

diciembre 2025

**Josefa Dolores Ruiz Resa**

*Constitucionalismo gaditano y cultura popular*

**Carlos Villarino Moure**

*Manuel Sacristán y el derecho*

**Joan Picó Junoy**

*Las pruebas personales en los juicios online*

**Joaquim Bosch**

*Las últimas condenas a muerte del franquismo*

**Perfecto Andrés Ibáñez**

*A vueltas con la inmediación*

**Siobhan Keegan**

*La protección de los derechos humanos: una visión desde Irlanda del Norte (II)*

**Francisco J. Laporta**

*¿Jueces en huelga?*

**Luigi Ferrajoli**

*Italia: inconstitucional contrarreforma de la justicia*

**Dossier. Proceso penal constitucional**

**Yolanda Rueda Soriano**

*Lecrim: intrahistoria de un proyecto común*

**Gonzalo Quintero Olivares**

*Las reformas penales: necesidad o conveniencia.*

**Carmelo Jiménez Segado**

*Investigación penal y Estado de derecho*

**Ignacio Rodríguez Fernández**

*Los cargos criminales: atribución y juicio de acusación*

**Daniel R. Pastor**

*Enjuiciamiento penal según Giostra*

**Miriam Cugat Mauri**

*Legislador, juez y reformas penales: el delito de fraude en las prestaciones de la Seguridad social*

# JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACIÓN Y DEBATE

nº 114 diciembre 2025

EDI- *Juezas y Jueces para la Democracia*

**En este número:** Andrés Ibáñez, Perfecto. Magistrado emérito TS  
Bosch, Joaquim. Magistrado  
Cugat Mauri, Miriam. Catedrática D. Penal. UAB  
Ferrajoli, Luigi. Filósofo del derecho  
Jiménez Segado, Carmelo. Magistrado y letrado TC  
Keegan, Siobhan. Lady Chief Justice, Irlanda del Norte  
Laporta, Francisco J. Catedrático Filosofía del derecho, UAM  
Pastor, Daniel R. Catedrático D. procesal, U. Buenos Aires  
Picó Junoy, Joan. Catedrático D. procesal, U. Pompeu Fabra  
Quintero Olivares, Gonzalo. Catedrático D. penal y abogado  
Rodríguez Fernández, Ignacio. Fiscal y letrado TC  
Rueda Soriano, Yolanda. Magistrada  
Ruiz Resa, Josefa Dolores. Catedrática Filosofía derecho, U. Granada y letrada TC  
Villarino Moure, Carlos. Magistrado

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

Publicación cuatrimestral de *Juezas y jueces para la Democracia*

**Consejo de Redacción:** Perfecto Andrés Ibáñez, Joaquim Bosch Grau, José Miguel García Moreno, Iñaki González Vega, Javier Hernández García, Carmelo Jiménez Segado (codirector), Fátima Mateos Hernández (secretaria de redacción), Luis Carlos Nieto García, Yolanda Rueda Soriano, Ramón Sáez Valcárcel, Benjamín Sánchez Fernández (codirector) y Belén Tomás Herruzo (codirector).

El dossier ha sido coordinado por Yolanda Rueda.

Las imágenes de este número son ilustraciones de Georg Pencz (pintor y grabador alemán, 1500-1550).

**Consejo asesor:** Francisco Alemán (U. Córdoba), Antonio Baylos Grau (U. Castilla la Mancha), J. Ángel Brandaíz (U. A Coruña), Cristina Fernández Bessa (U. A Coruña), Juan Igartua Salaverría (U. País Vasco), Sebas Martín (U. Sevilla), Albert Noguera (U. Valencia), Josefa Dolores Ruiz Resa (U. Granada), Francisco Trillo (U. Castilla La Mancha) y Joaquín Urias (U. Sevilla).

**Directrices para los autores:** las normas de estilo se encuentran publicadas en nuestra página web [juecesdemocracia.es](http://juecesdemocracia.es)

**Boletín de suscripción** en la página web.

**Suscripciones y contacto:** *Juezas y Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4.<sup>o</sup> B. 28036 Madrid  
Tel. 682 01 28 84

E mail: [jpd@juecesdemocracia.es](mailto:jpd@juecesdemocracia.es)

Precio de este número: 15 € (IVA incluido)

Suscripción anual (nacional): 30 € (3 números) / Europa: 40 € / Resto: 50 €

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



# ÍNDICE

---

## Dosier. Proceso penal constitucional

|  |    |
|--|----|
| — <i>Intrahistoria de un proyecto común: la Ley orgánica de enjuiciamiento criminal</i>  | 5  |
| Yolanda RUEDA SORIANO .....  |    |
| — <i>Las reformas penales: necesidad o conveniencia</i>  | 19 |
| Gonzalo QUINTERO OLIVARES .....  |    |
| — <i>Investigación penal y Estado de derecho</i>   | 31 |
| Carmelo JIMÉNEZ SEGADO .....   |    |
| — <i>Los cargos criminales: atribución y juicio de acusación</i>   | 43 |
| Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ .....  |    |
| — <i>El enjuiciamiento penal entre divulgación y rigor conceptual.</i>   | 59 |
| La lección de Glauco Giostra. Daniel R. PASTOR .....   |    |
| — <i>Legislador, juez y reformas penales: el nuevo delito de fraude en las prestaciones de la Seguridad social.</i> Miriam CUGAT MAURI ..... | 63 |

## Estudios

|   |     |
|---|-----|
| — <i>Constitucionalismo gaditano y cultura jurídica popular</i>                         | 71  |
| Josefa Dolores RUIZ RESA .....  |     |
| — <i>Manuel Sacristán y el derecho</i>  | 85  |
| Carlos VILLARINO MOURE .....  |     |
| — <i>Las pruebas personales en los juicios online: un estudio de campo</i>              | 97  |
| Joan PICÓ JUNOY .....   |     |
| — <i>La protección de los derechos humanos: una visión desde Irlanda del Norte (II)</i> | 109 |
| Siobhan KEEGAN .....  |     |

## Teoría / práctica de la jurisdicción

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| — <i>A vueltas con la inmediación</i> | 121 |
| Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ .....          |     |

## Memoria

|   |     |
|---|-----|
| — <i>Los procesos de las últimas condenas a muerte del franquismo</i> | 129 |
| Joaquim BOSCH .....   |     |

## Debate

|  |     |
|--|-----|
| — <i>Italia: inconstitucional contrarreforma de la justicia</i>        | 145 |
| Luigi FERRAJOLI .....  |     |
| — <i>¿Jueces en huelga? Reflexiones sobre una hipótesis impensable</i> | 147 |
| Francisco J. LAPORTA .....   |     |

|                      |            |
|----------------------|------------|
| <b>Apuntes .....</b> | <b>151</b> |
|----------------------|------------|



# DOSIER. PROCESO PENAL CONSTITUCIONAL

---

## Intrahistoria de un proyecto común: la Ley orgánica de enjuiciamiento criminal

Yolanda RUEDA SORIANO

*«Dale vida a los sueños que alimentan  
el alma»*

(MARIO BENEDETTI)

*«De todas formas, yo quiero conocer  
los hechos»*

LEONARDO SCIASCIA

### 1. Introducción

Hay consenso entre los operadores jurídicos sobre el hecho de que nuestro modelo de proceso penal es ineficaz y presenta déficits de garantías. También hay tal consenso que sobra la cita en que es un modelo obsoleto y en que favorece inercias burocráticas. Como ha dicho Ignacio Rodríguez, en nuestro sistema «todos los sujetos del proceso circulan por un mismo carril portando una pesada carga de papel sellado que va aumentando de tamaño hasta que, finalmente, se deja en manos de un nuevo porteador. Este diseño produce un efecto común en todos los actores implicados: los convierte en burócratas ansiosos de liberarse de la última oleada de asuntos antes de la llegada de la siguiente marea»<sup>1</sup>.

El modelo vigente se caracteriza por el predominio de la escritura, la dispersión de los trámites, la duración excesiva y la trascendencia probatoria de la instrucción. El juez instructor asume funciones contradictorias, de indagación y de tutela de las personas investigadas. Sobre el papel, la policía desempeña un papel secundario que no es realista con su verdadera presencia en el proceso. Es revelador que persistan en el articulado las menciones a órganos que ya no existen, como los jueces municipales, que haya preceptos en los que se cuantifiquen las multas en pesetas, que se mantengan referencias arcaicas como la alusión a los «incapacitados moralmente», el juramento en nombre de Dios, o que se conserven las menciones a fogoneros, telegrafistas, alguaciles del juzgado, o a los desplazamientos necesarios de pueblo a pueblo para declarar. Esas referencias y el propio diseño procesal son el reflejo de una sociedad rural en la que se estaba gestando la revolución industrial y carecen de sentido en una sociedad instalada en el segundo cuarto del siglo XXI. En estos dos siglos, desde que se publica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha habido avances de todo tipo, ya sea tecnológicos, como la

---

<sup>1</sup> López Ortega, J. y Rodríguez Fernández, I. (2013): «El proceso penal como sistema de garantías (I)». *Diario La Ley*, núm. 8086.

digitalización, Internet, el mundo digital, las redes sociales, la conectividad global o la inteligencia artificial, o científicos, como la manipulación genética o la neurotecnología y todos ellos plantean desafíos éticos y jurídicos. Avances que han transformado la sociedad y el contexto en el que se desarrollan los derechos y libertades, han obligado incluso a reconfigurar algunos de estos derechos y libertades y han originado nuevas formas de delincuencia que exigen nuevos medios de investigación y garantías, entre otras muchas nuevas necesidades, haciendo imprescindible un nuevo instrumento procesal acorde con las exigencias de eficacia y garantías de nuestro Estado constitucional.

Sobre la necesidad de una profunda reforma que adapte a nuestro tiempo el modelo de investigación, enjuiciamiento y ejecución penal, es ilustrativa la Exposición de Motivos del hoy Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 14 de noviembre de 2025, cuyo redactado es el del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020<sup>2</sup>

2 «Casi cinco décadas después de la entrada en vigor de la Constitución Española esa tarea sigue sin materializarse plenamente. Ningún Gobierno ha negado la necesidad de aprobar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que permita la construcción de un sistema de justicia penal moderno y garantista, pero esta labor ha sido, una y otra vez, pospuesta o evitada. Las diferentes modificaciones parciales operadas han convertido la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, uno de los textos más brillantes de nuestro pasado jurídico, en un cuerpo normativo irreconocible, que, tras numerosas modificaciones, la mayoría de ellas posteriores a la aprobación de la Constitución Española, se ha visto, de facto, sustituida por una maraña de normas fragmentarias, encajadas unas con otras por razones coyunturales. El aplazamiento de la misión encomendada al legislador democrático ha obligado a la sociedad española a conformarse con una justicia penal que no puede despegarse de las insuficiencias de un texto desarticulado, en el que conviven con excesiva dificultad normas redactadas en tres siglos distintos. Un edificio procesal que, aunque soporta una carga creciente, sigue sosteniéndose sobre cimientos del siglo XIX y sobre

y cuya lectura es recomendable. Dicha necesidad es indiscutible, y el consenso sobre tal necesidad también lo es. Así lo reconoció ya el «Pacto de Estado para la reforma de la Justicia» de 2001. Pero también resulta una exigencia de la integración de nuestro Estado en el espacio judicial común de la Unión Europea, cuya producción normativa va dando lugar a reformas parciales que sólo pueden parchear un sistema lleno de lagunas (la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido reformada más de 30 veces). Así lo ponen de manifiesto las reformas derivadas de la Directiva 2013/48/UE, sobre el derecho a la asistencia letrada en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales o la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, entre muchas otras. Directivas que, entre otras, patentizan que el proceso penal europeo es, primordialmente, un sistema de garantías instaurado para proteger a la persona encausada ante los riesgos de abuso o error del Estado en la persecución penal y no un simple instru-

los andamios provisionalmente instalados a lo largo de casi ciento cincuenta años de vigencia. Sigue siendo imprescindible un instrumento procesal plenamente adaptado a las necesidades de nuestra sociedad y de nuestra administración de justicia. Sigue siendo insoslayable aprobar una Ley de Enjuiciamiento Criminal que sirva de referencia normativa básica a las profundas transformaciones que requieren nuestras instituciones procesales penales. Estamos ante una asignatura pendiente del programa constitucional que la presente Ley de Enjuiciamiento Criminal pretende, finalmente, superar».

mento neutral de aplicación de imposición del castigo.

## 2. Juez y fiscal en el modelo de proceso penal del siglo XXI

El modelo de proceso penal por el que se ha apostado desde el inicio de los trabajos de su reforma integral es el de los sistemas acusatorios implantados en los países de nuestro entorno cultural, y se basa en la distinción entre el espacio de investigación, el espacio del juicio de acusación y el espacio de enjuiciamiento, así como en la diferente atribución de papeles en cada espacio a los distintos sujetos intervinientes, de modo que se reserva al juez, en exclusiva, la función de garantía de derechos, su razón de ser en la Constitución. Gobiernos de distinto signo político han respaldado la idea de que debe acabarse con una instrucción basada en la acumulación de todos los poderes de investigación y garantía en un solo órgano.

El consenso sobre este punto es muy importante, porque la aprobación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal es una cuestión no solo jurídica, sino fundamentalmente política. Como dice Alcoceba Gil<sup>3</sup>, renovar nuestro modelo de investigación y enjuiciamiento penal supone acometer un delicado ejercicio legislativo que debe atender a la mejor represión de las conductas delictivas, sin olvidar la función legitimadora y garantista del proceso y sin incurrir, en definitiva, en el menoscabo del escrupuloso respeto de las libertades individuales. Además, tal planteamiento general es

coherente con ellos estándares que emanan de la Constitución y la legislación de la Unión Europea.

En el diseño consensuado el proceso penal se configura principalmente como factor de legitimación del castigo y no como un simple medio para su aplicación. Se estructura como un sistema de garantías<sup>4</sup> que opera en dos ámbitos complementarios. En primer lugar, el de minimización del error judicial en la determinación de los hechos, excluyendo la posibilidad de condenar si no se alcanza un alto umbral de certidumbre. En segundo término, requiere de la implementación de medidas tendentes a asegurar la primacía de los derechos individuales de carácter fundamental frente a los fines preventivo y retributivo del castigo.

El objetivo del modelo es garantizar la resolución imparcial de los conflictos por una autoridad independiente. Para ello, el fiscal es quien, constituyendo equipos de investigación, asume la dirección de la investigación, apoyado en los distintos cuerpos policiales. Además, se introducen dos nuevas figuras judiciales: el juez de garantías y el de la audiencia preliminar. En la fase de la investigación, el juez pasa de impulsar la investigación, lo que comprometía su imparcialidad, a controlar la actividad investigadora de la fiscalía, como tercero imparcial e independiente que tutela los derechos de las personas investigadas. Al juez de la audiencia preliminar le corresponde, como tercero ajeno a la investigación, decidir sobre la suficiencia de ésta para abrir juicio oral, filtrando las acusaciones infundadas y expulsando la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Se supera así la figura del juez de instrucción que acu-

<sup>3</sup> Alcoceba Gil, J. (2022): «Génesis, principales lineamientos y algunas consideraciones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal». *Revista Asociación de profesores de derecho procesal de las Universidades Españolas*.

<sup>4</sup> López Ortega y Rodríguez Fernández, *op. cit.*

mulaba, como se dijo con anterioridad, las contradictorias funciones de investigación y garantía de derechos.

En lo sucesivo me referiré a ese nuevo modelo de proceso penal en los distintos intentos de reforma en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (AP 11), la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 (PCP 13), el Anteproyecto de 2020 (AP 20) y el Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal de 2025 (PLO 25).

### **3. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011**

En el mes de mayo de 2010, bajo el gobierno presidido por José Luis Rodríguez Zapatero, siendo ministro de Justicia Francisco Caamaño Domínguez, se constituyó en el ministerio un grupo de trabajo con el encargo de elaborar un borrador de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. El mencionado grupo estuvo inicialmente compuesto por un catedrático de derecho procesal, Vicente Guzmán Fluja, dos magistrados, Juan José López Ortega e Ignacio Sánchez Yllera, y dos fiscales, Pedro Crespo Barquero e Ignacio Rodríguez Fernández. Hasta el mes de septiembre de 2010 también formó parte la profesora de derecho procesal Amaya Arnaiz Serrano. Desde un primer momento se decidió que la dirección y coordinación de los trabajos correspondería a Juan José López Ortega.

Las fuentes utilizadas para la elaboración del texto fueron diversas. Como referencia inicial se partió de la opción más ajustada a la propia tradición histórica. En el mismo lugar de preferencia se situó la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y en los numerosos aspectos necesitados de una nueva orientación legislativa se

contrastaron las exigencias del nuevo modelo de proceso penal con las regulaciones previstas en los códigos extranjeros, atendiendo fundamentalmente a los del ámbito del derecho continental europeo. También tuvieron una influencia destacada los procedimientos supranacionales que han buscado un paradigma común de proceso justo, como el del Tribunal Penal Internacional. Además, se utilizaron para el desarrollo de la tarea, sobre todo en los primeros pasos, los materiales preexistentes en el Ministerio de Justicia, elaborados durante la VIII y la IX legislatura, así como los trabajos de la Comisión General de Codificación.

La tramitación del texto se interrumpió por el inesperado final de la legislatura, antes de que se debatiera en las Cortes Generales, a raíz de la convocatoria de las elecciones del 20 de noviembre de 2011. El texto constituye el precedente directo del Anteproyecto de 2020 y fue el punto de partida de la necesaria reforma integral del proceso penal. Sus líneas maestras se encuentran expuestas en la web oficial de la Presidencia del Gobierno y el Consejo de ministros<sup>5</sup> de la época y, esquemáticamente, son las siguientes:

- 1) El Ministerio Fiscal asume, bajo el control judicial del juez de garantías, la dirección de la investigación, como ocurre en la práctica totalidad de los Estados democráticos. El fiscal está obligado a actuar con objetividad tanto en la búsqueda de las pruebas de cargo como de descargo y por este motivo se crea la figura del fiscal responsable de la investigación que quedará individualmente determinado y estará asistido de todas las garantías previstas en su Estatuto Orgánico para asegurar su objetividad e independen-

<sup>5</sup> <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/paginas/enlaces/220711-enlacecriminal.aspx>

cia. Además, dicho fiscal podrá dirigir un equipo de fiscales cuando la naturaleza de la investigación así lo exija. Todas las diligencias de investigación que acuerde practicar el fiscal y que afecten a derechos fundamentales requerirán siempre la previa autorización judicial.

2) Control judicial de la investigación por el juez de garantías, que pasa a ser un tercero imparcial ajeno a la indagación, por lo que se garantiza su imparcialidad al no estar contaminado por los prejuicios y sesgos adquiridos durante la misma. Sus funciones son muy amplias: a) autorizar las diligencias de investigación restrictivas de derechos, b) resolver sobre las peticiones de medidas cautelares, c) asegurar la fuente de prueba personal ante el riesgo de pérdida de la misma, d) controlar la duración de la investigación, e) autorizar el secreto de la investigación y su prórroga, f) disponer el sobreseimiento del procedimiento de investigación, g) resolver las impugnaciones contra los decretos del Ministerio Fiscal, h) autorizar la reapertura del procedimiento cuando éste se haya dirigido contra una persona determinada, i) ordenar, a instancia de la defensa o de los acusadores particulares o populares, la realización de diligencias de investigación complementarias a las practicadas por el Ministerio Fiscal, j) amparar a la víctima del delito cuando esta condición le sea denegada por el fiscal en el curso de la investigación, k) adoptar medidas de protección a favor de las víctimas especialmente vulnerables, l) decidir sobre la personación e intervención de los acusadores populares y m) resolver sobre la exclusión de la acción civil cuando ésta pueda originar retrasos graves en la tramitación del procedimiento.

3) Intervención de la defensa en el procedimiento de investigación. Por primera vez se enuncian legalmente los contenidos

de la presunción de inocencia, no sólo como exigencia de una mínima prueba de cargo, constitucionalmente obtenida y legalmente practicada, sino también como canon de valoración probatoria que exige una convicción más allá de toda duda razonable. Se incluye un elenco de derechos de la persona investigada con importantes avances en las garantías de la defensa.

Asimismo, se regula por primera vez en el derecho procesal penal español la capacidad procesal del investigado y su integración, con disposiciones necesarias para integrar la capacidad del investigado/acusado inimputable, así como la adaptación de las medidas cautelares personales a las prescripciones médicas y su cumplimiento, en su caso, en establecimientos que reúnan las condiciones necesarias para aplicar el tratamiento prescrito, bajo supervisión y control judicial (art. 44).

4) Regulación del juicio de acusación introduciendo la figura del Juez de la Audiencia Preliminar, que depura, imparcialmente por no haber tenido contacto con el material investigativo, acusaciones infundadas y la prueba ilícita.

5) Estatuto de la víctima en el proceso penal, incorporando la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo, imponiendo asimismo a las autoridades la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la víctima no se vea sometida a situaciones que puedan causarle un sufrimiento innecesario o desproporcionado, es decir, evitar su victimización secundaria, así como medidas de protección durante todo el proceso.

6) Las partes acusadoras y civiles. Se parte de la personación automática de la acusación particular como el derecho de la víctima, por su condición de tal, para actuar como acusación particular con un simple escrito ante el fiscal. Por otro lado, se limita el ejercicio de la acción popular

debiendo acreditar un interés legítimo.

7) Actualizada regulación de los actos de investigación que carecían de una regulación suficiente y que pasan a tener un régimen jurídico completo con mayores garantías, como las intervenciones corporales o la interceptación de las comunicaciones, regulándose por primera vez nuevas diligencias de investigación como por ejemplo las vigilancias acústicas, policiales, captación y grabación de imágenes en el interior de domicilios u otros lugares destinados a la realización de actos de carácter íntimo y la localización geográfica por dispositivos de comunicación requieren autorización judicial. Y se introducen nuevas garantías para la identificación visual o con marcadores de ADN y un nuevo tratamiento de las investigaciones encubiertas.

8) Nueva cultura normativa de protección de datos personales, regulándose los medios de investigación relativos a la obtención de datos protegidos.

9) Un nuevo escenario para el juicio oral, con una depuración previa de la prueba ilícita para evitar que el resultado del juicio quede contaminado, se ubica al acusado con su letrado para que pueda comunicar con él en todo momento y se regula su declaración bajo una perspectiva acusatoria.

10) Nuevos recursos de apelación y casación, cumpliendo de este modo las exigencias del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo 7º del Convenio Europeo de Derechos Humanos al generalizar el acceso del condenado a un recurso para revisar la valoración de la prueba y el fallo condenatorio, así como las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional.

11) El principio de oportunidad reglada y la mediación, que se introduce por primera vez en el proceso penal.

12) Regulación de la ejecución penal, estableciéndose reglas de procedimiento y

la situación de trastorno psíquico de penado.

#### **4. La Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013**

La Propuesta de 2013 fue elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo del Consejo de ministros de 2 de marzo de 2012<sup>6</sup>, bajo el gobierno de Mariano Rajoy Brey, siendo ministro de Justicia Rafael Catalá Polo. Presidida por Manuel Marchena Gómez (magistrado y fiscal), y siendo sus componentes Jacobo López Barja de Quiroga (magistrado), Antonio del Moral García (magistrado y fiscal), Jaime Moreno Verdejo (fiscal), Gabriela Bravo Sanestalisnao (fiscal), Luis Rodríguez Ramos (catedrático de derecho penal y abogado) y Nicolás González-Cuéllar Serrano (catedrático de derecho procesal y abogado).

Esta propuesta, aunque difería en numerosos aspectos técnicos de su antecendente de 2011, compartía la integridad de sus principios rectores. La Exposición de Motivos del texto de 2013 consideraba «obvia» la «obsolescencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882» y constataba la existencia de un «clamor unánime en favor de su sustitución». Estimaba, en consecuencia, que «la redacción de un Código de Proceso Penal» era «ineludible» y que debía configurarse «un sistema de investigación y enjuiciamiento moderno, ágil y equilibrado» que se atreviese «a romper con la perniciosa tradición inquisitorial» atribuyendo «la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal».

---

6 Resolución de 8 de marzo de 2012, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de ministros que crea la Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE nº 62, de 13 de marzo de 2012).

La Propuesta no llegó a plasmarse en un texto prelegislativo, pero algunos de sus contenidos fueron desgajados de su continente originario y fueron insertados, como avanzadilla del nuevo sistema, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Ese fue, significativamente, el caso de las diligencias de investigación tecnológica, cuya regulación fue aprobada por la Ley Orgánica 13/2015. Lo mismo ocurrió con la Ley 41/2015, que trató de introducir en el sistema vigente algunas piezas jurídicas de corte acusatorio, como la «fijación de plazos máximos para la instrucción» y «un procedimiento monitorio penal». Estas reformas parciales reconocieron abiertamente su carácter transitorio y afirmaron su voluntad de servir de vanguardia a un «cambio radical del sistema de justicia penal»<sup>7</sup>.

## 5. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

### A) La elaboración del borrador y aprobación del Anteproyecto

Bajo el gobierno de Pedro Sánchez Castejón, el ministro de Justicia Juan Carlos Campo Moreno impulsó la creación de una Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicha Comisión se integró por los fiscales Ignacio Rodríguez Fernández, Pedro Crespo Barquero, Lorena Álvarez Taboada, Sofía Puente Santiago y Concepción Yuste Padial, por el profesor de Derecho procesal José Antonio Colmenero Guerra, por la profesora de derecho procesal Amaya Arnáiz Serrano, y por los magistrados Pilar Rasillo López, Jose Luis Ramírez Ortiz y Juan José López Ortega, quien nuevamen-

te presidió la Comisión, como ocurrió en 2011<sup>8</sup>. Formaron parte de la Subcomisión Técnica, cuatro asesores del Ministerio de Justicia, Juan Manuel Alcoceba Gil, Ignacio Fernández Soto, Sonia Nuez Rivera y Eva Serrano Sánchez.

El texto resultante se nutrió del AP 11, tomado como texto base, de la PCP 13 y de las reformas operadas en la LECRIM por la Ley Orgánica 13/2015 en materia tecnológica y la Ley 41/2015 en relación con las garantías procesales. Como se señala en la Exposición de Motivos, tales precedentes constituyeron referentes primordiales del Anteproyecto de 2020, pues son textos que recogen algo más de una década de trabajo conjunto dirigido a la consecución de un esfuerzo que trasciende la política partidista: proporcionar a la sociedad española una justicia penal moderna, ágil y garantista. El texto representa un cambio radical que ha sido, en definitiva, un objetivo compartido por los gobiernos precedentes. El cambio de modelo, que ya recogían las propuestas anteriores, se hacía más acuñante para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas por España y armonizar el ordenamiento español con el derecho europeo. Además, la implantación del nuevo paradigma procesal penal permitía un mejor encaje de la figura, de reciente creación entonces, de la Fiscalía Europea. Con el Anteproyecto se pretendía cerrar un círculo de propuestas impulsadas por parte de distintos ejecutivos con el fin de proporcionar a la sociedad española un nuevo modelo procesal.

El texto profundiza en los contenidos de los materiales precedentes, los actualiza y contiene múltiples novedades regulativas

<sup>7</sup> Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

<sup>8</sup> Orden del ministro de Justicia por la que se nombran a los miembros de la Comisión de Expertos para la preparación del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 9 de mayo de 2020.

de gran calado, como en materia de medidas cautelares, la regulación de diversas diligencias de investigación, el régimen de la prueba, incluyendo la prueba pericial y la científica, o el proceso de ejecución, que se desarrolla en profundidad. Asimismo, por primera vez se contiene una regulación articulada de la persona encausada con discapacidad y del procedimiento para la provisión de medidas de apoyo, introduciendo un elenco de medidas cautelares específicas como el internamiento cautelar en centro psiquiátrico o educativo especial, colmando así una de las lagunas más notorias de la regulación en vigor como se había denunciado ya en las SSTC 217/2015 y 84/2018, así como la libertad provisional con la posibilidad de imponer como obligación el sometimiento a tratamiento médico o a controles del mismo tipo. Y se introduce el procedimiento que regula, en los casos de falta plena de capacidad procesal, la posibilidad de imposición de una medida de seguridad.

