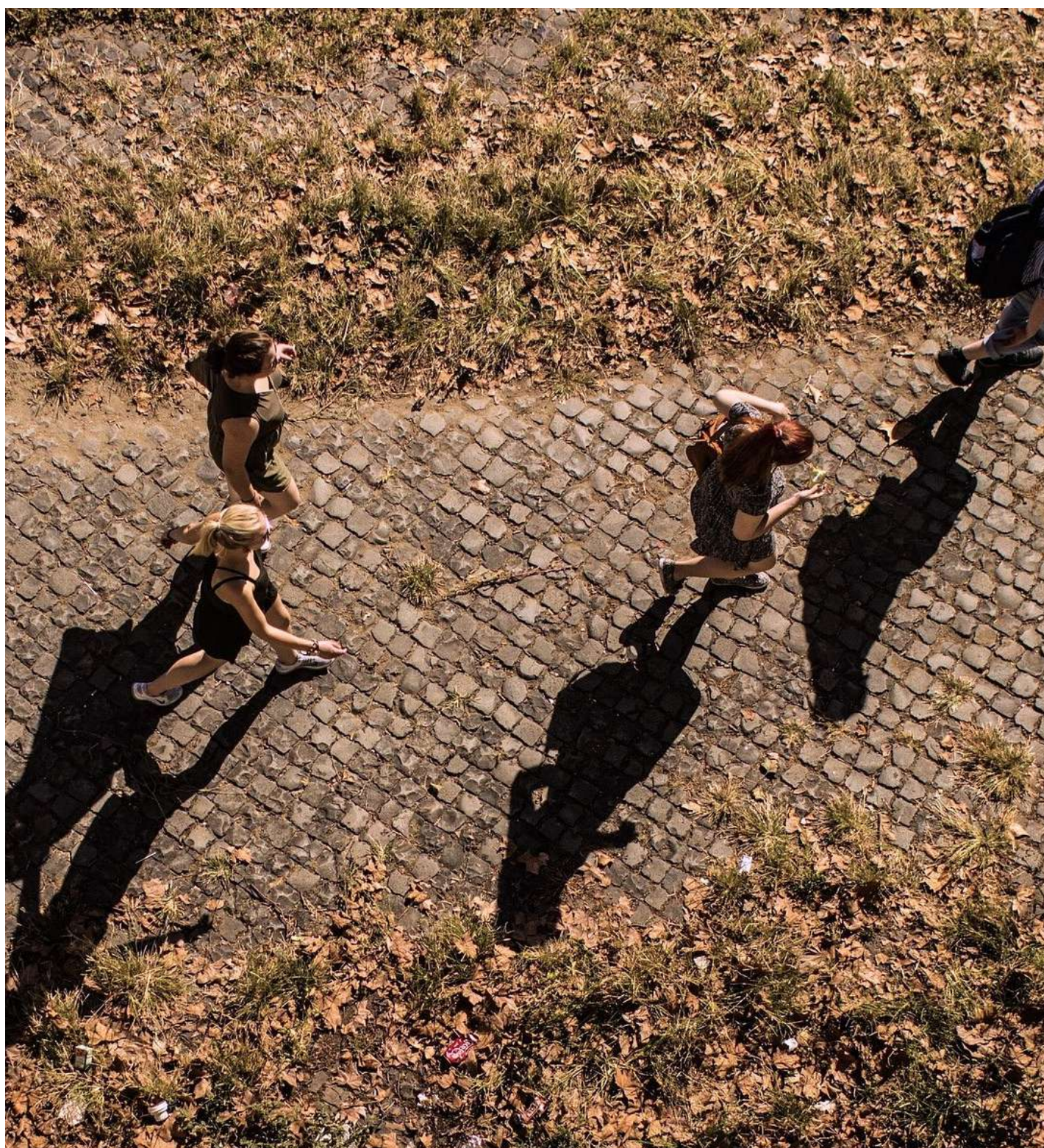


BOLETÍN INFORMATIVO 82

Juezas y Jueces
para la Democracia

Enero 2021



BOLETÍN INFORMATIVO 82

DIRECCIÓN

Mariano López Molina

COORDINACIÓN

Fátima Mateos Hernández

EDITA

Juezas y Jueces para la Democracia

ISSN

ISSN 2660 - 8766

SUMARIO

CIENCIA Y JURISPRUDENCIA EN UNA
SENTENCIA INCONSISTENTE
Perfecto Andrés Ibáñez

SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO
Luigi Ferrajoli

SOLICITUD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL
ANTE LOS JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN,
CUESTIÓN PREJUDICIAL ASUNTO C-36/20 PPU
Y SUS EFECTOS
María del Pilar Barrado Liesa

ENTREVISTA A ABIÁN MONTESDEOCA,
PEDIATRA DEL CENTRO DE ATENCIÓN
PRIMARIA DE GUANARTEME
Consejo de Redacción

ENTREVISTA A PRADO ESCODA MERINO
Consejo de Redacción

EL TRIBUNAL DE ORDEN PÚBLICO Y LA RAZÓN
DE ESTADO
Ramón Sáez Valcárcel

ACTIVIDADES ASOCIATIVAS
Consejo de Redacción

PUBLICACIONES ASOCIATIVAS
Consejo de Redacción

EDITORIAL

“Cuántos siglos necesita la razón para llegar a la justicia que el corazón comprende instantáneamente”.

Concepción Arenal

Nuestra asociación tiene como uno de sus objetivos fundamentales la defensa de los derechos humanos. La dignidad de cada persona, su derecho a la vida y a la búsqueda de un mejor porvenir, para sí misma y su familia, no pueden quedar condicionadas en función de su origen o procedencia.

En este número, seguimos prestando especial atención al drama humano que viven las personas migrantes; ya en el anterior número publicamos un artículo de nuestro compañero Arcadio Díaz, juez de control CIE Barranco Seco en Gran Canaria, y en este número contamos con la colaboración de nuestra compañera Pilar Barrado, redactora de una cuestión prejudicial que dio lugar a STJUE en el asunto C-36/20 PPU Ministerio Fiscal, fundamental para el respeto de los derechos de las personas migrantes que solicitan protección internacional. Igualmente, desde un plano más social, publicamos una entrevista al pediatra Abián Montesdeoca que ha prestado un servicio fundamental atendiendo a menores migrantes en el campamento de Arguineguín, nos contará su experiencia.

En otro orden de cosas, comenzamos en este número una serie de entrevistas a coordinadores/as territoriales, su labor asociativa es fundamental, queremos que nos cuenten su experiencia en esa labor y compartan su visión sobre la asociación.

Tenemos el honor, y por su importancia y significación los incorporamos al principio del boletín, de contar con la colaboración de dos grandísimos juristas; en primer lugar, nuestro compañero Perfecto Andrés con un magnífico artículo crítico con la Sentencia Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2020, Sentencia nº 290/2020 (ponencia de Magro Servet). Igualmente, contamos con la colaboración de Luigi Ferrajoli, cabeza jurídica privilegiada, en un artículo titulado “Sobre la enseñanza del derecho”. Seguro que disfrutarán con su lectura.

Concluye el boletín, en cuanto a artículos se refiere, con la colaboración de otro gran jurista y compañero, Ramón Sáez Valcárcel, que nos habla, en el artículo titulado “El Tribunal de Orden público y la razón de Estado”, de la investigación de Juan José del Águila sobre el Tribunal de Orden Público que ahora se publica en edición ampliada (El TOP La represión de la libertad 1963-1977).

Por último, les contamos algunas de las actividades asociativas llevadas a cabo en estos meses.

No queremos despedirnos sin desearos desde el Secretariado que este año 2021 sea un buen año para todos y todas y que nos podamos volver a ver durante el mismo, ya nos echamos de menos.

Feliz año.

CIENCIA Y JURISPRUDENCIA EN UNA SENTENCIA INCONSISTENTE

Perfecto Andrés Ibáñez

La Sala Segunda del Tribunal Supremo (ponencia de Magro Servet), con fecha 10 de junio de 2020, dictó la sentencia nº 290/2020, que presenta algunas peculiaridades impropias de un documento de esta naturaleza. La primera de ellas es que toma en su literalidad parte significativa —987 palabras para mayor exactitud— de un excelente artículo del magistrado José Luis Ramírez Ortiz («La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual», *laleydigital*, 10 de octubre de 2018). Pero inútilmente, porque no extrae ninguna consecuencia práctica de valor. Además, lo hace sin citar al autor¹. Este modo de operar, si solo se tratase de la pertinente y funcional incorporación a una sentencia de una idea o un criterio, en un desarrollo argumental con cierto grado de

elaboración propia de su redactor, no sería reprochable. Mas no es el caso, pues lo que hay es solo un plagio *in extenso*.

Existen países donde es frecuente que las sentencias aparezcan más o menos pobladas de nombres y citas de autores². Es algo que, francamente, no me satisface, debido a que, en cierta manera, remite a los tiempos de «la autoridad de los Doctores», de la *scientia iuris* como fuente de derecho, de rancio sabor *ancien régime*, y da a la resolución jurisdiccional el aire de un trabajo de opinión. Entiendo que el (fundamental, sin duda) papel de la doctrina se cifra aquí en proporcionar a los jurisdicentes elementos y estímulo para una reflexión permanente, que deberá reflejarse en las resoluciones, no de forma mecánica por el socorrido procedimiento

¹ Curiosamente, cuando sí cita, *en passant*, a dos autores: Séller y Kohenken.

² En Italia, en cambio, el art. 118, 3º de las Disposiciones para la actuación del Código Procesal Civil prohíbe expresamente la «cita de autores jurídicos». Sobre el asunto puede verse Matteo de Bernardi, «La “legge delle citazioni” del 426 d. C. e l’art. 118 delle Disposizioni per l’attuazione del vigente Codice di Procedura Civile», *Rivista di diritto romano*, XIII, 2013.

de «cortar y pegar», sino a través de un proceso consciente de automaduración cultural. Y, claro, no tengo duda, cuando lo tomado de otro sea directamente una tesis o un punto de vista original, o, como aquí, una parte relevante de un trabajo, es obvio: no puede admitirse la apropiación subrepticia.

Pero anticipo que no es la burda transposición del texto como tal lo único aquí negativamente relevante. Hay que cuestionar también el método seguido y la llamativa falta de rigor en el planteamiento, que se hará patente cuando se aprecie en su conjunto el resultado final.

Al hablar del *método* aludo al hecho de que el ponente toma del trabajo de Ramírez Ortiz, por un lado, la parte en la que este, siguiendo expresamente a Antonio L. Manzanero (en *Memoria de testigos*, Pirámide, Madrid, 2010), discurre en detalle sobre el tema de «Las pruebas periciales y la fiabilidad del testimonio», cuando se trata de menores víctimas. Luego, acumula *limpiamente* la parte en la que el primero expresa un juicio crítico sobre la propuesta del segundo, cual si no hubiese solución de continuidad en el que, impropriamente, se hace aparecer como un solo y el mismo discurso.

El texto importado en la resolución a examen pertenece a un campo científico que, también en España, ha despertado en estos años un justificado y creciente interés³. Me refiero, en concreto, a un área de conocimiento: el de la psicología del testimonio y de la memoria, cuyas aportaciones, confrontadas con la praxis jurisdiccional estándar en materia de prueba testifical, han servido para poner de manifiesto hasta qué punto lo que prevalece en los tribunales y nutre la jurisprudencia es muchas veces, todavía a estas alturas, un condensado infracultural de tópicos que no soportan una aproximación crítica mínimamente rigurosa.

Naturalmente, esta negativa apreciación global debe ser matizada, porque, sin ir más lejos, ahí están actitudes y prácticas jurisdiccionales de una calidad encomiable, como la del propio Ramírez Ortiz y otros. Tanto más meritorias cuando, se sabe bien, esfuerzos de esta índole responden exclusivamente a un generoso imperativo deontológico de profesionalidad y autoexigencia, pues carecen del estímulo que podría representar su apreciación positiva en una digna política de nombramientos regularmente inspirada en los constitucionales valores de «mérito y capacidad», de la que aquí se tiene muy escasa noticia.

³ En la literatura en castellano, aparte de la obra ya citada, pueden consultarse con provecho, entre otros: Giuliana Mazzoni, *Psicología del testimonio*, trad. cast. de A. Moreno, Trotta, Madrid, 2019; Id., *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, trad. cast. de J. M. Revuelta, Trotta, Madrid, 2010; y Margarita Diges, *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*, prólogo de J. J. López Ortega, Trotta, Madrid, 2016.

⁴ Me he ocupado de él en «Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n.º 46, 2003, pp. 57 ss., ahora en P. Andrés Ibáñez, *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 153 ss. También en *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez en el estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, pp. 272 ss.

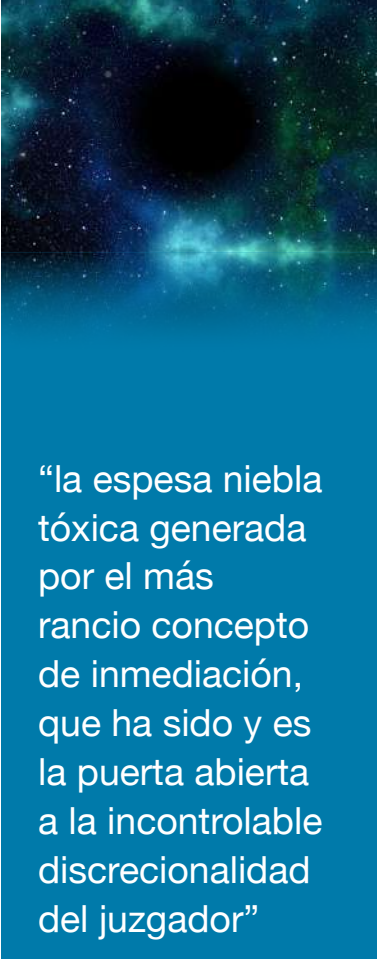
Así, lo cierto es que materia tan delicada como la práctica y la valoración de la prueba testifical en ámbito penal, sigue estando a merced de recetas jurisprudenciales, hasta hoy y entre nosotros, muy poco permeables a las relevantes aportaciones de aquellas disciplinas. En efecto, pues permanecen envueltas en la espesa niebla tóxica generada por el más rancio concepto de inmediatez⁴, que ha sido y es la puerta abierta a la incontrolable discrecionalidad del juzgador.

