro, no sólo la justicia contencioso administrativa y el mundo del pleito civil, también el juez que actuaba en el orden penal estaba apartado, porque la criminalidad de la que conocía se constituía de delitos contra el patrimonio, robos, o de homicidios en riñas, pero no tenía que ver con terrorismo o con los delitos políticos. Todavía en el juzgado de guardia de Madrid se planteaban algunos problemas, pero el ciudadano se relacionaba con la justicia comarcal y municipal. El juez de primera instancia y de las Audiencias estaba concentrado en el espacio, en las ciudades, y la mayoría también se dedicaba a la matriz del derecho jurisdiccional que era el derecho civil, su objeto de preocupación.

—*Lo que provocaba que, culturalmente, el derecho penal estuviera poco desarrollado.*

—El derecho era esencialmente derecho civil, tenía una técnica elaborada, pero no había derecho público jurisdiccional, ni siquiera se habían formado los tribunales contencioso-administrativos en un primer momento.

—*Cuando estás en Palma de Mallorca como juez decano, Justicia Democrática ya se ha creado.*

—La primera base de Justicia Democrática fue Barcelona, se constituyó alrededor de Carlos Jiménez Villarejo y José María Mena, fiscales. Luego se extendió a Madrid, y ese fue su eje fundamental, Barcelona-Madrid. El acto de fundación formal tuvo lugar un domingo por la mañana del año 1972 aquí, en mi casa. Acudieron más de veinte personas entre jueces, fiscales y secretarios. Entre ellos, Antonio Carretero, Paco Huet, José M<sup>a</sup> Mena, José Antonio Enrech, Carlos de la Vega Benayas, Luis Burón, Eduardo Jauralde, que era el que yo creo que mejor entendía la cosa, Jesús Chamorro, Fernando Jiménez Lablanca, Manolo Peris y Julián Serrano Puértolas.

(Perfecto nos apunta que se le dio nombre a la organización clandestina posteriormente, denominación que él sugirió, algo que le recordaba recientemente Mena. Es por ello que los primeros documentos publicados, bajo los títulos *El gobierno y la justicia en 1971*, *Justicia y política. 1972* y *Justicia y política. 1973*, en ninguno de ellos aparece la firma de Justicia Democrática, nombre que identifica a la organización y que se pronuncia como tal en *Justicia y política. 1974*.<sup>1</sup>)

Lo importante es que hablemos de Justicia Democrática, que tuvo mucha importancia. Se trataba de un grupo reducido de jueces, fiscales y secretarios. Más que demócratas,

1 Todos ellos son accesibles en el «libro verde», que recoge esos informes de la organización clandestina, los primeros aparecían como «folletos» en respuesta a las memorias oficiales del año judicial, y los que se discutieron y aprobaron en el congreso de enero de 1977. *Los jueces contra la dictadura. (Justicia y política en el franquismo)*, Justicia Democrática, Tucur ediciones, Madrid 1978.

éramos antifranquistas, lo que nos llevó a conectar con la oposición a la dictadura. ¿Qué había de oposición? El Partido Comunista. La otra referencia era *Cuadernos para el diálogo*, Joaquín Ruíz Giménez. No eran referentes ni Gil Robles ni el Partido Socialista, porque no existían. Justicia Democrática se caracterizaba más por el antifranquismo: se pensaba en la derrota y en el hundimiento de la dictadura más que en lo que vino después, la transición y la reconciliación, de lo que me siento muy contento. No existían otras referencias y al principio hubo una convivencia sin problemas, entre las diversas tendencias políticas. Los conflictos surgieron cuando se creó la estructura de coordinación que se llamó Junta Democrática, que era un invento del Partido Comunista, un buen invento, aunque con Calvo Serer no tenías nada que ver, con el Partido Comunista había relación, y Justicia Democrática se incorporó a ella. Las figuras que teníamos en cuenta como jefes de la oposición comunista al régimen de Franco eran Comisiones Obreras, Camacho, Sartorius y Ariza, que era un obrero muy listo. Nuestra vinculación con la Junta generó malestar a algunos compañeros, por ejemplo a Fernando Ledesma, que no estuvo aquí el día de la fundación porque preparaba la oposición a lo contencioso administrativo, o a Luis Burón. Nosotros éramos jueces antifranquistas pero no estábamos en el Partido Comunista, aunque hay que reconocer su papel como referencia, porque era el centro de la oposición a la dictadura. El conflicto se resolvió cuando se constituyó una plataforma de toda la oposición con la entrada de Felipe González y el Partido Socialista.

—*¿Qué trascendencia tuvo Justicia Democrática en la transición? ¿Qué impacto produjo la aparición pública de jueces que se manifestaban en favor del fin de la dictadura y por la instauración de un estado de derecho? ¿Todo ello en paralelo con la emergencia de la Unión Militar Democrática? ¿Y la influencia en el mundo judicial?*