Una vez redactado por la Comisión de Expertos, se constituyó un grupo de trabajo dentro del ministerio, dirigido por Juan José López Ortega, para el seguimiento y adaptaciones necesarias de la norma. El texto del Anteproyecto de 2020 se trasladó a los distintos ministerios concernidos, que formularon diversas observaciones, motivando algunas modificaciones. Al mismo tiempo, se elaboró la memoria de análisis de impacto normativo y ambos documentos se sometieron a consulta pública del 13 al 28 de octubre de 2020. El texto resultante se aprobó por el Consejo de ministros el 24 de noviembre de 2020 y fue sometido al trámite de audiencia y de información pública y puede consultarse en la web del Ministerio de Justicia<sup>9</sup>.

Además, el Anteproyecto de 2020 tuvo

un gran impacto en la comunidad jurídica, lo que dio lugar a que en un corto espacio de tiempo vieran la luz numerosos trabajos sobre el articulado<sup>10</sup>, publicándose en mayo

<sup>10</sup> Entre otros muchos, a julio de 2021 cabe citar: (1) «El estatuto procesal de la persona jurídica encausada en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal». Mònica Caelles Camprubí, en *La Ley compliance*, núm. 4, 2021; (2) «Esquemas de los procedimientos generales regulados en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado por el Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2020». Pedro Díaz Torrejón; Roberto Valverde Megías, en *Práctica penal*, núm. 102, 2021; (3) «La fase de instrucción y el Ministerio Fiscal en el Anteproyecto de LECrim». Gemma Gallego, en *Revista de Jurisprudencia*, núm. 7, diciembre 2020; (4) «Las medidas de investigación tecnológica en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020. Una aproximación preliminar». Julián García Marcos, Javier Ignacio Zaragoza Tejada, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2021; (5) «Los retos que debe afrontar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en España». Juan Luis Gómez Colomer, en *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 99, 2020; (6) «La «tesis alternativa», garante de la «duda razonable»: (Observaciones menudas sobre el anteproyecto de la LE-Crim)». Juan Igartua Salaverría, en *Diario La Ley*, núm. 9807, 2021; (7) «Garantías y principios del juicio oral en los anteproyectos 2020 de eficiencia procesal y de nueva LE-Crim». Carmelo Jiménez Segado, Antonio Abellán Albertos, en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 148, 2021 (Ejemplar dedicado a: Problemas de prueba en el proceso penal); (8) «Una lectura del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020». Carmelo Jiménez Segado, en *Revista Digital Penal*, Sepin, núm. 58, febrero 2021; (9) «La carga de la prueba de la prueba de cargo en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal (2020)». Antonio María Lorca Navarrete, en *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 33, núm. 1, 2021; (10) «El tránsito de prueba a través del juicio en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal (2020)». Antonio María Lorca Navarrete, en *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 33, núm. 1, 2021; (11) «Sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020». Julio J. Muerza Esparza, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 969/2020; (12) «El nuevo proceso de ejecución en el anteproyecto de LECrim de 2020. Especial referencia a la ejecución de las penas privativas de libertad». Natividad Plasencia Domínguez, en *Diario La Ley*, núm. 9804, 2021; (13) «El proceso penal de los derechos: Valor del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 en la implantación de una cultura constitucional de los derechos fundamentales». Ignacio Rodríguez Fernández, en *Diario La Ley*, núm. 9814, 19-3-2021; (14) «El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del Siglo XXI: (la propuesta del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)». Yolanda Rueda Soriano y José Luis Ramírez Ortiz, en *Diario La Ley*, núm. 9815, 2021; (15) «Un cambio de paradigma probatorio: prueba pericial y prueba científica en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020». José Luis Ramírez Ortiz, en *Diario La Ley*, núm. 9896, 21-7-2021.

<sup>9</sup> <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>

de 2022 el libro *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, que recogía las ponencias, comunicaciones y debates celebrados con ocasión del ciclo de seminarios que organizó la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas.

Por otra parte, desde el inicio, se promovió la constitución de diversos grupos de trabajo para dar a conocer el Anteproyecto y sus líneas maestras, tanto en el ámbito estatal (dentro del Centro de Estudios Judiciales), como en el autonómico (en el ámbito del Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat de Catalunya). La idea de dichos grupos de trabajo era crear una red estable integrada por profesionales de los principales colectivos implicados en el proceso penal que implantara una agenda de trabajo para operar fundamentalmente en varios niveles: pedagógico, formativo, de mejora de los trabajos prelegislativos y de preparación para la adecuación de la implantación progresiva del nuevo modelo.

## B) La tramitación posterior

Los principales hitos fueron los siguientes:

1) La fase de información pública duró del 26 de enero al 1 de marzo de 2021. Se recibieron centenares de propuestas provenientes de entidades, asociaciones y particulares con interés en el proyecto.

En paralelo, de enero a abril de 2021 se abrió una ronda de diálogo con colectivos diversos afectados por la reforma a los que se consideró interlocutores especialmente privilegiados y a quien se recibió presencialmente en el ministerio<sup>11</sup>.

En concreto, evacuaron sus respectivos informes y observaciones el Consejo General de la Abogacía, asociaciones judiciales y fiscales, y más de 200 entidades

asociativas, suscitando una acogida mayoritariamente favorable. En particular, la asociación Juezas y Jueces para la Democracia apoyó el texto formulando algunas propuestas de mejora.

2) El 23 de febrero de 2021, el texto fue remitido al Consejo Fiscal y al Consejo General del Poder Judicial.

3) El 12 de julio de 2021 se produjo una remodelación en el gobierno. Cesó Juan Carlos Campo como ministro de Justicia y fue sustituido por Pilar Llop Cuenca, que paralizó la tramitación del Anteproyecto.

4) El 15 de julio de 2021, bajo la jefatura de Dolores Delgado García al frente de la fiscalía general del Estado, llegó oficialmente al ministerio el informe del Consejo Fiscal. Dicho informe fue especialmente duro y resaltaba la escasa sensibilidad del Anteproyecto de 2020 hacia las necesidades de la fiscalía y la falta de participación de la fiscalía en la redacción. Y ello, pese a la presencia mayoritaria de fiscales en las diversas comisiones de expertos que elaboraron los textos de 2011, 2013 y 2020. Además, la crítica era contradictoria con el dato de que la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, se basó en el modelo del AP 20 sin que se cuestionara por la fiscalía.

5) A continuación, desde la jefatura del ministerio se disolvió la subcomisión dirigida por Juan José López Ortega, quien fue cesado en el cargo, y se creó un grupo de trabajo interinstitucional compuesto por miembros de la fiscalía general del Estado, el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y del Interior, el Consejo General de la Abogacía Española, el Consejo General de la Procura y la Academia, con la finalidad de introducir las correspondientes adecuaciones en el

11 Vid. Alcoceba Gil, *op. cit.*

AP 20, lo que, en la práctica, paralizó la tramitación<sup>12</sup>. No formó parte de dicho grupo ninguna de las personas que había integrado la Comisión de expertos, lo que dificultó la tarea de un grupo de trabajo que había de enfrentarse a un texto nuevo para sus miembros. El grupo de trabajo interinstitucional se disolvió en marzo de 2022, sin que llegase a elaborar un nuevo texto prelegislativo y sin que elaborase ningún informe conocido.

6) El Consejo General del Poder Judicial, a la vista de la ralentización de la tramitación del AP 20 y de que ignoraba qué texto debía informar (si el sometido a información pública o el que debía elaborar el grupo de trabajo) pidió aclaración al ministerio.

7) Por Real Decreto 400/2023, de 29 de mayo, se disolvió el Congreso de los Diputados y el Senado y se convocaron elecciones para el 23 de julio de 2023<sup>13</sup>, lo que supuso nuevamente la parálisis del tercer proyecto de reforma integral del proceso penal.

## 6. El Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal de 2025 (PLO 25)

### A) La tramitación

Habiendo sido reiterada la emisión de informe por el nuevo ejecutivo, respecto del Anteproyecto de 2020, siendo ministro de Justicia Félix Bolaños García, el CGPJ lo remitió el 18 de diciembre de

12 En el mes de abril de 2022, la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia propuso a la directiva de la asociación, co-dirigida por Fernando de la Fuente Honrubia, exigir explicaciones al ministerio de justicia sobre las causas de la paralización de la tramitación y la aprobación de un comunicado alertando sobre dicha injustificada parálisis, requerimientos y comunicado que fueron rechazados por la dirección asociativa.

13 BOE núm.128, de 30 de mayo de 2023.

2024 sobre dicho redactado, pues el grupo de trabajo interinstitucional no elaboró ningún texto prelegislativo. Igualmente, se recabó informe preceptivo del Consejo de Estado y de la Comisión de Codificación, cuyos contenidos no son públicos a fecha de hoy. Tras ello, sobre la misma base del Anteproyecto de 2020, se introdujeron algunas modificaciones puntuales. El 14 de noviembre de este año 2025 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal.

### B) Diferencias entre el PLO 25 y el AP 20

Dado que han transcurrido 5 años entre la aprobación del AP 20 y la aprobación del PLO 25 es natural que nos preguntemos si la demora ha servido para mejorar el texto inicial. Tras una primera aproximación, podemos hacer algunas observaciones:

1) En general, no hay modificaciones sustanciales entre uno y otro texto. De hecho, el PLO 25 es el mismo texto del AP 20, con algunas supresiones y añadidos.

2) En los libros IV (Del procedimiento de investigación), V (De la fase intermedia), y VI (Del juicio oral), se visualiza el juego de pesos y contrapesos entre la autoridad encargada de la investigación y acusación, la defensa y los órganos judiciales de garantía. El texto del AP 20 apenas ha sido enmendado. El modelo es el mismo.

3) Se han suprimido los epígrafes de la Exposición de Motivos del AP 20, epígrafes que cumplían una función práctica, ya que permitían identificar los contenidos de cada expositivo. Dadas las dimensiones de la Exposición de Motivos, la supresión dificulta la búsqueda ágil de tales contenidos.

4) Hay algunas supresiones en el Título Preliminar que no parecen justificadas.

Así, por ejemplo: la prohibición de que la persona encausada sea objeto de burla o escarnio por parte de las autoridades y funcionarios que actúen en el proceso penal y la obligación de jueces y fiscales de velar por la protección del honor y reputación de la persona encausada (art. 7 AP 20); la prohibición de que las autoridades públicas se refieran a la persona encausada como responsable antes de que su responsabilidad criminal haya sido legalmente establecida por un tribunal (art. 7 AP 20); la regla de que cualquier duda razonable sobre los hechos debatidos que sea penalmente relevante se resolverá a favor del acusado (art. 8 AP 20); la regulación sobre el contenido de la sentencia absolutoria y su relación con la presunción de inocencia (art. 9 AP 20). También se elimina la regulación sobre el resarcimiento de la privación de libertad cuando se dicta sentencia absolutoria (art. 10 AP 20); esto es, se suprime el procedimiento especial que regula los trámites para obtener ante la propia jurisdicción penal la indemnización por la prisión provisional cuando el procedimiento concluye con una resolución con efecto de cosa juzgada, tal y como exige la STC 85/2019.

Es cuestionable la supresión de la regla que establecía que la ley habría de determinar los medios de prueba que, por falta de fiabilidad objetiva, no eran por sí solos suficientes para entender probada la culpabilidad (art. 8 AP 20). También se suprinen las reglas que impiden formular acusación y determinan el sobreseimiento y, en todo caso, la absolución, cuando la prueba sea en exclusiva una identificación visual, un testimonio de referencia o la declaración de un coencausado cuando tales pruebas no se encuentren corroboradas.

Lo más llamativo es la eliminación de contenidos del artículo relativo a la impar-

cialidad objetiva (art. 19 AP 20)<sup>14</sup>. Dicho precepto establecía un principio de reserva de jurisdicción para determinadas materias, y contenía un listado de funciones de exclusiva competencia judicial, con la finalidad de servir de regla interpretativa en caso de lagunas regulativas. Dicho precepto se ha eliminado, con lo que habrá que ir comprobando en el resto del articulado si tal eliminación ha supuesto también la eliminación de tales competencias.

14. Art. 19 AP 20: «Imparcialidad objetiva. 1. La autoridad judicial no podrá asumir funciones de parte, sin perjuicio del deber general de velar por la efectividad del derecho de defensa y la tutela judicial efectiva. En ningún caso podrá realizar o sugerir actuaciones que sean propias de una parte acusadora o que se refieran a la dirección del procedimiento de investigación. En dicho procedimiento corresponde a la autoridad judicial, como tercero imparcial:

1.º Autorizar las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales. 2.º Resolver sobre las peticiones de medidas cautelares. 3.º Asegurar la fuente de prueba personal ante el riesgo de pérdida de la misma. 4.º Prevenir, a instancia de la defensa, la dilación indebida de la investigación. 5.º Autorizar el secreto de la investigación y su prórroga. 6.º Disponer el sobreseimiento del procedimiento de investigación. 7.º Resolver las impugnaciones contra los decretos del Ministerio Fiscal. 8.º Autorizar la reapertura del procedimiento cuando este se haya dirigido contra una persona determinada. Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 150 9.º Autorizar a las acusaciones particulares o populares el ejercicio de la acción penal, cuando no sea ejercitada por el Ministerio Fiscal. 10.º Velar por la adopción de las medidas de adaptación y apoyo necesarias en caso de discapacidad de la persona investigada. 11.º Amparar a la víctima del delito cuando esta condición le sea denegada por el fiscal en el curso de la investigación. 12.º Adoptar medidas de protección a favor de las víctimas especialmente vulnerables. 13.º Decidir sobre la personación e intervención de las acusaciones populares. 14.º Resolver sobre la exclusión de la acción civil cuando esta pueda originar retrasos graves en la tramitación del procedimiento.

2. Sin perjuicio de lo especialmente dispuesto para la detención, la autoridad judicial no podrá acordar medidas cautelares ni diligencias de investigación o de prueba que no le hayan sido expresamente solicitadas. Podrá, no obstante, acordar medidas cautelares menos gravosas que las que le hayan sido interesadas por las partes cuando sean igualmente conducentes a los fines pretendidos y siempre que hayan sido debidamente debatidas.

3. Para decidir sobre la procedencia de actos de investigación o de medidas cautelares, la autoridad judicial deberá atenerse a los cargos que hayan sido formulados. Solo podrá apartarse de dichos cargos para tomar en consideración otros más leves que hayan sido suficientemente debatidos».



5) Se ha suprimido el modelo de tramitación de expediente único (art. 150 AP 20). Por tanto, el expediente de investigación no se custodia ya bajo la responsabilidad del LAJ del servicio común procesal que corresponda, sino por la propia fiscalía, lo que puede provocar conflictos desde la perspectiva de la transparencia y del acceso a las actuaciones.

6) Se ha suprimido una regla sencilla y útil para descartar el acceso de la ciencia «basura» al proceso que establecía que los informes periciales solo tendrían valor probatorio cuando estuvieran basados en técnicas y procedimientos fiables y suficientemente contrastados (art. 487 AP 20).

7) La regulación de la diligencia de identificación visual mediante reconocimiento en rueda ha experimentado un gran paso atrás, al suprimirse, entre otras reglas basadas en la psicología del testimonio para evitar el riesgo de errores judiciales, la regla de la prohibición del reconocimiento en rueda cuando ha precedido la identificación fotográfica.

8) El PLO 25 no se ajusta a la LO 1/2025 en cuanto a la estructura de los Tribunales ni al régimen de recursos, pues en el modelo no se contempla la existencia de las Audiencias Provinciales. Tal ausencia de ajuste no es comprensible dada la entrada en vigor de la LO 1/2025.

9) Se incorpora una nueva regulación del procedimiento ante el Tribunal del Jurado por primera vez que modifica aspectos sustanciales relativos al objeto del veredicto. En consecuencia, se ha sustraído al trámite de informes en fase prelegislativa el análisis de tal reforma. El Anteproyecto de 2020 explicaba que, si bien apostaba por regular el procedimiento del Jurado como un procedimiento especial dentro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no lo hizo porque era necesario un debate sobre el modelo de jurado y su concreto ámbito com-

petencial, al existir propuestas diferentes en los proyectos de 2011 y 2013. Sin embargo, el proyecto de 2025 acomete dicha reforma eludiendo el necesario debate.

10) Otra modificación que introduce el PLO 25 es la supresión de los equipos autónomos de fiscales y la figura del fiscal responsable de la concreta investigación en curso, dentro de cada equipo. En el AP 2020, los equipos eran esenciales para potenciar una organización interna basada en la capacidad de actuar con autonomía plena y máxima eficiencia en relación con toda clase de delitos. El texto de 2025 se remite a lo que regule el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aunque luego regula el nombramiento del fiscal general del Estado o aspectos orgánicos como las causas de abstención o recusación del Ministerio Fiscal y su procedimiento o modifica el procedimiento para la elección de los vocales del Consejo Fiscal, con lo que parece que incorpora también en su articulado un nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, lo que podría ser un exceso.

11) Hay también una diferencia en relación con la conformidad. En ambos textos se suprime el límite penológico actual, pero mientras que el AP 2020 somete en casos de penas superiores a 5 años de prisión a un control judicial más estricto que obligue a comprobar la efectiva existencia de indicios racionales de criminalidad adicionales a la mera confesión, el texto de 2025 no lo hace.

## **7. Un texto de todas y de todos**

Como se puede ver, el PLO 25 no contiene diferencias sustanciales respecto del AP 20. Se trata del mismo texto con algunas variaciones. Por eso, no parece justificada la demora en su tramitación, cuando el AP 20 tenía prevista su entrada en el Congreso de los Diputados en diciembre

de 2021. En cualquier caso, es una magnífica noticia la aprobación del mismo texto como Proyecto de Ley Orgánica.

Creo que sería un error político y jurídico transmitir la idea de que PLO 25 es obra de un solo ministro o incluso de un determinado gobierno. Transmitir esa idea sería también inexacto. Sería un error, ya que supondría someter a la lógica de la confrontación partidista aquello que, por su dimensión constitucional, debe ser fruto del máximo consenso posible. Y adjudicarse la autoría del texto sería también inexacto por no corresponderse con la realidad. Como hemos visto, hay un hilo conductor que une el texto y sentido del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, el sentido del Borrador de Código Procesal Penal de 2013, el texto y sentido del articulado del Anteproyecto de 2020 y el contenido del Proyecto de Ley Orgánica de 2025. Este último texto es, con ligeras variaciones, el mismo del Anteproyecto de 2020.

La tentación de instrumentalizar partidistamente el PLO 25 convertiría un texto, cuyo contenido se ha construido gradualmente y ha adquirido una gran reputación técnica, en una simple herramienta destinada a ser consumida en el debate político del momento, inutilizando un trabajo que se ha prolongado durante más de una década por juristas de distinta procedencia ideológica.

Los tiempos, sin embargo, no permiten ser muy optimistas. El momento de la legislatura en que el texto se ha remitido

al Congreso de los Diputados para su tramitación parlamentaria, en un período de máxima polarización política, es un factor que debe ser tomado en consideración en el análisis de la prosperabilidad del proyecto legislativo.

De todas formas, dejando a un lado cuestiones de oportunidad política, es imprescindible reivindicar la necesidad de la reforma y la calidad de un articulado, fruto de una obra colectiva que arranca en el año 2011 y que es de todos y de todas, pues ni el garantismo es patrimonio de la izquierda ni la eficacia en la persecución penal lo es de la derecha. Un modelo indudablemente más garantista y más eficaz, como el proyectado, es un modelo común diseñado para facilitar la convivencia social.

El objeto de este artículo-crónica ha sido contar la historia, los «hechos» a los que tanta importancia dio siempre Sciascia, de una reforma imprescindible que lamentablemente no acaba de llegar, pese al enorme esfuerzo personal de quienes lo han intentado, a quienes también con este artículo quieren mostrar mi agradecimiento. A ellos y a ellas se lo dedico: tanto a los ministros que tuvieron la iniciativa política de impulsar los trabajos, como, por supuesto, a las personas que integraron las distintas Comisiones de expertos.

Y especialmente y con todo mi cariño a Ignacio Sánchez Yllera y Juan José López Ortega por habernos hecho soñar otro proceso penal.

# **Las reformas penales: necesidad o conveniencia**

Gonzalo QUINTERO OLIVARES

## **1. Política criminal y estabilidad y crecimiento de las leyes**

Nada descubro diciendo que nuestros gobernantes, sean de este o de aquel partido político, recurren al derecho penal cuándo y cómo lo estiman oportuno, y para los fines que mejor les convengan. Calificar a ese modo de proceder como «cumplimiento de un plan político-crímenal» es excesivo, aunque reconozco que es difícil ponerse de acuerdo en torno a lo que es la política criminal. Ciertamente no hay una sola visión de lo bueno y de lo malo, y por eso mismo hoy no es posible, en una sociedad tan plural en todos los órdenes (culturales, económicos, religiosos, etc.) como es la española, pretender explicar los ideales de justicia y de derecho desde una especie de «neoiluminismo» o, si se prefiere, resucitando la filosofía de los valores, sin perjuicio de los que se plasman en garantías democráticas.

El pluralismo es por lo tanto lo «lógico», pero exige por su propio bien la racionalidad de lo que se legisla; quien tiene poder para crear leyes penales no podrá lógicamente desprenderse de su propia ideología para seguir la de los otros, pues

las reglas mismas de la democracia le permiten y le obligan a ser coherente con sus propuestas electorales. Pero la viabilidad de la convivencia jurídica exige evitar leyes que no pueden ser calificadas como «razonables».

La preocupación de los partidos españoles por el «problema penal» no es muy grande, salvo en lo que podemos calificar como populismo o electoralismo. En programas y promesas abundan las ideas de «eficacia de la justicia», «rapidez», «seguridad» y firmeza contra la inseguridad, etc. Cuestión diferente es el *leit motiv* de todo lo que no sea la lucha contra la criminalidad con respeto a las libertades ciudadanas, sino la demagogia o el halago hacia potenciales votantes o el modo de acosar al enemigo político, pues de todo eso hemos visto y veremos en nuestro país.

Las medidas de carácter legislativo no son únicamente de índole estrictamente penal (delitos y penas), sino en la misma o mucha mayor medida de carácter penitenciario y procesal penal. Todo eso es derecho penal en sentido amplio, y todo eso es visto como el derecho «de los delitos y de las penas» por la ciudadanía. Pero eso guarda coherencia con que para muchos penalistas españoles merecen menos

atención científica cuestiones nucleares como, por ejemplo, la técnica de tutela de los derechos fundamentales que temas sin duda importantes pero cuantitativa y cualitativamente menores, como puedan ser la viabilidad legal de la tentativa idónea o la omisión impropia, en cuyo estudio y cultivo se encuentra la necesaria preservación de todo compromiso y el perfecto camuflaje ya de la ideología ya del desinterés por los otros problemas.

Desgraciadamente, cuando desde la academia se dice que una determinada norma positiva genera un grado de represión o de impunidad político-criminal inadmisible, lo que en verdad quiere decir es que o bien el legislador ha usado su poder sin reflexión alguna, o bien que ha optado por criminalizar o inhibirse sin razón conocida que lo explique, aun cuando el que no sea «conocida» no supone que no sea inconfesable, o que sea tan evidente y sectario su propósito que claramente pueda denunciarse la carencia de legitimidad moral.

En resumen: en nuestro país es muy difícil, por no decir imposible, adivinar cuál es la política criminal que va a seguir un determinado gobierno: el tiempo y la conveniencia lo dirán, así como la necesidad de satisfacer a algún grupo o partido. Y si eso pasa por añadir o suprimir una ley penal, se hará. Sin olvidar que esa es la *triste realidad*, pasemos al plano teórico, en el que se defienden con parecido énfasis los principios caracterizadores del derecho penal y los que postulan la claridad y taxatividad de las leyes y la necesidad de no abusar del derecho penal, y que la certeza o seguridad jurídica dominen en la interpretación y aplicación de las leyes. Pero el crecimiento constante del derecho penal en nuestro tiempo, cualitativo y cuantitativo, da lugar a que tengamos cada vez «más derecho penal», y, lo que es peor, un derecho pe-

nal diferente y que pugna por alejarse de aquellos quasi sagrados principios.

Possiblemente hay alguna causa razonable en el crecimiento del derecho penal, como, por ejemplo, el cumplimiento de todas las obligaciones comunitarias en materia penal, suscritas por España, lo que explica un buen número de incorporaciones de figuras delictivas. Pero no hay que olvidar la conveniencia política como factor determinante.

Es un lugar común entre los que nos dedicamos al estudio del derecho penal español la aceptación de que nuestra legislación penal padece una suerte de enfermedad, que es el reformismo sistemático. Desde que entró en vigor el Código de 1995 no ha habido año en el que no se haya producido cuando menos una o más reformas. Unos dirán que eran necesarias y otros opinarán lo contrario, y, según creo, llevan más razón los segundos. El reformismo se ha transformado en un comportamiento casi compulsivo que forma parte de la actividad «normal» de un político cuando ocupa cargos relevantes.

Es fácil observar que los proyectos reformadores, muchas veces, nacen de anuncios que hace un ministro o ministra sin necesidad de previa deliberación del Consejo de ministros ni tampoco de iniciativas parlamentarias nacidas en el espacio que le es propio, esto es, el Congreso o el Senado. La reiteración de reformas se ha intensificado en los últimos años, bajo el Gobierno de Sánchez. Un ejemplo: entre los meses de marzo y julio de 2021, o sea, en apenas cinco meses, el Código penal se modificó en seis ocasiones, y durante el año 2022 se registraron ocho reformas, lo cual, sin entrar en si era o no preciso, es, por sí solo, preocupante. En el año 2023, la pluma modificadora entró tres veces.

Solo partiendo de esos datos es inevitable, como decía al principio, que se plantee

la pregunta sobre la necesidad de tantas modificaciones, y de que entre una reforma y otra a veces no llegue a transcurrir ni un mes. Las argumentaciones favorables a la reiteración de modificaciones del Código suelen reiterar los mismos discursos, que se resumen diciendo que en nuestro tiempo la evolución tecnológica es muy veloz y los riesgos para las personas o sus bienes crecen a gran velocidad. La necesidad de convivir con el riesgo, según ello, da lugar a la creación de nuevas infracciones penales y también surgen valores que hasta hace pocos años no tenían la importancia que hoy se les da, como puede ser el medio ambiente o el ciberespacio o la utilización de la inteligencia artificial.

Pero todas esas razones son en realidad débiles, pues se trata de transformaciones que afectan a toda la sociedad, a sus costumbres, su cultura, la salud, etc., y sus consecuencias no son privativas del derecho penal. Es más, ni siquiera es el primer afectado.

En cambio, una característica de la sociedad española, que se puede comprobar con facilidad, es la total ausencia de debate público, sea en medios sociales o sea en el ámbito parlamentario - que es donde necesariamente tendría que producirse - sobre la necesidad de que una determinada conducta esté tipificada como delictiva o, en sentido contrario, sobre la subsistencia de alguna figura anticuada, inoperante o excesiva.

Por supuesto que no me refiero solamente a los «grandes temas», como pueden ser la penalización más o menos amplia del aborto o la intervención penal en relación con la prostitución, o en relación con la libertad de expresión. Sobre esas cuestiones son visibles acalorados debates en los que participan juristas y, sobre todo, no juristas, por supuesto. Es inútil cualquier intento de serenar las polémicas intentan-

do concretar cuáles son los componentes de constitucionalidad o de antijuricidad presentes en cada una de esas actividades, pues el enfrentamiento es abiertamente ideológico.