Precisamente, la sentencia a examen —he aquí la segunda de sus sorprendentes peculiaridades— pone bien claramente de manifiesto hasta qué punto resulta ser esto cierto. Porque en ella conviven, sin *cruzarse* siquiera *en el pasillo*, el aludido arrastre páleo-jurisprudencial, que al fin es el que netamente prevalece, y un saber científico traído a cuento meramente *ad pompan vel ostentationem*. Tanto es así que, a pesar de la relevancia que el ponente parece atribuir a este en su discurso, carece al fin de toda incidencia. Al extremo de que, no obstante la extensión de la referencia, podría eliminarse de la resolución sin generar en ella el más mínimo vacío en la fundamentación del fallo.

El texto importado de ese modo en la sentencia versa sobre las pruebas periciales acerca de la fiabilidad del testimonio de los menores. En concreto, sobre el análisis del contenido de las declaraciones basado en criterios (CBCA) y sobre la evaluación de la validez de estas (SVA); y, según se ha dicho, sigue una rigurosa apreciación crítica de Ramírez Ortiz.

El hecho de incorporar a una sentencia tal clase de conocimientos, podría hacer pensar que su redactor tiene clara la dificultad de valoración de las manifestaciones de menores posible objeto de abusos o agresiones sexuales; de lo que razonablemente debería seguirse, cuando menos, un cuestionamiento de los recusables tópicos jurisprudenciales mencionados, y algún atisbo de replanteamiento en el modo de operar jurisdiccional en esta clase de asuntos. Pero no hay tal.

De las deposiciones testificales de menores, se ha escrito que en ellas puede ocurrir, con relativa facilidad, que, «dentro de un mismo contexto acusatorio, coexistan cosas verdaderas y cosas falsas, hecho reales y fantasías, verdades y mentiras. La dificultad de valorar en sede judicial la credibilidad del menor depende, precisamente, de esta característica de sus declaraciones y del número, nada irrelevante, de acusaciones reveladas, posteriormente, falsas (*la literatura internacional indica*



“la espesa niebla tóxica generada por el más rancio concepto de inmediatez, que ha sido y es la puerta abierta a la incontrolable discrecionalidad del juzgador”

porcentajes que van del 23 al 33%)» (De Cataldo Neuburger⁵ [cursiva añadida]).

Los niños, más cuanto más pequeños, resultan especialmente sensibles a las sugerencias procedentes de personas mayores importantes para ellos, cuyas expectativas, por eso, tienden a confirmar⁶. En particular, tratándose de asuntos como los de referencia, donde, normalmente, se produce una interacción compulsiva de altísima intensidad, por la preocupación que en aquellas, generalmente, los padres, puede suscitar la sospecha (no importa si más o menos fundada) de la existencia de una agresión o de un abuso⁷. De ella se seguirá, inevitablemente, una fuente contaminación emotiva del menor.

Pero no solo. Como recuerda también De Cataldo Neuburger, «en el curso de un experimento, se mostró la filmación de más de 1000 menores que relataban “recuerdos” a un grupo de abogados, médicos y

asistentes sociales, con la petición de que identificasen los reales. El resultado fue [...] que los expertos individualizaron únicamente un tercio de los recuerdos reales, un resultado inferior al que se habría obtenido echándolo a suertes. Estos y otros experimentos pueden explicar el alto número de casos judiciales, observados en muchos países, en los que se dio crédito a denuncias de abusos sobre menores que resultaron después infundadas».

Pues bien, como se ha dicho, en contra de lo que podría sugerir la inserción del amplio texto reiteradamente aludido y algunas otras consideraciones relativas a la misma materia objeto de este, la sentencia a examen, en el desarrollo de su *ratio decidendi*, deja de lado cualquier cautela de tal procedencia, para zambullirse en esa jurisprudencia mostrenca, a la que también se ha hecho alusión. Además, tratando al menor posible víctima de abuso de «testigo



⁵ Luisella de Cataldo Neuburger, *Esame e controesame nel processo penale. Diritto e psicologia*, Cedam, Padua, 2000, pp. 315 ss., del que se toman las referencias a la autora. En la materia, cfr. asimismo Gaetano de Leo, Melania Scali y Letizia Caso, *La testimonianza. Problemi, metodi e strumenti nella valutazione dei testimoni*, Il Mulino, Bologna, 2005, en particular, pp.73 ss.; y Ernesto Caffo, Giovanni Battista y Giuliana Florit, *Criteri di valutazione nell'abuso all'infanzia. Elementi clinici e forensi*, McGraw-Hill, Milán, 2004.

⁶ La propia De Cataldo Neuburger, basándose en reveladores trabajos experimentales de especialistas estadounidenses, que cita, escribe que «el 56% de un grupo de menores interrogados sobre hechos no sucedidos, había desarrollado un falso recuerdo incorporado como tal a su patrimonio mnésico» (ibid., p. 325).

⁷ Sin ánimo de generalizar —y solo porque el supuesto me parece emblemático y seguramente no excepcional— remito al que concluyó en la sentencia de casación n.º 1579/2003 de la Sala Segunda. En él, el tratamiento sesgado y *de brocha gorda* de un material probatorio especialmente delicado por parte de una audiencia provincial, concluyó con la imposición de una pena de quince años de cárcel a un padre separado, por (supuestos) abusos sexuales continuados sobre sus dos hijas de 7 y 4 años de edad. La condena fue transformada directamente en absolución por la propia Sala Segunda, a partir de datos perfectamente documentados en el acta del juicio, eludidos por el tribunal de instancia en su acrítica valoración *en conciencia* y *con inmediatez* de las inconsistentes manifestaciones de las chiquillas, su madre y su abuela; y de unas periciales psicológicas de pésima calidad que, solo por eso, tendrían que haber sido descartadas *a limine*. Por cierto, me parece necesario advertir aquí de que, con una frecuencia preocupante, se está dando tratamiento de verdaderos especialistas en esta materia a psicólogos clínicos sin una real habilitación y sin específica competencia al respecto.

⁸ *Ibid.*, p. 334)

privilegiado», como si esta aberrante categoría pudiera ser compatible con el derecho a la presunción de inocencia⁹.

Dice la sentencia que «la ausencia en nuestro ordenamiento [en el momento de pronunciarse la Audiencia] de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia, obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria». Pero se trata de una afirmación gratuita en cuanto inmediatamente desmentida por otra, en el sentido de que ese examen únicamente podría referirse a «los aspectos no comprometidos con la intermediación». O lo que es igual, a solo una parte (quizá no esencial) de los imprescindibles para la realización de ese necesario *juicio sobre el juicio*, al que tendría que dar lugar un recurso fundado en la vulneración del principio de presunción de inocencia. Y más tratándose de resoluciones basadas de manera exclusiva en la información suministrada por fuentes personales de prueba.

Luego ocurre que, aparte de remitir de manera incondicionada el tratamiento del material probatorio al ámbito de la intermediación, entendida en su sentido más tradicional —ese, según el cual, los jueces pueden calibrar (sin riesgo de error y de un modo ya procesalmente incuestionable) la calidad informativa de lo que oyen a través del tamiz de lo que ven¹⁰— se califica tal apreciación de «soberana». Precisamente cuando la soberanía, que, según se sabe, fue *suprema potestas superiorem non recognoscem*, resulta ya inaceptable en el ámbito de la política, a partir de la vigencia de algunos instrumentos internacionales y de las constituciones normativas de última generación¹¹.

Total, que la amagada «función valorativa de la actividad probatoria» en Casación, requerida, desde luego en buen derecho, por elementales razones de garantía, allí donde falte una segunda instancia, acaba confinada en un «control [meramente formal y externo] de la razonabilidad del discurso». Dirigido exclusivamente a saber *si hubo* prueba de cargo.

⁹ Aberrante categoría porque, con su uso, se incurre en una inaceptable petición de principio, al dar por supuesto algo que tendría que ser probado en el proceso: a saber, que el hecho denunciado se produjo y que fue realizado precisamente como se dice y por el acusado. Es obvio que hay infinidad de casos en los que la existencia de la agresión estaría fuera de duda, en vista de sus efectos traumáticos constatados; y otros en los que podría haber acontecido en el marco de una determinada relación interpersonal, de existencia asimismo acreditada. Supuestos en los que la prueba, evaluando, obviamente, la calidad del testimonio, habrá de limitarse al modo y las circunstancias en que la acción delictiva hubiera podido producirse. Pero son muchísimas las ocasiones en las que esta fue debida a persona desconocida, y realizada en condiciones ambientales nada favorecedoras de la ulterior identificación por parte de la víctima, sometida, además, generalmente a un estrés de altísima intensidad que hará también extraordinariamente difícil por su parte una observación fiable. Precisamente, sobre la preocupante incidencia del error en las pruebas de reconocimiento, discurría ya ampliamente y con estimable rigor el magistrado francés François Gorphe, en su clásica obra *La crítica del testimonio* (trad. cast. de M. Ruiz-Funes, Editorial Reus, Madrid, 1933, pp. 229 ss.). «Está claro el peligro que supone el testimonio de testigos presenciales», han escrito al respecto Elizabeth Loftus y Katherine Ketchan, *Juicio a la memoria. Testigos presenciales y falsos culpables*, trad. cast. de C. Cardeñoso Sáenz de Miera y F. López Martín, Alba, Barcelona, 2010, p. 50.

¹⁰ En contra de lo cabalmente sostenido por Hannah Arendt: «Cerrando los ojos, se deviene espectador imparcial —no directamente afectado— de lo visible» (cit. por Antoine Garapon, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Editions Odile Jacob, París, 1996, p. 86).

¹¹ De «imperio [nada menos] exclusivo y excluyente del juzgador de instancia» se habla en un informe del fiscal de años recientes (cursiva añadida).

Lo que resulta de estas afirmaciones, traducido a términos de experiencia en la práctica judicial convencional, es lo siguiente. La intocable apreciación en conciencia de lo percibido con inmediación por un tribunal (cuando se trata de pruebas personales, como es el caso) versará sobre las expresiones verbales y, muy en particular, sobre las emitidas en lenguaje no verbal por los declarantes. Esto último hará que la correspondiente valoración se traduzca en asertos tan banales como los de la sentencia de instancia en el caso: la declaración de la menor fue para el tribunal «muy convincente», «muy creíble», ya que depuso «sin estridencia alguna» (?).¹²

Por tanto, tratándose de *lo aportado* por medios de prueba de esa clase, examinados en el ejercicio de una función *soberana infiscalizable*, lo que le quedaría a la Sala Segunda, es la mera comprobación de si el traslado a los hechos probados de esa suerte de *palpito probatorio* se produjo con un mínimo de expresividad en la redacción, y si la subsunción de los datos incriminatorios se hizo con la exigible corrección técnica.

Pues bien, en tal modo de proceder —el habitual en nuestro país durante decenios en la práctica de una casación penal sin previa segunda instancia— el núcleo de la actividad jurisdiccional, ejercida por los jueces de la primera investidos de esa *mística de la inmediación*, sería su «patrimonio privativo» (!).

Así las cosas, resulta que toda aquella erudición de disco duro del ponente,

relativa a las cautelas *imprescindibles* al recibir declaración a menores objeto de posibles ataques a su indemnidad sexual, no pasa de ser un *flatus vocis*, un ejercicio de *lucimiento* (aquí a costa de otro), por todo resultado. En efecto, pues, tratándose de fuentes personales de prueba, se acepta que los jueces de instancia sigan siendo *soberanos* cuando y sobre lo que enjuicien con esa inmediación que, al parecer —cosas de la magia— *confiere* «poderes». Es por lo que sus decisiones no podrán ser cuestionadas, aunque al adoptarlas hubiesen operado sin observar esas fundamentales precauciones de índole científica. Y porque la Casación, ni siquiera actuando en funciones de *segunda instancia*, podría entrar en ese *coto vedado* del juzgador *iluminado* de la primera.

Las consideraciones de la sentencia a examen, según se dice, están presididas por «las reglas valorativas del principio de presunción de inocencia». Pues bien, sucede que, en rigor, este remite todo lo relacionado con la *quaestio facti* al campo de la epistemología, sometiéndolo a las reglas de la inducción probatoria, universalmente acreditadas como válidas para alcanzar un conocimiento empírico de calidad.

Situados en esta perspectiva, cualquier imputación dotada en principio de algún fundamento razonable, deberá ser tratada como hipótesis capaz de dar cuenta de la forma de producción del resultado de una posible acción prevista como delito en el

¹² He aquí un ejemplo de semejante modo de proceder tomado de la sentencia de una Audiencia Provincial de estos años: «La sala declara probado el delito continuado de abuso sexual y ello en razón de la convincente declaración de la víctima, ya que el privilegio de la inmediación que supone la práctica de la prueba en el plenario determina que la sala apreciara que la menor fue lo suficientemente convincente, lo que determina la plena convicción, como ahora se reseña».

Código Penal. De aparecer aquella plausible a tenor del contexto, se mantendrá, utilizándola como como criterio-guía para la obtención de nuevos datos. Si estos llegasen a dotarla de un estimable potencial explicativo con apoyo en pruebas, será transformada procesalmente en acusación y llevada a juicio para ser debatida en él.

El juicio, una obviedad, es espacio de discusión ante un sujeto, juez o tribunal, que debe ser imparcial, y lo será en la medida en que su respeto de los derechos de las partes le haga mantenerse en una posición de efectiva equidistancia. Luego, todo deberá ser objeto de debate, para posibilitar que de la discusión salga *la luz*. Y no porque los contendientes estén igualmente interesados en que llegue a brillar la verdad de lo sucedido, sino porque, al aportar cada uno de ellos la información que interese a su posición en la causa, el juzgador acabará contando con todo lo relevante para decidir sobre el objeto de esta.

Dada la naturaleza del método, la conclusión, ni siquiera en el caso de estar bien fijadas las premisas, tendría por qué ser objetivamente cierta, pues la verdad es un valor que, en esta clase de razonamiento, no se sigue necesariamente de aquellas. De ahí la necesidad de justificación de la decisión en todos sus aspectos relevantes. El conocimiento en materia de hechos tiene la condición de *probable*, y el relativo a la *quaestio iuris* la de *opinable*, por eso, y para mayor seguridad, la previsión (como derecho del afectado) del reexamen de la sentencia condenatoria en otra instancia. Esta, a fin de asegurar, de nuevo, la calidad del conocimiento, tendría que consistir en *un juicio sobre todo el material probatorio y su modo de obtención y sobre el propio juicio ya producido, en régimen asimismo contradictorio*.