—Publicamos unos informes anuales en forma de panfleto, que estaban bien hechos y trataban de presentar un estado de situación de la justicia. Justicia Democrática tuvo una gran relevancia política, muy grande. No en la carrera judicial, cierto, pero sí en la vida española y, sobre todo, en las fuerzas de oposición a la dictadura, en Comisiones Obreras y en el Partido Comunista. Para ellos resultó un añadido inesperado de legitimación porque, desde el año 1939 en que terminó la guerra, nadie podía pensar que iban a formar parte de la oposición un grupo de jueces y militares, la gente nos asociaba, aunque surgieron después, a la Unión Militar Democrática, que también se incorporó a las estructuras de coordinación antifranquistas. La creación de la Unión Militar Democrática nos influyó mucho, no solo porque el jefe de aquella organización clandestina era íntimo amigo mío, habíamos compartido ocho años de estudios en el colegio de los jesuitas, el Comandante Luis Otero. Para la gente que estaba en la oposición pasándolo muy mal, perseguidos por el Tribunal de Orden Público, yendo a la cárcel, Justicia Democrática les aportó una legitimación democrática extraordinaria. Se vinculaban con jueces y con fiscales, porque aunque siempre se ha hablado de los jueces, en Justicia Democrática había también fiscales, y debe recordarse. Pero representaban a la judicatura, y eso legitimó a la oposición, que nos devolvió mucha más importancia de la que en realidad teníamos, hasta el punto de que llegamos a convocar nosotros algún encuentro de la Junta, estábamos presentes en las reuniones, donde no había militares pero siempre aparecía un juez, alguno de los de Madrid, y éramos bien escuchados. También fue importante su recepción en la prensa internacional.



*Presos en el patio. Cura, Carabanchel, José Manaut, abril 1944. Grafito, 22x31.*

(Perfecto nos recuerda que se enteró de la existencia de una organización clandestina de jueces y fiscales por una crónica que leyó en *Le Monde*, en mayo de 1972, firmada por José Antonio Novais, el corresponsal en España del diario.)

En cuanto a la repercusión en el mundo de los jueces, creo que la carrera judicial se dividió. Por una parte estaban la mayoría de los jueces que vivían profesional y socialmente al margen del conflicto ciudadano y del conflicto político. No pienso que fueran particularmente franquistas: eran tan franquistas como podía serlo el tipo de la clase media, pero no eran militantemente franquistas. Y, por otro lado, los antifranquistas, la minoría que éramos nosotros. Pero, no nos persiguieron, porque no éramos nadie para ellos. ¿Por qué? Esa gente no te respetaba, a los jueces antifranquistas, pero tampoco te metían en la cárcel. Considero que no había una militancia franquista en la justicia de carrera, al fin y al cabo los jueces y los fiscales estaban ahí porque habían superado una oposición, no porque los hubiera nombrado el general Franco o los hubieran enchufado; la oposición como sistema de selección era, al margen de la consideración sobre la bondad del método, se sustentaba en un elemento de pura objetividad, lo que permitía a los jueces afirmarse como sujetos apolíticos. Claro que en el funcionamiento de los tribunales había algunos franquistas exaltados.

Y no nos empapelaron, lo he descubierto después, porque el aparato del estado franquista era consciente de que el dictador se estaba muriendo y, encima, Carrero Blanco murió asesinado. La carrera, por entendernos, se dividió en aquella coyuntura entre quienes querían expulsar a los jueces antifranquistas y quienes pensaban que no había que hacernos ningún favor, pero tampoco perseguirnos. Los primeros estaban representados por el que fuera presidente del Tribunal Supremo y ministro de Justicia,

Francisco Ruiz-Jarabo; los segundos por Luis Herrero Tejedor que era Fiscal del Tribunal Supremo y secretario general del Movimiento. No creo que me equivoque en este juicio, porque no nos detuvieron ni juzgaron. Te podían hacer todas las putadas que quisieran, a Mena y a Villarejo les quitaron el destino, a otros se les negaba la idoneidad para acceder a ciertos cargos. Yo tuve que ascender a magistrado desde El Escorial y luego me pospusieron en el concurso para una plaza de Madrid.

Lo malo es que la perversión del franquismo lo contaminaba todo, incluido el movimiento y la cultura del antifranquismo. Lo que unía a la oposición era la aversión hacia el general Franco y hacia la sociedad nacional católica que había impuesto, pero no había un proyecto claro. Culturalmente, aquello no se sostenía. No había, no la podía haber, una verdadera cultura democrática.

—*La aparición de un grupo de jueces que apuestan contra la dictadura tuvo una gran proyección política, tanto en el contexto nacional como internacional.*

— Individualmente no nos merecíamos la trascendencia que tuvo Justicia democrática. Salimos de la clandestinidad a cuatro columnas en la portada del diario *El País*, después de que fuimos recibidos por el presidente de las Cortes Antonio Hernández Gil<sup>2</sup>.

—*Hablabas de la cultura, de la miseria cultural del franquismo.*

— Nuestro mundo se caracterizaba por una miseria cultural increíble. Estamos hablando de una época que ya no era la España del hambre y de la posguerra, los tiempos habían empezado a cambiar. Las relaciones entre chicos y chicas estaban constreñidas por enormes obstáculos, unas relaciones que solo podían tener como fin el matrimonio, y, mientras, Madrid estaba lleno de casas de putas.