Hablar de la antijuricidad, tema tan normal y central para los penalistas, resulta, en la práctica política y social española, una extravagancia que a nadie le interesa, y cuando el penalista advierte que la creación o supresión de un delito ha de ir precedida de un debate sereno precisamente sobre el contenido antijurídico de la conducta que se quiera incriminar o tipificar lo normal es que sus observaciones caigan en saco roto.

Históricamente no es la primera vez que eso sucede, pero hay que remontarse a las peleas académicas entre Binding y Von Liszt para encontrar un vago precedente. Para Binding la misión del jurista era estudiar las normas creadas por el poder legislativo, pero, en contra de lo sostenido por Von Liszt, el jurista no tenía derecho a inmiscuirse en los motivos del legislador: debía acatar las leyes aprobadas por el Estado sin especular sobre su conveniencia o utilidad. Muy lejos de ese imperativismo se posicionó, como es sabido, Liszt, que señalaba la centralidad del bien jurídico tutelado para comprender el significado material de la antijuricidad, y aquello marcaría la dogmática posterior.

Para completar el panorama podríamos detenernos en algunas realidades jurídicas de nuestro tiempo que pretenden ser asumidas como idea común indiscutible, como, por ejemplo, la perspectiva de género, estandarte de combate para unos y fuente de arbitrariedad interpretativa para otros que, lejos de alcanzar la condición de canon obligado que le asignan los primeros, queda limitada a una manera de contemplar el problema penal y las leyes penales, pero la pluralidad de perspectivas que

existen sobre esa cuestión impide concederle capacidad bastante para determinar la antijuricidad y condicionar la interpretación de las leyes, y, en cambio, es patente su centralidad como problema.

No diferente es la situación que se plantea con instituciones sobre las que el derecho penal había desplegado diferentes modos de protección, como, por ejemplo, la familia o la propiedad, pero que deberán amoldarse, el primero, a un sinfín de conceptos de familia respecto de las cuales no es posible mantener tal como está en estos momentos el grupo de delitos relativos a las relaciones familiares, ni tampoco suponer que existe un bien jurídico común a todas esas modalidades, como no sea el mínimo que es el respeto a todos los modos de vivir en compañía. En cuanto a la propiedad baste con recordar el notable número de derechos que se reconocen a los *okupas*, para desesperación de los propietarios y desprecio, por inutilidad, de las leyes penales.

En suma: se desdibujan los bienes jurídicos, y con ello su teórica función metodológica y su carácter de componente básico de la antijuricidad material. Pero la conclusión realmente preocupante no es solo esa, sino otra más descorazonadora: no hay modo de ponerse de acuerdo en lo que debe estar incluido en el Código Penal como delito, ni en lo que debería entrar ni en lo que puede salir.

Por otra parte, en la ciencia penal es visible una discrepancia entre los que critican la constante introducción de nuevos tipos de delito y aquellos que estiman que las sociedades modernas exigen al derecho penal respuestas y presencias que eran inimaginables en otro tiempo, y eso obliga a la creación de nuevos tipos de delitos que sean consecuentes con la evolución de la sociedad, en la que por una parte se muestra la necesidad de convivir con el aumento

del riesgo y, por otra, surgen valores que antaño no se apreciaban, como por ejemplo, por citar los ejemplos más citados, el medio ambiente o la limpieza del juego en el mercado o la profunda indemnidad sexual.

A todo eso se deben añadir otros argumentos repetidos hasta la saciedad, como el tópico de aludir a los cambios sociales y económicos, a las nuevas tecnologías, a las variaciones de significación de los actos humanos, a la aparición de conductas que hoy se tienen como normales y legítimas mientras que en un pasado no lejano eran, si no delictivas, cuando menos repudiadas, a la globalización, ideas todas que se suman a las ya citadas apariciones de nuevos intereses y la colectiva opción, también citada, por vivir en la llamada «sociedad del riesgo». Se dice que *todo* eso ha de tener traducción en el derecho penal.

Queda, por último, pero no en importancia, la revolución tecnológica, cibernética o como se la quiera denominar, y su impacto en el derecho y en la justicia penales. Sabemos que las revoluciones científicas han marcado las grandes etapas de la evolución de las sociedades. Así sucedió con la máquina de vapor, con la telegrafía o la telefonía, con el motor de explosión, con la aviación, con la televisión y, como no, ha sucedido con las tecnologías de nuestro tiempo, destacando la cibernética y la red mundial por encima de todas ellas, así como la informática.

Pero la trascendencia de la revolución de las computadoras, la irrupción del espacio cibernético, la sustitución de la tierra por la «red», etc., no es solo algo privativo del derecho penal, sino que alcanza a todas las relaciones jurídicas y a la propia cultura de nuestro tiempo; por lo tanto, carece de sentido acudir a esa explicación de la situación que vive el derecho penal y la tendencia a promover continuas reformas de las leyes penales.

En paralelo a las explicaciones de las causas o datos que expresan el cambio se sitúan las protestas de los que denuncian que esa velocidad de crecimiento del derecho penal va acompañada de una progresiva liquidación del conjunto de garantías que debieran respetarse como conquistas, como son la taxatividad, ofensividad, intervención mínima, etc., y que la «modernización necesaria» está transformándose en la gran excusa para aumentar la represión sin ataduras, creando además delitos innecesarios porque no se justifica el interés tutelado ni tampoco que se haya de recurrir a la protección penal.

Ante esa tensión, creo que se impone decir que la evolución del derecho penal de nuestro tiempo se sitúa más cerca de la laminación de garantías que de su mejora. Ahora bien, como en todo, es preciso precisar muchas cosas. En primer lugar, no hay duda alguna de que hoy se reconocen valores que, como es el caso del medio ambiente, en el pasado carecían del aprecio que merecen. También es cierto que nuestra sociedad ha decidido vivir en una especie de estado permanente de «riesgo que se quiere controlar», precisamente por su lesividad para la salud y el ambiente. Solo son ejemplos, pero desde ese ángulo de observación resulta evidente la necesidad de crear nuevos delitos.

En segundo lugar, se ha de reconocer que el uniformismo de la teoría del delito «originaria» ha tenido que dejar paso a construcciones dogmáticas alternativas y capaces de explicar las diferentes modalidades de infracción penal.

Mucho se ha hablado también de la despenalización como vía de reducción del creciente tamaño del derecho penal. Pero también es obligado asumir la crítica centrada en la «insuficiencia» del derecho administrativo sancionador en algunas de nuestras sociedades, pero esa ineeficacia

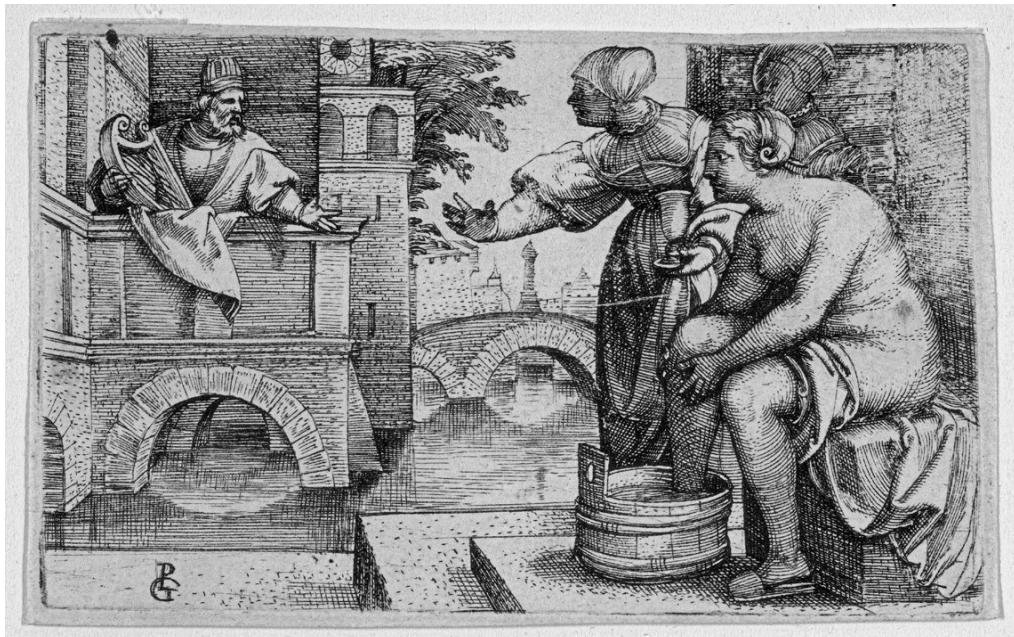
no puede resolverse saltando al derecho penal sin asumir sus garantías. El discurso sobre la necesidad de encontrar algo más contundente que el derecho administrativo, pero menos traumático que el derecho penal es sin duda interesante, como también lo puede ser la idea de condicionar la expansión del derecho penal a la renuncia a recurrir a la pena privativa de libertad.

En todo caso, lo que no es soportable es el aumento «injustificable del derecho penal» con la creación de delitos que no se explican por la evolución de la sociedad, y menos aún la pretensión de reducir las garantías individuales ante el proceso y el derecho penal sin dejar de recurrir, y cada vez más, a la pena privativa de libertad.

Creo que sería un desenfoque de partida situar el cambio social en la base de las explicaciones de todo lo que sucede y de la transformación del derecho penal. Esa justificación —dejando de lado que sea demasiado recurrente— no sirve por muy cierto que sea que el paso del tiempo cambia el significado de las instituciones y de los conceptos jurídicos, pues como más adelante veremos, lo que en España viene sucediendo no es un fenómeno de transformación del derecho penal impuesto por la modernidad o el desarrollo postindustrial, sino un intolerable aumento y endurecimiento del derecho penal clásico a la vez que las infracciones que debe de imponer el tiempo que vivimos se configuran mal y se aplican peor.

## **2. El Código único y las leyes penales especiales**

La frecuencia de las reformas penales daña la necesaria armonía del Código penal, que exige una razonable estabilidad. Esa es una afirmación reiterada una y otra vez, y, se añade, un Código no puede estar



compuesto por páginas cambiables ni acumular leyes que son frutos de ideologías jurídicas muy distintas.

Esa innegable realidad ha llevado a algunos penalistas a plantear el problema desde otro ángulo, que se resume en una tesis central: acaso el tiempo de los Códigos ha sido ya superado, y solo se entienden en el momento de la codificación y durante el tiempo en que tenían que cumplir una función didáctica de conocimiento global del derecho pero que no son útiles cuando el sistema penal se expande y se complica.

Comprendiendo las razones que han llevado a hablar de crisis del tiempo de los Códigos, no comarto la tesis de que ya no cumplen una función de reconocible utilidad. Un Código es, sin duda, una reunión de leyes, pero no al modo de una recopilación, sino conforme a una ordenación lógica que ha de seguir una escala valorativa, entre sus partes y dentro de cada una de ellas. Su aspiración, teóri-

ca es racionalizar el sistema legal, pero, además, ha de ser la piedra básica de los principios y garantías que han de presidir tanto a la formulación como a la aplicación de las leyes penales.

Es cierto que hay importantes parcelas del derecho, como el derecho administrativo que, aun teniendo leyes nucleares, no está reunido en un solo texto, lo cual, además, sería imposible si se tienen en cuenta las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de legislación propia, a lo que se suma la enorme extensión de la legislación administrativa.

Los defensores de la idea de que esa enfermedad que para muchos es la constante modificación de las leyes penales se resolvería superando la centralidad del Código penal, creo que se equivocan.

La codificación fue un afán consustancial al nacimiento del Estado de Derecho, pues era vista como el más completo modo de preservar la legalidad y la certeza de derecho. Recordemos que en

los antecedentes ideológicos de la Revolución francesa se insertaban las ideas de igualdad ante la ley o de lucha contra la arbitrariedad de los jueces o la incertezza de leyes múltiples y contradictorias o el complejo y desigual sistema judicial.

La filosofía del Iluminismo (Beccaria, Montesquieu, Rousseau, Voltaire) habría de estar presente en la legislación revolucionaria, como fue el Código penal de 1791, Código que coexistió con el período del Terror, que no concluyó hasta la caída y ejecución de Maximilien Robespierre el 27 de julio de 1794. La necesaria ordenación del Estado tenía que hacerse sobre esas columnas, pero prescindiendo de muchas de las creaciones de la Revolución, como fueron los Tribunales revolucionarios o el citado Código penal de 1791.

El Código civil francés de 1804 fue, precisamente por todo eso, un hito histórico. Del que Napoleón se sentía particularmente orgulloso. El Código, indudable monumento jurídico, acogía instituciones del derecho romano y normalizaba las más importantes tradiciones jurídicas burguesas. Calificarlo de revolucionario está fuera de lugar, pero, en cambio, instituyó la certeza del derecho como fundamento del Estado. En cuanto a su exportación a otras naciones hay que diferenciar entre la gran influencia que tuvo en los juristas de la época, y su transformación o presencia en Códigos de otros países, lo cual sucedió con las recién nacidas Repúblicas iberoamericanas, en algunas de las cuales también habría de influir el Código penal español de 1822.

El Código de Napoleón, como todos los Códigos, nació de la doble necesidad de ordenar leyes y costumbres y de ofrecer a los ciudadanos un «corpus» único, sistematizado y claro, y esas son las mismas razones que en España habrían de impulsar la codificación, ordenada por el

artículo 258 de la Constitución de Cádiz, que disponía que «el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes». Eso implicaba el mandato de codificar esas materias.

Esa idea estaba ya presente en el Estatuto de Bayona de 1808, que fue la «Constitución» ideada por Napoleón para el Reino de España. Su art. 96 establecía que las Españas y las Indias se gobernarán por un solo código de leyes civiles y criminales. Es cierto que se trataba de una idea defendida por el invasor, pero también era consustancial al constitucionalismo, que todos deseaban, y en el cual la codificación era una consecuencia necesaria, y eso se tradujo en una visible influencia del Estatuto sobre el texto de Cádiz y en el fortalecimiento de la necesidad de una Constitución.

Los constituyentes de Cádiz quisieron realmente construir un Estado de Derecho, aunque no pudieron pasar del propósito, pero éste era claro: proclamar el imperio de la ley y la sumisión de los ciudadanos, protegidos por el principio de legalidad, garantizado junto a los derechos y libertades, y, especialmente, la instauración de un Poder judicial independiente exclusivamente sometido a la Ley. Ese proyecto pasaba por la codificación, que solamente prosperó – dejando de lado sus avatares – con el Código Penal de 1822 y, con menos problemas para salir adelante, el Código de Comercio de 1829. Muy lejos quedaba la obra codificadora napoleónica, que en muy pocos años se plasmó, además de en el Código civil de 1804, en el de Procedimiento civil de 1806, el de Comercio de 1807, el de Procedimiento penal en 1808 y en el Código penal de 1810.

La diferencia con España era notable, y la carencia más visible en la legislación española fue la del Código civil, a pesar de que el Código de Napoleón había sido traducido y conocido en España, y, sin perjuicio de que sus fuentes romanas estuvieran también presentes en la tradición española, la tarea de componer un Código se retrasaría muchos años, y el Código civil tendría que aguardar hasta 1889. Sobre las razones de esa tardanza mucho se ha escrito, así como sobre la resistencia a dejarse «colonizar» por el Código de Napoleón.

Tanta fue la resistencia a la codificación civil que al poco de promulgarse el Código francés de 1804 España publicaba en 1805 la *Novísima Recopilación*, arcón caótico en el que convivían todas las leyes, también las penales, sin orden ni concierto, pero que, a pesar de eso, recogía la legislación penal que se aplicaba hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1848.

Por supuesto que Fernando VII repudiaba el mandato codificador que contenía la Constitución de 1812 tanto como a la Constitución mixta. El Código penal de 1822 pudo ver la luz efímeramente gracias al Trienio Liberal (1820-1823) y el Código de Comercio no suscitaba recelos políticos y se aceptó por el rey. Pero un Código penal con pacífica vigencia no lo habría hasta el de 1848. Las leyes de enjuiciamiento civil y criminal no llegarían hasta 1881 y 1882 respectivamente, y la de enjuiciamiento criminal, reiteradamente modificada y parcheada continua todavía en vigor hoy, por razones que sería muy largo exponer, pero, en cualquier caso, es vergonzoso que así sea.

Volviendo a nuestro tiempo hemos de olvidar los hechos que en muchos casos tuvieron lugar hace dos siglos, pero asumiendo su herencia más importante

que es visible en Europa continental, especialmente, en donde está profundamente arraigada la cultura codificadora, que se desarrolló durante todo el siglo XIX y el XX, con sus vicisitudes políticas y conflictos bélicos, plasmándose en una larga relación de Códigos civiles, penales, mercantiles y procesales que caracterizan al derecho europeo, con la gran excepción del derecho inglés y el sistema del *common law*, en el que no existen Códigos oficiales (otra cosa es que haya compilaciones privadas).

No voy a profundizar en el viejo tema de las diferencias entre el derecho continental y el derecho inglés, pues eso nos alejaría del tema de la crisis de los Códigos. Desde la óptica continental es irreconciliable la seguridad jurídica con el sistema del *common law*, aleatorio en función del caso y otras circunstancias impredecibles, que es precisamente lo que se quiere evitar con el derecho codificado.

Esta es una reflexión que conviene tener presente cuando se aborda el tema de la crisis de los Códigos, con independencia de las razones profundas de la singularidad inglesa, su nacionalismo su tradición de confianza en el juez y desconfianza en los legisladores, identificados con el poder del rey y su alejamiento de algo que ha influido tanto en el continente como es el iusnaturalismo.

Europa, mayoritariamente, eligió la vía de los Códigos, que no es en modo alguno una mera manera de «crear derecho», ni tampoco de «ordenar el derecho que ya se tiene», pues esa es la función de las recopilaciones. Un Código, al menos, en teoría, persigue la racionalización de los problemas que el derecho ha de resolver, bajo el ideal de la previsión, la certeza y la sistematización, lo que se traduce, simplificando mucho, en la precedencia de la norma al proble-

ma, en lugar de componer una solución cuando el problema es llevado al juez, que por esa vía acaba siendo el creador del derecho, aunque tenga en consideración tradiciones y precedentes.

Eso no quita que en el derecho continental la interpretación y aplicación del derecho es a su vez un modo de *recrear/o*, pero esa es otra y compleja cuestión. Igualmente, en el derecho inglés también abundan leyes específicas de obligada aplicación. Pero ni lo uno ni lo otro diluyen la idea fundamental apuntada sobre el sentido profundo de cada sistema.

Luego surge el principal problema metodológico: asumir realmente lo que se supone que debiera ser un Código. Hoy en día estimamos que un Código, además de ser un instrumento de reunión y ordenación de las leyes supone muchos más: racionalización lógica, relación interna entre sus diferentes normas, aspiración de base fundamental para todo el derecho (penal o de la clase que sea), síntesis de principios y garantías, coherencia con la Constitución. Un Código no es la enumeración de las respuestas jurídicas, sino la manera de entender la relación entre el Ordenamiento jurídico, el Estado y los ciudadanos y es donde cristaliza el principio de legalidad en toda su extensión. Al menos, así debería de ser. Aunque la realidad se empeñe en desbaratar ese ideal.

La importancia de los Códigos en la cultura jurídica europea, en nuestro tiempo, y, especialmente, en algunos países como España o Italia, en mi opinión ha menguado notablemente, sino en todo el orden jurídico sí en buena e importante parte como es la correspondiente al derecho penal.

Esa crisis «existencial» comienza con la constatación de un hecho innegable: la

enorme complejidad del derecho penal, civil o mercantil de nuestro tiempo que imposibilita la condensación en un texto único. El derecho penal, teóricamente menos extenso que el derecho civil, ha de insertarse en una creciente realidad normativa, nacional y supranacional, que condiciona tanto su interpretación que resulta imposible reunirlo en una sola ley.

La necesidad de crear leyes penales especiales es insuperable, salvo que se opte, como ha hecho el legislador español, por incrustar en el Código toda clase de cuestiones lo cual ha dado lugar a que sea imposible sistematizar de un modo coherente tan abigarrado conjunto de normas, y eso sucede, en primer lugar (no es la única razón) por la férrea resistencia a aceptar la creación de leyes penales especiales.

La otra vía, la «italiana», consistente en crear una interminable relación de leyes penales especiales sin cambiar el Código (sigue en vigor el de 1930) da lugar a graves problemas aplicativos, comenzando por el de la determinación de qué leyes gozan de vigencia una vez contemplado el enorme conjunto de la legislación acumulada.

Es claro que el legislador de 1995 hizo un esfuerzo patente por derogar cuantas leyes penales especiales estaban en vigor a la sazón en España, que tampoco eran muchas, sobre todo si se compara su número con el de las que están vigentes en otros Estados, como Italia o Francia. El deseo de reunir todo el derecho penal – salvo contadas excepciones – en el Código Penal tenía que producir consecuencias inevitables, que hacen explicable el escepticismo con el que incluso la doctrina penal extranjera contempló el experimento español.

Entre esas consecuencias podemos destacar algunas. Así, por ejemplo, un

importante número de infracciones han tenido que ser configuradas como leyes penales en blanco, aunque el núcleo de la conducta punible esté residenciado en el Código Penal, pero eso no dispensa de tener que acudir a otras leyes e, incluso, a disposiciones que ni siquiera tienen rango de ley, con el problema sobreañadido de la potestad de la Administración para modificar el contenido de leyes no penales pero que son imprescindibles para la interpretación y aplicación de las leyes penales, como sucede, y es solo uno de los casos, con la variabilidad del impuesto sobre donaciones y sucesiones, que depende de competencias autonómicas, y que pueda dar lugar a diferencias de contenido material de la ley penal, en contra de la promesa constitucional de uniformidad para todo el territorio nacional.

Por el camino de los elementos normativos de los tipos quedan abiertas las vías para acceder a legislación no penal. Pero eso, que es normal si se mantiene la debida contención, resulta difícilmente soportable cuando la totalidad de un grupo de delitos obliga a la incorporación completa de leyes administrativas o mercantiles. En algunos casos, el lacionismo del Código penal ha dejado en la penumbra cuestiones prejudiciales que van a vincular al juez penal lo diga o no lo diga el Código, el cual, y es solo un ejemplo, se refiere, por ejemplo, a las responsabilidades de los administradores de las Sociedades mercantiles con conceptos tan vagos como el de «administración fraudulenta» sin especificar cuáles son los límites infranqueables que marcan la gestión empresarial.

La conclusión que la doctrina española extrae de estos ejemplos es clara: el principio de reunión en el Código Penal de toda la materia punitiva es en sí mis-

mo bueno y positivo. Pero eso no quiere decir que haya que llevarlo más allá de lo razonable, y no es razonable que el Código penal pretenda con unas pocas disposiciones resolver todos los problemas del derecho penal concursal, de los delitos financieros, de los delitos industriales, y otros grupos de infracciones en las que la importancia delimitadora de la legislación (preventiva) no penal es absolutamente determinante del marco en que se mueve el derecho penal y de los conceptos que puede utilizar.

La conveniencia de una ley penal especial, o de una parte penal dentro de las leyes que disciplinan esas materias es patente, sin entrar en problemas orgánicos y procesales como serían los relativos a la determinación del órgano jurisdiccional más adecuado para conocer de ellos.

El problema de la legislación penal española y sus continuadas modificaciones podría en buena medida superarse asumiendo, sin innecesarios lamentos, que nada sucede porque los Códigos convivan con leyes penales especiales, y no solamente la militar, que siempre ha sido la «especialidad lógica». Actualmente en nuestro derecho penal solo contamos con esa y con la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando y la Ley de Régimen Electoral General, una y otra contienen descripciones de infracciones penales, al igual que la Ley del Jurado y la Ley reguladora del Control de Cambios, si bien el delito monetario que esta describe no es aplicable por su contradicción con legislación posterior y, sobre todo, con la legislación europea, y algo parecido sucede con la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea. En resumen: nuestra legislación penal especial es muy reducida.

La existencia de leyes penales especiales solo tiene una condición irrenunciable, porque marca la esencia de los fundamentos y límites de represión penal, que es la unidad de la Parte General, que, como reconoce implícitamente el art.9 del CP vigente, ha de ser común a todo el sistema punitivo, y esa es la esencia garantista del Código.

Lo realmente grave no es la posible multiplicación de leyes penales especiales, que pueden ser sometidas a unos principios comunes, sino la *inestabilidad del Código*, lo que lo aleja irremisiblemente de su función esencial. El Código español ha sido reformado decenas de veces en sus treinta años de vigencia, a un promedio de dos reformas por año lo que, de por sí, es preocupante, porque, en cualquier caso, denota una perceptible pérdida del respe-

to al Código y al derecho penal, invadido por modificaciones alguna vez necesarias, pero, mayoritariamente, ha triunfado la irracionalidad y las leyes de inspiración partidista, sectarias, ideológicas o populistas, que solo generan un incremento cuantitativo de las leyes penales.

La teórica función del Código penal, en cuanto programa estable y razonablemente permanente, ha quedado reducida a mero desiderátum. Y esa es la auténtica y grave crisis, tal vez irreversible, de la codificación del derecho, al menos, del derecho penal.

Conjeturar sobre cuál puede ser el futuro de nuestra legislación penal es muy difícil. Pero mientras no aumente significativamente el respeto por el derecho y se renuncie al sectarismo y al populismo no hay razón para el optimismo.



# **Investigación penal y Estado de derecho**

Carmelo JIMÉNEZ SEGADO

## **I. Introducción**

La cuestión de la investigación penal en el Estado de derecho se aborda comúnmente planteando a quién debe corresponder —al juez o al fiscal— dirigir la fase de instrucción del proceso penal previa al juicio y si el ministerio fiscal es lo suficientemente autónomo del gobierno para desarrollar dicha tarea.

Una respuesta a tal planteamiento dentro del orden constitucional vigente exige, en primer término, aceptar como punto de partida las reglas del sistema político democrático que se basa en el gobierno de la mayoría, el imperio de la ley, la separación de poderes, la garantía de derechos y libertades y presupone una sociedad cuyos desniveles de riqueza no sean tales que dificulten acatar la máxima esencial de un voto por persona. Y, en segundo lugar, evitar el adanismo y la propaganda de las simplezas del tipo: si los jueces no instruyen, España será una dictadura, hoy nuestro país no está preparado para un fiscal instructor o, viceversa, la justicia del siglo XXI demanda que la fiscalía instruya. El ser o no ser resulta estéril y, para demostrarlo, creo que basta con añadir a la policía judicial como terce-

ra alternativa pública viable en esta materia para complicar la disyuntiva.

La aproximación a este asunto debe realizarse con perspectiva histórica e institucional, por lo que comenzaré efectuando un breve recorrido por los avatares de la forma política estatal de institucionalización del poder, los principios rectores del constitucionalismo moderno y de su sistema procesal penal. A continuación, expondré las características del poder judicial y del ministerio fiscal y, finalmente, realizaré algunas consideraciones sobre los beneficios que se afirma que reportaría la instrucción por la fiscalía del proceso penal general de mayores, que es lo verdaderamente novedoso, porque el fiscal en nuestro país ya instruye el proceso penal de menores [Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores] y los delitos que perjudican los intereses financieros de la Unión Europea [Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea].