Un *juicio sobre el juicio* de instancia que, para ser tal, y para que ofrezca la garantía que se espera de él, debería producirse sin restricciones. Algo perfectamente posible, porque posible es la documentación fiel de todas las manifestaciones personales realizadas en la vista, cuyo real contenido

“Los juzgadores de instancia deberían abstenerse de jugar a psicólogos (cuando no a arúspices), para evitar introducir, como de contrabando, en sus juicios, impresiones hipersubjetivas y sesgos de altísimo riesgo, por aventurados, incontrolables, incontrolados e injustificables”

informativo *intersubjetivamente valorable* es, en general, lo único que habría que considerar, para ser contrastado con los datos probatorios aportadas por otros medios de prueba. Esto quiere decir que los juzgadores de instancia deberían abstenerse de *jugar a psicólogos* (cuando no a *arúspices*), para evitar introducir, como *de contrabando*, en sus juicios, *impresiones* hipersubjetivas y sesgos de altísimo riesgo, por aventurados, incontrolables, incontrolados e injustificables.

De este modo, se acabaría también con un recusable tópico en materia probatoria que, muy seguramente, ha dado lugar a múltiples casos de verdadera denegación de justicia. Es el que, partiendo de la *intangibilidad del juicio de instancia* en vía de recurso, en lo relativo al tratamiento de las aportaciones probatorias de fuente personal, limita la actuación de los jueces *ad quem* a la verificación de *si hubo o no prueba*, desde afuera y sin entrar en valoraciones. Como si las pruebas probasen en su mismidad y por autoevidencia. Cuando lo relevante es si, en el contexto, la realmente producida *estuvo o no dotada de verdadera eficacia probatoria —probó o no— en concreto*. Que es lo que importa y cuya comprobación solo puede ser el resultado de un examen crítico, que no podría hacerse desde la exterioridad del juicio ahora enjuiciado, sino *entrando* en él, para evaluar su calidad. Esto es algo que, por lo demás, resultará perfectamente posible, siempre que el cuadro probatorio conste precisamente documentado y la decisión no se *funde* en esas misteriosas apreciaciones personalísimas¹³, intransferibles e infiscalizables (más propias del adivino y de la pitonisa que del juez). Y a condición, claro, de que se deje constancia en la sentencia, de forma intelectualmente honesta, del *cómo* y el *porqué* de la fijación de sus antecedentes de hecho y de los correspondientes cursos inferenciales. Un modo de proceder que, además, permitiría al juzgador *aclararse* antes de aclarar. Porque, como dice muy bien Vila-Matas: «es el proceso de escribir propiamente dicho el que permite al autor descubrir lo que quiere decir»¹⁴. Tal es el modo de operar demandado por una disciplina constitucional del proceso como la vigente entre nosotros, de la que, lamentablemente, no hay ningún eco en la resolución que motiva estas páginas.

Ya, en fin, no puede ser más claro que existen materias en las que la práctica jurisdiccional y, en general, la jurisprudencia, padecen seriamente en términos de calidad e, inevitablemente, en la calidad (y en la justicia) de sus resultados, por el hecho de discurrir al margen de aportaciones científicas de inexcusable consideración. De tal género son, sin duda, las proporcionadas por la psicología del testimonio y de la memoria. Por eso, la perentoria necesidad de una integración de esa clase de saberes con los propiamente jurídicos, en la cultura de los jurisdicentes. Algo que no tiene nada que ver con lo ocurrido en la sentencia objeto de este comentario.

¹³ De «ese aspecto intuitivo que también permite la inmediatez, y no de tan fácil explicación», se lee en la sentencia de una Audiencia Provincial de 2012.

¹⁴ Enrique Vila-Matas, *Perder teorías*, Séix Barral, Barcelona, 2010, p. 62.



Sobre la enseñanza del derecho

Luigi Ferrajoli

(Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez)

1. Dos aspectos fascinantes de la fenomenología del derecho

El mayor peligro que corre la enseñanza del derecho es el aburrimiento: el hecho de que el estudiante pueda tener la sensación — sobre todo en el estudio de materias duramente técnicas, como el derecho mercantil, el concursal, el procesal civil, el procesal penal, el derecho administrativo o el tributario— de deber estudiar una técnica burocrática del todo carente de interés, ya se refiera al ejercicio de un poder, a las relaciones de mercado o a las formas de control social.

Por eso, para evitar este riesgo, el primer objetivo de la enseñanza a los fines de la formación del jurista, ha de consistir en apasionar a los estudiantes en el estudio del derecho. El desarrollo de esta pasión solo será posible haciéndoles descubrir dos aspectos de fondo de la experiencia jurídica, ocultos o eliminados por las prácticas burocráticas en las que

demasiado a menudo se olvida el sentido del derecho.

El primer aspecto es el carácter artificial del derecho: el derecho es construido por nosotros, es decir, por la política y antes aún por la cultura jurídica, y a todos y, en particular, a los juristas nos concierne la responsabilidad por cómo ha sido construido y, antes, por cómo ha sido pensado y proyectado. El segundo aspecto de la experiencia jurídica, cuya consciencia es un factor constitutivo de la educación del jurista, está representado por la creciente distancia entre la normatividad fuerte y exigente de los principios de justicia establecidos en las actuales cartas constitucionales, tanto nacionales como internacionales —la igualdad, la dignidad de las personas y sus derechos fundamentales — y el crecimiento de las desigualdades, las violaciones de los derechos y las devastaciones ambientales producidas por el desarrollo incontrolado de los poderes

salvajes, tanto dentro de nuestros ordenamientos como, más aún, en el mundo globalizado.

Se trata de dos aspectos de la fenomenología del derecho aptos para dar fundamento a un doble punto de vista crítico y constructivo en relación con el derecho vigente: su crítica y proyección desde fuera, desde el punto de vista de la justicia, y su crítica y proyección desde dentro, desde el punto de vista de la validez constitucional. La tesis que sostendré es que estos dos puntos de vista críticos y constructivos han sido generados por otros tantos cambios del paradigma del derecho que han transformado radicalmente el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica y de los que, sin embargo, todavía, no siempre existe entre los juristas y los operadores del derecho suficiente conciencia.

2. El significado del positivismo jurídico y el punto de vista crítico externo

El primer punto de vista crítico es el generado por el primero de los dos aspectos que acaban de indicarse: la total artificialidad del derecho y de las instituciones jurídicas y políticas. Todo el derecho, todas las normas jurídicas, todas nuestras instituciones —de las constituciones a las leyes y a las prácticas judiciales, administrativas y negociales, de los aparatos políticos a los administrativos, de los entes públicos a los privados— son el producto de las opciones de los hombres, según resultan de sus valores e intereses; y todos somos, repito, responsables de cómo son construidos y funcionan el derecho y las instituciones. Tal es el significado profundo del *positivismo jurídico*. Con este y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente, nace la política moderna, precisamente, como producción y transformación del derecho, esto es, de las reglas de las relaciones sociales. A partir de entonces, el lenguaje del derecho se convierte en el lenguaje de la política, sea de gobierno o de oposición. Es el lenguaje en el que se formulan los problemas sociales y sus controvertidas soluciones, las leyes, pero también sus proyectos de reforma, la defensa, pero también la crítica del derecho existente y la proyección del derecho futuro. De aquí se siguen dos corolarios.

El primer corolario del principio de legalidad es la separación de derecho y moral y, por eso, la autonomía del derecho positivo vigente del punto de vista de la moral y de la política. Si es verdad que es derecho todo y solo lo producido por el legislador, entonces no solo el derecho es un producto de la política, sino que su existencia y su



“Las actuales constituciones imponen a la ciencia jurídica un rol que podría decirse militante”

validez formal se separan de la justicia, en el sentido de que no todas las normas jurídicas son justas solo porque válidamente producidas y por eso existentes y formalmente válidas y, a la inversa, no todas las normas justas son jurídicas, cuando no sean formalmente válidas, es decir, existentes porque válidamente producidas. En suma, por efecto del principio de legalidad se produce una virtual divergencia entre el deber ser moral y político del derecho y su ser efectivo, entre el derecho justo y el derecho existente. Y se genera el espacio del punto de vista moral y político externo al derecho positivo. Que es, precisamente, el punto de vista ético-político, de la justicia, más allá y a veces contrario al derecho positivo: crítico en relación con el derecho existente, cuando este sea considerado injusto, y proyectivo de un derecho más justo del existente.

El segundo corolario, conectado con el primero, es el papel pragmático del que están investidas, no solo la política, sino también la teoría del derecho y la filosofía de la justicia. Si el derecho es hecho por los hombres, esto quiere decir que es antes el producto de cuántos lo han pensado y teorizado, y por eso de la filosofía jurídica y política. En efecto, puede decirse que los padres constituyentes del moderno estado de derecho fueron, bastante más que los juristas o los gobernantes, los filósofos de la política, de Thomas Hobbes a John Locke y a Montesquieu, de Beccaria a Kant y a Stuart Mill. De aquí la dimensión pragmática y la responsabilidad de la teoría del derecho y de la filosofía jurídica y política en la teorización y proyección del derecho y de las instituciones políticas. En efecto, también la

democracia es una construcción jurídica, además de una construcción política y social, y como tal supone una proyección teórica que solo la teoría del derecho y la filosofía política son capaces de desarrollar.

Bajo estos dos aspectos, precisamente, el positivismo jurídico, con paradoja solo aparente, sirve para fundar, mucho más que el enfoque iusnaturalista, la dimensión crítica y la responsabilidad política de la construcción y de la transformación de los ordenamientos jurídicos. Y es por lo que constituye un presupuesto elemental del liberalismo y de la total autonomía respecto del derecho existente, del punto de vista crítico, moral y político externo a él. Con el positivismo jurídico se determina una transformación epistemológica del saber jurídico: la ciencia del derecho ya no puede pretender ser la ciencia de lo equitativo y de lo justo, al ser únicamente la explicación de su propio objeto, el derecho positivo, a través de la interpretación; donde el punto de vista de la justicia, confiado a la filosofía política, se separa del de la existencia y la validez de las normas jurídicas. Precisamente porque el derecho, según el postulado positivista, es un artificio, es decir, algo hecho por los hombres, puede muy bien ser injusto y no puede pretender para sí una intrínseca justicia o racionalidad. Una pretensión que, en cambio, está presente en el tendencial iusnaturalismo que subyace a la tesis de la conexión entre derecho y moral. Una tesis que en estos años ha vuelto a plantearse por gran parte de los exponentes del neoconstitucionalismo principialista y que tiene una expresión ejemplar en la conocida fórmula de Gustav Radbruch

según la cual, si una norma es intolerablemente injusta, no es jurídicamente válida; lo que equivale a decir, por la segunda ley lógica de la contraposición, que si es jurídicamente válida entonces no es intolerablemente injusta, o sea, es tolerablemente justa. Que es precisamente la tesis autoritaria e iliberal que caracteriza a todo *legalismo ético*.

3. El significado del constitucionalismo jurídico y el punto de vista crítico interno

El segundo punto de vista crítico en relación con el derecho vigente, que debe hoy informar los estudios jurídicos y la actividad de jueces y juristas, es el generado por el segundo de los dos aspectos de la actual fenomenología del derecho, señalados al principio. Me refiero al carácter artificial, no solo del derecho, sino también de los principios y los valores a los que este debe adecuarse y, con ello, a la distancia que separa esos principios de la efectiva realidad del derecho vigente. Gracias a la introducción de las constituciones rígidas, todo el derecho, para ser sustancial y no solo formalmente válido, debe, por un lado, ser compatible y, por otro, actuar los principios de justicia —la igualdad, la dignidad de las personas, los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales— estipulados en esas normas de derecho positivo supraordenadas a todas las demás que están formuladas en las cartas constitucionales, nacionales e internacionales. Tal es el significado y la sustancia del *constitucionalismo jurídico* que se ha afirmado con las actuales constituciones rígidas y que, por eso, podemos concebirlo como un positivismo jurídico reforzado y perfeccionado, en cuanto ampliado a las opciones a las que debe ajustarse la legislación. En suma, las constituciones designan el proyecto jurídico del futuro: los principios que debe garantizar y actuar la legislación ordinaria y que equivalen a otros tantos límites y vínculos impuestos a la política. La política sigue siendo la fuente y el motor de la producción jurídica. Pero esta se subordina al derecho expresado por las constituciones y, en particular, a la prohibición de lesión de los derechos de libertad y a la obligación de actuar los derechos sociales. Una prohibición y una obligación lógicamente implicadas por esas expectativas negativas o positivas en las que consisten todos los derechos fundamentales y que, por eso, imponen, una, un paso atrás y, la otra, un paso adelante de la esfera pública. De aquí se siguen de nuevo dos corolarios.

El primer corolario del principio de legalidad constitucional es una segunda separación: la separación entre existencia y validez de las normas jurídicas. Si es cierto que adquiere existencia todo y solo el derecho producido en las formas establecidas por las normas sobre su formación, entonces la existencia o la vigencia de estas se separa también de su validez jurídica, y no solo de su justicia. En efecto, es perfectamente posible que lleguen a existir normas incompatibles con los principios constitucionales y por eso inválidas, y que, en cambio, alcancen existencia las normas de actuación implicadas e impuestas por tales principios. En otras palabras, es muy posible que exista el *derecho ilegítimo*, esto es, el ilegítimo ejercicio del poder, por acción o por omisión. La del derecho ilegítimo es una figura que el viejo positivismo jurídico —basta pensar en Hans Kelsen— concebía como una «contradicción en los términos» y que, en cambio, representa hoy el rasgo caracterizador y paradójicamente precioso de las actuales democracias constitucionales.

En efecto, pues a causa de la virtual divergencia entre «deber ser» constitucional y «ser» legislativo del derecho, en los ordenamientos dotados de constituciones rígidas existen, virtual e inevitablemente, antinomias y lagunas.

El segundo corolario es el espacio abierto al punto de vista crítico, no solo político o externo, sino también jurídico o interno al derecho positivo: que es, precisamente, el punto de vista de los principios constitucionales, crítico en relación con el derecho existente, cuando este se considere inválido, y proyectivo de las normas de actuación de los aludidos principios cuando estas resulten inexistentes. Aquí es directamente la ciencia jurídica, y no la filosofía política o de la justicia, la investida, en el plano epistemológico antes aún que en el civil y político, de un papel crítico y proyectivo. En efecto, son las actuales constituciones rígidas las que, de ser tomadas en serio, imponen este rol de la ciencia jurídica, que bien podría decirse militante: de un lado, la crítica de las normas jurídicas inválidas en relación con ellas, o sea, de las antinomias, para que sean anuladas por la jurisdicción; de otro, la proyección de sus normas de actuación, es decir, de sus garantías, a fin de que las lagunas sean eliminadas por la legislación.