—*¿En las reflexiones de Justicia Democrática se planteaba el tema de la relación del juez con la política?*

— Sí, claro. Yo no sé cómo lo resolvíamos, y si lo resolvimos. Para nosotros era muy importante la independencia del juez junto al compromiso político con valores, un compromiso con la sociedad y con la nación, un compromiso político que tenías que incorporar a tu profesión, pero no en relación a un partido. Nuestra reflexión partía de la idea de que el juez no está fuera de la sociedad, ni por encima, está inmerso en ella. Es independiente, pero ha de tener un compromiso que le remita a los que no tienen poder, a quienes no mandan, un compromiso con las clases más desfavorecidas y siempre, eso sí, con el derecho, pensando que hay una gran parte del derecho que puede ser una superestructura que debe modificarse; entonces había que hacer grandes y serias transformaciones jurídicas, pero siempre el juez debía vincularse al derecho. Y aquí cada uno ponía sus propios matices. Había un rechazo muy claro hacia los jueces politizados, que eran los del Tribunal de Orden Público, los del régimen franquista, la gente que estaba entrando y saliendo de la política, lo que ahora se llaman las puertas giratorias.

—*Reflexionabas sobre la cultura y el derecho, ¿de cómo el derecho que conocían los jueces y se practicaba estaba poco desarrollado. ¿Cómo calificarías el mundo jurídico*

---

2 La salida de la clandestinidad de Justicia Democrática, con la aparición en la escena pública de varios de sus miembros, tuvo lugar el 24 de noviembre de 1977, cuando se entrevistaron con el presidente de las Cortes después de las primeras elecciones. El día siguiente fue noticia de portada del diario *El País*, con el titular «El presidente de las Cortes recibe a Justicia Democrática», con una foto a cuatro columnas en la que aparecían, además de Hernández Gil, Plácido Fernández Viagas, que había sido elegido senador socialista por Sevilla, que fue el introductor del encuentro, Eduardo Jauralde Morgado, Fernando Jiménez Lablanca, Francisco Huet, José Antonio Enrech y Perfecto Andrés Ibáñez. Se puede consultar en <https://elpais.com/hemeroteca/elpais/portadas/1977/11/25/>

*de la época del tardofranquismo en el que surgió Justicia Democrática? ¿Qué relación tenían los jueces con la cultura que elaboraban los juristas académicos?*

—Jurídicamente, los jueces estaban bien preparados, porque su formación era esencialmente la propia del derecho civil y su técnica. Pero no tenían ninguna relación con el mundo de la cultura ni con la Universidad. En aquel momento vivían aislados cultural, política y socialmente. El juez leía el código, los códigos civil y penal eran su herramienta de trabajo, las leyes fundamentales del régimen no se aplicaban en los procesos, y consultaba como libros auxiliares el manual de Castán, de derecho civil, y el de Cuello Calón, de derecho penal. Nada más. Sin embargo, no hacían mal su trabajo, ni mucho menos. La Universidad desaparecía del mundo de referencias del juez una vez que se abandonaba. Había pocas universidades, no sesenta como ahora, y la calidad era buena. Yo hice una carrera magnífica en la Universidad de Madrid, cuando estaba ubicada en un sitio mucho mejor que ahora, en la calle de San Bernardo, no en el campo, y estaba integrada en espacios sociales, donde había calles, bares, billares...

—*Por eso se llevaron a la Universidad Central al campo, porque estaba demasiado inserta en la ciudad y era un foco de politización y de resistencia democrática.*

—Fue por eso. En febrero de 1956, mientras yo preparaba judicatura, hubo manifestaciones de estudiantes y mataron a un falangista en la calle Alberto Aguilera, en la bajada de Guzmán el Bueno. Fueron los primeros incidentes antifranquistas que movilizaron a los estudiantes. La facultad de Filosofía ya estaba hecha en La Moncloa y durante el verano construyeron la facultad de Derecho, que es una réplica de aquella, con tal urgencia que en octubre del mismo año empezaron las clases en su nuevo emplazamiento.

—*¿Cómo vivieron los jueces la transición política?*

—Esperando. Hasta que participaron en las primeras elecciones, yo me figuré que los jueces votaron más a Unión de Centro Democrática, no creo que fuera Alianza Popular su opción favorita. En aquel momento la participación de Justicia Democrática en la vida pública fue decayendo, pues su papel fue más importante en el periodo que va de los últimos años de la vida de Franco hasta las elecciones de 1977. La transición se hizo después de estas elecciones, ¿cómo vas a pensar que Adolfo Suárez iba a ser un hombre de la transición, si era el Secretario general del Movimiento? También creo que su maestro, Herrero Tejedor, evitó que nos empapelaran a los de Justicia Democrática. Lo contrario no tiene sentido, persiguieron a toda la gente de la oposición, a los de Comisiones Obreras, a los militares demócratas, en fin, a todos los opositores. Estaba yo destinado en Palma de Mallorca cuando fui a ver a Luis Otero, que estaba allí preso, y me dejaron entrar en el presidio militar.

—*Hay una idea que se repite en ciertos sectores de opinión: no hubo transición en la justicia, la justicia no hizo la transición. ¿Qué opinas de ello?*

—Creo que no hubo transición en la justicia ni se ha hecho luego. La justicia no era un órgano fundamental del régimen de Franco, esa es mi opinión, que puede ser equivocada. El elemento que vertebró la dictadura fue el Ejército y, luego, la Iglesia católica, que tuvo una contribución fundamental. Aunque dentro de la Iglesia hubo deserciones, los primeros fueron los jesuitas que rompieron con Franco. Pero el juez no desempeñaba un papel político importante en el franquismo; aunque su función venía bien al sistema, porque resolvían los conflictos privados, los desahucios, y aplicaban la ley penal contra los infractores, por ejemplo en las lesiones que eran consecuencia de peleas

o en las injurias en juicios de faltas porque uno te había llamado hijo de puta. Prestaban un servicio en esa medida imprescindible, pero sin relieve político. Es por ello que pienso que no hubo transición. Es importante recordar el origen social del juez profesional, que ingresaba mediante una oposición, los opositores eran de clase media, no pertenecían a la clase alta ni a la media-alta, tampoco a la clase obrera, ese era el funcionariado.