Aclaro en esta introducción que, ciñéndonos a nuestro derecho, instruir un

proceso penal alude a la autoridad judicial o fiscal que investiga quién ha cometido unos hechos que la ley tipifica como delito y castiga con una pena; que corresponde a los tribunales juzgar esos hechos y hacer que se cumpla lo juzgado; que el ministerio fiscal o público es el órgano estatal que tiene entre sus cometidos en el proceso penal general la función de acusar ejerciendo la acción penal por esos hechos, aun cuando la parte perjudicada no quiera hacerlo, puesto que la práctica totalidad de los delitos previstos en el código tienen la consideración de delitos públicos y son, por tanto, perseguibles de oficio por el Estado; y que la policía judicial tiene por objeto y obligación averiguar los delitos y descubrir y asegurar a sus autores bajo la dependencia de los tribunales y de la fiscalía.

## II. Estado de derecho y constitucionalismo

### 1. La estatalidad y lo jurídico

Toda forma política —y el Estado lo es desde sus orígenes en la modernidad— es el resultado de una determinada institucionalización del poder en un grupo humano dentro de unas fronteras territoriales. A esa institucionalización o estabilización contribuye que la forma política monopolice, entre otras, las funciones de gobernar, legislar y juzgar. Ningún Estado puede considerarse viable si tales funciones no se ejercen de manera permanente, porque, como enseña el realismo político<sup>1</sup>, la fuerza, el nudo poder no es bastante para mantener el orden socio-político. La mera fuerza solo es efectiva en la conquista del poder o en situaciones

excepcionales, pero no estabiliza ni conjura la amenaza de escisión o, en último extremo, la guerra.

Una convivencia pacífica dentro de las fronteras de un territorio exige normalidad, que las normas tengan vigencia y que la población de ese territorio sea libre de salir a la calle sin esperar un conflicto de todos contra todos y de perseguir sus intereses individuales o colectivos sabiendo a qué atenerse. La aceptación de la norma, o mejor, de la normalidad establecida, depende de su legitimidad, es decir, de su reconocimiento por la población, lo que, a su vez, está en función de toda clase de factores políticos, económicos, sociales y culturales.

En este sentido, desde el punto de vista institucional, puede afirmarse que todo Estado es, por definición, Estado de derecho. El monarca absoluto, heredero de una dinastía legitimada en el derecho divino, tenía la pretensión de ser, con la ayuda del derecho romano y de una nueva nobleza de toga frente a la antigua nobleza de espada, el *legibus solutus*, el soberano absoluto en su territorio y fuente del derecho, a través de su ley, frente a la «levedad del poder» (Grossi) de la poliarquía feudal y a la concepción de la costumbre como fuente primigenia de lo jurídico. El derecho medieval surge de una comunidad que tiene al reino de Dios como arquetipo de lo político (García-Pelayo). La ley no crea el derecho, solo declara o certifica la costumbre que, a su vez, es potencia de ley; el poder, carente entonces de capacidad de creación jurídica, se limita en su relación con la norma a descubrirla y aplicarla diciendo lo que es el derecho (*iurisdictio*)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Pier Paolo Portinaro, *El realismo político* [2023], Alianza, Madrid 2025, v. cap. «El realismo institucional», pp. 197-206.

<sup>2</sup> Manuel García-Pelayo, «La idea medieval del Derecho» [1962], en *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político* [1968], en *Obras Completas*, CEPC, Madrid 2<sup>a</sup> ed. 2009, apartados I.3 «Formación espontánea del Derecho», pp. 1804-7 y II.I B) «El estamento

Para cumplir con aquella pretensión monopolizadora las distintas monarquías europeas se pasaron la Edad Moderna guerreando en el interior de su territorio para reducir el poder de los estamentos y establecer primero, en el siglo XVI, un Estado estamental, y después, en los siglos XVII y XVIII, un Estado absoluto con la aristocracia estabulada en palacio. La excepción fue Inglaterra, donde el parlamento salió victorioso frente a las pretensiones monárquicas y se inició la tradición liberal de gobierno limitado.

La lucha de las monarquías territoriales por consolidar su dominio se proyectó en el exterior frente al Imperio y el Papado, entidades supraestatales que, según sus propios intereses, legitimaban o se enfrentaban a una empresa dinástica u otra. Tras el Tratado de Westfalia (1648) la idea imperial quedó diluida y surgió el nuevo orden interestatal europeo y el sistema de equilibrio de poderes entre Estados<sup>3</sup>.

El fin del Antiguo Régimen en la Europa continental a finales del siglo XVIII dio paso al Estado constitucional y a la soberanía nacional; y la legitimidad dinástica fue desplazada no sin antes atravesar las correspondientes guerras interiores y exteriores, como sucede en toda la historia de los desapoderamientos políticos significativos.

## 2. La técnica de dividir el poder

La nueva Edad Contemporánea comienza así en lo político con la lucha de la burguesía liberal contra el monarca para limitar su poder. Los liberales reivindicaron una Constitución que fuese reflejo de la soberanía nacional, entendida esta en el sentido de que la nueva fuente del poder debía ser la nación instruida y propietaria representada en un parlamento elegido por sufragio censitario masculino; que garantizase la propiedad y la libre empresa necesarias para el desarrollo de las nuevas formas de producción capitalista, así como los derechos y libertades individuales a no sufrir tortura o detenciones arbitrarias, a no ser obligado a profesar un determinado credo o a tener la libertad de expresar ideas y opiniones. Asimismo, a la Constitución se le exigió contemplar como técnica de limitación del poder la llamada separación de poderes: que estuviesen divididas las funciones de gobernar, legislar y juzgar. Se hizo así famosa la prescripción del art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): «Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución».

La división de poderes teorizada por Montesquieu y plasmada en la Constitución vigente de Estados Unidos (1787), se incorporó en adelante al ideario constitucional europeo, de modo que, si el régimen político no quiere degenerar en una tiranía, la misma persona no puede gobernar, dictar leyes y juzgar. La separación de poderes implica en la actualidad, esquemáticamente, un parlamento que representa la soberanía nacional que se expresa a través de la ley y que es elegido, en elecciones periódicas por sufragio universal, libre, directo, secreto e igual de hombres y mujeres mayores de edad; un gobierno, de

profesional del jurista», pp. 1097-1101. Paolo Grossi, *El orden jurídico medieval* [1995], Marcial Pons, Madrid 1996, pp. 61-8, 101-3 y 144-5.

<sup>3</sup> Carl Schmitt, «El Estado como concepto vinculado a una época histórica» [1941], en revista *Veintiuno*, nº 39, otoño 1998, Fundación Cánoval del Castillo, Madrid, pp. 73-4. García-Pelayo, «Hacia el surgimiento del Estado moderno», en *Idea de la política y otros escritos* [1983], en OO. CC., op. cit., pp. 1842-58. Dalmacio Negro Pavón, *Historia de las formas del Estado. Una introducción*, El Buey Mudo, Madrid 2010.

corte presidencialista o parlamentario, que dirige la política interior y exterior del país y unos tribunales independientes que juzgan aplicando la ley.

La pluralidad actual de normas no impide que la ley mantenga su papel central en las democracias como fuente del derecho al emanar del órgano que representa la soberanía nacional. No podemos entrar aquí en la cuestión de la representatividad, pero sí dejar apuntada su relativización por distintas causas: el carácter más o menos oligárquico del régimen (variable, entre otros factores, según el sistema electoral y de partidos), el desarrollo de grandes espacios económicos con capacidad normativa (ej.: Unión Europea) y la influencia de actores privados transnacionales.

En cualquier caso, sigue vigente que el imperio de la ley, expresión de esa voluntad popular, legitima la actuación del resto de poderes (arts. 1.2, 9.1, 66.1 y 2, 103.1 y 117.1 CE). El originario «sin representación no hay impuestos» (*no taxation without representation*) se extiende, a través de la ley, al resto de injerencias del poder en los derechos y libertades de la ciudadanía.

Ahora bien, en los sistemas políticos que, tras la segunda posguerra mundial, cuentan con una Constitución normativa (y no meramente programática) como fuente suprema del resto de fuentes jurídicas materiales y formales, públicas y privadas, el legislador por mayoría, máxima expresión del principio democrático tiene sus límites. Está vinculado por las regulaciones de poder que la Constitución establece y, en particular, por el contenido esencial de los derechos y libertades que el texto reconoce<sup>4</sup>.

### **3. El poder judicial como garante de derechos y objeto de instrumentalización**

El poder judicial en este Estado constitucional está integrado por jueces y magistrados independientes, imparciales, inamovibles, responsables y sometidos al imperio de la ley. A su función tradicional de solucionar jurídicamente cualquier litigio se une la función de garantía de la vigencia y eficacia de tales derechos y libertades. Por ello, si el litigio que se plantea se resuelve conforme a derecho por un tribunal independiente que reúna las características mencionadas, podrá criticarse lo fallado o estar en desacuerdo, pero no debería cuestionarse su legitimidad constitucional ni democrática.

Pero, como ya advirtió Tocqueville para Estados Unidos en 1835, aunque se aplica a todo Estado democrático de derecho, aquí «no hay casi cuestión política que no derive, tarde o temprano, en cuestión judicial». El conocido vaticinio, bien mirado, aspira a que no existan inmunidades de poder, a que el poder sea controlado judicialmente en garantía de los derechos de la ciudadanía, pero su cara negativa la muestra la posibilidad de instrumentalizar la justicia frente al enemigo político. El fenómeno es antiguo: se le puede preguntar a Sócrates o redescubrirlo con el denominado *lawfare* (*law + warfare*), la guerra judicial que continúa la política por otros medios, en concreto, con denuncias o querellas que el papel aguanta todo y que vehiculan ciertos operadores o instrumentos jurídicos (jueces, fiscales, abogados, policías, la acusación popular) de forma consciente o inconsciente<sup>5</sup>.

Por ello, para evitar que el sistema judicial pierda su legitimidad democrática, que

4 Para una síntesis de la historia del constitucionalismo, sus dogmas y de la teoría de la constitución como norma véase Ángel Garrorena Morales, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, CEPC, Madrid 2ª ed. 2013, pp. 21-109.

5 Véase el conjunto de ensayos que integran el dossier «Las estrategias de *lawfare*», publicado en el nº 109 de esta revista de marzo de 2024.

deriva del sometimiento al derecho y a la ley a la hora de resolver el litigio de que se trate, resulta preciso que la independencia judicial se garantice con un estatuto que permita a la judicatura ejercer su función de forma responsable, imparcial y ajena a cualquier clase de presión corporativa, política, social o económica.

Así, un estatuto judicial de independencia es aquel que (i) garantiza la inamovilidad de los jueces, es decir, que solo puedan ser separados, suspendidos, sancionados, trasladados o jubilados por las causas legalmente previstas, evitando así la designación ad hoc o su remoción en contra de la predeterminación legal del juez; (ii) que prohíbe que reciban instrucciones o que sean corregidos en la aplicación del ordenamiento, salvo en virtud de los recursos legalmente establecidos; (iii) que regula el ingreso en la carrera judicial, los ascensos, la formación y la provisión de puestos conforme a los principios de mérito, capacidad y no discriminación y teniendo presente que los jueces y magistrados forman un cuerpo único y no segmentado en camarillas con el pretexto de la especialización; (iv) que vela por la imparcialidad judicial, no dejando que los jueces ejerzan profesiones o cargos incompatibles ni que intervengan en asuntos en los que tengan un interés; (v) que asegura una independencia económica y una protección social adecuada al cargo durante el servicio y en la jubilación; y (vi) que les exige responsabilidad por los delitos dolosos y las infracciones disciplinarias que cometan en su ejercicio, garantizándoles un juicio o un expediente justo con las correspondientes salvaguardas (inmunidades y aforamientos) frente al ejercicio abusivo de acciones.

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), con sus múltiples modificaciones (68 hasta la fecha), regula

el estatuto de la judicatura española (arts. 12 a 16 y Libro IV) y se hace eco de las reglas y principios anteriores, cuya concreción tiene tales vericuetos que cualquier intento de respuesta nos apartaría del objeto de este trabajo.

No obstante, no está de más recordar que las garantías estatutarias son un freno contra la desviación del poder judicial de sus funciones y no privilegios de una corporación no exenta de inclinaciones ideológicas, religiosas y políticas, aunque el art. 127 CE prohíba a los jueces y también a los fiscales pertenecer a partidos políticos o sindicatos y les permita asociarse; que la independencia judicial también puede invocarse de forma espuria y que lo humano es un factor imprevisible y determinante en el ejercicio de cualquier profesión, inteligencia artificial incluida.

### **III. División de poderes e investigación de delitos**

#### **1. La función de juzgar no excluye la posibilidad de que el juez instruya**

El estatuto judicial de independencia que se acaba de describir corresponde a todos los jueces para que puedan ejercer sus funciones. La función judicial genuina, la que garantiza la división de poderes inherente al Estado constitucional es la de juzgar de forma independiente. Los jueces no pueden realizar otras funciones distintas, salvo que la ley lo autorice. Pero tal autorización legal no puede traer consigo la asunción de competencias que supongan una injerencia en su propia independencia y tampoco en las funciones del resto de los poderes del Estado. Porque, aparte de que una autorización extensiva atentaría contra la división de poderes y el sistema democrático, la judicialización desmedida serviría con facilidad de coar-



tada de la actuación o inacción de los demás poderes, blanqueando o lavando su responsabilidad a través de los tribunales (*law laundering*)<sup>6</sup>.

El art. 117.3 CE contempla la función judicial genuina cuando dispone que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Y acto seguido, el art. 117.4 CE establece que «no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior», pero también —continúa este apartado— «los juzgados y tribunales podrán ejercer las [funciones] que expresamente les sean

atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

Desde el punto de vista del texto constitucional, como se observa, la función de instruir causas criminales no está entre las funciones esenciales que corresponden al poder judicial. Y esto es lógico y no atenta contra el Estado de derecho ni contra la división de poderes, porque investigar no es juzgar; por ello, resulta un disparate afirmar el advenimiento del totalitarismo si se atribuye la función de investigar delitos a un órgano estatal distinto, puesto que la experiencia histórica es justo la contraria.

La historia del proceso penal constitucional es la del tránsito del proceso inquisitivo del Antiguo Régimen, con jueces investigadores, al proceso acusatorio, caracterizado por la necesaria separación entre las funciones de acusar y juzgar (STC 145/1988, de 12 de julio) como técnica que posibilita la imparcialidad del juez y que sea

<sup>6</sup> Tomo la expresión de la conocida *money laundering*, blanqueo o lavado de dinero o de capitales.

el derecho a la presunción de inocencia el que gobierne el proceso que debe resolver el conflicto que el hecho delictivo suscita entre su autor, el Estado y la víctima.

La presunción de inocencia y la técnica del principio acusatorio son al proceso penal constitucional lo que el dogma de la división de poderes al sistema democrático. La presunción de inocencia es un principio estructural que opera a la vez como regla de tratamiento y de juicio que exige que toda persona sea considerada inocente de los hechos delictivos que se le atribuyen mientras no se acredeite su culpabilidad más allá de toda duda razonable en un juicio oral y público y celebrado con las garantías de ser juzgado por un tribunal predeterminado por la ley, imparcial y con igualdad de armas entre acusación y defensa o de posibilidades de alegación y prueba<sup>7</sup>.

Este conjunto de garantías se recoge en el art. 24.2 CE, que dispone que «todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia». Estas garantías no se traducen en la exigencia constitucional de un determinado proceso de investigación, sino en la obligación de respetarlas con independencia de quien investigue<sup>8</sup>.

Así pues, la Constitución permite, pero no impone, que la fase de instrucción

corresponda a los jueces y esta ha sido la opción secular en nuestro país que no ha sido alterada ni por la codificación de la legislación procesal penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, ni por la legislación orgánica del poder judicial. La reciente Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, mantiene esta competencia en las recién estrenadas secciones de instrucción de los tribunales de instancia y en aquellas otras secciones que realizan funciones semejantes: las secciones de violencia sobre la mujer, de violencia sobre la infancia y la adolescencia y la sección de instrucción del Tribunal Central de Instancia.

Esa posibilidad de que el juez instruya no es un imperativo constitucional, por lo que la ley puede atribuir la instrucción al fiscal sin ninguna tacha de inconstitucionalidad. Lo que sucede es que, como señala la doctrina de forma unánime, el diseño constitucional del ministerio público es difuso o ambiguo en sus funciones, en su relación con el ejecutivo y en sus principios de actuación<sup>9</sup>.

## **2. La legitimación estatutaria del fiscal para instruir y acusar con autonomía**

La lectura del art. 124 CE, dividido en cuatro apartados (los dos primeros muy similares a lo dispuesto en el art. 35 de la derogada Ley Orgánica del Estado de 1967) confirma la indefinición constitucional del

7 Perfecto Andrés Ibáñez, recientemente en «Principio de presunción de inocencia y principio de victimización», en *Revista do Ministério Público*, nº 160, oct.-dic. 2019, pp. 59-77.

8 Luis María Díez-Picazo Giménez, «Siete tesis sobre la idea de fiscal investigador», en *Teoría y derecho: revisión de pensamiento jurídico*, nº 1, 2007, p. 30.

9 L. M. Díez-Picazo, «Ministerio Fiscal y acción popular en España: una aproximación histórica», en *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, nº 11, 1999, pp. 1021-24, (artículo incluido en el estudio ya clásico de este autor *El poder de acusar: Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona 2000). P. Andrés, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, «XVIII. El ministerio fiscal: un instituto en la ambigüedad», pp. 479-91.

ministerio fiscal que, según su apartado primero, «sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social». En el apartado segundo se dice que «ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad». El tercero atribuye a la ley la regulación de su estatuto orgánico, y el último establece que «el Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial».

Nada hay en el art. 124 CE que relacione al fiscal con el proceso penal y menos con la investigación de delitos, por muchas lecturas que se le hagan y por muy distintiva que sea su función de acusar. Más claro es el art. 126 CE para que el lector al que la Constitución se dirige concluya que es la policía quien cumple dicha función investigadora: «La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca».

La Constitución ni siquiera atribuye al fiscal la función tradicional de acusar, sino que ésta es asumida en virtud de lo dispuesto en la legislación procesal penal y en su estatuto (art. 3.4), aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF). Hasta la fecha el estatuto ha sido objeto de 17 modificaciones, entre las que destaca la efectuada por la

Ley 24/2007, de 9 de octubre, que dota al ministerio fiscal de mayor autonomía, al prever un mandato de duración de cuatro años para el fiscal general del Estado, que solo puede cesar por causas tasadas, pero no a discreción del gobierno que lo propuso; refuerza la especialización para atender a las nuevas formas de criminalidad e introduce la figura del fiscal superior autonómico para acomodar la institución al Estado de las autonomías. El Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, que atribuye la instrucción al fiscal (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 74—1, de 14 de noviembre de 2025), extiende el mandato del fiscal general del Estado a cinco años, con lo que la autonomía del ministerio público se acrecienta al no coincidir su mandato con el del gobierno.

El principio de unidad de actuación alude a que los miembros del ministerio fiscal son intercambiables, de modo que la fiscalía puede actuar a través de cualquiera de ellos, diferenciándose así del estatuto judicial y la necesaria predeterminación legal del juez. La jerarquía significa que sus miembros están sujetos a las instrucciones y órdenes de sus superiores (arts. 22 a 26), sin perjuicio de que tales deberes resulten atemperados con la existencia estatutaria de contrapesos institucionales [el Consejo Fiscal, que es representativo de la carrera (art. 14) y que debe ser oído en los nombramientos de cargos, y la Junta de Fiscales de Sala (art. 15), que es oída en cuestiones técnicas y doctrinales] e individuales [posibilidad de discrepar en caso de sustitución o de avocación de un asunto (art. 23), libertad de realizar informes orales (art. 25) o de objetar justificadamente las órdenes recibidas (art. 27)].

El sometimiento a los principios de legalidad y de imparcialidad exigen que el fiscal actúe con objetividad y con sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento

jurídico (arts. 6 y 7). Debe abstenerse de intervenir en asuntos o de realizar ciertas actividades cuando su imparcialidad resulte comprometida por concurrir circunstancias parecidas a las que regulan tales deberes en los jueces (art. 28 y 57 a 59) y, asimismo, al igual que estos, su actuación está sujeta a responsabilidad civil, penal y disciplinaria (arts. 62 y ss.).

Al mismo tiempo estos principios se erigen en garantía contra la eventual injerencia del ejecutivo en las funciones del ministerio fiscal, riesgo que se deriva del hecho de que sea el gobierno el que designa al fiscal general del Estado o de la posibilidad de aquel de interesar de este «que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público», sobre cuya viabilidad o procedencia resolverá el fiscal general del Estado, oída la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, exponiendo su resolución al gobierno de forma razonada (art. 8). El proyecto de 2025 desarrolla esta última prevención y contempla la publicidad para dichas actuaciones y comunicaciones entre el fiscal general y el gobierno.

A la vista de la anterior regulación estatutaria puede afirmarse que el ministerio fiscal puede cumplir con sus funciones de acusar y también de instruir con la debida autonomía, a pesar de la designación por el gobierno del fiscal general, que es quien ostenta la jefatura superior y su representación en todo el territorio español (art. 22.2). La Constitución de 1978 creó la figura del fiscal general del Estado, inspirada en la Constitución de 1931, para desvincular a la fiscalía de su tradicional subordinación gubernamental y de su papel de enlace entre el gobierno y los tribunales. El fiscal general del Estado es quien imparte las instrucciones y órdenes al resto de fiscales con los contrapesos institucionales e individuales

examinados, posibilitando así que la fiscalía pueda cumplir con su labor sin recibir ninguna instrucción del ejecutivo<sup>10</sup>.

Garantizada estatutariamente la autonomía de cada fiscal en el ejercicio de la acción penal o en la instrucción de una causa debe resaltarse que dicha autonomía no puede identificarse con la independencia judicial, es decir, con la imposibilidad de recibir instrucciones de un superior, porque sin una actuación unitaria y jerarquizada de la fiscalía no sería posible ejercer una acusación pública uniforme e igual en todo el territorio estatal.

#### **IV. La atribución de la instrucción al fiscal y la polémica sobre su autonomía**

La vinculación de la fiscalía con el gobierno solo se produce en el momento de la designación del fiscal general del Estado y, siendo esta la regla constitucional, resulta lógico que el nombramiento recaiga en una persona de la confianza del ejecutivo; pero, después de esta designación inicial, nada impide que el funcionamiento del ministerio público sea autónomo ni que actúe conforme a los principios de legalidad e imparcialidad.

La confianza suele explicarse por la sintonía política entre el gobierno y el fiscal general y podrá tener su reflejo en el momento de priorizar una determinada investigación o acusación conforme a los objetivos de la política criminal y también en la interpretación de los tipos y normas penales y procesales, pero en modo alguno dicha confianza conlleva que la fiscalía quede al albur del gobierno ni que pueda recibir instrucciones de él.

---

10 L. M. Díez-Picazo, *Ordenamiento constitucional español*, Tirant lo Blanc, Valencia 2ª ed. 2023, pp. 459-60.

Sin embargo, a pesar de la constatación de que la autonomía del ministerio fiscal está garantizada legalmente, de que no resulta viable atribuir a la fiscalía un estatuto de independencia semejante al de los jueces, porque no forman parte del entramado específico de la división de poderes, y de que los dos grandes partidos políticos han propuesto un fiscal instructor en 2011, 2020 y 2025 (PSOE) y en 2013 (PP)<sup>11</sup>, la cuestión de la atribución al fiscal de la instrucción del proceso penal general de mayores tropieza de forma recurrente con la polémica de la falta de independencia entre el ministerio público y el gobierno.

Existiendo consenso político sobre el asunto, la polémica solo se justifica por las exigencias a corto plazo de la contienda política que sigue un guion u otro en función de si se está en el gobierno o en la oposición; también juegan los propios intereses corporativos de la fiscalía y de la judicatura, aunque en mucha menor medida, debido al reducido número de este colectivo, a su idiosincrasia y a las escasas posibilidades de que este tema movilice a la ciudadanía y menos cuando el grado de satisfacción o el interés por la administración de justicia es ridículo, según cualquier encuesta.

## V. Examen final de los supuestos beneficios del fiscal instructor

La cuestión de atribuir la instrucción al fiscal se debe examinar superando el debate manido y resuelto acerca de su auto-

<sup>11</sup> Una comparativa de los proyectos de 2011 y 2013 la realizan Juan José López Ortega e Ignacio Rodríguez Fernández en la serie de cuatro artículos «El proceso penal como sistema de garantías», publicados en el *Diario La Ley* de 7 y 27 de mayo, de 24 de junio y de 8 de julio de 2013.

nomía o independencia para centrarse en las supuestas ventajas que dicha atribución supone. Para ofrecer una respuesta con un mínimo rigor habría que estudiar y tener en cuenta —y no se ha hecho— la experiencia del fiscal de menores y de la fiscalía europea para, en la medida en que los datos se dejen extrapolar, comprobar si son ciertos los apriorismos acerca de los beneficios del fiscal instructor.

Sobre el fiscal instructor suele decirse que este es el modelo que se sigue en los países de la Unión Europea, salvo en Francia y España; que el fiscal instructor permite una mayor eficiencia, agilidad y ahorro en la investigación, porque el fiscal es intercambiable, con él se evitan interminables cuestiones de competencia y sabe las pruebas que necesita para acudir a juicio y más si está especializado; que el fiscal puede actuar la política criminal investigando y acusando por aquellos delitos que se estimen más relevantes; y que el fiscal instructor garantiza el sistema acusatorio y la igualdad de armas<sup>12</sup>.

El derecho comparado europeo confirma que el fiscal es quien instruye, pero esta constatación no responde a la pregunta de si el fiscal instructor ofrece mejores resultados que el juez instructor, desde el punto de vista de la duración de la investigación, sus costes, las garantías procesales y sus resultados.

<sup>12</sup> Estas supuestas ventajas se analizan con sentido crítico, entre otros, por Diez-Picazo, en «Siete tesis...», op. cit., pp. 30-8 y en «¿Debe el Ministerio Fiscal ser independiente?», en *Revista de Occidente*, nº 227, abril 2000, pp. 103-22 (incluido también en su libro *El poder de acusar*). Muy crítico con el principio de oportunidad se muestra P. Andrés en «XVIII. El ministerio fiscal: un instituto en la ambigüedad», op. cit., pp. 491-507. También opta por conservar el actual modelo a no ser que se realice un estudio de las implicaciones del cambio Nicolás Cabezudo Rodríguez, en «Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 14, enero 2008, p. 214-6.

Sobre la mayor eficacia de la fiscalía con respecto a la judicatura a la hora de instruir no existen datos, como tampoco los hay de que la atribución de la instrucción al fiscal no implique aumentar costes, porque puede que el número de fiscales no resulte suficiente, sobre todo si el modelo reproduce el de la fiscalía de menores. Aunque no haya datos, debe reconocerse que los principios unidad de actuación y dependencia jerárquica pueden imprimir una mayor agilidad y evitar la dilación procesal derivada de las frecuentes inhibiciones y cuestiones de competencia entre juzgados. No obstante, la necesaria homogeneización de los sistemas y programas informáticos y telemáticos, el expediente electrónico y una debida atención a las habilidades tecnológicas de los actores jurídicos serviría igualmente para reducir los tiempos de respuesta.

La aplicación de la política criminal no depende de la existencia de un fiscal instructor, porque el proceso penal español se rige por la oficialidad de la investigación, la obligación de indagar lo sucedido (la «verdad material») y de ejercer la acción pública por los delitos públicos que se cometan. Se trata de una cuestión de legalidad y no de oportunidad, a diferencia de lo que sucede en el derecho francés o en el sistema adversarial estadounidense. Resulta así inexacto afirmar la mayor idoneidad del fiscal instructor para realizar la política criminal cuando apenas si tiene margen para decidir si acusa.