En este doble papel —crítico y proyectivo de la ciencia jurídica— se manifiesta el nexo isomórfico existente entre derecho y sistema político y, en particular, entre los rasgos estructurales de los actuales ordenamientos jurídicos y la democracia. Es el nexo que hay que mostrar siempre a los estudiantes para motivar su compromiso civil y estimular la pasión por el estudio del derecho. Nexos que consisten en la correspondencia entre las condiciones, tanto formales como

sustanciales, de la validez de las normas jurídicas y las dimensiones, tanto la formal como la sustancial, de la legitimidad democrática del sistema político. En los estados absolutos, *quod principi placuit legis habet vigorem et legitimitatem*: la voluntad del soberano es condición necesaria y suficiente tanto de la validez como de la legitimidad de sus actuaciones. En la democracia política del estado legislativo la validez jurídica de las leyes, que son las fuentes supremas del ordenamiento, está condicionada solo a las formas político-representativas de la producción legislativa, que corresponden a la dimensión formal o política de la legitimidad democrática. En la democracia constitucional la validez jurídica está determinada, no solo por la conformidad de las normas producidas con las formas político-representativas establecidas por las normas sobre su producción, sino también por su coherencia y plenitud con respecto a los principios de justicia constitucionalmente establecidos, que corresponden, a su vez, a la dimensión sustancial o constitucional de la democracia.

Así pues, actualmente, la construcción de la democracia consiste en la teorización, la puesta a punto y la defensa de las garantías constitucionales y de las conexas funciones e instituciones de garantía, idóneas para asegurar la coherencia y la plenitud de la legalidad ordinaria en relación con los principios constitucionalmente establecidos. Y esto vale no solo para las garantías de los derechos y de los demás principios de justicia establecidos por las constituciones nacionales, sino también, y de manera cada vez más vital y urgente, para las garantías de los principios de justicia —la paz, los derechos fundamentales, la protección del medio ambiente—

“Esa extraordinaria novedad que es la rigidez de las constituciones, esto es, la sumisión al derecho del derecho mismo”

establecidos en las diversas cartas y convenciones internacionales. En efecto, pues los poderes económicos y políticos que cuentan, que, por su carácter desregulado y salvaje están provocando las agresiones más mortíferas para la democracia, los derechos humanos y la propia habitabilidad del planeta, se han desplazado al ámbito internacional. Por eso, hay que estimular la reflexión científica y el compromiso civil de quienes se dedican al estudio del derecho hacia la construcción de un garantismo constitucional global a la altura de los problemas y los actuales desafíos.

4. El cambio de la relación entre política y derecho, entre ciencia política y ciencia jurídica generado por el paradigma constitucional

Todo esto ha cambiado la relación entre derecho y política. En el pasado —todavía en los años de mi formación, cuando en Italia la Constitución no había entrado aún a formar parte del horizonte de la mayor parte de los juristas— el derecho, la jurisdicción y la ciencia jurídica eran los lugares de la conservación y a veces de la reacción. Los lugares del progreso y de la transformación en sentido democrático del derecho existente, a través de la construcción del estado social y de las garantías de los derechos sociales y del trabajo, eran la política y la legislación. Como he dicho, para bien o para mal, en el estado legislativo todo el derecho era un producto de la política que, por tanto, representaba la única práctica institucional que tenía encomendado el cambio de los sistemas políticos en sentido progresivo.

Hoy se ha invertido esa relación entre derecho y política, entre cultura y práctica jurídica y cultura y práctica política. Con la introducción de constituciones rígidas en nuestros ordenamientos, y con la positivización, por tanto, de principios de justicia, como el de igualdad y los derechos fundamentales como normas supraordenadas al artificio jurídico e institucional en su totalidad, el papel de la cultura jurídica se ha convertido en el de la defensa, científica y civil al mismo tiempo, de la legalidad constitucional y por eso de la normatividad de los derechos fundamentales y de los principios de justicia constitucionalmente establecidos. También ha cambiado el papel de la jurisdicción. Este no es ya es el de aplicación de la ley, cualquiera que esta sea, sino el de sujeción a la ley solo si constitucionalmente válida y, al mismo tiempo, el de su censura, mediante la inaplicación o la excepción de inconstitucionalidad, cuando se la considere constitucionalmente inválida. Son roles que no tienen precedentes en la historia, al haber sido impuestos por esa extraordinaria novedad que es la rigidez de las constituciones, esto es, la sumisión al derecho del derecho mismo. Así, el constitucionalismo ha cambiado el estatuto epistemológico de la ciencia y de la práctica jurídica: ya no la simple descripción y aplicación del derecho existente, cualquiera que sea, promovidos por el viejo método técnico-jurídico, sino su crítica y su proyección sobre la base del carácter

normativo de los principios de justicia —la igualdad, los derechos fundamentales, la dignidad de las personas— estipulados en las cartas constitucionales.

Por otro lado, se ha producido simultáneamente una regresión de la política. En la era de la globalización, debido a la asimetría entre el carácter global de la economía y el carácter aun prevalentemente estatal de la política y del derecho, los grandes poderes económicos y financieros se han sustraído a los vínculos políticos y jurídicos con expresión en las funciones públicas estatales, tanto de gobierno como de garantía. De aquí se ha seguido una sustancial impotencia de la política frente a los poderes del mercado, a lo que ha correspondido una renovada potencia y prepotencia de estos en relación con las personas y sus derechos, que contradice el paradigma constitucional. En efecto, la política puede ser impotente y subalterna a los mercados en la medida en que desarrolle su máxima potencia en el gobierno de la sociedad. De aquí la crisis regresiva de la política, no solo en Italia sino en gran parte de los países occidentales. En muchas de nuestras democracias, la política actual se ha hecho impermeable a las demandas sociales de justicia y ha dado un giro a su propio papel de gobierno, agrediendo al estado social, los derechos a la salud, la educación y los derechos de los trabajadores, en obsequio a las directivas de los mercados ante los

que ella se siente bastante más llamada a responder que ante los electores.

Asistimos así a un fenómeno singular y en apariencia paradójico: de un lado, a procesos deconstituyentes promovidos por la política y consistentes en la progresiva erosión del estado social y de las garantías primarias de los derechos fundamentales; de otro al simultáneo desarrollo del papel garantista de los órganos de la jurisdicción y, al mismo tiempo, de una ciencia jurídica progresista comprometida en la defensa de los principios constitucionales. Los papeles de las dos funciones y de las dos culturas —del derecho y de la política, de la jurisdicción y de la legislación, de la cultura jurídica y de la cultura política— se han invertido en gran medida: mientras la jurisdicción, sostenida por una cultura jurídica informada en los principios constitucionales, desarrolla un papel de tutela de los derechos a través, cuando menos, de la efectividad de sus garantías secundarias, la política y la legislación desenvuelven el papel opuesto de agresión y restricción de los derechos, no actuando sino, por el contrario, reduciendo sus garantías primarias. En suma, la tutela de los derechos se está desarrollando en el nivel jurisprudencial de las garantías secundarias, mientras retrocede en el plano legislativo y administrativo de las garantías primarias. A causa del descrédito de la política, generado por su subalternidad a los

“la política actual se ha hecho impermeable a las demandas sociales de justicia y ha dado un giro a su propio papel de gobierno, agrediendo al estado social”

SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

mercados y su creciente distancia de la sociedad, las demandas de justicia se dirigen en medida creciente al poder judicial, llamado a intervenir por las violaciones legislativas, administrativas y contractuales de los derechos en materia de trabajo, medio ambiente, tutela de los consumidores, cuestiones de bioética y abusos de poder.

5. La educación de los juristas para la democracia

Las razones de esta inversión de papeles —el progreso de la jurisdicción y, en general, de la cultura jurídica, y el opuesto retroceso de la legislación y de la cultura política— son múltiples. La primera es el distinto tipo de profesionalidad. Los jueces, cuya función es aplicar el derecho, toman el derecho, comenzando por las constituciones, bastante más en serio que los políticos; y lo mismo hacen los juristas, en su trabajo explicativo del derecho vigente, que no puede dejar de ser crítico de sus perfiles de inconstitucionalidad. En suma, a causa de su papel profesional, jueces y juristas advierten el carácter vinculante de los principios y los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, porque son normas de derecho positivo supraordenadas a cualquier otra. Simultáneamente, la política, al menos en Italia, ha sufrido el proceso opuesto. Debido, nuevamente, a un rasgo profesional —el hábito de la falta de límites, hoy favorecida por su desarraigo social— aquella está cada vez menos dispuesta a aceptar los vínculos constitucionales; también porque se ha producido una pérdida de la memoria de los nunca más pronunciados en la etapa constituyente que siguió a la segunda guerra mundial con el consiguiente desvanecimiento de los principios constitucionales de los horizontes programáticos de la política.

La segunda razón está en la independencia institucional de la jurisdicción y en la intelectual de la ciencia jurídica y, al contrario, en la dependencia de la política de los mercados, es decir, de los poderes económicos y financieros desarrollados fuera de las fronteras nacionales, en el actual mundo globalizado. Como he dicho, la política actual no solo es impermeable a las demandas sociales de justicia, sino que ha invertido su propio papel de gobierno de la economía, reduciendo las garantías de los derechos sociales a la salud y la educación y de los derechos de los trabajadores bajo la presión de los poderes económicos y financieros. En Italia, desde hace treinta años, la «governabilidad», es la

“A causa del descrédito de la política,
generado por su subalternidad a los
mercados y su creciente distancia de la
sociedad”

consigna común a las políticas de gobierno. Donde «governabilidad» quiere decir simplificación y verticalización del sistema político, marginación del parlamento, quiebra de la representación, manos libres en la agresión a los derechos sociales y del trabajo, omnipotencia de la política frente a la sociedad impuesta por su sumisión a la economía y al capital financiero. Añadiré que esta regresión de la política está provocando también la regresión moral e intelectual de gran parte de la sociedad, que se manifiesta en la desconfianza, la depresión, la rabia, el odio, la caída de la solidaridad, en la general agresividad y en la asunción del interés personal y el dinero como únicos metros y valores.

Frente a esta involución, la ciencia jurídica adquiere un papel de defensa de la Constitución y de denuncia de sus violaciones, gracias a la feliz coincidencia entre rigor científico y compromiso civil y político. Precisamente, sobre la base de las tesis de que los principios constitucionales están supraordenados a la política; de que la garantía de los derechos fundamentales y de los principios de igualdad y dignidad constitucionalmente establecidos no son opciones morales libradas a la discrecionalidad de la política, sino límites y vínculos jurídicos a la legislación y a la acción de gobierno, que obligan a leer y denunciar como antinomias y lagunas sus violaciones, sean por acción o por omisión; de que, en fin, es precisamente del respeto y de la actuación de los principios constitucionales, reivindicados y defendidos por la ciencia y la práctica jurídicas, de lo que depende la legitimación democrática de todas nuestras instituciones.

El garantismo constitucional, al investir a la ciencia y a práctica jurídicas de este papel de defensa de los derechos fundamentales, les ha conferido un nuevo sentido y, añadiré, un encanto que nuestros estudios no tuvieron nunca en el pasado. Nuestra enseñanza de las disciplinas jurídicas debería conseguir, sobre todo, hacer advertir a los estudiantes este nuevo encanto del derecho como instrumento indispensable de la construcción de la democracia. En esta enseñanza consiste la educación de los futuros juristas para la democracia.

“este nuevo
encanto del
derecho
como
instrumento
indispensable
de la
construcción
de la
democracia”

Solicitud de Protección Internacional ante los Juzgados de Instrucción, cuestión prejudicial asunto C-36/20 PPU y sus efectos

María del Pilar Barrado Liesa

Magistrada Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Sabadell

Nadie se cuestiona que las garantías procesales de los detenidos y de los investigados se cumplan. Sin embargo, he sido espectadora de la continua infracción de los Derechos Fundamentales de las personas migrantes, y de la dificultad de quienes tenemos la función constitucional de velar por la tutela de los derechos e intereses legítimos de cualquier ciudadana o ciudadano en el ejercicio de nuestras funciones jurisdiccionales, para que se cumplan dichas garantías.

He sido testigo directa, del incumplimiento de normas básicas que nadie se cuestiona en otros supuestos, como son las normas sobre la práctica de las primeras diligencias de investigación, la aplicación del Real Decreto 32/2009, de 16 de enero, por el que se aprueba el Protocolo nacional de

actuación Médico-forense y de la Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples; o los artículos 62 y 63 de la Ley 20/2011 de 20 de julio de Registro Civil que establecen la obligatoriedad de la inscripción del hecho del estado civil de la defunción.

Si un grupo de turistas suecos contratasen un viaje en barco alrededor de la isla de Gran Canaria, y el patrón de la embarcación abandonara la misma, e intentando llegar a la costa tres de los turistas perdieran su vida, y el resto sufrieran heridas, nadie dudaría en aplicar dicho Real Decreto, y nadie dudaría de que los sobrevivientes padecen un grave shock traumático. Lo primero que se haría es avisar a la jueza de guardia, y se investigarían los hechos por si fueran constitutivos de delito, a los

..”como juezas y jueces estamos sometidos al imperio de la ley y no nos podemos dejar llevar por la dinámica de lo que hacen “otros”, de lo que se hace automáticamente, del “esto siempre se ha hecho así”, sino que es nuestra obligación garantizar los derechos y libertades de los más vulnerables”

responsables, se practicarían las diligencias oportunas para identificar a las víctimas y se daría la oportuna asistencia psicológica a ellas y a sus familias. Sin embargo, si la embarcación es una patera y sus ocupantes costamarfileños, ni siquiera se avisa a la jueza de guardia; y es esta la que tiene que llamar a la Policía Nacional tras enterarse del suceso extraoficialmente más de 12 horas después. Y tiene que ordenar que las supervivientes sean trasladadas al juzgado para tomarles declaración a los efectos de conocer las circunstancias de los hechos y la identificación de las víctimas para la inscripción del fallecimiento en el Registro Civil como haríamos con los ciudadanos suecos.

Sobra decir que no hubo apoyo psicológico a los familiares de las víctimas, por el contrario, se encontraban detenidas en dependencias policiales, a la espera de pasar a disposición judicial dos días después para el ingreso en un CIE. A nadie parece importar el dolor de estas víctimas, puede que este lo oculte el color de su piel; pero como juezas y jueces estamos sometidos al imperio de la ley y no nos podemos dejar llevar por la dinámica de lo que hacen “otros”, de lo que se hace automáticamente, del “esto siempre se ha hecho así”, sino que es nuestra obligación garantizar los derechos y

libertades de los más vulnerables.

He visto el trato degradante dado a los migrantes en nuestros juzgados. Antes del COVID, ya eran tratados como “apestados”, sin informe médico que avalara su supuesta enfermedad. Son marcados en sus camisetas con el número con el que se les llama para salir de calabozos, entrar en el juzgado de guardia, sentarse en la mesa para tomarles declaración, firmar la misma. A nadie se le ocurriría marcar con un número la ropa de unos detenidos rusos por muy complicado que sea su alfabeto; sin embargo, un gambiano, o un senegalés, usando el mismo alfabeto que nosotros, son marcados y denominados por el signo numérico dibujado en su camiseta; nadie les llama por su nombre.