—*Decías que el juez del tardofranquismo vivía la independencia como una forma de separación. ¿Qué contenido tenía aquella independencia?*

—Como un verdadero aislamiento, así lo vivía, tampoco era aquel juez un militante del franquismo. Y era una especie de compensación psicológica por no ocupar un lugar político relevante y por sus escasos ingresos económicos, compensación que se acompañaba del reconocimiento que se le daba en la vida ciudadana por ser quien resolvía los conflictos cotidianos. Al franquismo no le hacía falta el juez que atendía los asuntos ordinarios. Había excepciones, como aquellos que estuvieron en los tribunales de después de la guerra, que se comportaron como asesinos.

—*¿Las injerencias groseras eran moneda corriente? Es decir, que un Gobernador civil o el Presidente del tribunal llamara para interesarse por un pleito e indicara cómo debía fallarse.*

—Si llamaban a alguno sería algo parecido a como ahora te puede llamar a ti un compañero, «oye que ha tenido un amigo mío un lío». No era común recibir llamadas ni órdenes, los jueces gozaban de la independencia de la insignificancia, pero esto, a su vez, te producía cierto alivio.

—*¿Cuáles serían las diferencias entre aquella vivencia de la independencia, que tú consideras compensación psicológica por el mal trato de la retribución, con la independencia que viene después, la que van formando los jueces que se incorporan tras de la promulgación de la Constitución?*

—Después de la Constitución he vivido poco la profesión, porque desde noviembre de 1982 ya no estuve propiamente en la carrera judicial, porque si eres Presidente de tribunal no es lo mismo. Puede decirse que estuve poco tiempo en la carrera después de ejercer como juez de instrucción en Madrid, porque inmediatamente fui nombrado Presidente de la Audiencia Territorial y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, luego Presidente de la Audiencia Nacional. Terminé como magistrado del Tribunal Supremo. De presidente no vives la vida judicial, no tienes nada que ver con la vida judicial, porque no la ejercitas ni resuelves el pleito; hablarás de ello lo que quieras, pero no estás en la carrera judicial.

—*¿Puedes opinar sobre el papel de los presidentes de tribunales a partir de tu experiencia?*

—El papel es muy difícil, no tanto en los tribunales territoriales como en la Audiencia Nacional, que tiene un problema externo y otro interno. El problema exterior es cómo proyectar la Audiencia Nacional, que es un órgano cuya importancia ha ido en aumento con el tiempo, hacia las clases dirigentes, en ese contexto surge la relación con el Ministro del Interior; he de decir que mantuve un contacto constante con Jaime Mayor. Y, luego, la perspectiva interna, que requiere de relaciones permanentes con quienes desempeñan sus funciones en el tribunal; cuando surge un conflicto, no les dices lo que tienen que hacer, pero estás encima. Un día, en 1996, estaba con la secretaria, Chelo, y de repente escuchamos una explosión; abajo, Jiménez Alfaro había sido herido al abrir un paquete bomba. Esto ocurrió al principio de estar yo en la Audiencia Nacional y me



Varios presos de pie, Porlier, octubre 1943, José Manaut. Carboncillo, 22 x 16.

llevó a desarrollar una relación fuerte con el Ministro del Interior, que se encargaba de la seguridad de los jueces.

—*La Audiencia Nacional es un tribunal polémico. ¿Tiene futuro?*

—Hay razones para mantener la existencia de la Audiencia Nacional, más ahora que antes, mucho más, debido a la gran delincuencia económica y a su eficaz persecución. Con todo, el tribunal lo hizo bien con respecto a Eta. Que las penas eran muy altas... son las penas que están en el código. A efectos de lo que hoy nos interesa, que es la delincuencia económica, las investigaciones se desarrollan en el extranjero, compromete a los bancos, de ahí la necesidad de un órgano especializado. Pero, un magistrado no puede estar en la Audiencia Nacional más de cinco años, porque es mucho poder el que tiene. Aunque es un tema complejo, porque quien ejerce ahí la jurisdicción tiene que haber adquirido una formación especial, en economía, en contabilidad, porque están los peritos pero te pueden engañar. Suprimir la Audiencia Nacional: no. Mira si tiene importancia que se ha condenado a gente que nunca se había pensado que pudieran ser justiciables penalmente.

—*¿Y el Consejo del Poder Judicial: debería reformarse el sistema de nombramiento de los vocales judiciales?*

—No, yo creo que no, estoy en contra de que elijan los jueces a los vocales. El ejercicio de un poder del estado tan grande como el del juez necesita de una legitimación ciudadana. Para darse cuenta de su importancia miremos a la decisión sobre quién es el sujeto fiscalmente obligado en las hipotecas, y su significación económica. La elección de los jueces por los ciudadanos, que existe en Estados Unidos, no parece una alternativa entre nosotros, es por lo que quiero que intervenga el Parlamento. Resulta que son los

partidos los que nombran a los vocales, lo que es criticable, pero no estoy en contra de que el parlamento, que representa la soberanía nacional, designe a los miembros del Consejo del Poder Judicial. En este ámbito es necesaria una legitimación democrática, que solo puede venir de la elección ciudadana o de la designación parlamentaria, porque el haber ganado una oposición y saberse el temario no es suficiente. Pero, como todos los problemas serios, este no tiene solución.