El principio de oportunidad refleja una determinada cultura jurídica y no es seguro que se acepte en nuestro país el hecho de que la fiscalía no acuse ante un delito público en contra del principio de legalidad, y menos cuando la perspectiva victimológica, desde los inicios de este siglo, hegemoniza el diseño del

derecho penal y procesal penal. Por otra parte, ya existen mecanismos de oportunidad reglada o atenuada como el dictado de sentencias de conformidad en cualquier proceso o la posibilidad de desistir de la acción, como sucede en el procedimiento penal de menores, en la fiscalía europea o en el juicio por delitos leves.

El principio de legalidad en la actuación de un fiscal instructor impide que se dejen sin investigar delitos. Es cierto que una eventual falta de investigación no se evita en aquellos supuestos muy excepcionales en los que está recocido el principio de oportunidad, lo que no sucede con el juez de instrucción. Pero para prevenir desviaciones y que no se investigue cuando ello procede, la garantía de revisión judicial cumpliría la función de evitar la posible arbitrariedad o mal praxis del ministerio público. No obstante, ese riesgo de impunidad se compensa en nuestro derecho procesal con la amplia y tradicional legitimación de la parte perjudicada por el delito para ejercer la acusación particular y también con la de cualquier ciudadano para ejercer la acción popular (art. 125 CE), frente a cuyo abuso el proyecto de 2025 (arts. 101 y ss.) establece límites objetivos y subjetivos.

La mejor preservación del principio acusatorio y de igualdad de armas que se predica del fiscal instructor podría aceptarse en abstracto, pero no en el caso de nuestro actual proceso penal donde el juez de instrucción dejó de ser todopoderoso, al menos desde que en 1995 se introdujo la necesidad de petición de parte para adoptar la medida cautelar de prisión provisional y desde que se generalizó, tras la reforma procesal de 2015, la necesaria audiencia del fiscal para adoptar medidas limitativas

de derechos fundamentales. De este modo, el riesgo de aparición de jueces y fiscales instructores activistas sería similar si la instrucción terminara atribuyéndose a estos últimos.

Si lo que se pretende es que el principio acusatorio y la igualdad de armas sean lo más efectivos, debería resultar indiferente quién instruyera, porque lo instruido no tendría que valer como prueba de cargo, dado que la única prueba susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia es aquella que se practica con la debida inmediación y contradicción ante un tribunal en el acto del juicio oral, salvo en los excepcionales supuestos de pruebas preconstituidas o anticipadas.

Para garantizar el acusatorio vale más no engañarse, levantar el velo y reconocer que la policía es la que investiga los delitos sobre el terreno en cualquier sistema, incluido el nuestro. Por este motivo, resulta esencial estudiar las estructuras, las funciones, los procedimientos y la selección y formación de los distintos cuerpos de la policía judicial con el fin de asegurar el respeto de los valores, principios y garantías constitucionales desde el inicio de la investigación.

Resulta también claro que el papel de un fiscal instructor haciendo acopio de pruebas para sostener la acusación y conseguir una condena no deja mucho

margen para tomar distancia del asunto, ni tendría por qué. Por ello, dado que la policía es la que investiga, la fiscalía, en lugar de sustituir al juzgado de instrucción, debería asumir competencias de filtro de la investigación policial delimitando las diligencias necesarias para formular acusación y solicitando del juez aquellas medidas cautelares y limitativas de derechos precisadas de autorización judicial. A su vez, para evitar investigaciones y acusaciones infundadas o fiscales como Gérard de Villefort en el conde de Montecristo o policías como los intocables de Elliot Ness, un órgano judicial debe controlar la acusación y debe permitirse a la persona investigada conocer los hechos que se le atribuyen para ejercer su derecho a la defensa y solicitar del juez, si no se accede por los investigadores, aquellas pruebas que considere necesarias para acudir al juicio en igualdad de condiciones.

En fin, si se quiere lograr una mejora de lo que hay, cualquier regulación que acometa el rediseño de la fase de investigación delictiva tiene que fijarse en la realidad, partir de datos y analizar las instituciones, estructuras y repartos de poder. Solo así podrá averiguarse si la reforma está dirigida al interés común o si es un caso más de mercadotecnia legislativa.

# **Los cargos criminales: atribución y juicio de acusación**

Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

## **1. El concepto de *cargos criminales***

El ejercicio del derecho de defensa presupone que, desde que se revelan los primeros indicios de responsabilidad criminal frente una persona determinada hasta que se dicta la sentencia sobre el fondo, hay algo de lo que defenderse. Ese *algo* es lo que tradicionalmente se ha conocido en nuestro derecho procesal penal como *imputación* —durante la fase preparatoria del proceso— y *acusación* —ya en la fase de plenario—. En términos constitucionales ese algo puede recibir la denominación, más aséptica y omnicomprensiva, de *cargos criminales*.

Emplear la terminología de la imputación —*indictment*— o de los cargos criminales —*criminal charges*— es, en realidad, una cuestión principalmente semántica. Entre ambos términos hay, a lo sumo, diferencias de matiz. Con la *imputación* se designa el acto de atribución de los hechos punibles —y que reciba, a partir de un determinado momento, el nombre de acusación no cambia ese significado incriminitorio—. Con los *cargos* se alude, en cambio, al contenido de ese juicio de atribución o imputación. Esa diferencia se aprecia, sin ir más lejos, en nuestra vigente

LECrim, en la que a veces se habla de la atribución o *imputación* del delito (en los arts. 118.5, 119.1, 309 bis, 409 bis, 544 quáter, 767, 805, 810, 848) y otras veces se alude a los cargos por referencia a los hechos punibles que son imputados o atribuidos a la persona investigada (arts. 309, 396, 713 y 755).

La noción de *cargos* no es, desde luego, ajena a nuestra tradición jurídica. El art. 309 LECrim en la redacción de 1882 ya se refería, por ejemplo, a «la persona contra quien resultaren cargos». Y los *cargos* y *reconvenciones* fueron elementos característicos del proceso penal anterior a la propia LECrim (Vázquez Sotelo, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, J. M. Bosch, Barcelona 1984, pp. 31-68). La Ley de la fiscalía europea (Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio) prescinde, por su parte, del lenguaje de la imputación y se refiere, en su art. 27, a la *primera comparecencia para el traslado de cargos* para expresar que es un poder público sin facultades jurisdiccionales —el Ministerio Fiscal— el que realiza una mera atribución provisional de hechos criminales, a los efectos de que la persona investigada pueda defenderse de ellos, sin las viejas connotaciones de la *imputación judicial*.

Asimismo, la noción de cargos describe, mejor que la de imputación, la posición de igualdad o equilibrio que corresponde a la defensa, pues de lo que se trata es de asegurar que esta pueda desarrollar una actividad eficaz en su descargo, que conduzca, bien al archivo o sobreseimiento cuando los cargos son aún provisionales, bien a una sentencia absolutoria cuando se trata de cargos definitivos planteados en un escrito de acusación.

En la jurisdicción internacional sobre crímenes contra la humanidad también se utiliza indistintamente la terminología de la imputación —*indictment*— y la de los cargos —*charges*—. El Reglamento sobre procedimiento y pruebas del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se refería, por ejemplo, a la imputación (art. 47 C) mientras que la norma 52 del Reglamento de la Corte Penal Internacional de 26 de mayo de 2004 (ICC-BD-01-01-04) regula el documento en que se formulan «los cargos». Lo importante es que el concepto designa, en ambos casos, un mismo contenido normativo: los hechos que son atribuidos a la persona encausada y su tipificación jurídica.

Cualquiera que sea el *nomen iuris* utilizado, nos encontramos ante un acto de *incriminación*, en cuanto implica un juicio de atribución de los hechos criminales investigados a una persona determinada. Ese contenido incriminatorio o acusatorio va evolucionando desde la simple atribución inicial —cargos provisionales— hasta el eventual ejercicio de la acción penal propiamente dicha —los cargos definitivos incluidos en un escrito de acusación, como pretensión de condena concreta en la que se interesa la imposición de una pena—.

El concepto de cargos *criminales* es, en todo caso, esencial en la doctrina del TEDH sobre el proceso penal equitativo (por todas, STEDH de 23 de marzo de 2016, asun-

*to Blokhin c. Rusia*, § 179). En ella destaca su carácter material y no formal, de suerte que cuando una sospecha resulta objetivamente verosímil, puede ya considerarse que existen cargos criminales, aunque no hayan sido oficialmente comunicados (STEDH de 27 de febrero de 1980, asunto *Deweert c. Bélgica*, § 44).

En la actualidad, el concepto se emplea con naturalidad en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (ej., SSTC 29/2019 y 30/2019). Resulta, en todo caso, el más idóneo para explicar el régimen constitucional del derecho a conocer la acusación y a defenderse de ella a lo largo del proceso penal en su conjunto, pues solo entendiendo esta garantía como un derecho a conocer los *cargos criminales* puede explicarse de forma coherente y unitaria la doctrina del TC sobre esta materia, en la que los hechos y la calificación jurídica tienen un régimen jurídico distinto según que los cargos sean formulados con carácter provisional —imputación— o definitivo —acusación (regida plenamente por el llamado principio acusatorio)—.

Mi propósito en este trabajo es ocuparme del régimen de los cargos criminales mientras tienen carácter meramente provisional, en particular de su régimen de formulación a través de una comparecencia de la persona encausada y el sistema de confirmación a través de un acto de garantía judicial de relevancia constitucional.

## 2. La exigencia constitucional de formular los cargos sin demora

Como se ha anticipado, la formulación de cargos criminales contra una persona determinada da inicio al ejercicio del derecho de defensa, lo que supone que la persona investigada puede, desde ese momento, tomar conocimiento de todo lo actuado, participar (asistida por su defen-

sa) en la práctica de las diversas diligencias investigadoras, aportar elementos de juicio que considere oportunos y proponer la práctica de cualquier diligencia de descargo que pueda resultar útil o pertinente.

Los cargos han de comunicarse, por ello, *tan pronto* como existen indicios racionales de criminalidad, sin que dicha comunicación pueda demorarse salvo que medie declaración de secreto de las actuaciones, tal y como resulta de la lectura conjunta de los arts. 118, 302, 384, 774 y 775 LECrim y han destacado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo.

Estamos ante una exigencia de rango constitucional que se desenvuelve en dos planos diversos: A) de un lado, en el plano general del modelo de proceso criminal, que difícilmente puede prescindir del procedimiento de investigación oficial (como ocurre en los sistemas puramente adversariales) sin contrariar la cláusula constitucional que configura nuestro *Estado como social y democrático de derecho* (art. 1.1 CE); B) de otro, en el plano de la garantía efectiva del derecho fundamental de defensa (art. 24.2 CE), pues un procedimiento de investigación oficial que no admite una participación defensiva eficaz apenas puede diferenciarse de la vieja *inquisitio*.

A) La exigencia de comunicar sin demora los cargos criminales está ligada, en primer lugar, a la configuración no adversarial de nuestro modelo de proceso penal.

En un proceso penal de tipo adversarial, la verosimilitud o probabilidad de la atribución del hecho delictivo (*probable cause*) constituye el presupuesto necesario para la adopción de actos o medidas de injerencia, como la detención o el registro. No tiene, en cambio, relevancia a efectos de distinguir entre una investigación preli-

minar, basada en un principio indicario, y una investigación formal con participación defensiva de la persona investigada. Acusación y defensa desarrollan, en ese modelo, investigaciones separadas, con obligación, en un determinado momento, de manifestarse mutuamente los resultados obtenidos (*pretrial discovery*).

El modelo de justicia criminal puramente adversarial plantea, sin embargo, profundos problemas que John H. Langbein ha resumido aludiendo a dos efectos característicos de una contienda entre adversarios: el *combat effect* y el *wealth effect*. Así: (i) un sistema donde el hallazgo de los hechos y los elementos que pueden servir para acreditarlos está confiado exclusivamente a la actividad de dos partes dialécticamente enfrentadas, que tienen como principal incentivo derrotar a la parte rival, pueda dar lugar a estrategias procesales que dejen de lado la búsqueda de la verdad o que, en alguna medida, distorsionen esa verdad para acomodarla al objetivo final de victoria (*combat effect*); (ii) en un sistema de ese tipo, la posibilidad real de recopilar pruebas en defensa de las tesis en disputa solo está al alcance de quienes cuentan con medios de financiación adecuados para obtener elementos de convicción potentes (*wealth effect*).

La opción por un modelo de investigación oficial puede considerarse, a la vista de estos defectos estructurales del puro modelo adversarial, una exigencia ligada a la cláusula constitucional que configura nuestro Estado como *social y democrático de derecho* (art. 1.1 CE). Tal Estado no puede abandonar a su suerte a aquellos que carecen de los recursos necesarios para financiar su propia actividad indagatoria (Estado social) ni puede admitir dinámicas procesales en las que el ejercicio del *ius puniendi* se convierta en una contienda entre adversarios, ajena a la efectiva realización

del valor justicia (que es esencial en un entendimiento material de la idea de Estado de derecho)

De ahí que el giro progresivo, tras la II Guerra Mundial, de los países del continente europeo hacia un modelo de proceso penal de corte más acusatorio haya sido solamente parcial. La atribución al juez de una nueva posición de garantía (como imperativo constitucional ligado a la efectividad de los derechos fundamentales) no ha llevado consigo la supresión de un procedimiento formal de investigación oficial a cargo de una autoridad del Estado con un particular estatus de imparcialidad, con la consiguiente regulación de un procedimiento de investigación oficial a cargo del Ministerio Fiscal. Y lo mismo ha ocurrido en el *ius commune* europeo con la regulación de la fiscalía europea (Reglamento (UE) 2017/1939, del Consejo, de 12 de octubre de 2017).

B) Donde se configura un procedimiento oficial de investigación, las potestades indagatorias se concentran en una autoridad estatal que tiene el deber de actuar imparcialmente en la búsqueda de los elementos necesarios para resolver acerca del ejercicio de la acción penal, ya sean perjudiciales o beneficiosos para la persona investigada (art. 299 LECrim).

Los problemas de este segundo tipo de sistema están ligados, fundamentalmente, al ejercicio efectivo del derecho de defensa. En este punto, nuestro modelo constitucional de procedimiento oficial de investigación se diferencia de la *inquisitio* en que establece mecanismos de participación defensiva de la persona investigada, como exigencia inherente a la garantía constitucional del derecho de defensa (art. 24.2 CE).

Así lo ha considerado nuestro Tribunal Constitucional desde la STC 186/1990, de 15 de noviembre, que evaluó la constitucionalidad del procedimiento abreviado.

En ella se estima que el derecho a participar en el procedimiento de investigación oficial alcanza a «toda persona a quien se le atribuya más o menos fundadamente un acto punible», por lo que el juez de instrucción debe realizar el acto de traslado o formulación de cargos «tan pronto como» existan elementos que permitan «efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación» (FJ 5).

En suma, la exigencia de practicar sin demora (art. 118 LECrim) la comunicación de los cargos, *tan pronto como* la actividad pública indagatoria se dirige, en función de elementos objetivos suficientes, contra una persona determinada, es consecuencia: (i) de la existencia de un procedimiento de investigación oficial, dirigido a resolver si procede el ejercicio de la acción penal; (ii) de la garantía constitucional del derecho de defensa, que exige una participación de la persona investigada en ese procedimiento indagatorio oficial que le permita prevenir o evitar el ejercicio de acciones penales que carecen de suficiente fundamento.

Esto supone que la formulación de cargos criminales constituye el elemento estructural de la fase preparatoria del proceso penal español, de suerte que puede distinguirse entre:

a) *La investigación preliminar*, tal y como la denomina la STC 186/1990, de 15 de noviembre (FFJ 4 y 5) (de «investigación oficial preliminar» habla, por su parte, la STS 893/2021, de 18 de noviembre), que es la que tiene lugar a los efectos de reunir elementos objetivos suficientes para determinar la relevancia penal de los hechos y atribuir provisionalmente su comisión a una persona determinada. La naturaleza preliminar de esta actividad indagatoria obedece a que es previa o antecedente a la imputación o formulación provisional de cargos criminales contra un individuo concreto.

Esta primera etapa coincide, básicamente, con lo que en el derecho procesal penal norteamericano se conoce como *Pre-Arrest investigation*. Se trata de la investigación que desarrolla la policía o el fiscal (*prosecutorial investigation*) con el objeto de: (i) determinar si un delito se ha cometido; (ii) averiguar quién lo ha cometido (iii) recoger información fiable para atribuir a la persona sospechosa el hecho delictivo con el grado de probabilidad suficiente (*probable cause*) como para practicar su detención, y (iv) localizar a la persona sospechosa y detenerla (LaFave, W., Israel, J. H., King, N. J., Kerr, O. S., *Criminal Procedure*, varias ediciones, cito por la de 2009, pp. 5-8.).

En nuestro derecho, en el que la detención es una medida cautelar contingente incluso para los delitos más graves [SSTC 179/2011, de 21 de noviembre, FJ 6; 50/2019, de 9 de abril, FJ 5, a)], puede decirse que la investigación preliminar concluye cuando la autoridad encargada de desarrollarla reúne elementos objetivos suficientes para hacer un juicio provisional de atribución del hecho punible (art. 118.2 LECrim) a una persona determinada (formulación de cargos). En el lenguaje procesal consolidado en nuestro país esos elementos reciben normalmente la denominación de *indicios racionales de criminalidad* (art. 384 LECrim).

Esta primera actividad investigadora puede ser realizada por el propio juez de instrucción (art. 777.1 LECrim), por la policía judicial o por el Ministerio Fiscal. El título II del Libro IV de la LECrim dedica, de hecho, un capítulo específico (capítulo II, arts. 769 a 773) a la regulación de las atribuciones investigadoras de la policía judicial (arts. 769-772) y del Ministerio Fiscal (art. 773).

b) La *investigación formal* es, por su parte, la que se desarrolla entre los dos actos

cuya práctica resulta constitucionalmente necesaria para preservar, antes de transitar a la fase de enjuiciamiento, los derechos fundamentales de la persona investigada a la defensa y a conocer la acusación, esto es, entre la formulación provisional de cargos criminales (*imputación provisional*) que da inicio al ejercicio pleno del derecho de defensa [arts. 118, 118 bis y 119 en relación con el art. 775 LECrim; STC 186/1990, FJ 5] y la confirmación judicial de los cargos criminales (*imputación formal*), como acto, necesariamente judicial, por el que se examina si los elementos que resultan del conjunto de la investigación realizada son suficientes para dar lugar a la formulación de una pretensión acusatoria concreta (acción penal) contra la persona investigada, adoptándose, en caso de insuficiencia, una decisión de sobreseimiento (juicio de acusación).

### **3. El presupuesto material de la formulación de cargos**

Determinar el momento idóneo para la formulación de cargos es un problema característico de nuestro proceso penal. Nuestra tradición jurídica se limita a expresar (art. 384 LECrim) que la participación defensiva comienza cuando concurren *indicios racionales de criminalidad*.

La noción de *indicio racional de criminalidad* (que el art. 384 LECrim expresa, con razón, en singular) resulta equiparable al concepto angloamericano de *probable cause*. La *causa probable* debe concurrir, en el modelo de proceso angloamericano, para que puedan adoptarse medidas como la detención (*probable cause to arrest*) o el registro (*probable cause to search*). Para la determinación de la concurrencia de ese presupuesto, el Tribunal Supremo de EEUU ha acudido a un «test objetivo de causa probable» basado en un juicio de

razonabilidad (*Beck v. Ohio*, 1964). En él, la atribución del hecho delictivo a la persona sospechosa se ha de fundamentar en un grado de probabilidad superior al de la mera sospecha (en la que predomina la impresión subjetiva) pero inferior al estándar probatorio que permitiría sustentar una condena (*Brinegar v. United States*, 1949).

Es imprescindible, en definitiva, un esfuerzo de objetivación, de suerte que la determinación del presupuesto material de la formulación de cargos no quede exclusivamente en manos de la *buena fe* de la policía judicial, del Ministerio Fiscal o del juez de instrucción. La noción de *probabilidad* en la que la jurisprudencia estadounidense transcrita sustenta esa objetivación se corresponde, en nuestro ordenamiento, con la *verosimilitud* de la atribución del hecho punible. A ella apelaba la STC 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5, cuando señalaba que la imputación o formulación de cargos provisionarios a través de la primera comparación debe materializarse tan pronto como existan elementos que permitan al juez de instrucción «efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra una persona determinada».

Como señala el Tribunal Constitucional «establecida la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, el Juez deberá considerarla imputada para permitir su defensa y una equilibrada contradicción, sin que la investigación sumarial pueda efectuarse a sus espaldas» (por todas, STC 118/2001, de 21 de mayo, FJ 2). El concepto de causa probable tiene, pues, traslación en nuestro ordenamiento a la atribución *verosímil* (en cuanto fundada en datos objetivos suficientes) de la comisión del hecho punible.

En todo caso, resulta evidente que, en las causas complejas, la determinación del momento concreto en que concurren los

*indicios racionales de criminalidad* está sujeta a cierto margen de apreciación. De ahí, por una parte, que el ordenamiento procesal prevea mecanismos concretos de anticipación de la actividad defensiva, en particular: (i) el traslado inmediato de la denuncia o querella (art. 118.5 LECrim) —que el Tribunal Constitucional advierte, sin embargo, que ha de ser «modulado» en función del juicio de verosimilitud de la *notitia criminis* que pueda realizar instructor (STC 118/2001, de 21 de mayo, FJ 3)— y (ii) la aplicación de los *principios* de contradicción y defensa a las investigaciones preliminares del Ministerio Fiscal conforme al art. 5.2 EOMF (en relación con el art. 773 LECrim). De ahí también, de otro lado, que un retraso injustificado de la comunicación de cargos que genera una situación material de indefensión deba dar lugar, como se verá a continuación, a la exclusión de la fuente de prueba obtenida sin intervención de la persona investigada.

#### 4. Consecuencias del retraso indebido en la formulación de cargos

La jurisprudencia constitucional recaída en los primeros años de aplicación del procedimiento abreviado dejó entrever que el retraso indebido de la comunicación de los cargos criminales acarreaba la consideración automática de las fuentes de prueba obtenidas sin intervención defensiva como *prueba ilícita* y, por ello, inadmisible en el juicio oral.

En palabras del Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 128/1993, de 19 de abril, FJ 3; 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 19/2000, de 31 de enero, FJ 5) «la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim.), se ha de ocasionar la frustra-

ción de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente su puesta en conocimiento, *razón por la cual dicha actuación procesal habrá de estimarse contraria al art. 24 C.E. y, por ende, acreedora de la sanción procesal de la «prueba prohibida» (art. 11. 1º LOPJ)».*

Esa afirmación no pasó, sin embargo, de la declaración de principio. La doctrina constitucional ha aplicado siempre, a la hora de la verdad, el canon general de la indefensión, de modo que el retraso de la primera comparecencia solo resulta relevante en el régimen de admisión y valoración de las pruebas si la defensa ha sufrido una merma relevante de sus facultades de alegar y probar como consecuencia de la demora [por todas, SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 3, c); 118/2001, de 21 de mayo, FJ 2], esto es, si se puede acreditar «una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibra la posición del imputado» [STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 3; 126/2011, de 18 de julio, FJ 12].

Ese estándar está, en la actualidad, expresamente recogido en el art. 29.2 de la Ley de la fiscalía europea, según el cual «[e]n los casos en los que el Fiscal europeo delegado retrase injustificadamente el acto de la primera comparecencia, el Juez de garantías, previa petición de la defensa, declarará la nulidad de los actos de investigación realizados sin previo traslado de cargos, siempre que, por esa causa, haya podido producirse una situación de indefensión».

El efecto objetivo más evidente de la demora injustificada de la formulación de cargos en el acto de primera comparecencia es, en todo caso, la imposibilidad de utilizar el mecanismo del art. 730 LECrim para dar lectura a una declaración sumarial. Si dicha declaración se ha practicado sin intervención defensiva como conse-

cuencia de la demora injustificada de la comunicación de los cargos, ya no será posible introducirla en el debate del plenario en el supuesto regulado en el art. 730 LECrim, por muy sobrevenida e imprevisible que sea la imposibilidad de practicar la prueba testifical en el juicio oral.

Como señala la STS 836/2021, de 3 de noviembre, recogiendo la doctrina del TC y del TEDH, «[e]l retraso indebido, la *demora injustificada*, como se previene en el artículo 118 LECrim, además de fuente de inequidad del proceso, puede acarrear, entre otros efectos, la pérdida de información potencialmente probatoria ex artículo 730 LECrim si al tiempo en que el testigo que no pudo comparecer al acto del juicio prestó declaración en fase previa debería haberse ofrecido a la persona investigada la posibilidad de intervención defensiva contradictoria».

## **5. El régimen legal de formulación de cargos a través de una primera comparecencia**

La llamada *primera comparecencia* es el acto de garantía por medio del cual, una vez que la sospecha de criminalidad se ha objetivado y resulta verosímil atribuir la comisión del hecho delictivo a una persona concreta, se informa a esta de los *cargos criminales* que se dirigen contra ella, se le instruye de los derechos que le asisten y se le da la oportunidad de prestar declaración para ofrecer una versión de descargo.

El modelo de formulación de cargos a través de una comparecencia personal fue ajeno al sistema originario de la LECrim. En el texto de 1882, la *imputación provisional* se materializaba a través de una resolución judicial (el auto de procesamiento) que daba inicio a la participación defensiva del procesado, que comenzaba con su *declaración indagatoria*. Concluida la investigación, la

audiencia provincial resolvía sobre los cargos provisionalmente formulados por el instructor, bien confirmándolos (abriendo juicio oral), bien sobreseyéndolos.

La formulación y comunicación de cargos a través de una comparecencia formal de la persona investigada constituye una importación posterior de una institución característica del proceso penal de EEUU.

En el proceso penal estadounidense se denomina primera comparecencia (*first appearance*) al acto en el que la persona detenida comparece a los efectos de ser informada de los cargos formulados contra ella —sintéticamente expresados en el documento conocido como *complaint*— y de los derechos que le asisten. La autoridad judicial resuelve entonces sobre su situación personal, en una actuación que, aunque es comúnmente conocida como *setting-bail*, no tiene por qué consistir necesariamente en la exigencia de un aseguramiento de naturaleza económica o dineraria. El nombre de *first appereance* obedece al hecho de que se trata del primer acto en el que la persona investigada aparece en calidad de sujeto pasivo del proceso (*defendant*), esto es, como individuo contra el que el fiscal ha decidido que hay elementos suficientes para formular cargos.

Eso es justamente lo que regula el art. 775 LECrim en el ámbito del procedimiento abreviado: una audiencia para la comunicación de los cargos provisionales (hechos punibles), con la peculiaridad fundamental de que es el propio juez el que formula tales cargos, en contraste con la típica posición de garantía que caracteriza a la autoridad judicial en la *first appereance*.

En la recepción en España del instituto de la *primera comparecencia*, podemos distinguir las siguientes etapas:

A) El *nomen iuris* aparece en la regulación originaria del procedimiento abreviado, contenida en la LO 7/1988, de 28 de

diciembre. Se trataba, sin embargo, de una regulación muy esquemática que carecía de la dimensión garantista que tiene la institución en la actualidad. El art. 789.4 LECrim, en la redacción de 1988, exigía únicamente que se informase a la persona investigada de sus derechos, sin referencia alguna a la determinación de los hechos imputados.