Diariamente, se produce una infracción de las garantías procesales que se otorgan a quienes cometen un delito, pero no a quienes cometen una infracción administrativa. Algunas de ellas por escrito, y en el marco de un procedimiento como es la solicitud de privación de libertad e ingreso en Centro de Internamiento de Extranjeros de un ciudadano de tercer Estado en situación irregular en España. Puedes leer en la diligencia de lectura de derechos que no se contienen todos los derechos que el artículo 520

LECr, otorga a toda persona detenida. En primer lugar, porque no se utiliza un lenguaje sencillo y accesible, para alguien que ha salido de su pueblo en el Norte de Mali, escapando de una situación de guerra y hambre y jugándose la vida tras una travesía de varios días en el Océano en condiciones inhumanas y en un lengua que no es su bambara de origen; en segundo lugar, porque, no se les informa, ni se ejerce algunos de los derechos básicos de cualquier detenido por cualquier delito por horrible que nos parezca, como es el derecho a comunicar a algún familiar o persona que desee su privación de libertad y el lugar de custodia, ni el derecho a comunicarse telefónicamente con un tercero de su elección. He tenido que escuchar cuando he dejado constancia de estas infracciones en alguna resolución que no se trata de un detenido penal, sino de un detenido administrativo y que por lo tanto no les corresponden estos derechos.

Una de las carencias más importantes y graves, por las consecuencias de fondo que supone, es la falta de información sobre la posibilidad de solicitar Protección Internacional. Hay inmigrantes que llegan en patera procedentes de países en conflicto como es Mali, son detenidos, pasados a disposición judicial, ingresados en un CIE y devueltos a su país de origen sin que nadie les haya explicado esta posibilidad (Nunca ocurre esto si son ingresados en el CIE de Gran Canaria, gracias a nuestro compañero Arcadio Díaz Tejera).

El artículo 6 apartado 1º, párrafo 2º y 3º de la Directiva 2013/32 hace mención a “otras autoridades” que pese a ser probable que reciban la solicitud de Protección Internacional, no sean competentes para

registrarlas conforme al derecho nacional, y establece la obligación de que los Estados miembros velen porque estas “otras autoridades” dispongan de la información pertinente y su personal reciba la formación necesaria e instrucciones para informar a los solicitantes sobre dónde y cómo deben presentarse las solicitudes de protección internacional; así como el traslado al órgano competente para su resolución. La Ley de asilo de España, no contempla la figura de esas “otras autoridades” ante quienes se pueda manifestar la voluntad de solicitar protección internacional, y ello se debe a que ni esta Directiva, ni la 2013/33 han sido transpuestas por España al ordenamiento nacional.

Desde mi llegada al Juzgado de Instrucción nº3 de San Bartolomé de Tirajana y la primera patera que me pasaron en el juzgado de guardia para internamiento en un CIE, he considerado que conforme a esta Directiva, cualquier juez o jueza de instrucción ante quien se presente un extranjero en situación irregular en España, para su internamiento, es una de esas “otras autoridades”. Y que, de la misma, se deriva una obligación de informar al extranjero de esta posibilidad; y que en el caso de que este manifieste su voluntad de solicitarla ante el juzgado, se debe dar traslado al órgano competente, para que se proceda conforme a la Ley nacional; esto es, al registro de la solicitud y a su tramitación, solicitando un volante de manifestación de la voluntad a la Policía Nacional.

Esta declaración ante el Juzgado de Instrucción tiene importantes efectos porque en virtud del artículo 26 de la Directiva 2013/32/UE, no procede el

internamiento de los solicitantes de protección internacional, que remite a la Directiva 2013/33/UE y que establece en su artículo 8 el principio no internamiento con carácter general de los solicitantes de Protección Internacional, así como los supuestos en que procede el mismo, y la posibilidad de medidas alternativas. Por lo tanto, desde que el nacional de tercer país manifiesta ante el Juzgado de Instrucción su voluntad de solicitar protección internacional, debe estar protegido por el principio de no devolución, y por lo tanto no debe ser ingresado en un CIE, por lo que es necesario informarle del Derecho e incluir esta pregunta en su declaración a los efectos de no acometer tan grave injerencia en su libertad.

El juez o la jueza de Instrucción que debe resolver el internamiento debe examinar como señala el artículo 62 LO 4/2000 con carácter general las circunstancias concurrentes para acordar o no el internamiento; y en particular señalar algunas, como el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos

sancionadores pendientes; así como la existencia de una enfermedad grave del extranjero. Dichas circunstancias a tener en cuenta no están tasadas por la norma nacional, y no deben excluir las preguntas básicas sobre la voluntad de solicitar protección internacional, ni sobre si nos encontramos ante una posible víctima de trata de seres humanos, como nos exige el artículo 59 bis del mismo texto legal.

El día 12 de diciembre de 2019, a las 19:05 fue interceptada por Salvamento Marítimo una patera que pretendía llegar a la costa de Gran Canaria; en ella viajaban 45 varones de origen subsahariano. Tras la primera asistencia humanitaria y médica por parte de Cruz Roja y Servicio Canario de Salud, estos pasaron a disposición de la Brigada Local de Extranjería y Fronteras de la Comisaría de Policía Nacional de Maspalomas, trasladándolos hasta la Jefatura Superior de Policía de Canarias.

El día 13 de diciembre de 2019, se acordó por la Subdelegación del Gobierno en Las Palmas el acuerdo de devolución de todos ellos, en base al contenido del artículo 58.3.b de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por pretender entrar ilegalmente en España; solicitando al día siguiente el ingreso de todos ellos en un Centro de Internamiento de Extranjeros (en adelante

CIE) por no poderse ejecutar la medida en el plazo de 72 horas, conforme artículo 58.6 de la LO 4/2000, por lo que pasaron a disposición judicial.

En el Juzgado de Instrucción, en presencia de la jueza, Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado, funcionaria del Cuerpo de Gestión Procesal, letrada e intérprete de bambara, se levantó la oportuna acta en la que tras ser informados de sus derechos manifestaron 26 de aquellos hombres malienses su intención de solicitar protección internacional, por tener fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, o pertenencia a un grupo social, por razón de la guerra en su país de origen, Mali, teniendo miedo a regresar porque corrían peligro sus vidas. Dado traslado de su declaración al Ministerio Fiscal, éste, no se opuso al internamiento en CIE.

De la solicitud de Protección Internacional, se dio traslado a la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (en adelante CEAR), quien manifestó al Juzgado por vía telefónica que no había plaza de primera acogida disponible para solicitantes de Protección Internacional, pero que pudieran derivarse a plaza de acogida de ayuda humanitaria en Cruz Roja, a la espera de obtener plaza para solicitantes de Protección Internacional.

De dicha solicitud se dio traslado a Cruz Roja, quienes manifestaron que tenían 16 plazas de ayuda humanitaria disponibles, pero que debían ser tramitadas a través de la Brigada Provincial de Extranjería o de la Delegación del Gobierno. Igualmente, se dictó Providencia, por la que habiendo manifestado 26 inmigrantes para los cuales habían solicitado el internamiento en CIE, su intención de solicitar Protección Internacional, y al haberse solicitado ante

otra autoridad, no competente para registrarla conforme al Derecho nacional; se comunicaba a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de Las Palmas, se expidiera el oportuno volante de manifestación de la voluntad de solicitud de Protección Internacional, a los efectos de cumplir con el contenido del artículo 6.1 de la Directiva 2013/33/UE, según el cual, los Estados miembros velarán porque el registro se realice en el plazo máximo de los seis días hábiles siguientes a la formulación de la solicitud. Se acordó que se pusiera en conocimiento de dicha solicitud a ACNUR, a través del correo electrónico; spama@unhcr.org. Y que, careciendo los solicitantes de medios de vida, se procediera conforme a lo dispuesto en artículo 30 de la Ley de Asilo 12/2009, de 30 de octubre y artículo 17 Directiva 2013/33/UE, requiriendo a Delegación del Gobierno en Canarias, Brigada Provincial de Extranjería y Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social a través de su Dirección General de Integración y Atención Humanitaria a fin de que dispensase plaza de Acogida Humanitaria. Remitiendo a todos estos organismos listado de los 26 solicitantes.

Por la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras se remitió oficio por el que se comunicaba el teléfono y correo electrónico de incidencias del Ministerio al que remitimos solicitud, comunicándonos por correo electrónico que existían 12 plazas de Acogida Humanitaria que debían ser atribuidas a dichos inmigrantes según criterios de mayor vulnerabilidad. Por lo que fueron asignadas a 12 de los 26 inmigrantes en función de su edad y su estado de salud, y acordando con relación a los otros 14 inmigrantes, su ingreso en un CIE, por no tener ningún recurso de primera acogida

para solicitantes de protección internacional, ni de ayuda humanitaria, y por no tener otra solución alojativa, pese a la manifestación de que no podía ser ingresado y para que fuera en el CIE donde se tramitase la solicitud de Protección Internacional. Que previo al traslado al CIE, se trasladó a la sede de los juzgados de San Bartolomé de Tirajana un funcionario de dicha Brigada a los efectos de notificar la existencia de cita para la entrevista de solicitud de Protección Internacional a aquellas personas que lo habían solicitado, en cumplimiento del oficio enviado.

Frente a este Auto, el Ministerio Fiscal presentó recurso de apelación por considerar que el auto que acuerda el internamiento no se fundamenta para la finalidad para la que está previsto, esto es, la devolución del extranjero; considerando que la juzgadora se ha extralimitado en sus funciones jurisdiccionales, pues la declaración que realizan los inmigrantes ante el Juzgado de Instrucción, dice que pivota en este sentido, no siendo competente la jueza de instrucción para recibir dicha declaración, por no ser el juzgado de instrucción uno de los órganos competentes donde solicitar el asilo de los contemplados en el artículo 17 de la Ley española de asilo. También considera el Ministerio Fiscal en su recurso que el juzgado se ha extralimitado en sus funciones al buscar un recurso alojativo de Primera Acogida para solicitantes de Protección Internacional o en su defecto de Acogida Humanitaria.

Por su parte, varios letrados de los inmigrantes interpusieron recurso de reforma ante el mismo órgano jurisdiccional, contra la misma resolución, basado en la declaración de solicitud de Protección Internacional, no siendo susceptible de internamiento en CIE conforme al contenido de las Directivas 2013/32/UE, y 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013. Tramitado el recurso, el Ministerio Fiscal, se ratificó en el contenido del recurso de apelación.

Dada cuenta, y expuesto en estos términos la resolución del anterior recurso de reforma quedó el mismo para resolverse el día 23 de diciembre de 2019 y cuyo trámite se suspendió a través del auto de interposición de la cuestión prejudicial, de 20 de enero de 2020, a través del cual se planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

1ª) El artículo 6.1, párrafo segundo de la Directiva 2013/32/UE establece el supuesto para cuando las solicitudes de protección internacional se formule ante otras autoridades que no sean competentes para registrarlas conforme a su Derecho nacional, en cuyo caso los Estados miembros velarán por que el registro se realice en el plazo máximo de los seis días hábiles siguientes a la formulación de la solicitud.

¿Debe interpretarse en el sentido de considerar a los jueces y juezas de instrucción competentes para resolver sobre el internamiento o no de extranjeros conforme a la ley nacional española como una de esas “otras autoridades” que, sin ser competentes para registrar la solicitud de protección internacional, los solicitantes pueden manifestar su voluntad de hacerlo?

2º) Si es considerada, una de esas autoridades ¿Debe interpretarse el artículo 6.1, de la Directiva 2013/32/UE que el juez o jueza de instrucción debe informar a los solicitantes sobre dónde y cómo pueden presentarse las solicitudes de protección internacional, y que en caso de solicitarse debe dar traslado al órgano competente conforme a la ley nacional para el registro y tramitación de la solicitud de protección internacional, y a la autoridad administrativa competente para que se concedan al solicitante las medidas de acogida contempladas en el artículo 17 de la Directiva 2013/33/UE?

3º) ¿Deben interpretarse los Artículos 26 de la Directiva 2013/32/UE y el artículo 8 de la Directiva 2013/33/UE en el sentido de que no procede el internamiento del ciudadano de tercer estado salvo que concurren los requisitos del artículo 8.3º de la Directiva 2013/33/UE, por encontrarse el solicitante protegido por el principio de no devolución desde que realiza dicha manifestación ante el juez o jueza de instrucción?

Dicha cuestión prejudicial fue admitida a trámite por el procedimiento de urgencia y registrada como Asunto C-36/20 PPU, y adaptándose el procedimiento a la crisis del COVID, hubo sentencia el 25 de junio de 2020.

La Comisión Europea, en sus observaciones escritas de 24 de febrero de 2020 manifestó que consideraba que las juezas y los jueces de Instrucción somos una de esas “ otras autoridades”; y ello, porque la Directiva busca asegurar un acceso efectivo, lo más rápido y fácil posible, al procedimiento de examen de Protección Internacional; y a las condiciones de acogida; de manera que la autoridad que recibe la solicitud debe dar traslado directamente a los órganos o autoridades competentes para el registro y la concesión de las medidas de acogida. Y que a partir del momento en que “formula” su solicitud de protección internacional, las condiciones de internamiento del solicitante se rigen por el artículo 8 de la Directiva 2013/33/UE y ya no, aunque fuera el caso hasta ese momento, por la Directiva 2008/115/CE. Por lo tanto, los inmigrantes deben ser considerados como solicitantes de protección internacional desde el momento en que “formulan” su solicitud ante la juez de instrucción de modo que su internamiento no sería posible a no ser que se cumpla alguno de los motivos previstos en el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2013/33/UE. y corresponde al juez nacional realizar esta apreciación. Concluye la Comisión Europea que la Directiva 2013/33/EU no permite internar a los solicitantes de protección internacional simplemente por no

“los inmigrantes deben ser considerados como solicitantes de protección internacional desde el momento en que “formulan” su solicitud ante la juez de instrucción de modo que su internamiento no sería posible a no ser que se cumpla alguno de los motivos previstos en el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2013/33/UE. y corresponde al juez nacional realizar esta apreciación”

haber disponibilidad en los centros de acogida.