### **El pintor José Manaut y la vida en las cárceles de la dictadura**

Hemos seleccionado para ilustrar este número, que lleva como tema semimonográfico la prisión y la cuestión de la difícil vigencia de los derechos fundamentales, dibujos del pintor valenciano José Manaut Viglietti (1898-1971), que vivió la experiencia de la reclusión durante el primer franquismo, derrotado y perseguido por sus ideas políticas. La biografía del pintor y la suerte de su obra es ejemplo de la represión, la exclusión y el abandono que sufrió una parte de la población, entre ellos intelectuales y artistas, por haber sostenido la legalidad republicana. Una persecución que le siguió hasta la muerte, pues el intento de destrucción física y moral, de la persona y de su obra, caminan juntos en el proyecto totalitario. Solo el descubrimiento póstumo de su obra carcelaria ha permitido recuperar del olvido su pintura y sus diarios, para poder comprobar que en las peores condiciones el ser humano es capaz de testimoniar sobre la desgracia y el sentido de la vida.

Manaut había sido discípulo de Sorolla y amplió estudios en Francia, Bélgica y Holanda, residiendo un tiempo en París. Trabajó como profesor de dibujo de segunda enseñanza en los institutos de Tortosa y Ronda. El golpe de estado de julio de 1936 le sorprendió en Valencia, donde

siguió dando clases y se comprometió en la protección del patrimonio cultural y en la defensa de la legalidad democrática. Fue miembro de la Asociación de Intelectuales Antifascistas en Defensa de la Cultura y se afilió al Partido Comunista. Después de la guerra fue sancionado con la separación definitiva del cuerpo de profesores y en enero de 1943 fue detenido y recluido en prisión, acusado de masonería. Fue juzgado por el Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, presidido por el general Saliquet, y condenado en el mismo acto a 12 años y un día de reclusión menor. Cumplió la pena en la cárcel de Porlier y, después, en la recién inaugurada prisión provincial de Carabanchel, de donde salió en agosto de 1944, conmutada la prisión por el confinamiento, que padeció en Durango. Fue profesor de artes plásticas en el Liceo Francés de Madrid, una institución que acogió a docentes represaliados, hasta su jubilación en 1968. Murió en 1971, sin haber conseguido el reingreso como profesor ni obtener una «pensión decorosa para pasar una vejez sin angustias», como expresaba en una de sus peticiones a la burocracia de la dictadura.

Después de su fallecimiento, su hija Stella halló en una maleta más de doscientos cincuenta dibujos y óleos que había

pintado con personajes y motivos de la vida cotidiana en la prisión. En ellos se representa el dolor, la soledad, la pesadumbre y la angustia del encierro. Junto a la obra pictórica, a la que pertenecen las imágenes que publicamos en nuestra revista, Manaut dejó unos diarios con los recuerdos de aquellos años. En ellos se da cuenta de lo que significó para los derrotados la persecución y el encierro: «Seguiremos un día tras otro, asesinando nuestras horas, y arrojándolas luego, como escombros ya inútiles, al montón del pasado irrecuperable». La desesperanza y el sufrimiento son lugar común en los relatos de quienes habitaron detrás de los muros del presidio. «El dolor es un instante inmenso (...) Para nosotros el tiempo no avanza: da vueltas. Parece girar en torno de un centro de dolor (...) Y no necesito repetir cuán lentamente pasa el tiempo para quienes yacemos en la cárcel ni la fatiga y la desesperación que se arrastran en nuestra celda y en la celda de nuestro corazón», describía el genial Oscar Wilde en *De Profundis* el no-tiempo de la reclusión forzada, que también a él le provocó la ruina material y espiritual.

La imagen que acompaña a esta nota representa el juicio al que fue sometido en una sala del infame tribunal de la represión un día de abril de 1943. La escena fue compuesta por Manaut en un estilo tremendista propio de la tradición del tenebrismo plástico español. En su diario narra

la llegada a la prisión provincial de Carabanchel. Los reclusos, entre ellos Manaut, se habían trasladado a pie desde Porlier: «(...) cargados como esclavos, esposados por pares, custodiados por guardias armados, atraviesan las calles de Madrid ante la indiferencia de las gentes».



*Tribunal para la Represión de la masonería y el comunismo. 1943. Aguatinta, 14x9. Reverso de ficha de la barbería de la prisión.*

Queremos agradecer a D<sup>a</sup>. Stella Manaut, hija del pintor, la autorización para reproducir estos dibujos, testimonio del dolor y el sufrimiento de tantos ciudadanos. La obra del pintor se puede consultar en *José Manaut. Óleos y dibujos desde la prisión, 1943-44 y Las horas muertas: diarios de José Manaut Viglietti. Madrid 1939-1944* y en [www.josemanaut.com](http://www.josemanaut.com)

## EXTRACTOS/ABSTRACTS

---

### **El Derecho y la prisión: Cambio y continuidad en el sistema penitenciario español**

José Ángel Brandariz

El artículo analiza la creciente cesura que se da entre una legislación penitenciaria que ha permanecido casi inalterada durante las cuatro últimas décadas y una realidad carcelaria en constante cambio. Para ello, el texto analiza el alcance y los motivos de esta transformación de la realidad de la prisión. El texto concluye indagando las razones que hacen del momento presente una etapa especialmente idónea para una actualización del Derecho penitenciario, a los efectos de adaptar las prácticas reintegradoras y de adecuar la garantía de los derechos de las personas presas.