B) La regulación de la primera comparecencia como auténtico acto de garantía, inspirado en el modelo de la *first appearance*, llega, más tarde, con la Ley del Jurado, en concreto con la comparecencia para la determinación de la imputación del art. 25 LJ y la paralela reforma del procedimiento de adopción de la prisión provisional. La configuración del instituto en dicha ley especial se basa, sintéticamente, en tres notas características:

a) Se parte del presupuesto de que ha existido una investigación preliminar (equivalente a la *pre-arrest investigation* que antecede a la *first appereance*) protagonizada por un sujeto distinto al juez instructor (la policía judicial o el fiscal). Con ello, el juez estaría, en la comparecencia del art. 25 LJ, en situación de imparcialidad objetiva en relación con la investigación efectuada hasta ese momento.

b) En la comparecencia del art. 25 LJ, los cargos criminales son formulados por las partes acusadoras, a las que también corresponde determinar las diligencias de investigación que son precisas para verificarlos. Se pretende, nuevamente, preservar la imparcialidad objetiva del juez, pues este ni formula cargos propios ni adopta de oficio medidas de investigación.

c) Paralelamente, la Ley del Jurado reformó el procedimiento relativo a la prisión provisional para darle una estructura rogatoria. Eliminó la prisión provisional de oficio y estableció, en su lugar, la celebración de una comparecencia en la que son, nuevamente, las partes acusadoras (y no

el juez) las que deben solicitar, no solo la medida cautelar misma, sino también las diligencias necesarias para decidir sobre su procedencia.

La celebración en unidad de acto de la comparecencia para formular cargos (art. 25 LJ) y la comparecencia de prisión provisional (actual art. 505 LECrim) daría lugar, en la visión global del legislador de 1995, a una estructura procedural equiparable a la *first appereance* estadounidense. En ella, la persona investigada sería informada de los cargos formulados por el fiscal (o por los acusadores no públicos, dado el fenómeno típicamente español de privatización del *ius puniendi*), así como de los derechos que le asisten, y el juez resolvería imparcialmente sobre las medidas cautelares procedentes en función de las peticiones realizadas por las partes, sin ninguna actividad de oficio.

La Ley del Jurado de 1995 pretendía, en suma, que tanto la formulación de los cargos criminales como la petición de medidas cautelares personales se configurasen como actos de parte frente a los cuales el juez de instrucción se encontraría en una posición funcional de garantía semejante a la que caracteriza al juez estadounidense de la *first appereance*.

C) Pese a la buena voluntad del legislador de 1995, el modelo de *primera comparecencia* de estructura acusatoria no llegó a arraigar dentro del marco general de instrucción judicial de la LECrim, con sus formas característicamente inquisitivas. Las novedades de la Ley del Jurado no sirvieron para cambiar la cultura dominante. Más bien lo contrario: el uso forense tradicional se apoderó de los institutos diseñados en dicha ley. Esto afectó al sistema de primera comparecencia del modo siguiente:

a) La pretendida posición de imparcialidad de la autoridad judicial en relación con los cargos criminales resultó, en la práctica,

ficticia. Los cargos que las partes acusadoras concretan en la audiencia del art. 25 LJ son, en esencia, los que previamente ha construido y formulado el juez de instrucción en el seno de unas diligencias previas. La posición de supuesta ajenidad de la autoridad judicial respecto de los cargos resulta puramente testimonial.

En la práctica forense, el procedimiento especial de la LJ no suele activarse de forma inmediata, sin solución de continuidad respecto de una investigación preliminar realizada por la policía o por el Ministerio Fiscal. Los jueces de instrucción incoan diligencias previas y desarrollan en ellas su propia investigación de los hechos. Toman declaración a la persona investigada y formulan, en ese acto, los cargos criminales. Finalmente, transforman las diligencias previas en procedimiento especial de la LJ de forma tardía, cuando no hay más remedio.

b) La imparcialidad objetiva del juez en relación con las medidas cautelares personales resulta, igualmente, una entelequia, pues la estructura rogatoria de la *vistilla* del art. 505.3 LECrim se ve sistemáticamente incumplida en la práctica forense.

Recibido el atestado en el Juzgado de guardia, el juez de instrucción practica por su propia iniciativa y en su calidad de juez-investigador las diligencias que considera precisas para resolver sobre la prisión provisional (por ejemplo, el reconocimiento en rueda). Oye después a la persona investigada y convoca, acto seguido, la comparecencia del art. 505 LECrim, que no tiene por objeto que las partes comparecientes interesen las diligencias de prueba pertinentes para resolver sobre la prisión (como dice expresamente el art. 505.3) sino únicamente que postulen lo que estimen conveniente sobre la procedencia de la medida cautelar. Los códigos no escritos del uso forense revelan que el juez que abre el trámite de audiencia del art. 505 LECrim

ya tiene en su mente bien definida su posición frente a la prisión preventiva.

D) La Ley 38/2002, de 24 de octubre, al reformar el procedimiento abreviado estableció, finalmente, un modelo de primera comparecencia completamente adaptado a la dinámica propia del sistema (tardo inquisitivo) de instrucción judicial.

En el art. 775 LECrim, el juez de instrucción es quien formula de oficio los cargos criminales —en su calidad de director de la investigación oficial—, informa a la persona investigada de sus derechos y procede, acto seguido, a tomarle declaración. Si la persona investigada está detenida, el juez también practicará, de oficio, las diligencias necesarias para determinar si procede la celebración de la comparecencia del art. 505 LECrim, esto es, desarrollará una investigación sumaria a efectos de resolver sobre la situación personal.

La institución de la primera comparecencia actualmente contemplada en el procedimiento abreviado es, en definitiva, la imputación judicial prevista en el art. 118 LECrim, con la particularidad de que se materializa en una comparecencia personal del individuo investigado, practicada en unidad de acto con su toma de declaración y eventualmente, con la celebración de la comparecencia de prisión provisional del art. 505 LECrim. Solo en ese último caso, es necesaria la presencia de un acusador que sostenga formalmente una petición cautelar cuya concreta resolución viene ya predeterminada por una actividad indagatoria anterior, desarrollada de oficio. En todo lo demás, el acto se sustancia entre el juez investigador y la persona investigada, asistida de abogado.

E) Las propuestas de reforma estructural de LECrim, en particular los anteproyectos de 2011 y 2020, han tratado de convertir la primera comparecencia en el eje de un sistema de investigación en el que el

juez se encuentre, realmente, en una posición de garantía.

En dichos textos prelegislativos, la primera comparecencia es un acto en el que los cargos son formulados por el fiscal. El efecto estigmatizante de la *imputación judicial* queda neutralizado. El juez de garantías puede, asimismo, intervenir como *juez de la libertad* en situación de verdadera imparcialidad objetiva, ya que es ajeno tanto al desarrollo de la investigación oficial como a los cargos formulados por el fiscal. Ese sistema es el plasmado en el art. 27 de la Ley Orgánica 9/2021, de 9 de julio, reguladora del procedimiento de actuación de la fiscalía europea.

F) De lo expuesto se infiere que en nuestro ordenamiento procesal penal existen actualmente tres modelos de traslado de cargos en una primera comparecencia: (i) la que se celebra ante el juez investigador encargado de formular los cargos criminales y competente, a la vez, para actuar como *juez de la libertad* (775 LECrim); (ii) la imputación acusatoria prevista en el art. 25 LJ; (iii) la comparecencia ante el fiscal delegado europeo del art. 27 de la Ley reguladora de la fiscalía europea. Aunque, en apariencia, se trata, en los tres supuestos, de actos de procedimiento casi idénticos, con escasas variaciones de contenido, la configuración del rol del juez cambia radicalmente en cada uno de ellos, lo que afecta a la funcionalidad real de la primera comparecencia como acto de garantía.

## **6. Revisión judicial de los cargos: el juicio de acusación y su relevancia constitucional**

La formulación de cargos provisionales en la primera comparecencia tiene la misión de facilitar el desarrollo de una actividad defensiva de descargo dentro del procedimiento oficial de investigación.

Esa actividad puede perseguir el propósito legítimo de preparar, desde un primer momento, una estrategia defensiva para el juicio oral pero también puede orientarse, más directamente, a impedir que dicho juicio llegue a celebrarse, demostrando que los cargos criminales carecen de suficiente sustento. Ese es, precisamente, el objeto del *juicio de acusación* o, en el lenguaje de la Corte Penal Internacional (art. 61 ECPI), del trámite de *confirmación de cargos*: realizar una revisión o escrutinio judicial del fundamento de la tesis acusatoria para dilucidar si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento.

En efecto, una vez concluido el procedimiento de investigación oficial, el juicio de acusación es el trámite de control judicial en el que dos tesis en disputa son sometidas a un escrutinio o revisión judicial independiente:

— La *tesis de cargo* defiende, de un lado, que existen elementos suficientes para atribuir definitivamente la comisión del hecho punible a la persona investigada. Quien sostiene esta tesis (el fiscal o los acusadores no públicos) interesa que, una vez finalizada la investigación oficial, se le dé la oportunidad de demostrar, en un juicio oral y público, la culpabilidad de la persona investigada proponiendo la prueba de cargo pertinente. Esa tesis se materializa en el *escrito de acusación*, en el que se ejerce la acción penal propiamente dicha, como pretensión concreta de condena.

— La *tesis de descargo* sostiene, por el contrario, que procede el sobreseimiento, en la medida en que los materiales que resultan de la investigación no son suficientes, ni siquiera abstractamente considerados, para dar lugar a una condena, situación en la que la Constitución no admite que una persona sea sometida a la penalidad que supone, en sí mismo, el enjuiciamiento penal.

El juicio de acusación es un trámite con relevancia constitucional. Como señala la STC 186/1990, de 15 de noviembre (FJ 7), no puede permitirse que las acusaciones sean «enteramente dueñas de dirigir la acusación contra cualquier ciudadano [...]», permitiéndose en definitiva que personas inocentes pu[edan] verse innecesariamente sometidas a la ‘penalidad’ del juicio oral». En otros términos: la defensa tiene derecho a un acto judicial de confirmación o sobreseimiento de cargos que verifique la suficiencia de fundamento de la tesis acusatoria.

En la misma línea, el Tribunal Supremo estima que la finalidad del juicio de acusación es «evitar juicios innecesarios que suponen dilapidar esfuerzos procesales; y garantizar al ciudadano que no deberá afrontar un juicio (lo que comporta sin duda algo de perjuicios y padecimientos) sin fundamento» (STS 738/2022, de 19 de julio, FJ 3).

El instituto del *juicio de acusación* tiene una amplia tradición en el modelo de proceso criminal angloamericano. En EEUU se instrumenta bien a través del *grand jury* —como evolución del *jurado de presentación*—, bien por medio de una *audiencia preliminar* ante la autoridad judicial. En este segundo caso, la revisión independiente a cargo de un magistrado busca preservar la integridad del proceso frente a acusaciones maliciosas o, simplemente, infundadas, evitando la «humillación» y «ansiedad» que conlleva la celebración del juicio oral y público, así como un gasto innecesario de recursos públicos y privados (LaFave et al., *Criminal Procedure*, op. cit., p. 745).

El legislador español prevé un juicio de acusación caracterizado por dos notas: (i) el carácter contingente de la intervención de la defensa (que no está prevista para el procedimiento abreviado); (ii) la atribu-

ción de la competencia al propio juez de instrucción. Estos rasgos determinan que constituya un trámite, las más de las veces, superfluo.

En particular, la regulación del procedimiento abreviado prescinde de la característica más esencial del *juicio de acusación*: una revisión o escrutinio judicial de los cargos que pueda ser calificada de externa o independiente (*independent screening*).

Se otorga la potestad de confirmar los cargos (y realizar el juicio de acusación) a la misma autoridad judicial que ha construido la tesis acusatoria a través de su propia actividad indagatoria. Cuando llega el juicio de acusación propiamente dicho, en el trámite de los arts. 783 y 784 LECrim, las posibilidades de que el juez de instrucción adopte una decisión de sobreseimiento son realmente escasas. El propio Tribunal Supremo señala que al decidir sobre la apertura del juicio oral el juez «reproduce una valoración del material indiciario acoopiado que ya debió efectuarse antes [en el trámite del art. 779.1. 4 LECrim]» [STS 811/2023, de 3 de noviembre, FJ 1.2, b].

Abierta la fase intermedia, las posibilidades de evitar el juicio oral por parte de la defensa no radican tanto en la posibilidad de que el juez se desdiga, de oficio, de sus conclusiones inmediatamente anteriores sobre la existencia de indicios de delito ( contenidas en el llamado *auto de transformación*) sino, más bien, en que el fiscal opte por no acusar y pida el sobreseimiento al no ver posibilidades de condena en un futurable juicio oral.

No obstante, incluso para ese caso, el legislador da todavía al juez de instrucción la oportunidad de salvar los cargos que él mismo ha construido. La regulación del procedimiento abreviado habilita expresamente al juez para que, en el caso de que el fiscal pida el sobreseimiento, salga a la búsqueda de un acusador, bien ofreciendo a los ofen-

didos o perjudicados la posibilidad de acusar, bien dirigiéndose al fiscal jefe para que revise la decisión de no acusar adoptada por el fiscal responsable del caso (art. 782.2 LECrim). Esta regulación pone de relieve que la funcionalidad del trámite de *juicio de acusación* del procedimiento abreviado es, más bien, la de corregir los errores de apreciación de un fiscal laxo, promoviendo la presentación de una pretensión de condena (lo que es una función de parte y compromete la imparcialidad objetiva del juez de la acusación) y no tanto salvaguardar el derecho de defensa de la persona acusada, evitando acusaciones infundadas (pues a la defensa ni siquiera se le da intervención en el trámite).

En estas circunstancias, es difícil considerar que el procedimiento abreviado, como proceso de aplicación general en España, tenga un verdadero juicio de acusación, con una revisión judicial externa que tienda a evitar acusaciones insuficientemente fundadas.

La inanidad del trámite de juicio de acusación del procedimiento abreviado para cumplir con su finalidad constitucional, que es impedir que accedan al juicio oral acusaciones insuficientemente fundadas, debería hacer reflexionar al legislador. Desde la óptica de esa finalidad constitucional, la lógica del juicio de acusación es que sea la defensa la que *desafíe o proteste* la suficiencia de fundamento de los cargos formulados definitivamente por las acusaciones ( contenidos en los escritos de acusación), la que tenga la oportunidad de alegar y probar lo que estime pertinente sobre la procedencia del sobreseimiento ante un órgano judicial imparcial, que realice una revisión externa del fundamento de la tesis acusatoria.

Así se configura la audiencia preliminar de la Ley Orgánica 9/2021, reguladora del procedimiento de actuación de la fiscalía

europea, que sigue, parcialmente, el modelo de audiencia preliminar del anteproyecto de LECrim de 2020. Es la defensa, en dicha ley, la que, una vez presentado escrito de acusación, puede dirigirse al juez de garantías para impugnar los cargos definitivos por razón de su insuficiente sustento. Si la defensa no plantea ninguna impugnación de este tipo, el escrito de acusación transita, directamente, a la fase de juicio oral.

## **7. Estándar que debe regir la decisión de sobreseimiento en el juicio de acusación**

Para el Tribunal Constitucional, el juicio de acusación es «un juicio negativo en el que el juez cumple funciones de garantía jurisdiccional». Se ejerce con él la «facultad de controlar la consistencia o la solidez de la acusación que se formula» (STC 186/1990, de 15 de noviembre).

Ahora bien ¿cuál es el estándar de exigencia que caracteriza esta función jurisdiccional de depuración de acusaciones insuficientemente fundadas? En este punto, el Tribunal Supremo ha señalado, con razón, que la decisión de sobreseimiento prevista en el art. 783 LECrim no puede confundirse con una anticipación de la valoración probatoria o del juicio jurídico que solo puede realizar, de forma completa, el tribunal de enjuiciamiento en el juicio oral.

Según señala la STS 738/2022, de 19 de julio, FJ 3, «esos filtros [arts. 779.1. 1<sup>a</sup> y 783 LECrim] no tienen carácter absoluto; es decir, no están pensados para que solo lleguen a juicio oral los casos que deben acabar en condena. Esto es obvio. El objetivo de poner fin anticipado a los procesos infundados (por no revestir los hechos caracteres de delito, o por no existir indicios suficientes de su comisión) satisface dos intereses diferenciables pero que empujan en la misma dirección: evitar

juicios innecesarios que suponen dilapidar esfuerzos procesales; y garantizar al ciudadano que no deberá afrontar un juicio (lo que comporta sin duda algo de perjuicios y padecimientos) sin fundamento». Hay que realizar, en definitiva, un «juicio de razonabilidad de la acusación» (STS 724/2020, de 2 de febrero de 2021; 803/2021, de 20 de octubre; 724/2022, de 14 de julio; 738/2022, de 19 de julio).

Señala, con más precisión, el ATS de 31 de julio de 2013, que el juicio de acusación de los arts. 779.1 y 783.1 LECrim se ha de realizar siguiendo un mismo estándar de *probabilidad*, que no coincide con el propio de evaluación de las pruebas en el juicio oral. En palabras del citado auto: «[e]s necesaria la *probabilidad*. Solo ese nivel justifica la apertura del plenario que, indudablemente, encierra también cierto contenido afflictivo para el acusado, aunque sea difuso. La *probabilidad* de comisión del delito se traduce en negativo, expuesto de forma poco matizada, en la racional *posibilidad* de que recaiga una condena. No pueden extremarse las exigencias en esta fase anticipando valoraciones que solo procederían tras examinar la prueba practicada en el juicio oral. Pero sí ha de cancelarse el proceso cuando racionalmente quepa hacer un pronóstico fundado de inviabilidad de la condena por insuficiencia del material probatorio con que se cuenta».

Al operar de ese modo, el Tribunal Supremo configura lo que suele conocerse, en el ámbito de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, como un estándar *prima facie* de confirmación de cargos (v. Stegmiller, I, «Confirmation of charges», *The Law and Practice of International Criminal Law*, Oxford, 2015, cap. 35, pp. 896-7). Basta que la acusación acredite que tiene prueba «tangible» y «completa» que le permite realizar un juicio razonable de culpabilidad.

No se trata, en definitiva, de anticipar el estándar probatorio *pro reo* ni el juicio de culpabilidad *más allá de toda duda razonable* que es propio de la fase de enjuiciamiento. Estamos ante una valoración *ex ante* de la idoneidad potencial de la prueba propuesta por las acusaciones para acreditar los cargos definitivos, lo que puede realizarse con el examen de los propios materiales investigadores, en los que las acusaciones basan sus conclusiones provisionales. Como señala el Tribunal Supremo, es en el juicio oral, y no en el juicio de acusación del art. 783 LECrim, «donde adquieren relevancia las argumentaciones del recurrente relativas a la negación de valor probatorio de las diligencias policiales en cuanto recogen testimonios, pues, es claro que la condena no puede basarse en meras denuncias sino en una prueba de cargo debidamente obtenida y practicada que pueda considerarse suficiente para enervar la presunción de inocencia» (STS 739/2022, de 20 de julio).

Con ello, el juicio de acusación cumple su finalidad de evitar acusaciones que ya *a priori* pueden considerarse erróneas o manifiestamente infundadas, sin usurpar funciones de enjuiciamiento que solo corresponden al tribunal que practica la prueba en la fase de plenario.

Este fue el estándar de juicio de acusación utilizado por el anteproyecto de LECrim de 2011 y 2020 para el trámite de *audiencia preliminar*. En particular, el texto de 2020 señalaba, en su art. 623, que el «sobreseimiento por insuficiente fundamento de la acusación procederá cuando, atendidos los medios lícitos de prueba que la parte acusadora pretenda utilizar en el acto del juicio oral, la acción penal sea *manifiestamente improsperable*». La referencia a los «medios lícitos de prueba» obedece a que, en dicho texto prelegislativo, el trámite de la audiencia preliminar también servía para depurar la prueba ilícita.

## 8. A modo de conclusión: el modelo de la Ley de la fiscalía europea

Los defectos que presenta el régimen de formulación y confirmación de cargos en el proceso penal español son evidentes y han sido expuestos en los apartados anteriores.

El modelo de corte acusatorio establecido en la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, que regula el procedimiento de actuación de la fiscalía europea —inspirado en el anteproyecto de LECrim de 2020— es, por ahora, el único modelo en vigor en nuestro país en los que esos defectos tratan de ser superados para realizar el mandato constitucional de un proceso penal con plena garantía del derecho de defensa, también en la propia fase de investigación.

En dicha ley la estructura de la formulación y confirmación de los cargos es más sencilla (en la línea que concibió el propio legislador de 1882) y, desde luego, más eficaz desde el punto de vista del derecho de defensa:

(i) El fiscal formula los cargos (primera comparecencia del art. 27), expresando sin demora la tesis acusatoria con la mayor claridad posible a efectos de facilitar la actividad de descargo de la defensa. Como dice el art. 27.2 de la ley, el fiscal debe informar a la persona investigada «de manera clara y precisa de los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica provisional, de todo lo cual se dejará constancia en el acta». Es más, cuando la información verbal no asegura la adecuada comprensión de los hechos investigados y de su calificación provisional, estos extremos deben ser comunicados «por escrito a la persona investigada, dejando constancia de ello en el acta de la comparecencia» (art. 27.3).

La persona investigada obtiene así, sea por consignación en el acta de *primera*

comparecencia o por la entrega de en un escrito específico, un documento similar al *complaint* angloamericano, que sirve para delimitar el núcleo fáctico esencial de una futurable acusación. El ejercicio del derecho de defensa durante la fase de investigación oficial queda suficientemente garantizado.

El juez no toma parte alguna en la formación y confirmación de estos cargos y puede, por ello, ejercer sus funciones de juez de garantías (en relación con las solicitudes de restricción de derechos fundamentales sujetas a garantía judicial preventiva) y de juez de la libertad (en relación con las medidas cautelares) con plena imparcialidad objetiva.

(ii) Concluida la investigación, el fiscal convierte los cargos provisionales en definitivos formulando directamente un escrito de acusación que debe guardar una correlación esencial con los cargos comunicados en la *primera comparecencia* o en una posterior enmienda o adición (art. 27.4 LECrim). Así lo dispone el art. 114 de la Ley bajo la rúbrica «ejercicio de la acción penal».

(iii) La acusación formulada, en la que se expresan de forma completa (tanto fáctica como jurídicamente) los cargos definitivos, se somete, si así lo pide la defensa, a un juicio de acusación (*audiencia preliminar*). El escrito de defensa puede, en efecto, contener «la impugnación de la acusación formulada por concurrir un motivo de sobreseimiento, promoviendo en su caso la celebración de la audiencia preliminar» [art. 117.2, a) LECrim].

Es la defensa, por tanto, la que decide si le conviene promover el juicio de acusación o si prefiere transitar directamente al juicio oral. Si opta por lo primero, debe ofrecer al juez de garantías los argumen-

tos en los que se sustenta la petición de sobreseimiento de los cargos. La persona acusada puede renunciar, en todo caso, a promover el juicio de acusación si su estrategia defensiva así lo aconseja, bien para evitar una resolución judicial de confirmación de cargos, bien para reservarse el despliegue de su línea de defensa para el acto del plenario. El juicio de acusación se convierte, en coherencia con la doctrina establecida en la STC 186/1990, de 15 de noviembre, en el ejercicio por parte de la persona investigada del derecho a evitar el juicio oral cuando la tesis acusatoria carece, a su juicio, de suficiente fundamento.

(iv) El *juicio de acusación* se configura, asimismo, como un verdadero trámite de revisión jurisdiccional externa, a cargo de un juez objetivamente imparcial que no ha intervenido en el desarrollo de la investigación (juez de garantías). Es con la *audiencia preliminar* cuando llega, por tanto, el acto judicial de confirmación de cargos, siempre que estos hayan sido *desafiados* por la defensa por su falta de consistencia. En la audiencia preliminar se pueden practicar, además, las diligencias propuestas por las partes (art. 122).

La estructura bipartita originaria de la LECrim (atribución de cargos por el directo de la investigación/confirmación de cargos por otro órgano) es recuperada y se logra, con ello, que la pretensión punitiva llegue al juicio oral debidamente delimitada, pues el auto de apertura del juicio oral deja de ser una resolución ritual y determina los *hechos justiciables*, que, según prescribe la ley, son «los que habiendo sido objeto de los escritos de acusación no sean expresamente excluidos del enjuiciamiento» [art. 127.1, b)].



LIBERTVS. QVOMIAM. NLLI. IAM. RESTAT. AMANT. IX.  
NLLVS. LIBER. ERIT. SIOVIS. AMARE. VOLET.

C. M. PI

# El enjuiciamiento penal entre divulgación y rigor conceptual. La lección de Glauco Giostra

Daniel R. PASTOR

El extraordinario libro de Glauco Giostra, *La Justicia penal. Principios y cuestiones nucleares* (Lima–Madrid, 2025, traducción de P. Andrés Ibáñez), es parte de una iniciativa admirable de Palestra Editores por poner en valor grandes obras del derecho procesal penal italiano, de relieve internacional, que ofrecen al lector castellano la mejor exposición de los más importantes problemas y dilemas de esta materia, tan delicada, en la que están involucradas la teoría y la práctica del poder de castigar, poder tan necesario como inevitablemente inclinado al abuso y la arbitrariedad, como lo saben quienes conocen las lecciones de la historia.

Esta iniciativa editorial es inseparable de la figura de Perfecto Andrés Ibáñez, un verdadero líder en la difusión de la mejor cultura jurídica, esa que traslada los valores de la democracia constitucional a las difíciles vicisitudes del enjuiciamiento penal. Más allá de su obra propia, de calidad superlativa —véase, solamente, su monumental *Tercero en discordia*<sup>1</sup>—, es un incombustible traductor de los mejores textos de la ciencia procesal penal italiana,

empezando por su nave insignia<sup>2</sup> hasta llegar al libro al que está dedicada esta resección.

De esa relación entre Andrés Ibáñez, como seleccionador y traductor, y Palestra, como Editorial, aparecieron varias obras notables, entre las cuales cabe destacar *La motivación de la sentencia penal y su control en casación*, de Francesco Iacoviello (2023), y *El justo proceso*, de Paolo Ferrua (2025). La primera deja bien en claro que la expresión de las razones que dotan de fundamento a las decisiones judiciales es una garantía de garantías, como sostiene Ferrajoli. Y lo es hasta el punto de que, como indica Iacoviello, «sin motivación no hay jurisdicción». En cuanto a Ferrua, su obra me permite escribir lo que quiero dejar más en claro en estas palabras previas al comentario del libro de Giostra: «Seguramente ninguna cultura jurídica histórica sea tan rica de contenidos en materia de proceso penal como la italiana»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> P. Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015.

<sup>2</sup> L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, 11<sup>a</sup> ed., Trotta, Madrid, 2025, traducción de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Migueles, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés.

<sup>3</sup> De la Presentación de P. Andrés Ibáñez al libro de Ferrua, citado, p. 15.

Otras obras publicadas en tiempos recientes por Palestra también distribuyen esa riqueza entre los lectores castellanos<sup>4</sup>. Por ejemplo, de las más recientes, *El drama del juicio*, de Alessio Lo Giudice (2025)<sup>5</sup>, y *Contra el creacionismo judicial*, de Luigi Ferrajoli (2025)<sup>6</sup>. Textos más generales, pero de innegable vinculación con la cuestión criminal, son *La justicia como profesión*, de Gustavo Zagrebelsky (2024)<sup>7</sup>, *Separación de poderes y justicia digital*, de Mauro Barberis (2024)<sup>8</sup>, y *Garantismo global*, de Luigi Ferrajoli (2024)<sup>9</sup>. Ya fuera de Palestra, pero en la misma constelación cultural, es obligatorio mencionar la obra de Dario Ippolito, *Génesis del Garantismo penal*<sup>10</sup>, con Prólogo de Andrés Ibáñez, traductor de alguno de los textos que integran el libro<sup>11</sup>.

Llegados aquí, pasando a la obra de Giostra, cabe decir que forma parte de una colección deliciosa de la Editorial Laterza: *Las primeras lecciones*. Esta serie, en cuanto a las de derecho, empieza con el bello trabajo de Paolo Grossi, *Prima lezione di diritto* (2003)<sup>12</sup> y continúa con otras entregas precedidas por esas dos palabras que denotan un análisis introductorio a cada materia concreta, que no deja de ser profundo y que logra combinar el lenguaje amable de la divulgación con la calidad técnica y el rigor conceptual<sup>13</sup>.