El Abogado General, en sus conclusiones de 30 de abril de 2020, manifestó que las Directivas sobre las que se pide interpretación se dictan en el marco del artículo 78 TFUE, y que la política común en materia de asilo se destina a ofrecer un trato adecuado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el principio de no devolución y el artículo 18 de la Carta, que garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra. Mantiene el Abogado General que las juezas y los jueces de instrucción que debemos resolver sobre el internamiento en un CIE somos “otra autoridad” a la que se refiere la Directiva y probablemente la única autoridad antes de ingresar en CIE. Añade, que es necesario garantizar el acceso al procedimiento en una lengua que comprenda, y no como en el caso actual; señala el Abogado General que el inmigrante manifestó a preguntas del Tribunal que fue asistido en Comisaría en una lengua que no conoce y que en el juzgado se le tomó declaración en bamba lengua materna y en la que solicitó protección Internacional; es por tanto, la primera ocasión en que es informado, y puede solicitar protección internacional en un procedimiento tan rápido que puede concluir con una devolución en escasos días y que el hecho de que pueda solicitar Protección Internacional en el CIE no quiere decir que no lo pueda hacer ante el juez. El Abogado General concluyó que, siendo autoridad para recibir la solicitud de protección internacional, estamos obligados a facilitar al solicitante la información sobre cómo y dónde pedirlo, y dar traslado a la autoridad competente para su registro y

para el acceso del inmigrante a las condiciones materiales de acogida. Concluye igualmente que, de solicitarse Protección Internacional en el juzgado no cabe el ingreso en CIE salvo que concurren los requisitos del artículo 8.3 de la Directiva 2013/33.

El 25 de junio de 2020, el TJUE dictó sentencia resolviendo las tres cuestiones planteadas. En primer lugar, que los jueces y las juezas de instrucción debemos ser consideradas “otras autoridades” ante las que se puede pedir Protección Internacional, y eso, porque el legislador de la Unión Europea pretendió adoptar una concepción amplia de las autoridades que sin ser competentes puedan recibir solicitudes de protección internacional, la enumeración que hace la Directiva no es exhaustiva y ello para garantizar el acceso efectivo, esto es, un acceso tan sencillo como sea posible al procedimiento de concesión de protección internacional; haciendo referencia al artículo 25 de la Directiva según el cual el solicitante debe tener las garantías procedimentales suficientes para estar en condiciones de acceder al procedimiento. Y haciendo suyas las manifestaciones de la Comisión Europea y del Abogado General, considera que en un procedimiento tan rápido en el que se acuerda la devolución en 24 horas, la declaración ante el Juzgado de Instrucción es el momento propicio, pues se hace con todas las garantías, presencia judicial, asistencia letrada, intérprete, siendo la primera ocasión en que puede ejercerse, si nadie le había informado al inmigrante irregular de este Derecho, como ocurrió en el presente caso; de manera que el hecho de que pueda hacerlo en el CIE no es obstáculo para poderlo hacer con todas las garantías ante el juzgado de Instrucción.

Sobre la segunda cuestión planteada, la sentencia resolvió que debe interpretarse el artículo 6.1 de la Directiva 2013/32/UE en el sentido de que el juez o jueza de instrucción está obligada a informar a los solicitantes sobre dónde y cómo pueden presentarse las solicitudes de protección internacional, y que en caso de solicitarse debe dar traslado al órgano competente conforme a la ley nacional para el registro y tramitación de la solicitud de protección internacional, al objeto de garantizar la eficacia y la rapidez del examen del procedimiento de examen de las solicitudes de protección internacional, y a la autoridad administrativa competente para que se concedan al solicitante las medidas de acogida contempladas en el artículo 17 de la Directiva 2013/33/UE.

Sobre la tercera cuestión prejudicial, determina el TJUE que deben interpretarse los artículos 26 de la Directiva 2013/32/UE y el artículo 8 de la Directiva 2013/33/UE en el sentido de que si ha solicitado Protección Internacional, no procede el internamiento del ciudadano de tercer estado salvo que concurren los requisitos del artículo 8.3º de la Directiva 2013/33/UE, por encontrarse el solicitante protegido por el principio de no devolución desde que realiza dicha manifestación ante el juez o jueza de instrucción. Y todo ello como consecuencia de la importante injerencia que supone al derecho a la libertad del artículo 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Distingue el TJUE dos fases en el procedimiento, entre solicitud y presentación, manifiesta que debe acogerse una concepción amplia del concepto de solicitante de protección internacional, conforme a los artículos 2 y 3 de las Directivas 32 y 33/3013, y conforme al Considerando 27 de la Directiva 2013/32, según el cual, los nacionales de terceros países y las personas apátridas que hayan expresado su deseo de solicitar protección internacional son solicitantes de protección internacional. Añade que conforme al artículo 6 de la misma Directiva el hecho de la solicitud no requiere formalidad administrativa alguna, formalidades que sí deben observarse en la presentación, por lo que la condición de solicitante de Protección Internacional no puede condicionarse al registro ni a la presentación de la solicitud, la manifestación de la voluntad de solicitar protección internacional ante el juzgado de instrucción es suficiente para que se otorgue la condición de solicitante de Protección Internacional.



“No se trata de una cuestión de humanismo, que también; sino de legalidad, y es la que estamos obligados a cumplir, y que también abarca a las personas más vulnerables de nuestra sociedad, a los inmigrantes que llegan en condiciones de extrema pobreza a nuestras costas”
 que llegan en condiciones de extrema pobreza a nuestras costas.”

Entre esta manifestación ante el Juzgado de Instrucción y la resolución del procedimiento de protección internacional no se puede aplicar el régimen de la Directiva 2008/115, si no los artículos 26.1 de la Directiva 2013/32 y el 8.1 Directiva 2013/33. La protección inherente al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de no devolución debe garantizarse reconociendo al solicitante de protección internacional el derecho a un recurso efectivo suspensivo de pleno Derecho ante al menos una instancia judicial contra una decisión de retorno. Y por lo tanto, no se les puede internar en un CIE, solo se podrá internar si concurren las condiciones del artículo 8. 3 Directiva 2013/33 que permite el internamiento de un solicitante para preparar el retomo o la ejecución del proceso de expulsión por razones de seguridad nacional y orden público, para determinar la identidad, nacionalidad u otros elementos en los que se basa la solicitud de protección internacional que no puedan obtenerse sin el internamiento; o si el Estado miembro puede demostrar sobre la base de criterios objetivos, que, en particular, el interesado ya ha tenido la oportunidad de acceder al procedimiento de asilo, por lo que hay motivos razonables para pensar que únicamente presenta la solicitud de protección internacional para retrasar o frustrar la ejecución de la decisión de retomo.

Termino con la cita que el Abogado General Sr. Maciej Szpunar introdujo sus Conclusiones en esta cuestión prejudicial europea: “El humanismo es ciertamente necesario para la defensa de los derechos de los refugiados. Refleja la preocupación por el otro, por la vida en común (...). Pero no basta con el humanismo. El humanismo solo refleja la cara positiva de la respuesta frente a lo inhumano, cuya cara negativa no tarda en revelarse tras las máscaras, cuando el civismo cede ante la necesidad. Los derechos son la cara positiva de las obligaciones. Estos compromisos descansan sobre sólidos pedestales. Siempre se pueden abolir, pero para ello se necesita una decisión colectiva¹”. No se trata de una cuestión de humanismo, que también; sino de legalidad, y es la que estamos obligados a cumplir, y que también abarca a las personas más vulnerables de nuestra sociedad, a los inmigrantes que llegan en condiciones de extrema pobreza a nuestras costas.

¹ Carlier, J-Y.: “Droit d’asile et des réfugiés. De la protection aux droits”, Recueil des cours, Academie de droit International de La Haye, vol. 332, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008,p.34

ENTREVISTA A

ABIÁN MONTESDEOCA

Pediatra del Centro de atención
primaria de Guanarteme



Buenas Abián, lo primero, gracias por tu tiempo para esta entrevista.

Cuéntanos, ¿cómo ha sido tu experiencia con los menores migrantes en el sur de la isla?

Bueno esta experiencia está resultando para mí, desde un punto de vista personal y profesional, una lección de vida. Tiene ingredientes positivos, ingredientes negativos, tiene momentos impactantes y te hace enfrentarte a la crudeza de la realidad que implica que existan desigualdades entre sociedades. Y lo vemos de primera mano. Porque eso es lo que condiciona, al fin y al cabo, los movimientos de las personas. Son personas que buscan vivir en un sitio mejor, no hace falta que sea tan dramático como tener que estar amenazado de muerte sino simplemente saber que, ahí, en la otra orilla, a escasos 500 km, se puede hacer una vida con mayores posibilidades y con opciones de realización muy diferentes a las que se tienen en los países de origen. Y

eso es lo que alienta, especialmente a muchos muchachos, digo muchachos porque la mayoría de ellos son de sexo masculino, aunque también hay alguna chica de entre 14 y 18 años, realmente eso es lo que tiene que ver conmigo. Pero la mayor parte de los que emigran pues tienen entre 14 y 30 años la mayoría. Son gente muy joven que lo que buscan es tener un futuro mejor y punto. La realidad de los menores de edad.

La verdad es que el concepto “menores” no me gusta usarlo mucho porque tiene una connotación peyorativa. Cuando nosotros celebramos un cumpleaños de un amiguito de nuestros hijos nunca decimos que estamos allí con 30 menores, bueno ahora con el COVID no deberíamos estar más de 10. Pero nunca decimos menores siempre decimos niños. Pues aquí es lo mismo, estos son adolescentes o niños que vienen, algunos de ellos, o muchos de ellos sin compañía de sus adultos de referencia. La experiencia es diferente según tratemos con los niños que vienen acompañados por

sus padres o sus adultos de referencia, que no siempre son sus padres, a veces son sus tíos porque sus padres han fallecido, o es alguno de sus familiares cercanos en los que los padres ponen la confianza para que los acompañen a emprender este duro viaje hacia un futuro mejor, aparentemente. Y después está la otra realidad, que son el grupo de los adolescentes que casi siempre vienen no acompañados. Cuando hablamos con ellos, interactuamos con ellos, cuando vemos sus caras vemos realidades diferentes entre los que vienen desde el Magreb, fundamentalmente de Marruecos. También de Mauritania que, por sus características, las características de esos viajes, vienen en embarcaciones más pequeñas, con motores más potentes, con lo cual su viaje no suele durar más de 3 o 4 días máximos.

Con respecto a los subsaharianos que suelen salir de puntos más distantes vienen embarcaciones de hasta 100 ocupantes con motores más precarios y sus viajes suelen alargarse más de 7 días casi siempre, entre 7 y 14 días, con lo cual, implica mucho mayor riesgo en el mar. Cuando hablamos con ellos, nos relatan lo que acabo de comentarte. Es decir, ellos viajan y emprenden este camino porque no tienen futuro en su sitio, en el sitio donde nacen, ven a sus padres empobrecidos y ellos se sienten jóvenes y con la capacidad de producir, y en su ambiente no lo pueden hacer porque no tienen perspectivas de trabajo, porque hay inseguridad, porque hay muchos problemas de salud y necesitan buscar otro futuro para ayudar a su familia.

Cuando te entrevistas con ellos te lo relatan con total crudeza su travesía. No se buscan eufemismos, ni se buscan pañitos calientes, ni nada por el estilo. Tú le preguntas a los

muchachos si no se dan cuenta de lo peligroso que es el viaje y algunos, los más pequeños ni siquiera son conscientes. Le dices que mucha gente muere en ese trayecto y te responden sonriendo que en su cayuco no se murió nadie. De alguna manera tienen integrado en sus vidas asumir unos riesgos que para nosotros nos resultan absolutamente inconcebibles. Es otra sociedad, otra cultura, es como si estuviésemos en otro momento, en momentos diferentes de la historia, donde las prioridades son diferentes y si las prioridades son diferentes los riesgos que estamos dispuestos a asumir también son diferentes. Y eso lo estamos viendo cómo choque entre dos mundos ahora mismo en Canarias y eso tiene que ver con todo, porque todos los aspectos que podamos intentar trasladar de una sociedad a la otra siempre tienen que llevar matiz. Desde luego, a nosotros nos puede parecer que una pareja que va con sus niños y se meten en un cayuco, en un viaje hacia lo desconocido, poniendo en riesgo sus vidas y la de sus hijos podría ser un comportamiento negligente, pero es que hay que poner este matiz tan importante, que las condiciones de vida allí de dónde salen no son las mismas que las que tenemos nosotros aquí. Lo cual, a la hora de analizarlo, a la hora de juzgarlo o a la hora de interpretarlo pues desde luego hay que tener en cuenta esos matices

¿Qué experiencia has tenido con la justicia o sistema judicial o la fiscalía también, si es que has tenido alguna?

Bueno tenemos que partir de la base de que la situación que estamos viviendo en el muelle de Arguineguín, donde hay personas

que han llegado a estar más de 20 días durmiendo en el asfalto, sobre una manta muy fina de esas, debajo o no de una carpa, como digo, más de 20 días sin ducharse, con una muda, comiendo bocadillos 2 veces al día, no nos parece un trato humano, yo creo que no cumple las condiciones mínimas de la dignidad al trato hacia otros seres humanos. Más aún en un momento de pandemia en el que les estamos exponiendo a un hacinamiento, que es lo que el virus necesita para propagarse. Estamos de alguna manera condenándoles a infectarse por este virus y otras enfermedades transmisibles.

Estamos viendo enfermedades en la piel y en los tejidos blandos como yo no he visto en mi vida, condicionado por las malas condiciones de higiene a las que los obligamos. ¿Por qué no les damos la capacidad de poderse duchar, de poder tener una higiene mínima? En esas condiciones en las que un país como España está tratando a personas que no han cometido realmente ningún delito (...).