*This paper delves into the increasing gap separating an almost unaltered prison legal order and a prison reality that has been constantly changing over the last four decades. For these purposes, this article explores the scope and underlying motives of this wide-ranging transformation of prison conditions and prison life. This contribution concludes by examining if and to what extent the current period is especially suitable to carry out an updating of prison law, aimed at both adjusting rehabilitation practices and refining the legal safeguards of prisoners' rights.*

### **Principio de legalidad y derechos fundamentales en las prisiones: sobre la categoría Relaciones de sujeción especial**

Iñaki Lasagabaster Herrarte

El artículo analiza la eficacia y vigencia del principio de legalidad y de los derechos fundamentales en el sistema penitenciario. Se cuestiona la idea de que es posible reducir el alcance del principio de legalidad, la reserva de ley y el límite que suponen los derechos fundamentales con la simple afirmación de que se está en una relación de sujeción especial, idea que resulta incompatible con los principios básicos del Estado de Derecho.

*This paper analyses the effectiveness and validity of the legality principle and fundamental human rights in the prison system. The author casts doubts on the idea that it is possible to limit the scope of the legality principle, the reservation as to the legislation and the restrictions imposed by fundamental rights on the basis of the sole assertion that the legal relationship between the prisoner and the prison system is one of special subjection. This idea is not fully consistent with the basic principles of the rule of law.*

### **El régimen cerrado: disfunciones normativas y vulneración del principio de legalidad en materia penitenciaria**

Sara Carou-García

El presente texto aborda algunos de los aspectos del régimen cerrado penitenciario, contenido en la Ley Orgánica General Penitenciaria, que colisionan con el principio de legalidad, así como con el respeto a los derechos fundamentales de los reclusos.

*This article examines some aspects of the closed regime prison (super maximun security units), regulated by General Penitentiary Act, that collide with the principle of legality and the fundamental rights of prisoners.*

---

## **«Se inventan sus leyes»: ¿Qué criterios se deben valorar en la concesión de permisos de salida penitenciarios?**

Elena Larrauri

En España los permisos penitenciarios, cuando se ha cumplido la cuarta parte de la condena, se conceden aproximadamente a un 25% de los presos en régimen ordinario. La posibilidad de obtenerlos constituye una expectativa legítima que en numerosas ocasiones se ve defraudada por la falta de unos criterios claros. Los requisitos regulados en la ley y el reglamento penitenciario, son interpretados de forma muy variada por cada Junta de Tratamiento, Jueces y Fiscalía de Vigilancia Penitenciaria. El objetivo de este artículo es llamar la atención sobre la multiplicidad de criterios usados y sobre la tarea pendiente de garantizar la seguridad jurídica, también en las prisiones, elaborando unos criterios que permitan guiar la discrecionalidad administrativa y sean aptos para valorar esencialmente el proyecto futuro de reinserción.

*In Spain release from prison on temporary licence once one fourth of the sentence is served is granted approximately to 25% of the prisoners under ordinary prison regime. The possibility to be granted release on temporary licence is a legitimate expectation which is disappointed by the lack of clear criteria. The requirements envisaged in the Prison Act and Prison Regulation are construed in very different ways by each prison board, judge and prosecutor of prison surveillance. The aim of this paper is to point out both the great variety of criteria applied in these cases and the pending task in order to grant legal certainty in prisons by way of developing guidelines assisting in the reduction of administrative discretion and in the substantial assessment of the future project of rehabilitation.*

## **Los sistemas actuariales de prevención y gestión de riesgos en el ámbito penitenciario. Configuración y aplicación práctica**

Yolanda Rueda Soriano y Eduardo Navarro Blasco

La incorporación de sistemas actuariales a la valoración de los riesgos de reincidencia y quebrantamiento de condena en el ámbito penitenciario pretende superar las deficiencias de la discrecionalidad subjetiva propia de los métodos clínicos tradicionales. Sin embargo, la excesiva influencia de factores estáticos y el peligro de que las decisiones administrativas y judiciales respondan a un automatismo irreflexivo con base en los resultados obtenidos, obliga a estar alerta en cuanto a la forma de interpretar tales datos y exigir una valoración conjunta con los informes individualizados a la hora de realizar un pronóstico de riesgo, que además deberá estar suficientemente motivado.

*The development of actuarial system in the assessment of risks of recidivism and escape in the prison sphere seeks to overcome the shortcomings of subjective discretion inherent to the traditional clinical methods. However, the undue influence of static factors and the risk that judicial and administrative decisions follow a thoughtless automatism based on the achieved results demand both caution in the interpretation of the data and a joint assessment with individual reports when providing a risk prognosis, which should be based on reasons.*

## **Empezar por el principio. A propósito de las obligaciones del Poder Judicial en la tutela de los consumidores**

José María Fernández Seijo

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido un instrumento clave para entender el desarrollo que, en la jurisdicción civil, ha tenido la tutela de los consumidores. La iniciativa del Tribunal fue determinante para la incorporación de la tutela de oficio, un instrumento que ha modificado las bases del proceso civil, permitiendo superar el principio dispositivo y dando al órgano jurisdiccional unas potestades muy amplias, inusuales en otros procedimientos civiles. Este trabajo tiene como objetivo analizar la evolución de la jurisprudencia comunitaria y el actual estado del control *ex officio* en el derecho europeo y en la práctica judicial española.