La alegoría del puente tibetano a la que recurre Giostra para describir el proceso pe-

nal muestra esa característica del libro, pues permite que el lego sienta, bajo la beccariaña invocación *Al lector*, el vértigo y la dificultad de esta función política, definida por el autor como, a la vez, imprescindible para la convivencia social pacífica y aparentemente imposible, por los contratiempos que representa para toda persona el desafío de juzgar y quizás castigar a los demás («el juez está llamado a ejercer el terrible cometido de decidir si castigar a un semejante»<sup>14</sup>). Esto en un ámbito en el cual se espera que, no obstante la falibilidad de los seres humanos, sea alcanzado con alta probabilidad el conocimiento de la verdad de lo sucedido. Con ese propósito, Giostra invita al lector a recorrer ese puente tibetano inestable, frágil, de precaria construcción e insoportablemente largo, que es el proceso penal.

Desde ese punto de partida, el libro describe todas las tensiones y todos los dilemas de la función judicial en materia penal, entre los que destaca la labor epistémica como propósito tendencial y no inclaudicable del enjuiciamiento, en virtud de las restricciones que a esa meta imponen ciertos valores superiores como las propias limitaciones cognoscitivas de tal labor, dado que «el proceso penal constituye un universo epistemológico separado y autorreferencial». A ello el autor suma los problemas de acceso de la colectividad al desempeño real, y no al percibido, del poder judicial, con especial referencia al modo en que los casos penales resultan reflejados en el espejo deformante de los medios de comunicación de masas, sin dejar de hacer notar que está lejos de ser injustificado un cierto desafecto del público frente a la justicia penal.

Uno de los capítulos del libro está dedicado al curso que siguió en Italia, como en

4 Basta con consultar el catálogo en línea de la Editorial: <https://palestraeditores.com>.

5 Traducción de N. Salvi y E. Ibarra.

6 Traducción de F. Morales Luna y P. Andrés Ibáñez.

7 Traducción de J. Baquerizo Minuche y L. De Angelis-Soriano, con Prólogo de J.J. Moreso.

8 Traducción de M. Chumberiza Tupac-Yupanqui.

9 Traducción de V. Beizaga.

10 Editorial Zela, Puno – Buenos Aires, 2025.

11 Otros de los textos fueron traducidos por N. Guzmán, C. Moreno More y A. Alvarado Urízar.

12 Hay traducción castellana de C. Álvarez Alonso: *La primera lección de derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006.

13 El catálogo de esa colección, que trasciende de las materias jurídicas, puede ser consultado en línea en la página de esa Editorial (<https://www.laterza.it/?s=prima+lezione>).

14 Todas las citas que aparecen entre comillas en el cuerpo del texto pertenecen, de ahora en más, al libro de Giostra.

tantos otros países que pasaron a ser democracias constitucionales después de haber sido solo legales o directamente dictaduras, la adaptación normativa y jurisprudencial de la antigua legislación procesal penal —de inspiración napoleónica y, por tanto, predominantemente inquisitiva— al nuevo orden constitucional presidido por el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En esto, el autor resalta que se trató de una opción de civilidad, definida por las características nucleares que hacen que el *giusto processo* sea tal: la imparcialidad como «condición indefectible de la posibilidad misma de hacer justicia», la prohibición de extraer información del imputado a toda costa («un país civil no está dispuesto a perseguir la verdad a cualquier precio», por eso «el derecho al silencio y la impunidad por la mentira»), la igualdad de armas entre las partes, al menos para restringir «una situación de ineliminable asimetría», la formación contradictoria de la prueba, en condiciones que aseguren «la oralidad y la contextualidad en la confrontación», y la duración razonable del enjuiciamiento («que una persona no deba sentirse *sub iudice* por tiempo indefinido es un principio de civilidad recibido en casi todos los ordenamientos»). Se exponen también las inevitables excepciones a estos patrones básicos, tales como, entre otras, la justicia negociada, las pruebas aprovechables para la sentencia, aunque hayan sido formadas fuera del juicio, y ciertas imposibilidades objetivas para sostener a ultranza los principios rectores del juicio justo.

Lo decisivo es, para este modelo cultural, el respeto por el método, más que por el resultado<sup>15</sup>. Según Giostra, es una

opción política por la cual «el ordenamiento prefiere dejar sin condenar a un culpable, antes que arriesgarse a condenar a un inocente». Una opción que se refleja en la estructura del procedimiento como *itinario cognoscitivo* con distintas fases e instancias, y formas ordinarias y especiales. El proceso ordinario aparece, como es usual, dividido en las fases de investigación y de juicio, respecto de las cuales el autor expone los problemas más importantes, tales como que la indagación quede a cargo de una de las partes, el ejercicio del derecho de defensa, la situación del imputado en cuanto a su libertad durante el proceso, el secreto de las investigaciones, el limitado valor probatorio en esta etapa y la función de la audiencia preliminar como bisagra, o etapa intermedia, entre ambas fases de la primera instancia.

La principal cuestión del juicio, según la acertada mirada de Giostra, es admitir en ciertos supuestos la formación no contradictoria de la prueba, algo que desnatura la esencia de la vista principal pero que por distintas vías resulta inevitable en ciertos casos. Al tratar uno de esos supuestos, el de aprovechar una prueba formada fuera del juicio por la imposibilidad sobreviniente de repetirla en la vista principal (típico: la muerte de un testigo que declaró durante la investigación), Giostra se asombra ante esta situación, pues «si se parte de la idea de que una actuación investigadora no puede valer como prueba, resulta luego epistemológicamente incoherente que asuma ese valor por la emergencia de algún accidente posterior». La sentencia, en la obra comentada, no es tema que presente mayores dificultades, como sí las tiene la instancia de las impugnaciones y, eventualmente, la revisión de la cosa juzgada *injusta*. Ello debido a que —siguiendo a Ulpiano— «nada en el mundo podría asegurar al que impugna una sentencia la obtención de una decisión

15 Así también P. Andrés Ibáñez, «Juzgar es cuestión de método, en un marco de derechos fundamentales sustantivos y procesales», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 102 (2021), p. 83 y ss.

mejor». El autor, ante esto, desarrolla las ventajas y los inconvenientes de las impugnaciones tratando de encontrar un equilibrio entre una decisión que debe ser admitida como verdadera, aunque no lo sea, porque la controversia judicial tiene que terminar en algún momento, y la aparición de conocimiento nuevo que desmienta rotundamente lo afirmado en una sentencia, en principio inmodificable «una vez bajado el telón de la cosa juzgada».

Una particularidad del libro, bien vinculada a su tarea de explicar al público en general los conflictos del enjuiciamiento penal, es el tratamiento de la tensión entre informar acerca de su curso y tutelar la privacidad de los afectados, pugna que es considerada por Giostra bajo el sugestivo tópico de *la narración de la justicia penal*.

La obra finaliza con un epílogo que, al igual que en la introducción, explora las asimetrías centrales del curso procesal de la cuestión penal. Si al comienzo se descubre la encrucijada entre necesidad y dificultad de la función judicial de lo penal, en el final el autor expone que el modelo de justicia en el que ello desemboca, aunque deficiente, debe ser defendido. A pesar de ser una «justicia imperfecta, administrada por hombres imperfectos», responde al imperativo ético de conocer y decidir, del modo

más fiable posible, si un semejante cometió un crimen para, en tal caso, aplicarle las consecuencias legales correspondientes. Y así también se cumple con la irrenunciable razón de fondo del sistema, el deber de respeto de las normas que «son diques de contención [otra vez Beccaria] contra la recurrente tentación del poder de denunciar sus indiscutibles carencias para sustituirlas por el propio arbitrio».

Como complemento el libro incluye un glosario a modo de servicio *terminológico de urgencia* para facilitar el conocimiento de los vocablos técnicos y evitar confusiones. A ello se añade, en lugar de la usual bibliografía exhaustiva —una empresa impracticable por la amplitud del tema—, la invitación a realizar ciertas lecturas de la materia, unas introductorias, y otras, temáticas.

Termino con estas palabras de Giostra: «la opción de encomendar a hombres independientes de todo otro poder el tremendo cometido de castigar sobre la base de reglas legales impuestas por la colectividad debe defenderse siempre, por la misma razón que se defiende la democracia: ambas presentan complicaciones, inconvenientes y límites, pero todas las alternativas que se conocen son peores, cuando no dramáticas».

# **Legislador, juez y reformas penales: el nuevo delito de fraude en las prestaciones de la Seguridad social**

Miriam CUGAT MAURI

## **Introducción**

Las reformas penales pueden ser observadas desde muchos puntos de vista, entre los que en la actualidad despunta el que analiza la ley como subproducto de la batalla política por ganar el corazón si no el estómago de los votantes. Las manifestaciones del fenómeno se hallan por doquier. Desde la multiplicación de las formas de asesinato para acoger los detalles del último suceso mediático, al castigo de la maldad de quien abandona el lugar del accidente con la víctima ya muerta, o la velada marcha atrás en la descriminalización del homicidio por imprudencia leve a través de la administrativización del concepto de imprudencia menos grave. Sin embargo, no son las únicas muestras de un fenómeno del que también se encuentran trazas en la elección de la ocasión y forma de criminalización de la financiación ilícita de los partidos políticos o el dibujo de las cualificaciones del hurto, progresivamente enriquecidas con todo tipo de detalles sobre el objeto, circunstancias o efectos del robo, sin importar si con ello se provocan indeseables solapamientos con otras normas penales o se confunde el objeto de la responsabilidad penal con la civil.

Aun así, por larga que sea la sombra del populismo punitivo y por mucho que veamos su mano adondequiera que miremos, por fortuna, las razones de las reformas no terminan ahí. La variedad de motivos es mucho más rica y va desde el cambio en el orden de valores como ha sucedido con el aborto, hasta la necesidad de transposición de los mandatos europeos o internacionales en materias como la corrupción, el favorecimiento de la inmigración ilegal o el medio ambiente, por nombrar algunas de las más significativas para la UE.

Todo ello sin olvidar las reformas que traen causa directa de la reflexión jurisprudencial acerca de las incoherencias, vacíos, insuficiencias o excesos de nuestra ley penal. En esta senda encontramos la LO 5/2010 que redujo la pena aplicable al delito de tráfico de drogas (art. 368 CP) tras el Acuerdo (de Pleno) no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25-10-2005; o la LO 9/2022 que introdujo en el art. 234.2 CP una modalidad cualificada de reincidencia múltiple en el hurto para los supuestos de posesión de antecedentes por delito leve, tras el dictado de la STS 481/2017, 28-6, de Pleno, que vetaba la aplicación del tipo cualifi-

cado por reincidencia múltiple del art. 235.1, 7º CP<sup>1</sup> (introducido por LO 1/2015) a tales casos<sup>2</sup>.

Episodios como estos sirven para entender la función del Juez, que no se limita a la aplicación ciega de la ley. Dejando de lado su esencial función en la interpretación material de la ley conforme a los valores y principios generales del ordenamiento<sup>3</sup>, la jurisprudencia puede también anticipar reformas, como sucedió con la de 1983 por la que se creó la figura del delito continuado; promover indultos al amparo del art. 4 CP, a fin de que la estricta aplicación de la ley no entre en contradicción

<sup>1</sup> Intento evitar el término «multirreincidencia» que suele utilizarse para esta agravante por estar históricamente asociado a los supuestos en los que los antecedentes penales estaban a su vez agravados por esta misma circunstancia.

<sup>2</sup> Como se recordará, el deseo del legislador de exasperar la pena a los delincuentes habituales tropezaba con límites formales como la falta de mención explícita a los antecedentes por delitos leves, además de límites materiales derivados de las exigencias del principio de proporcionalidad. En todo caso, no debían ser absolutos cuando la sentencia contó con un Voto particular de D. Pablo Llarena Conde y otros cinco Magistrados, así como la opinión favorable de la Circular FGE 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015, punto 7.1, y la de parte de la Doctrina. Así, Del Carpio Delgado, J., «La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 8642, de 10 de noviembre de 2015, p. 12; Vázquez Berdugo, I., «Delitos de robo y hurto. Multirreincidencia. Evolución legislativa. Especial análisis de la reforma introducida por LO 1/15, de 30 de marzo», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 1, 2016, p. 130; Souto García, E., «La multirreincidencia en los delitos de hurto tras la LO 1/2015, de 30 de marzo: su regulación y aplicación práctica», *La Ley Penal*, núm. 141, 2019; González Casso, J., «La multirreincidencia y los delitos leves. De la sentencia del Tribunal Supremo 481/2017, de 28 de junio de 2017 a la sentencia 684/2019, de 3 de febrero de 2020», *Diario La Ley*, núm. 9579, de 21 de febrero de 2020.

Con todo, la seguridad jurídica exigía un pronunciamiento explícito del legislador como hizo a través de la reforma de 2022.

<sup>3</sup> La interpretación material puede conectarse con la necesidad de aplicar la norma no solo a la luz de la literalidad de la ley, sino también de «las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica» (STC 137/1997, 21-7).

con el ideal de la justicia; o incluso, señalar al mismo legislador los límites que la *voluntas legis* opone a la *voluntas legislatoris*, como sucedió a lo largo del rosario de reformas destinadas a combatir el fenómeno de la habitualidad y «multirreincidencia» en el hurto, en el que a medida que la jurisprudencia iba descubriendo los límites aplicativos de la ley, el legislador reformulaba la norma (LO 11/2003, LO 15/2003, LO 5/2010, LO 1/2015, LO 9/2022)<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> En este sentido, véase el Preámbulo de la LO 9/2022 (IV) del que reproduczo un inciso por la expresividad con la que recoge el diálogo que establece entre el legislador y el juez: «En cuanto a la modificación del Código Penal, se modifica el artículo 234, apartado 2. Se acomete la reforma de los delitos de hurto para dar una respuesta adecuada a los casos de multirreincidencia. La reforma resulta necesaria porque, si bien la regulación actual prevé expresamente la posibilidad de aplicar una modalidad agravada del delito de hurto cuando el autor es multirreincidente, el Tribunal Supremo considera que esta posibilidad debe reservarse para los casos en que los delitos de hurto cometidos con anterioridad superan los 400 euros, pues de lo contrario se produciría un desproporcionado salto punitivo entre la pena prevista en el artículo 234.2 del Código Penal para los delitos de hurto inferiores a 400 euros, que es una pena de multa de 1 a 3 meses, y la pena prevista en el artículo 235.1.7.<sup>a</sup> del Código Penal para los casos de multirreincidencia, que es una pena de prisión de 1 a 3 años. Esta regulación, conforme a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo, está suponiendo que los delitos leves de hurto que se cometen de manera multirreincidente no cuenten con una suficiente respuesta penal, a pesar de que son delitos que están siendo objeto de una creciente preocupación por afectar directamente no solo al turismo, al comercio y a la economía en general, sino también a la propia seguridad de los ciudadanos. Por ese motivo, se considera necesaria una reforma del artículo 234.2 del Código Penal que permita sancionar más gravemente los casos de hurtos leves no superiores a 400 euros cuando se producen de forma multirreincidente. A estos efectos, para evitar el salto desproporcionado de pena criticado por el Tribunal Supremo, se opta por aumentar la pena de estos delitos de hurto leve, pero sin llegar a la pena de prisión del tipo agravado del artículo 235.1 del Código Penal. Se prevé así que en los casos de hurtos leves o inferiores a 400 euros se aumente la pena siempre que el autor sea multirreincidente y la cuantía total de lo sustraído, incluyendo los delitos de hurto cometidos con anterioridad, excede los 400 euros. En tal caso, sin embargo, se deberá imponer no ya la pena del tipo agravado del artículo 235.1 del Código Penal, sino la pena del tipo básico del artículo 234.1 del Código Penal, que es una pena de prisión de 6 a 18 meses. De esta forma, se consigue dar a los casos de multirreincidencia una respuesta penal más disuasoria y ajustada a la gravedad de la conducta, sin incurrir en un incremento desproporcionado de la pena.»

En esta línea de consideraciones, la aprobación y experiencia aplicativa del nuevo art. 307 ter CP nos ofrece un ejemplo más del diálogo que se establece entre el Legislador y el Juez en el diseño y aplicación de la ley, en el que lejos de la función pasiva que podría suponérsele, puede erigirse en cancerbero de los límites constitucionales infranqueables por el legislador y hasta acicate del cambio legal.

## **1. El «nuevo» delito de fraude en las prestaciones de la Seguridad social (art. 307 ter CP)**

La reforma de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social por LO 7/2012 pasó relativamente desapercibida para el gran público, a pesar de su enorme trascendencia práctica en multiplicidad de aspectos entre los que descuella la abierta incriminación de la defraudación de prestaciones de la Seguridad social de escasa cuantía como las relativas a las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento o cuidado de un menor.<sup>5</sup>

Ello se hacía mediante la introducción de un nuevo tipo en el art. 307 ter CP, que combinaba aspectos propios de los delitos

del Título XIV en el que se insertaba (como la posibilidad de excusa absolutoria por reintegro de las cantidades indebidamente percibidas), con elementos característicos de los delitos patrimoniales.

Los argumentos en apoyo del carácter patrimonial del nuevo delito son múltiples:

a) Para su consumación se exige la causación de un perjuicio a la Administración pública<sup>6</sup>, que puede fácilmente interpretarse que es de carácter patrimonial por la general afinidad de esta tipicidad con la estafa en cuya descripción se recurre a la misma expresión.

b) Por otro lado, como es propio de los delitos patrimoniales como la estafa, para su sanción no se exige que el perjuicio supere un límite cuantitativo mínimo que hubiera puesto trabas a la sanción penal de las conductas de menor entidad.

c) Asimismo, continuando con las similitudes con los delitos patrimoniales, en el ap. 2 del art. 307 ter CP se prevé un tipo cualificado afín al previsto para la estafa (art. 250.1, 5º CP) o el alzamiento de bienes (art. 257.4 CP), aplicable a supuestos en los que el valor del fraude supera los 50.000 euros, por lo tanto, muy por debajo del límite mínimo del tipo básico de fraude de subvenciones, hoy situado en los 100.000<sup>7</sup>.

d) Por fin, en el cálculo de la cuantía de la responsabilidad civil derivada de delito se aplica «un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentando en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió», en lugar

---

5 El elenco de prestaciones es más amplio y puede hallarse en el apartado c) del art. 42.1 LGSS: «Las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; nacimiento y cuidado de menor; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; ejercicio correspondiente del cuidado del lactante; cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; incapacidad permanente contributiva e invalidez no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; protección por cese de actividad; pensión de viudedad; prestación temporal de viudedad; pensión de orfandad; prestación de orfandad; pensión en favor de familiares; subsidio en favor de familiares; auxilio por defunción; indemnización en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional; ingreso mínimo vital, así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por real decreto, a propuesta del titular del Ministerio competente».

6 En la medida en se exige la obtención del «disfrute» de las prestaciones y el «perjuicio a la Administración pública», para la consumación no basta con la resolución favorable - que es uno de los criterios consumativos que se debaten en torno al art. 308 CP -, sino que es precisa la percepción que permite el disfrute y causa el perjuicio. En este sentido, STS 150/2020, 18-5; STS (Pleno) 355/2020, 26-6.

7 Por ello, la STS 561/2022, 8-6 aplica el fraude de subvenciones, por irretroactividad del tipo cualificado del art. 307 ter.

del interés de demora previsto en los arts. 305, 307 o 308 CP.

Entre las consecuencias de tal caracterización puede mencionarse:

a) La afirmación de que nos hallamos ante un delito de resultado sin condición objetiva de punibilidad abre la puerta a la apreciación de la tentativa, a diferencia de lo que sucede con los delitos contra la Hacienda pública respecto de los que se discute la admisibilidad de las formas imperfectas de ejecución.

b) Es planteable la continuidad delictiva<sup>8</sup>, con inclusión de la regla del salto de tipo, frente a su general rechazo en los delitos del Título XIV.

c) El concurso que se establece entre el nuevo delito y la estafa, debe resolverse en favor del primero en virtud del principio de especialidad<sup>9</sup>.

Ahora bien, si las señales de patrimonialización del nuevo delito son claras y expresivas de la decidida intención del legislador de pronunciarse acerca de un problema planteado en la jurisprudencia, más dudoso es si existía un verdadero problema o vacío de punibilidad.

Para responder a la anterior pregunta debería afirmarse que la legalidad vigente dejaba impune alguna conducta merecedora de castigo, lo que es una cuestión esencialmente valorativa y político criminal que pasa por considerar si lo que recoge la ley es apto para perseguir lo que se pretendía y merece ser castigado, fuera originariamente o de forma sobrevenida. En

otras palabras, para justificar una reforma no basta con afirmar que algo no estaba claramente en la ley, sino que es preciso, además, justificar que debería estar.

Lo primero podría llegar a admitirse, toda vez que en la jurisprudencia se discutía si podían sancionarse las defraudaciones en las prestaciones de la Seguridad social por debajo de la cuantía mínima del delito de fraude de subvenciones. Desde este punto de vista, la reforma legal sirve para disipar las dudas acerca de su punibilidad, como mínimo de cara al futuro, sin perjuicio del sempiterno problema de la retroactividad de lo no favorable, en caso de que se partiera que antes las conductas eran impunes.

Sin embargo, más difícil es afirmar que la impunidad de tales conductas fuera un insoportable error u olvido del legislador requerido de corrección legal. En primer lugar, porque la impunidad de las conductas de inferior cuantía es la regla en todos los delitos del Título, incluidos algunos tan próximos en estructura y naturaleza al art. 307 ter CP como la obtención fraudulenta de devoluciones del art. 305 CP. En segundo lugar, porque no tendría sentido someterlos a unas cuantías mínimas si de todos modos se quisieran castigar los fraudes de menor entidad bajo otro título de imputación como la estafa, con el añadido de no poder gozar ahí del privilegio de la excusa absolvatoria reservada a los más graves. Por fin, porque, en ningún caso quedaba desprotegida la Hacienda pública cuando, subsidiariamente, eran aplicables las sanciones previstas en el Derecho administrativo, por cierto, impuestas a través de un proceso mucho menos garantista que el penal.

Con todo, el legislador terminó por incriminar una conducta inicialmente confiada al Derecho administrativo introduciendo un factor de desequilibrio en la regulación

<sup>8</sup> Alguna sentencia de la jurisprudencia menor ha apreciado la continuidad delictiva en este delito (SAP, Alicante 80/2020, 26-2), aunque faltan pronunciamientos del TS que permitan hablar de doctrina consolidada.

<sup>9</sup> SSTS 42/2015, 28-1, y 355/2020, 26-6 (Pleno): «En este contexto, el nuevo artículo 307 ter CP se incorpora al panorama normativo como ley especial respecto al delito de estafa en los comportamientos que impliquen la precepción fraudulenta de prestaciones de la Seguridad Social.»

de estos delitos, en los que aparece el nuevo art. 307 ter CP como protector de los fraudes patrimoniales contra la Seguridad social sin requisito de cuantía mínima alguna. Ante ello: o se considera que en el resto de los delitos sujetos a cuantía mínima se protege algo distinto, como hace la STS 1030/2013, 28-11 para intentar conseguir algo de coherencia; o si se reconoce que los delitos del Título XIV tienen un componente patrimonial, se admite una disparidad sancionatoria que introduce el peligro de castigar más duramente los fraudes más precarizados<sup>10</sup>. Con ello no quiere decirse que el art. 307 ter CP no pueda servir para perseguir importantes tramas de corrupción, pero lo cierto es que la literalidad de la ley no se limita a tales supuestos<sup>11</sup>.

10 Si antes se había alabado la previsión de una cuantía mínima que dejaría al margen del Derecho penal la criminalidad de la «pobreza» (STS 213/1997, 19-4 y 1156/1997, 29-9: «De esta manera, se evita también la injusta situación en la que se encontraban los trabajadores en paro, sometidos a un régimen más riguroso que los empresarios con dificultades económicas que recurrieran a la obtención fraudulenta de una subvención», con la reforma se haría marcha atrás en esa decisión). Críticamente, se manifiesta el Fiscal de Sevilla (Memoria FGE de 2021): «En materia de fraudes a la Seguridad Social (art. 307 y siguientes) se sorprende de la aparente desigualdad de trato que parece deducirse de su regulación: las conductas delictivas de empresarios solo serán punibles si el daño a la Seguridad Social supera los 50.000 euros, mientras que el fraude cometido por los trabajadores (parte, en principio, más débil y desprotegida) se castiga cualquiera que sea su cuantía.»

11 Téngase en cuenta que lo que criminalizó la reforma no fueron solo fraudes cometidos en el seno y con la ayuda de tramas organizadas como las que promueven la constitución de sociedades al único fin de dar de alta a trabajadores ficticios como paso previo al posterior y sistemático despido y subsiguiente cobro indebido del subsidio de desempleo.

Sin duda alguna, el fenómeno estaba en el punto de mira del legislador tal como recoge la Exposición de Motivos de la LO 7/2012: «El artículo 307 ter, en el tratamiento específico que realiza de estas conductas fraudulentas, viene también a facilitar la persecución de las nuevas tramas organizadas de fraude contra la Seguridad Social que, mediante la creación de empresas ficticias, tienen por único fin la obtención de prestaciones del Sistema con la consiguiente agravación de la pena.»

Sin embargo, ello no se tradujo en la restricción aplicativa a los supuestos aludidos en la justificación de la reforma. De hecho, el tipo puede ser aplicado tanto cuando se recurre a empresas ficticias creadas con el único fin de

En suma, con la reforma de 2012 el legislador no corrige un defecto en el diseño de la política criminal en estos delitos, sino que la cambiaba.

## 2. Antecedentes jurisprudenciales y desenlace final

Para entender el caldo de cultivo que precedió a la reforma de 2012 es importante conocer la precuela y recordar cómo se habían calificado anteriormente los fraudes en las prestaciones de la Seguridad Social, lo que exige hacer mención diferenciada a los mismos en función de la cuantía.

Con anterioridad a la introducción del art. 307 ter CP, se había admitido la subsunción de los fraudes a las prestaciones de la Seguridad Social en el art. 308 CP, antes incluso de que la LO 6/1996 hiciera mención explícita a las «ayudas».

De hecho, la mención explícita de las «ayudas» se introduce por LO 6/1995 cuando ya se había resuelto el problema de la extensión del tipo a los supuestos en que estas no estaban dirigidas al desarrollo de una actividad (como inicialmente exigía el concepto de subvención<sup>12</sup>) sino al

defraudar, como cuando, teniendo actividad lícita, incurren en fraudes puntuales (así, las STS (Pleno) 355/2020, 26-6, o STS 150/2020, 18-5, como ejemplo de la utilización de empresas con actividad real, pero engaño respecto de los puestos de trabajo), o incluso cuando se trata de un delito circunstancial de particulares (como puede suceder con la omisión de la comunicación de fallecimiento del beneficiario de la prestación que continúa cobrando el familiar, STS 42/2015, 28-1), lo que ya ha sido objeto de crítica doctrinal por su contradicción con el principio de *ultima ratio* y la aparente ignorancia de las posibilidades sancionadoras del Derecho administrativo (De Vicente Martínez, R., «Los delitos contra la seguridad social tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social», *Crisis financiera y derecho penal económico*, Edisofer, 2014).