A mí, el punto de, entre comillas, enfrentamiento que tengo con el concepto de justicia es tremendo, no sé cómo esto se permite. No se debería permitir. Si nos referimos específicamente a los menores, hemos pasado por un momento dramático en el que la fiscalía puso en marcha la separación forzosa de menores que venían con adultos que los acompañaban. Una separación dolorosa a pie de muelle de niños que tras tener un periplo de más de un año de viaje de sus países de origen hasta las costas marroquíes, o mauritanas, desde donde salen las pateras o los cayucos, habrán pasado por mil y unas vicisitudes peligrosas abandonando su lugar de origen donde sus padres son sus referentes de protección. El mismo viaje, representa una experiencia que ha de ser terrible, y tenemos que pensar que apenas se pueden mover en las barcasas esas, repletas de gente, imagínense esos días con el sol pegando, sin ningún tipo de protección, con el agua de mar salpicando todo el rato el cuerpo, día tras día, mal comiendo y los últimos días en completa inanición, y a veces teniendo que beber agua de mar, con la incertidumbre de saber si llegarán o no llegarán y esas noches... O sea, imagínense un niño o una niña que está junto a sus padres ahí y al llegar al muelle lo separan forzosamente de sus padres. Me parece inhumano, un acto tan inhumano que no entiendo cómo se ha permitido en Canarias estos días. Y yo entiendo que la fiscalía pueda tener constancia de casos puntuales donde se haya utilizado a los niños para la trata de diferentes formas, pero esto no justifica que a todos se les trate por igual y que se considere a todos culpable. Es más, el no separarlos y el acondicionar espacios de acogida donde mantener a la familia, nos va a permitir una valoración de técnicos que estén preparados para ello, para analizar el vínculo que exista entre los niños y los adultos que dicen ser sus familiares o sus padres, independientemente de que se puedan hacer las pruebas genéticas en ese momento y se demuestre la vinculación. Ahora bien, que las pruebas genéticas nos den un resultado positivo y vinculen materno-filialmente a esas familias no significa que no puedan ser

“La fiscalía puso en marcha la separación forzosa de menores que venían con adultos que los acompañaban”

“Me parece inhumano, un acto tan inhumano que no entiendo cómo se ha permitido en Canarias estos días”

víctimas de trata, o sea, que el tema de las pruebas genéticas tampoco le veo demasiado justificación. No, yo creo que al margen del vínculo y poder demostrarse que esos padres y esos familiares realmente cuidan de sus niños, lo más importante en este caso, y yo creo que eso se puede analizar de una forma óptima, es si no lo separamos de sus padres y los mantenemos en sitios de acogida donde pueda estar la familia junta.

¿Has notado comportamientos racistas hacia estas personas?

Desgraciadamente, con la política que está llevando Europa y España, por supuesto, con este tema se está condicionando el acumulo de personas en las islas Canarias y esto incrementa las posibilidades de fractura social porque tenemos que tener en cuenta que en Canarias tenemos un grave problema en la educación, y en algunas cuestiones falta de educación, y lo rápido que se propagan las ideas xenófobas pues representan un caldo de cultivo perfecto para que aparezcan reacciones. Todos conocemos a alguien de nuestro entorno que empieza a tener un discurso xenófobo en algunas de las conversaciones que tenemos a diario y esto da idea de lo que ha calado este sentimiento y va calando más en la población. En cuanto más se acumule, porque van a salir al resto de la península y Europa, a estas personas más posibilidades habrá de que aparezcan conflictos y fractura social en este sentido, y esto es terrible, terriblemente injusto. Y esto no lo están pensando, porque esto va calando y va quedando, y va calando, especialmente en generaciones más jóvenes y puede representar un problema a largo plazo que

nos haga vivir en una sociedad menos tolerante y desde luego una sociedad que no deseamos muchos de nosotros.

¿Y cómo crees que se podría actuar para mejorar la situación de estas personas?

A ver hay que asumir que por muy altos que se pongan los muros, mientras exista desigualdad entre países va a existir migración, eso hay que asumirlo, yo entiendo que debería haber algún tipo de convenio internacional para que haya cierto flujo de personas que puedan viajar libremente de países empobrecidos a países ricos. Evidentemente, no se puede abrir la mano para que pase todo el que quiera, pero bueno, se puede hacer una regulación que permita cierto flujo de personas, un determinado número de personas al año y que se mejoren, luchar de verdad, porque se mejoren las condiciones de vida en los países de origen. Pero, ya una vez puestos y recibiendo esta cantidad de personas lo primero que hay que hacer es acondicionar los lugares de acogida, el lugar de acogida inmediata no puede ser un muelle que no tengan donde asearse y que la gente esté tirada y hacinada en el asfalto, en corralitos como si fuesen ganado. Es decir, el espacio de acogida debe reunir un mínimo de condiciones que no me las invento yo, están ahí en las regulaciones internacionales en este sentido.

¿Crees que los que prestamos un servicio público debemos ir más allá del día a día de la gestión de pacientes/expedientes, e implicarnos aún más en el mundo que nos rodea y con las personas que sufren?

“Un cambio de valores en general en la sociedad es lo que permitiría, creo yo, tener una convivencia más pacífica y feliz globalmente”

La última pregunta es muy interesante. Nosotros deberíamos tener una sensibilidad que nos permitiera ir más allá de lo que nos exige nuestro trabajo, eso desde luego que va con cada persona, pero indudablemente, dramas como este requieren de una actuación que va allá de lo estrictamente profesional, la implicación, por lo menos la que yo veo en el equipo de trabajo, la implicación supera por mucho los requisitos que te exigirían normalmente unas condiciones laborales estándar, por llamarlo así, y en cuanto horarios y en cuanto a cargas de trabajo nadie está pensando aquí si tienes más o menos cargas de trabajo. Aquí estamos todos implicados al 200% en intentar mejorar, en lo posible, las situaciones dramáticas a las que se está sometiendo por una o por otra cuestión a estas personas. Somos trabajadores sanitarios y no nos gusta el sufrimiento y todo lo que podamos hacer por evitar el sufrimiento de las personas pues lo vamos a intentar hacer. De hecho, nos estamos dejando la piel en este sentido, hablo por el equipo que tengo alrededor y es lo que veo a diario. Desde luego, las personas que tienen capacidad de gestionar esta crisis son las principales responsables y son las que deberían evitar situaciones de sufrimiento innecesario en personas, pero los que estamos del otro lado y no tenemos capacidad para gestionar pues tenemos que hacer todo lo que podamos para mejorar las condiciones de vida.

Por último, un deseo para el futuro

¿Y un deseo para el futuro? Bueno pues me gustaría que las sociedades se rigieran por valores humanos a la hora de sostenibilidad, valores ambientales, valores de concordia, que estuvieran por delante del ansia de enriquecernos o el ansia de tener más cosas o cosas más modernas. Un cambio de valores en general en la sociedad es lo que permitiría, creo yo, tener una convivencia más pacífica y feliz globalmente. Desde luego apostar de forma real, mejorar las condiciones de vida de los países empobrecidos, eso desde luego, disminuir el nivel de nuestro bienestar para que eso sea ambientalmente posible. Hay cosas que no necesitamos, no necesitamos un coche que aparque solo, no necesitamos una ducha que se encienda sola cuando nos metemos, son lujos que no necesitamos. No son apropiados mientras exista gente muriéndose de hambre en el mundo.

O sea, disminuir el nivel de vida global de los países ricos para facilitar que los países pobres puedan tener un nivel de vida algo mejor y que sea sostenible con el planeta en que vivimos. Y después, por otra parte, lo que comentaba antes, permitir cierto flujo de personas de forma legal y que no tengan que jugarse la vida intentándolo.



ENTREVISTA A MARIA DEL PRADO ESCODA MERINO

Magistrada. Coordinadora de la ST
de Cataluña

¿Por qué decidiste preparar judicatura?

Yo era de las que en el instituto veía “Ally McBeal”, “Perry Mason”, “Se ha escrito un crimen”. Mi intención, entonces, y cuando empecé la licenciatura; era ser abogada. Sin embargo, cuando se acercaba el final de la carrera; y, a raíz de las recomendaciones que nos dieron los profesores a quienes no nos importaba seguir estudiando, pensé que la judicatura podía ser una opción a la que podía llegar y lograr una mayor estabilidad. La vocación para el ejercicio de esta profesión la empecé a sentir durante las prácticas universitarias en los juzgados, fue creciendo durante el largo camino de la oposición, y, realmente, me di cuenta de que no me había equivocado cuando empecé a trabajar como jueza.

¿Consideras necesaria una política de becas públicas para la oposición de judicatura?

Lo considero imprescindible, y explico el motivo. Hay una parte de los opositores integrantes de núcleos familiares que no necesitan de ayudas públicas porque tienen recursos suficientes para poderse costear esta oposición; hay otra parte cuyo ámbito familiar o situación personal les impide gozar de recursos para sufragar cualquiera de los gastos que conlleva opositar, porque no pueden atender a otras necesidades más básicas; y existe un tercer grupo integrado en unidades familiares que, pese a gozar de los recursos suficientes para procurar la subsistencia al opositor, no pueden o no están dispuestos a sufragar los costes de una oposición.

Podremos discutir si el primer grupo es más o menos numeroso; pero lo cierto es que el segundo no lo es, porque quien está en una situación tan precaria ni se plantea opositar, si es que ha podido costearse una licenciatura. Sin embargo, el tercer grupo; es el más numeroso. Lo era con la crisis de los años 2010 y siguientes, cuando eliminaron las becas; y lo volverá a ser ahora. A este grupo pertencí yo y muchas otras personas que no hubieran podido acceder a esta carrera por el turno libre sino hubiera sido porque fueron beneficiarias de una beca.

¿Cuál es tu actual destino?

Estoy ejerciendo como titular en el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Reus, desde el mes de diciembre del 2016. Antes, virtudes y defectos de ser JED JAT; pasé por un juzgado de primera instancia, un juzgado de instrucción, un juzgado social y un juzgado mixto.

¿Desde cuándo estás asociada a JJpD y qué razón te llevó a asociarte?

Desde que asistí a las presentaciones que las distintas asociaciones judiciales hicieron en la Escuela Judicial, tuve bien claro que, si me asociaba, lo haría en JJPD. Por sus integrantes, por la manera de interpretar y aplicar el derecho, de valorar nuestro trabajo y el del resto de la ciudadanía. Sin embargo, el paso adelante a asociarme no lo di hasta el 1 de febrero del 2018; unos meses después de incorporarme de la baja maternal y más de dos años después de empezar a trabajar.

Por un lado, el tiempo transcurrido desde que empecé a trabajar, me hizo cambiar de

opinión acerca del temor que tenía de que se me pudiera clasificar ideológicamente; porque, quien quería hacerlo, ya lo había hecho por mi forma de trabajar. Por otro lado, la mejor forma de estar al día sobre las novedades legislativas y jurisprudenciales y a la vez profundizar y debatir sobre ellas; cuando menos tiempo tenía por mi nueva realidad familiar; no era otra que estar asociada.

¿Desde qué fecha estás de coordinadora de la ST Cataluña?

Desde el pasado mes de febrero del 2019 estoy de coordinadora y, como portavoz, desde el mes de julio del presente año.

La ST Cataluña es muy numerosa en asociados y asociadas, ¿cómo llevas tu función de coordinadora?

La verdad es que, pese a ser la más numerosa, me siento muy bien participando en la coordinación de esta sección. Resulta evidente que, a mayor número de voces, más matices; y, cuando se trata de personas con carácter, más fuerza en la voz. Siempre resulta mucho más fácil que exista una voz y las demás se limiten a seguirla; pero esta forma de proceder para nada nos identifica; porque ni fomenta el debate crítico ni enriquece nuestra perspectiva de los problemas, como puedo presumir que sí sucede en nuestra ST.

¿Qué riesgos más relevantes consideras que afrontamos como asociación?

En primer lugar, no estar cerca de quienes más nos necesitan y quienes van a conformar el futuro de la asociación; los opositores y nuevas promociones.

En segundo lugar, Si JJpD quiere seguir conservando su espíritu de defensa activa de los derechos fundamentales; si quiere seguir diferenciándose del resto de asociaciones, más benevolentes; no puede adoptar una actitud pasiva ante determinados hechos que claramente suponen un ataque a nuestra función y a los valores que inspiran el estado democrático. Ello, sin que suponga quebrantar las prohibiciones que la LOPJ nos impone y que todos/todas conocemos.

¿Cuáles crees que deberían ser los objetivos principales a perseguir por JJpD?

“Seguir” con aquello que funciona; seguir con: los debates interactivos, las jornadas presenciales de las distintas comisiones y apostar por las webinars durante esta época de pandemia.

“Reforzar” aspectos que en algún momento se dejaron de lado; como es el apoyo y la ayuda al juez/jueza que está empezando, atendiendo a sus dudas e incluso realizando una tutoría en determinadas jurisdicciones especiales.

“Innovar”, prestando atención al opositor y al juez en prácticas.

¿Qué consejo, si es que alguno, darías a alguien que esté a punto de empezar a ejercer como juez/a?

Daría muchos, porque los inicios son complicados; principalmente, porque llevamos mucha preparación teórica y poca práctica. Así que, ante todo, cuando uno/una llega a su primer destino; debería: Ante cualquier duda sobre el funcionamiento más básico del juzgado, no tener vergüenza de

preguntar a la oficina “¿Cómo se hace esto normalmente?”; ante cualquier cuestión más compleja, tomarse el tiempo necesario para estudiar la cuestión y pensar; si aun así, se tiene dudas, pedir ayuda a los compañeros/as; y, lo más importante, no dejar de resolver. Hay casos en los que ninguna de las soluciones propuestas convence completamente, pero una no puede bloquearse. Así que lo único que cabe es decidir y; solo cuando uno decide; si se ha equivocado, lo podrá saber a través de la resolución en segunda instancia.

Para un apartado que llamaremos “Luces, sombras y sueños”, dinos dos, o si quieres alguno más, aspectos positivos o esperanzadores del sistema judicial en nuestro país, dos o más aspectos negativos y un sueño de lo que debiera ser en un futuro.

Las luces, las veo cuando miro hacia los lados y hacia abajo. Lo mejor de nuestro sistema se encuentra en los compañeros y compañeras con los que trabajas, quienes, pese a sus circunstancias laborales, siguen adorando su trabajo; en la ilusión y fuerza con la que empiezan los nuevos jueces y juezas, o debería decir, juezas y jueces por la mayoría imperante de mujeres; otra luz. Tampoco puedo olvidar que aún descubres alguna luz cuando miras hacia arriba, cuando alguien que merece estar, llega; y cuando lees resoluciones de las que aprendes y mucho.

Las sombras, desgraciadamente, las veo cuando los de arriba no miran hacia abajo, porque entonces es imposible que conozcan nuestra realidad; y cuando los de abajo están más pendientes de los de arriba

que del trabajo que tienen enfrente; cuando se pretende volver a crear un “modelo de juez”, acrítico; y cuando descubres que algún compañero o compañera ha perdido la ilusión por el trabajo, agotado por el “peso” del sistema.

Un sueño sería que fuéramos capaces de conseguir que se introdujeran cambios tan profundos en el sistema, que logran que ninguno de nosotros tuviera la necesidad de mirar hacia otro lado distinto más que a lo que tiene delante cada día.

¿Algún libro, película, serie, incluso videojuego, que te haya gustado y recomiendas?

La verdad es que últimamente no tengo mucho tiempo, pero recuerdo perfectamente el último libro que me leí y me gustó y fue “La trilogía del Baztán”. Como serie, recomendaría “Patria”; y como película, una de las que más me marcó fue “En busca de la felicidad” y “la vida es bella”.

COBERTURA SANITARIA ESPECIAL PARA: **MUTUALIDAD GENERAL JUDICIAL**

Nueva Mutua Sanitaria es la única aseguradora con 65 años de experiencia que ofrece servicios sanitarios más personalizados a profesionales relacionados con el derecho. Por eso conocemos mejor vuestras necesidades y exigencias.