*The jurisprudence of the Court of Justice of the European Union has been a key instrument to understand the development that, in the civil jurisdiction, has had the protection of consumers. The initiative of the Court was decisive for the incorporation of the guardianship ex officio, an instrument that has modified the bases of the civil process, allowing to overcome the dispositive principle and giving the jurisdictional authority very broad powers, unusual in other civil proceedings. The purpose of this paper is to analyze the evolution of community jurisprudence and the current state of ex officio control in European law and Spanish judicial practice.*

### **Cruz Ximena, un caso particular demasiado generalizable. Sobre los derechos de los consumidores, las cláusulas abusivas y la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2019**

Juan Carlos Rois Alonso.

Este artículo tiene por objeto comentar los antecedentes de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2019. Sentencia fundamental para la definitiva constitucionalización del derecho comunitario en la sensible materia de la protección de consumidores. El autor de esta nota ha vivido de primera mano el recurso de amparo ya que ha sido el abogado instante del recurso.

*This article aims to comment on the background of the recent ruling of the Constitutional Court of February 28, 2019. Fundamental Sentence for the definitive constitutionalization of European law and jurisprudence in the sensitive area of consumer protection. The author of this note has experienced first-hand the remedy of amparo since he has been the lawyer instant appeal.*

### **El Tribunal de Estrasburgo frente a la destrucción del estado de derecho en Turquía**

Franco Ippolito

El intento de golpe de estado de 2016, en Turquía, conmocionó fuertemente a todos los demócratas. Pero fue aún mayor la ocasionada por la desproporcionada e ilegítima reacción del régimen de Erdogan. Las declaraciones de inadmisibilidad de decenas de millares de demandas por parte del TEDH, por la falta de agotamiento de los recursos internos, fueron también motivo de desolación. Por fortuna, esta actitud de la alta instancia ha sido claramente revertida por dos resoluciones de 2017 y 2018.

*The attempted coup d'état of 2016 in Turkey shocked deeply all democrats. However, the shock caused by the disproportionate and illegitimate reaction by Erdogan's regime was even deeper. The rulings by the European Court of Human Rights declaring inadmissible thousands of applications on the grounds of lack of exhaustion of domestic remedies were also a reason for desolation. Fortunately, this approach of the court has been overturned by two decisions in 2017 and 2018.*

### **Derecho penal sustantivo en el espacio de libertad, seguridad y justicia posterior al Tratado de Lisboa. ¿Un sistema penal europeo?**

Mariano López Molina

Sobre la base de las nuevas disposiciones del artículo 3.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), y de los artículos 83 (euro sanciones); 86 (Fiscalía Europea) y 325 (lucha contra el fraude) del Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la Unión dispone actualmente, en materia penal, de una competencia específica y, según el caso, diversificada. Una competencia que le permite establecer un conjunto de normas que dan lugar a lo que podemos llamar "espacio penal europeo".

*On the basis of the new provisions of article 3.2 of the Treaty of European Union (TEU), and of articles 83 (euro crimes); 86 (European Public Prosecutor's Office) and 325 (fight against fraud) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the Union currently has, in criminal matters, a specific and, as the case may be, diversified jurisdiction. A competence that allows the Union to establish a set of rules that give rise to what we may call "European criminal space".*

---

## **Veredicto, motivación del fallo y debido proceso. Algunas consideraciones sobre una discusión sempiterna**

María Belén Salido

El veredicto del jurado popular clásico y la garantía de la motivación de las sentencias: análisis del tema desde una perspectiva principalmente epistemológica. El valor de la motivación del fallo y de la publicidad del juicio en un sistema penal garantista. Examen de las herramientas procesales invocadas por la doctrina como compensatorias de la falta de motivación. Las decisiones de los organismos supranacionales de protección de derechos humanos.

*The verdict of the popular classical jury and the guaranty of the grounds of the judgments: analysis of the topic from an epistemological perspective. The value of the verdict and of the publicity trial in a criminal guarantee-based system. Examination of the procedural tools invoked by the doctrine as countervailing of the lack of grounds. The decisions of the supranational bodies for the protection of human rights.*

## **Publicidad masiva y proceso penal**

Perfecto Andrés Ibáñez

A partir de una histórica intuición de Carnelutti, relativa al papel significativo de la opinión y los media en relación con la formación de las decisiones judiciales, se discurre sobre el sentido de la publicidad como derecho del imputado y acerca de los riesgos que para este y para el proceso en general tiene la publicidad masiva, en particular la televisiva, hoy reforzada, en su negatividad, por las redes sociales.

*Based on a historic feeling by Carnelutti, relating to the significant role of public opinion and mass media in the adoption of judicial decisions, the author reflects on the meaning of a public trial as a basic right of the defendant and on the risks to the defendant and to criminal proceedings in general stemming from mass media coverage of criminal trials, particularly by TV stations and social networks.*

## **Entrevista con Clemente Auger. Memoria del antifranquismo en la Justicia**

La entrevista con Clemente Auger se inscribe en una serie de testimonios que tratan de reconstruir la historia de Justicia Democrática, la asociación clandestina de jueces, fiscales y secretarios judiciales que surgió en la última fase de la dictadura franquista, y que tuvo una gran proyección e hizo posible la transición a un estado constitucional de derecho. Pretendemos configurar fragmentos de una memoria colectiva de la tradición progresista de los juristas de estado entrevistando a quienes formaron parte de aquella organización.

*The interview with Clemente Auger is part of a series of testimonies seeking to reconstruct the history of "Justicia Democrática", the clandestine association of judges, public prosecutors and court registrars which appeared in the last stage of Franco dictatorship and had a big impact, facilitating the transition to a rule of law state in Spain. We seek to shape fragments from a collective memory of a progressive tradition of state jurists by interviewing some of the members of that organization.*

# Juezas y Jueces

## para la Democracia

### BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

#### REVISTA JUECES PARA LA DEMOCRACIA. INFORMACIÓN Y DEBATE

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](mailto: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](mailto: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.

MUTUALIDAD  
GENERAL  
JUDICIAL

NUEVAMUTUASANITARIA

## 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](mailto:mugeju@nuevamutuasanitaria.es)

# Juezas y Jueces para la Democracia

[Inicio](#) [Asociación](#) [Actividades](#) [Actualidad](#) [Publicaciones](#) [Blogs](#) [Fundación](#) [Contacto](#) 

## Legitimación democrática del Poder Judicial

Resaltamos todos aquellos medios complementarios que lleven a la legitimación democrática del Poder Judicial.

### COMUNICADOS

Comunicado sobre la situación de los edificios judiciales

0 Comentarios

En los últimos tiempos la prensa usa veniendo haciendo eco de diferentes problemáticas y deficiencias en relación al estado de edificios judiciales. La problemática no se da en supuestos aislados y de breve realidad en que se extienda a lo largo de las Asturias...

[Leer más](#)

### ARTÍCULOS

Artículo de Ignacio González Vega, portavoz de JJD en EL PAÍS, "La publicidad del juicio del 'procto'"

0 Comentarios

El Tribunal Supremo ha fijado este martes como fecha de inicio del juicio de procto. Doce líderes independentistas, encabezados por el exvicepresidente de la Generalitat, Jordi Junquera, se sentarán en el banquillo. Se les formula acusación por los delitos de...

[Leer más](#)

### PROPUESTAS

14 propuestas para la mejora de la justicia

0 Comentarios

Reforzar la independencia judicial. Crear el Consejo General del Poder Judicial. Sistema de elección de los vocales de la independencia judicial por los jueces y las juezas, asegurando la igualdad de género y la presencia de las minorías. Sustituir del...

[Leer más](#)



### ACTUALIDAD JUDICIAL

#### NACIONAL

Comunicado en defensa de la jueza Afuri

0 Comentarios

Como reiteradamente ha puesto de manifiesto la Organización de Naciones Unidas, la independencia del poder judicial es un componente esencial del Estado de derecho y se justifica por la necesidad de que los jueces puedan ejercer su función de...

[Leer más](#)

#### INTERNACIONAL

Declaración de MEDEL Severa e injustificada condena de Murat Arslan

por jueces y juezas para la Democracia | Éne 18, 2019 | Actualidad Internacional | 0 Comentarios

DECLARACIÓN DE MEDEL TURQUÍA: SEVERA E INJUSTIFICADA CONDENA DE MURAT ARSLAN, GANADOR DEL PREMIO DE DERECHOS HUMANOS VIKLAV HAVEL. Hoy, 18 de enero de 2019, se ha celebrado la última sesión del juicio contra Murat Arslan, ilegalmente...

### Súmame a nuestro proyecto

Jueces y juezas 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 ¡adictos!



Asóciate



Jornadas



Publicaciones



Informes

# Juezas y Jueces para la Democracia

[Inicio](#) [Asociación](#) [Actividades](#) [Actualidad](#) [Publicaciones](#) [Blogs](#) [Fundación](#) [Contacto](#)

Revista Jurisdicción Social Febrero 2019  
por Jueces y Juezas para la Democracia | Feb. 26, 2019 | jurisdiccion social, Publicaciones



Boletín de Violencia de Género Número 7 - 2019  
por Jueces y Juezas para la Democracia | Feb. 11, 2019 | Boletín de violencia de género, Publicaciones



Boletín de Privado Número 19- 2018  
por Jueces y Juezas para la Democracia | Dic. 28, 2018 | Boletín de privado, Publicaciones



Boletín de Penal Número 10 "Monográfico perspectiva de género en el proceso penal" Volumen I - 2018  
por Jueces y Juezas para la Democracia | Dic. 3, 2018 | Boletín de Penal, Publicaciones



Boletín de Penal Número 10 "Monográfico perspectiva de género en el proceso penal" Volumen I - 2018  
por Jueces y Juezas para la Democracia | Dic. 3, 2018 | Boletín de Penal, Publicaciones



Boletín Informativo Número 73  
por Jueces y Juezas para la Democracia | Dic. 19, 2018 | Boletín informativo, Publicaciones



«Tiene que haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas; para tutelar a cada persona, aunque la mayor parte, o incluso la totalidad de las restantes, se alineen contra él; para absolver en ausencia de pruebas, cuando la opinión común querría la condena, o para condenar si estas existen, aunque esa misma opinión estuviese a favor de absolver».

Luigi Ferrajoli

*(Per una storia delle idee di Magistratura Democratica)*