EL MUNDO AL DERECHO
 PUEDES SER DE UN COLECTIVO, Y RECIBIR LA ATENCIÓN SANITARIA *Más personalizada.*

NOVEDAD EN EXCLUSIVA
PLAN DE SEGUIMIENTO POST COVID-19
 - Diagnóstico
 - Monitorización
 - Tratamiento de secuelas

Con nosotros te aseguras la máxima cobertura en toda España, con un amplio cuadro médico y prestaciones a la vanguardia tecnológica en los centros hospitalarios de mayor prestigio.

MÁS SERVICIOS EXCLUSIVOS INCLUIDOS PARA MUTUALISTAS MUGEJU:

- GESTOR PERSONAL
- GESTIÓN DE CITAS
- ASISTENTE TELEFÓNICO
- SERVICIO TELEFARMACIA
- AYUDA A DOMICILIO

NUEVAMUTUASANITARIA
www.nuevamutuasanitaria.es
 ☎ 91 290 90 90

EL TRIBUNAL DE ORDEN PÚBLICO Y LA RAZÓN DE ESTADO

Ramón Sáez Valcárcel

Magistrado. Audiencia Nacional

La razón de estado, escribió Voltaire, es una palabra inventada para servir de excusa a los tiranos. La dictadura del General Franco era un orden jurídico político que obedecía a la lógica de la razón de estado, un sistema de excepción permanente donde todos los medios se querían dispuestos al fin de la supervivencia y seguridad del estado, supremo bien político. Su legitimidad de origen fue una rebelión militar acompañada de prácticas genocidas que permitieron a los sublevados reordenar la comunidad nacional, eliminando a los que consideraron enemigos, mediante ejecuciones extrajudiciales, ejecuciones sumarias y detenciones seguidas de desaparición, obligándoles al exilio o condenándoles al silencio y la marginación, por diversos mecanismos, desde la cárcel a la depuración de funcionarios, el expolio del patrimonio y la persecución. Su legitimidad de ejercicio consistió en la defensa del estado y del orden instaurado, que realizaron mediante la represión sistemática de todo disenso con sacrificio de los derechos fundamentales, bajo el peso del recuerdo de la masacre. Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución, afirmaba la Declaración de derechos del hombre de 1789. En un orden de excepción no hay verdadera jurisdicción que solo existe cuando se dan las condiciones para que el juez pueda actuar sin otra vinculación que la que le impone el derecho, es decir, la constitución y la ley como garantes de los derechos y límites de los poderes. La investigación sobre el Tribunal de Orden Público que ahora publica en edición ampliada su autor Juan José del Águila viene a recordarnos esta lección (*El TOP. La represión de la libertad 1963-1977*).



El autor es buen conocedor de la materia sobre la que escribe porque fue abogado en la dictadura y juez en la democracia. Intervino como defensor en cuarentaitrés juicios ante el Top, había sido juzgado y condenado por ese tribunal por delito de propaganda ilegal y fue condenado por la Audiencia Provincial de Madrid, cumpliendo pena de un año de prisión, por desobediencia a los jueces del dicho tribunal «especial». Nos presenta la segunda edición de su investigación a la que ha añadido nuevos hallazgos que ha hecho en los archivos de la represión. La lectura del libro debería ser recomendada en facultades de derecho y de ciencias sociales, pero, sobre todo, en las escuelas donde se forman los juristas de estado, jueces, fiscales, abogados del estado y otros. Porque el jurista no puede vivir al margen de la historia del derecho y de sus instituciones; y porque el pasado inmediato, la dictadura que precedió al sistema constitucional de 1978, es fuente de aprendizaje de lo que quiere decir la razón de estado frente a los requerimientos de las razones del derecho, elementos esenciales de una cultura jurídica democrática que sepa distinguir una de otro, con la necesaria claridad y precisión. Las manifestaciones de desdén hacia los derechos fundamentales y la democracia constitucional que alarman a un sector de la opinión pública, que emiten militares retirados y políticos en activo, son expresión del menosprecio hacia la historia en que hemos vivido y de la despolitización del estado propia de la cultura jurídica y política que ha dignificado al régimen franquista. Frente a este fenómeno, resulta necesario desvelar el rostro de la dictadura.

La investigación sobre el Top -con minúscula, sustantivo, como sus víctimas lo denominaban- es fundamental para reconstruir el dispositivo jurídico de la represión política que gestionó el orden público, sagrada razón de estado, una vez que la nación quedó suficientemente expurgada de enemigos. Fueron cuatro los ejes de la jurisdicción represiva de la dictadura: la justicia militar, con sus consejos de guerra y sus procedimientos sumarios, el Tribunal de Responsabilidades Políticas, el Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo y la jurisdicción de Orden Público. Hay que seguir investigando en los archivos, como ha hecho el autor, porque muchas historias permanecen ocultas y a pesar de las dificultades de acceso a los fondos de la administración militar. Se denominaban jurisdicciones especiales, una calificación que refleja un debate formal sobre el concepto de unidad jurisdiccional, actualmente de poco interés. Lo cierto es que todas ellas eran jurisdicciones de excepción. Los jueces no eran independientes; en los tres primeros órdenes jurisdiccionales ni siquiera eran jueces profesionales -aunque muchos de estos se integraron voluntariamente en ellas-, y en el Top eran designados por el gobierno y removidos libremente. No solo tenían dependencia externa, como el resto de jueces profesionales, también dependían de la jerarquía interna, altamente politizada, designada por el gobierno y fiel guardián de la dictadura. La mayoría militaba en la ideología del franquismo, luego tenían un sesgo de parcialidad. Las leyes, aquellas leyes que promulgaba el dictador, cuando se observaban no estaban sometidas a

La investigación sobre el Top -con minúscula, sustantivado, como sus víctimas lo denominaban- es fundamental para reconstruir el dispositivo jurídico de la represión política que gestionó el orden público

ninguna regla de interpretación, salvo la razón de estado; había excepciones muy notables entre los profesionales, aunque el margen era estrecho y significaba abandonar las aspiraciones de carrera. Los procesos carecían de garantías de contradicción y de defensa. Se celebraban a puerta cerrada y sin publicidad. Salvo en la jurisdicción de orden público, los abogados no eran de libre designación. Las pruebas no se practicaban en el juicio, sino que se condenaba con base en los atestados e informes policiales, algunos anónimos. En la justicia militar las diligencias del sumario eran secretas y la defensa no podía conocer las fuentes de prueba ni impugnarlas. Las confesiones se obtenían bajo tortura y los tribunales no permitían a los letrados interrogar sobre la libertad de la declaración para proteger el honor de los agentes. El proceso debido era desconocido.

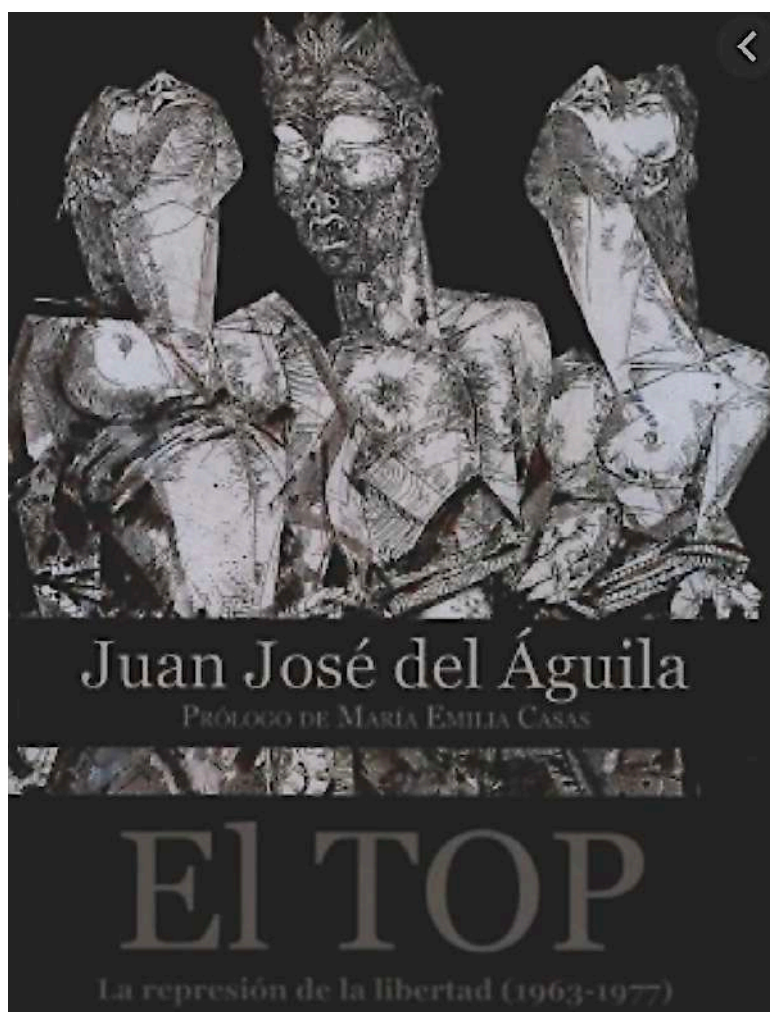
La justicia militar fue la favorita del dictador y siempre tuvo preferencia. Al final de la época, en febrero de 1977, todavía el Tribunal Supremo -que casaba las sentencias del Top y no era considerado parte de la jurisdicción especial a pesar de la forma de designación de sus miembros y de su práctica de excepción como vigía de la razón de estado- declaró la competencia del fuero castrense para conocer de la matanza de obreros causada por el desalojo policial de la reunión que tenía lugar en una iglesia de Vitoria. Precisamente, como cuenta el libro de Juan José del Águila, la creación del Top intentaba lavar la imagen exterior del régimen después del fusilamiento de Julián Grimau en abril de 1963, que considera con buenas razones un crimen de estado. La reconstrucción del caso Grimau, desde su detención hasta su ejecución de madrugada por un pelotón de soldados voluntarios, después de la noche en capilla narrada por el defensor militar, es una pieza única de la historia jurídica de España. Todavía sobrecoge al lector. El autor relata el proceso y reproduce las actas forenses, sentencia incluida. El único jurista del tribunal, un eufemismo, el auditor y ponente, había falsificado el título de licenciado. El cúmulo de violaciones del derecho a un juicio justo, irregularidades de las propias reglas del código de justicia militar por medio, no evitó que la Sala Militar del Tribunal Supremo en 1990 denegara la revisión. La ley de memoria de 2007 declaró ilegítimos los tribunales de la represión e injustas sus sentencias, pero está pendiente la reparación de la ignominia.

La obra contiene mucha y valiosa información sobre el contexto de la creación del Top y sobre sus antecedentes, dos juzgados de instrucción designados ad hoc -ilegalidad de la constitución

de órgano dentro de la excepción-para perseguir a estudiantes universitarios y a la propaganda ilegal, que concurrían en el mismo espacio que el juzgado militar especial del coronel Eymar, instructor de tantas causas concluidas con pena de muerte, entre ellas la de Grimau. El autor relaciona los nombres de los abogados y de los procesados, de los funcionarios destinados en el Top y de los procuradores en Cortes que deliberaron la ley de orden público. Reseña las cifras de aquella actividad de persecución del enemigo político por hechos que, en su inmensa mayoría, hoy son puro ejercicio de derechos fundamentales. Se trata de listas y cuadros confeccionados con la información que el autor ha recogido, sobre número de sentencias, de condenas y

absoluciones, la profesión y el origen de los inculcados y condenados, de su edad y estado civil, de su solvencia económica, datos que se ofrecen en una poderosa frialdad que parece querer reflejar la misma lógica de la máquina burocrática de la represión. La mayoría de los acusados procedían de la clase obrera, no en balde el movimiento obrero fue el sector social que prioritariamente se enfrentó a la dictadura y que pagó las consecuencias. De esta manera, analizando normas, expedientes, procesos y libros de sentencias, la obra levanta acta de acusación del funcionamiento de aquel órgano de la dictadura -que no del derecho, como deben ser los tribunales del estado constitucional-, elaborando una investigación imprescindible de historia jurídica.

Uno de los aciertos de esta obra es dar publicidad al nombre y ocuparse de las biografías de los juristas que sirvieron en el Top, esa es tarea de la historia en una sociedad que no ha sabido ajustar cuentas con su pasado infame, ni ha desvalorado la colaboración con la represión política ni la violación de derechos humanos.



ACTIVIDADES ASOCIATIVAS



Proyecto para crear una bolsa de preparadores/as gratuitos, a la que se ha unido la Unión Progresista de Fiscales, para quienes queriendo empezar la oposición, sin embargo no cuentan con recursos económicos suficientes.

En la misma línea, hemos realizado una propuesta al Ministerio de Justicia para la concesión de becas públicas estatales. Una y otra propuesta han recibido una acogida muy favorable.

El 14 de diciembre, en un Webinar organizado con opositores/as y también con juezas y jueces en prácticas, presentamos nuestros proyectos antes referidos, contamos ya con numerosas solicitudes para preparación de la oposición

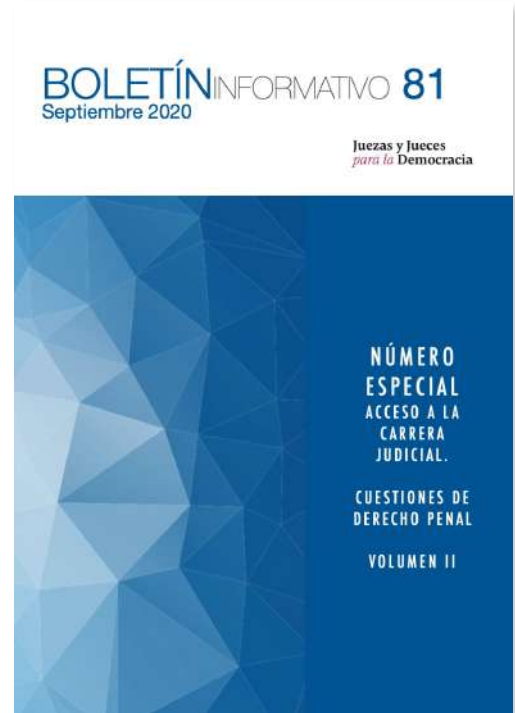


El 1 de diciembre nuestra Comisión de lo Contencioso organizó un Webinar sobre “La última jurisprudencia del TS y del TJUE en materia de expulsiones”

PUBLICACIONES ASOCIATIVAS



[Accede aquí](#)



[Accede aquí](#)



[Accede aquí](#)



[Accede aquí para suscribirte](#)