12 En este sentido, la STS 10-2-1995 entiende que: ««os subsidios de desempleo no constituyen subvenciones en cuanto que las subvenciones, como se dice, acertadamente en la sentencia recurrida, van adscritas al desarrollo

objetivo más amplio de realización de un fin público<sup>13</sup>. De hecho, para entonces, la ampliación del concepto administrativo de subvención por la Ley 31/1990, 27-12 de reforma del art. 81.2 de la Ley General presupuestaria ya lo permitía y así lo habría de reconocer el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda 1/2002, 15-2, en el que se afirmaba que «El fraude en la percepción de las prestaciones por desempleo constituye una conducta penalmente típica prevista en el art.308 del CP», por cierto, cuando ya se habían dictado prácticamente todas las sentencias sobre el fraude del PER.

Sin embargo, las posibilidades aplicativas continuaban viéndose limitadas por diverso orden de motivos.

Por un lado, como recuerda la STS 42/2015, 28-1, algunas sentencias excluían del art. 308 CP a las «ayudas contributivas» por carecer del carácter de «gratuidad» característico del mismo<sup>14</sup>.

---

de una actividad, constituyendo una atribución patrimonial hecha a favor de persona pública o privada o a empresas o personas en general afectadas al cumplimiento de un destino de manera que su aplicación al mismo debe ser justificada, lo que en absoluto ocurre con los subsidios que son prestaciones sociales que se conceden en atención al concurso de determinadas circunstancias, a fondo perdido y sin necesidad de justificación posterior a su concesión.»

13 En este sentido, la STS 213/1997, 19-4, tras justificar el fallo de la sentencia recién citada en consideración a la ley a la sazón vigente, considera que: «La situación jurídica experimentó un cambio significativo con la reforma de la Ley General Presupuestaria que tuvo lugar en la sanción de la L. 31/1990, de 27 de diciembre, que incluyó en el Cap. I, Título II de dicha Ley la Sección 4<sup>a</sup>, definiendo el concepto de ayudas y subvenciones como «toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus organismos autónomos a favor de personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público» (art. 81.2.a) L.G.Presupuestaria). A partir de entonces resultó evidente que la distinción entre subvenciones y subsidios que se aplicó antes de esta reforma ya no tenía respaldo en el derecho extrapenal.»

14 En este sentido, por ejemplo, véase el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22-9-1999, respecto de prestaciones de naturaleza contributiva por concepto de incapacidad, invalidez, jubilación y viudedad y algunas por desempleo: «En suma como con acierto razonan las partes

Por otro lado, el art. 308 CP solo recogía los fraudes que superasen una cuantía mínima a la que debía ceñirse el Juez.

Frente a ello, las opiniones se dividían en dos. Por un lado, quienes consideraban que la cuantía mínima del delito de fraude de subvenciones<sup>15</sup> del art. 308 CP constituía una condición objetiva de punibilidad<sup>16</sup> que determinaba la impunidad de los fraudes de menor entidad para los que ya existen las infracciones administrativas<sup>17</sup>; por otro, quienes consideraban que

---

recurrentes, estamos en esos casos en presencia de prestaciones que retribuyen al trabajador ante un hecho causante, derivadas de su cotización previa por lo que presentan un carácter oneroso (sic), frente a la naturaleza gratuita de las ayudas a que se refiere el tan controvertido artículo 308 del vigente Código Penal.» (...) «la necesidad de la continuación del procedimiento por el delito de estafa contra quienes de forma fraudulenta han percibido prestaciones...»; o la STS 1752/2000, 17-11 que, con relación a una prestación por desempleo, considera que debe apreciarse el delito de estafa por el carácter contributivo de aquella; asimismo, la STS 830/2003, 9-6, respecto de la pensión por jubilación; o STS 830/2003, 9-6.

15 Se sobreentiende que con este nomen iuris se hace mención simultánea al fraude en las «ayudas».

16 Sobre las implicaciones del reconocimiento de una condición objetiva de punibilidad es de especial interés la STS 464/2025, 22-5, F.1.4, a propósito del art. 307 CP: «10.2.- El debate sobre la naturaleza jurídica del límite cuantitativo tiene su trascendencia, porque, de concebirse como un elemento del tipo, debería recibir el mismo tratamiento que cualquier otro elemento del injusto, mientras que, de considerarse como una condición objetiva de punibilidad, no formaría parte de él, lo que supone que, aunque no por ello la conducta dejaría de ser tipicamente antijurídica y culpable, sin embargo el fraude no podría castigarse como tal delito, sin perjuicio de la relevancia que pudiera tener como infracción administrativa, lo que, por lo demás, llevaría aparejado como consecuencia la inviabilidad de apreciarlo en grado de tentativa y que, debido a su naturaleza, no ha de ser abarcado por el dolo del autor.»

17 Sobre la condición de punibilidad en el fraude de subvenciones del art. 308 CP con la consiguiente remisión de los fraudes de cuantía inferior al Derecho administrativo, STS 213/1997, 19-4: «Sobre las razones político-criminales que haya tenido el legislador para despenalizar, mediante la introducción de una condición objetiva de punibilidad, las infracciones que no alcancen los 10.000.000 pts., sometiéndolos a rigurosas sanciones pecuniarias de carácter administrativo (ver art. 82.3 L.G.Presupuestaria), es posible discutir. Pero cualquiera sea el acierto que haya tenido la ley desde esta perspectiva, lo cierto es que el sistema mixto de sanciones administrativas penales, constituye un régimen especial que excluye, por lo tanto, el general de la estafa, sin determinar una impunidad absoluta, sino estableciendo una moda-

cabía la aplicación subsidiaria de la estafa cuando no se alcanzara el umbral cuantitativo mínimo del anterior<sup>18</sup>.

lidad sancionatoria específica para ilicitudes menores de una determinada cantidad, que no puede ser ignorada.» En el mismo sentido y del mismo ponente, con idéntica argumentación, STS 1156/1997, 29-9. En el mismo sentido, también, la STS 514/2002, 29-5, que añade otro argumento relativo a la inexistencia de engaño cuando la Administración concede la ayuda por la mera comprobación formal de los hechos declarados por el solicitante: «En el supuesto objeto de la casación que conocemos, el sujeto pasivo que recibe el engaño actúa con independencia del mismo, es decir, realiza la disposición económica tras una comprobación formal de los requisitos que dan lugar a la disposición sin que ésta esté causalmente relacionada con el error. Por ello, el sujeto pasivo, la administración, se reserva el derecho de realizar comprobaciones posteriores a la disposición, a través de los mecanismos de inspección con que cuenta lo que posibilitará, en su caso, la recuperación de la disposición realizada y la subsunción, si concurren los demás requisitos de la tipicidad, en el fraude de subvenciones.» En todo caso, comparte con las sentencias precedentes el criterio de acuerdo con el cual «Este tipo penal (el art. 308 CP) es de aplicación preferente, por el principio de especialidad, al tipo penal de la estafa, en el supuesto de que se entendiera que la conducta fuera subsumible en este tipo penal. En este supuesto la aplicación del principio de especialidad haría inaplicable el tipo penal de la estafa, por aplicación del preferente de fraude de subvenciones y ello con independencia de la concurrencia, o no, de la condición objetiva de punibilidad contenido en este tipo penal referido a la cuantía de 10 millones de pesetas para su punición.» De acuerdo con ello absuelve por el delito de estafa y mantiene únicamente las condenas por falsedad. En el mismo sentido, STS 1/3/2002; STS 435/2002, 1-3; STS 29-1-2003 o STS 830/2003, 9-6.

18 En especial, todas las sentencias de instancia que fueron sistemáticamente casadas por el TS que continuaban aplicando el delito de estafa al fraude en las prestaciones de la Seguridad social, a pesar de la introducción del nuevo tipo y de su extensión a las ayudas.

Como advierte la STS 213/1997, 19-4, las posibilidades aplicativas cambiaron a partir de la introducción y ampliación del delito de fraude de subvenciones. Si hasta entonces se justificaba la aplicación del delito de estafa, como hizo la STS 10-2-1995, en adelante ya no: «La STS de 10-2-95 entendió que se debía aplicar el art 528 CP. y no el 350 del mismo, sosteniéndose al efecto que »los subsidios de desempleo no constituyen subvenciones», toda vez, se dijo, que los subsidios »son prestaciones sociales que se conceden en atención al concurso de determinadas circunstancias, a fondo perdido y sin necesidad de justificación posterior a su concesión». Tal resolución, sin necesidad ahora de discutir sobre la corrección o no del concepto de subvención en ella empleado, era justificada a la luz del texto del art. 350 CP. introducido por la L.O. 2/85, de 29-4-85, que limitaba el objeto de protección a las subvenciones y a las desgravaciones públicas 2. La situación jurídica experimentó un cambio significativo con la reforma de la Ley General Presupuestaria que tuvo lugar en la sanción de la L. 31/1990, de 27 de diciembre, que incluyó en el Cap. I, Título II de dicha Ley la Sección 4<sup>a</sup>, definiendo

Si el legislador parecía haber optado por lo primero, en la jurisprudencia no cejaba de plantearse lo segundo, como atestiguan todas las sentencias del TS que reiteradamente rechazaban la calificación de estafa apreciada en instancia, para absolver. Ello abría una grieta en la consideración de la cuantía mínima como verdadera condición objetiva de punibilidad, cuyo efecto más palmario no es el cambio en el título de imputación para sancionar como estafa lo que no entra como fraude de subvenciones, sino la asunción de la atipicidad de las conductas afectadas por la existencia de un límite cuantitativo mínimo. En esta línea se pronunció la STC 13/2003, 28-1, según la que la aplicación del tipo de estafa cuando no se alcanza la cuantía mínima no es una interpretación razonablemente «previsible», pues «si el fraude de subvenciones fuera ley especial respecto a la estafa por encima de los diez millones de pesetas, la regla de especialidad obligaría a entender que también la desplazaría cuando no alcanzase dicha cantidad, pues lo contrario sería absurdo y produciría consecuencias inaceptables.»

Sin embargo, tras la reforma de 2012, a partir de la STS 1030/2013, 28-11, se modifi-

---

el concepto de ayudas y subvenciones como »toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus organismos autónomos a favor de personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público» (art. 81.2.a) L.G.Presupuestaria). A partir de entonces resultó evidente que la distinción entre subvenciones y subsidios que se aplicó antes de esta reforma ya no tenía respaldo en el derecho extrapenal.»

Entre las sentencias sobre la situación anterior: STS 8-7-1988 que condenó por estafa a quien había simulado trabajar para una empresa para luego poder disfrutar de las prestaciones por desempleo; STS de 10-2-1995, que condena por estafa por un fraude en el subsidio de desempleo en el marco del PER; STS 31-1-1996, que sanciona la falsificación dirigida a obtener la prestación por fallecimiento en accidente laboral (PER) de quien no tenía relación contractual con el Ayuntamiento; STS 200/1996, 8-3, que condenó por estafa y falsedad en un caso de fraude en el subsidio por desempleo en el marco del PER; o STS 603/1998, 4-5, que condena a quienes simularon ser trabajadores de una empresa al único efecto de la posterior solicitud de una prestación por desempleo.

ca el anterior criterio. Mostrándose de acuerdo en que no tiene sentido considerar que la estafa pueda aplicarse subsidiariamente al delito de fraude de subvenciones cuando, concurriendo todos los elementos de uno y otro delito, simplemente no se alcanza la cuantía del segundo, se manifiesta en contra de que la misma conducta pueda ser objeto de uno y otro tipo a la vez, pues considera que cada una de las normas protege un bien jurídico distinto: «Mientras con la estafa el Legislador quiere sancionar conductas eminentemente atentatorias del patrimonio en los que el perjuicio ocasionado por el agente está materialmente desconectado de la idea de obtener una subvención, desgravación, o ayuda; la conducta que quiere castigarse con el art. 308, es la específica perturbación de los objetivos perseguidos y requisitos pre establecidos en los sistemas de ayudas y subvenciones exigiese cuantía mínima para alcanzar rango delictivo a lo que puede ser menos grave (prestaciones) y sí se exigiese para subvenciones. Se ha dicho por eso con razón que el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, y el delito de estafa, poseen en principio ámbitos de aplicación diferenciados.» (...) «El delito de estafa, por su mayor desvalor, se configura como un delito principal sobre el subsidiario (delito de fraude de subvenciones).» Por lo tanto, entre uno y otro no habría concurso de normas, sino espacios aplicativos diferenciados por razón de la diferencia en el bien jurídico protegido.

En suma, si hasta la reforma de la Ley General presupuestaria de 1990 por la que se amplía en concepto de subvención para incluir las ayudas no destinadas a realizar actividad futura alguna, había tenido sentido la aplicación del delito de estafa, desde que las ayudas entran en el art. 308 CP y este queda condicionado a la superación de una cuantía mínima, la voluntad del legislador se había manifestado claramente en favor de la impunidad de los fraudes por cuantía inferior.

Por ello, aunque la introducción del art. 307 ter CP parece destinada a cubrir un vacío de punibilidad, lo que en el fondo hace el legislador es renunciar a su propósito inicial sin justificar el porqué. A pesar del loable intento de la STS 1030/2013, 28-11 de buscar la coherencia y sentido al nuevo delito, sobre la base de la diferenciación de bienes jurídicos son muchas las dudas que quedan abiertas y que hubiera debido de disipar el legislador, sin lo cual deja a los aplicadores ante la imposta tarea de dar coherencia a lo que no tiene sentido.

### 3. Conclusión

Si partimos de la hipótesis de que al tipificar el delito de fraude de subvenciones el legislador quiso contener la intervención del Derecho penal a los supuestos más graves en consideración a la cuantía, las vicisitudes en la persecución y sanción de los fraudes en las prestaciones de la seguridad social nos muestran cómo la jurisprudencia puede no solo malograr el objetivo del legislador mediante el recurso a la estafa para los fraudes de menor gravedad, sino incluso marcarle el paso al conducirle a la introducción del nuevo art. 307 ter CP que reverte la decisión originaria del legislador de impunidad, sin que quede constancia de la existencia de un cambio en la valoración político criminal de tales conductas.

En suma, si el análisis de la reforma de la reincidencia múltiple en el hurto sirve como muestra de cómo ante una aplicación judicial insatisfactoria para el legislador, este puede conseguir su objetivo con una nueva reforma que supere los iniciales obstáculos aplicativos; el análisis del proceso que lleva a la tipificación del fraude en las prestaciones de la seguridad social podría verse como una manifestación del poder del Juez en la indicación del camino a seguir al legislador, como así ha sucedido con la definitiva renuncia a la impunidad de los fraudes de escasa entidad.

# Constitucionalismo gaditano y cultura jurídica popular

Josefa Dolores RUIZ RESA

## 1. Introducción

La Constitución de Cádiz representó un intento de sumar la España de entonces a una nueva cultura constitucional de carácter liberal e ilustrado. El intento fracasó y también la propia consolidación del sistema jurídico-político cuyos principios se trataba de transmitir y justificar, lo que quizás pueda explicarse por haber ocurrido en un tiempo tan prometedor como convulso; un tiempo en el que el racionalismo ilustrado se expandía también políticamente y dejaba su impronta en las guerras de independencia de las colonias americanas y en la Francia de Napoleón. Precisamente, la coincidencia de estos eventos históricos puso de manifiesto un contexto de fuertes resistencias al cambio de régimen.

La Constitución de 1812 pudo ser el texto fundador de una nueva comunidad política de los habitantes de las Españas de ambos hemisferios, sobre la base de una sociedad civil empoderada de derechos civiles y políticos, si bien limitados en su reconocimiento y ejercicio a las clases sociales que formaran parte de la nación, pero nada de esto ocurrió. En realidad, esta Constitución condensó el proyecto político de ciertas élites sociales ilustradas que no consiguieron extenderlo al resto de la población,

cuya cultura jurídica estaba fuertemente enraizada en un tradicionalismo religioso y monárquico. La existencia y persistencia de este bagaje determinó que las clases populares coincidieran más bien con el ideario de los sectores antiilustrados y antiliberales y la figura política que los reunía -Fernando VII, con quien se identificaban- que con el ideario liberal que trató de plasmar, como pudo, la Constitución de Cádiz<sup>1</sup>. Ya lo había advertido Jeremy Bentham, cuyos escritos sobre constitucionalismo y utilitarismo influyeron en algunos miembros de las Cortes constituyentes, y que incluso llegó a examinar la Constitución de 1812: los cambios políticos debían tener en cuenta el carácter de la comunidad a la que iban dirigidos<sup>2</sup>.

---

1 Véase José Álvarez Junco. *Mater dolorosa*, Taurus, Madrid 2001, pp. 119 y ss.

2 Bentham conocía la Constitución de Cádiz y escribió algunos textos sobre ella durante el trienio liberal de 1820-1823: *Carta a la nación española sobre la propuesta de una Cámara Alta (1820)*; *Observaciones sobre el panegírico del juez auditor Hermosa sobre los retrasos judiciales; con motivo de la impunidad que hasta ahora ha concedido a los leales autores de la masacre de Cádiz, equivalente a la masacre de Manchester: explicando, además, los efectos del secreto en la judicatura*; y *Carta a la nación portuguesa sobre las constituciones anticuadas; sobre la Constitución española considerada en su conjunto y sobre ciertos defectos observables en ella; en particular, las cláusulas que promulgan la inmutabilidad o la infalibilidad, la no reelección, la obligación de dor-*

Entre los postulados del constitucionalismo estaba la educación de la comunidad política en sus principios y postulados, lo que en todo caso suponía una línea de pensamiento ya iniciada en la Antigüedad<sup>3</sup>. También desde el primer momento, los defensores del proyecto de la Constitución de Cádiz trataron de configurar a través de la instrucción una cultura jurídica popular que le fuera receptiva y moviera a su aplicación. El examen de los variados instrumentos educativos aplicados pone de manifiesto un alto nivel de compromiso con la extensión y consolidación de aquella cultura<sup>4</sup>.

Cabe señalar que muchos de aquellos instrumentos estaban ya presentes y se habían consolidado a través de la labor pedagógica que venían llevando a cabo los ilustrados españoles, en consonancia con los ideales educadores -y un tanto ingenuos- de la Ilustración: acceder al conocimiento implica su aceptación y defensa. Tal compromiso se evidencia en la sucesión de

---

*mir y la bienalidad.* Todos estos textos se recopilaron en *Three tracts relative to Spanish and Portuguese Affairs; with a continual eye to English Ones*, impreso en Londres por William Hone en 1821. Otros escritos de Bentham sobre España y Portugal fueron *On the Liberty of Press, and Public Discussion*, y *Letters to Count Toreno on the Proposed Penal Code*.

3 Se trató de una preocupación que fue de Platón y Aristóteles, a Kant, Burke, Rousseau, Turgot, Condorcet, Jefferson, Adams, Dewey, James and John Stuart Mill, Tocqueville, Fichte, o Von Humboldt. Un recorrido por la historia de la educación política se encuentra en Derek Heater, *A History of Education for Citizenship*, Routledge, Londres y Nueva York 2004, pp. 11-151.

4 Sobre este asunto, el extenso y detallado estudio de Beatriz Sánchez Hita, «Cartillas políticas y catecismos constitucionales en el Cádiz de las Cortes: un género viejo para la creación de una nueva sociedad», *Revista de Literatura*, Vol. 65, Nº 130, 2003, pp. 541-574. Ver también Alfonso Capitán Díaz, *Los Catecismos Políticos en España (1808-1822) Un intento de educación política del pueblo*, CGAMP de Granada, Granada 1978; y «Los catecismos políticos en los inicios del siglo XIX español: un intento de formación política y social del pueblo», en Gabriella Ossenbach Sauter y Manuela de Fuelles Benítez (eds.), *La Revolución francesa y su influencia en la educación en España*, UNED-UCM, Madrid 1990, pp. 437-449.

proyectos de reforma educativa, en cuya conformación participaron figuras como Jovellanos o Quintana, influidos a su vez por Tayllerand y Condorcet.

A pesar de los elementos típicos del liberalismo y del utilitarismo que se aprecian en su articulado (por ejemplo, la idea de soberanía nacional y la felicidad como finalidad política), en la Constitución de Cádiz se seguirá considerando la religión cristiana como elemento conformador de la identidad nacional española, y así, según su artículo 12, «[l]a religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra». Recordemos que este artículo se aprobó por aclamación, según se dio noticia en el *Semanario Patriótico*<sup>5</sup>. Tampoco tuvo discusión alguna durante las sesiones de Cortes la aprobación del artículo 366: «En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles».

Con sus contradicciones, el constitucionalismo de Cádiz buscó conformar una cultura jurídica popular para consolidarse y entre sus transmisores figuraron la prensa liberal<sup>6</sup>, con periódicos como el citado *Semanario Patriótico*, las tertulias de tabernas y cafés<sup>7</sup> y textos didácticos como

---

5 *Semanario Patriótico*, N.º LXXVII, de 26 de septiembre de 1811, p. 226.

6 V. M.ª Cruz Seoane, *Oratoria y periodismo en la España del siglo XIX*, Castalia, Valencia 1977.

7 Sobre este particular: Javier Bascuán Cortés, «El púlpito y el club: apostólicos, realistas, serviles y ultramontanos frente a exaltados, descamisados y tragalistas. La lucha por el control de los otros espacios de la educación: clubes, tabernas y cafés», en Espigado Tocino (dir.) et al., *La Constitución de Cádiz. Genealogía y desarrollo del sistema educativo liberal*, Universidad de Cádiz-Sociedad Española de Historia de la Educación, 2013, pp. 405-416.

las cartillas y catecismos políticos, dirigidos especialmente a la población más iletrada, que era la mayoría, pero cuya enseñanza se dejó en manos de un clero refractario a ese constitucionalismo.

Como ante el desinterés de las autoridades el clero se había venido ocupando de la educación de la población, resultaba el grupo más idóneo para transmitirle los nuevos principios constitucionales; sin olvidar que muchos de sus miembros estuvieron presentes como diputados en las Cortes de Cádiz<sup>8</sup>. Sin embargo, también fue el custodio y transmisor del organicismo autoritario y del tradicionalismo religioso, dos de las más exitosas aportaciones -por su duración y eficacia- en la conformación de un nacionalcatolicismo que se ubicará de manera dominante como núcleo de la identidad nacional española durante los siglos XIX y XX<sup>9</sup>, y que servirán a la legitimidad de regímenes autocráticos como la monarquía borbónica e incluso la dictadura franquista.

Según mostraba Carolyn P. Boyd<sup>10</sup>, la Iglesia católica encabezaría, en su función educadora, no solo el rechazo de otras religiones, sino también el repudio del pensamiento secularizador, el racionalismo y el liberalismo, y de sistemas políticos como la democracia, estableciendo la idea de que entraban en conflicto con la identidad española y considerándolos por tanto herejías extranjeras antinacionales.

<sup>8</sup> Sobre el papel de la Iglesia en las Cortes Constituyentes, v. Leandro Higuera del Pino, «La Iglesia y las Cortes de Cádiz», *Cuadernos de Historia Contemporánea*, Vol. 24, 2002, pp. 61-80. Sobre el intento de conformar un clero también liberal, v. Manuel Teruel Gregorio de Tejada, *Obispos liberales: La utopía de un Proyecto (1820-1823)*, Milenio, Lleida 1996.

<sup>9</sup> Sobre el papel de la Iglesia católica en la conformación de la identidad nacional de la España moderna, v. Álvarez Junco, *Mater Dolorosa*, op. cit., pp. 31 y ss.

<sup>10</sup> Carolyn P. Boyd, *Historia Patria. Política, historia e identidad nacional en España: 1875-1975*, Pomares-Corredor, Barcelona 2000, pp. 61, 98 y ss.

En las siguientes páginas analizaré dos de los instrumentos utilizados para conformar una nueva cultura jurídica popular en torno al constitucionalismo que se buscaba encarnar con la Constitución de Cádiz. Pero antes expondré a qué me refiero con las expresiones *cultura jurídica popular* y *constitucionalismo*.

## 2. Cultura jurídica popular

Se adoptará aquí el concepto de cultura jurídica propuesto por Lawrence Friedman, jurista estadounidense representante del movimiento *Law & Society*<sup>11</sup> y también historiador del derecho americano, quien sostenía que el derecho consta, al menos, de tres componentes: estructural, sustantivo y cultural<sup>12</sup>. El componente estructural se refiere a las instituciones jurídico-políticas y administrativas, las formas que estas adoptan y los procesos que se llevan a cabo en ellas, el número y tipo de tribunales, la presencia o ausencia de constitución, si hay división de poderes en judicial, legislativo y ejecutivo, monarquía, jurados o funcionarios de la administración pública, y los tipos de procedimiento en las distintas instituciones. El componente sustantivo hace referencia a los *outputs* del propio sistema jurídico, es decir, a su dimensión productiva, mediante la cual crea leyes (concebidas en un sentido amplio, es decir, que incluiría las disposiciones jurídico-normativas con efectos *erga omnes*). También hace referencia a las reglas, doctrinas, estatutos y

<sup>11</sup> Una aproximación bastante completa a su historia y postulados puede encontrarse en Silvina Pezzetta, «Derecho y Sociedad. Historia y presente de los herederos del realismo jurídico estadounidense», en Jorge Luis Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero (coords.), *Encyclopedie de Filosofía y Teoría del Derecho*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, vol. 1, 2015, pp. 667-691.

<sup>12</sup> La síntesis de esta aportación de Friedman la tomo de mi trabajo *Teoría del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2<sup>a</sup> ed. 2022, pp. 181 y 182.

decretos, en la medida en que son usados por gobernantes y gobernados. Finalmente, el componente cultural integraría los valores, ideas, opiniones y actitudes que hacen del derecho un todo unitario y determina su valor en el conjunto de la sociedad. Esto requiere tener en cuenta el tipo de formación y los hábitos de legisladores y jueces, lo que la gente corriente piensa sobre el derecho, si acuden a los tribunales, con qué propósito se dirigen a los legisladores o recurren a otros funcionarios e intermediarios, si hay respeto a la ley, al gobierno o a la tradición, qué relación hay entre la pertenencia a una clase o grupo social determinado y la utilización o no de las instituciones jurídicas, qué controles sociales informales se utilizan en lugar de las instituciones jurídicas, y qué personas prefieren unos u otros tipos de control<sup>13</sup>.

En relación con la cultura jurídica, Friedman realizó varias precisiones. Así, diferenció entre cultura jurídica interna, referida al grado de conocimiento de los operadores jurídicos sobre el derecho, y cultura jurídica externa, o grado de conocimiento que tienen del derecho quienes no son juristas. A esta la consideró como una especie de conciencia jurídica, conformada por las opiniones, valores y expectativas que tiene la ciudadanía común acerca del sistema jurídico<sup>14</sup>.

También apuntó a la existencia de una cultura jurídica popular<sup>15</sup>, que correspondería, por un lado, a las ideas y actitudes

que la gente corriente tiene sobre el derecho, y más específicamente, sobre sus componentes estructural y sustantivo. Por otro lado, también correspondería a los libros, canciones, películas, series, programas de entretenimiento y otros formatos similares dirigidos a una audiencia general, sobre el derecho o sobre juristas. A este respecto, muchos estudios han puesto de manifiesto que la gente corriente sabe muy poco acerca del derecho, y lo que saben, lo conocen a través de ese tipo de formatos transmitidos a través de los medios de comunicación de masas tradicionales como el cine y la televisión -y actualmente, mediante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación-. Estos educadores jurídicos tienen la importante utilidad, según Friedman, de servir de «pegamiento» entre los miembros de una determinada sociedad, pues muestra y proclama cuáles son sus normas, lo que garantiza los lazos de unión entre ellos.

En esta línea, y siguiendo la premisa de Vygotsky<sup>16</sup>, según la cual la cultura intermedia nuestra cognición, Jerome Bruner<sup>17</sup> sostuvo que la educación es una forma de interiorizar normas y valores culturales, y que el derecho, al que considera parte de la cultura, contribuye a esa educación. Esto ocurre mediante las narrativas jurídicas que se canalizan, por ejemplo, a través de las disposiciones legales y la jurisprudencia, acerca de las instituciones políticas y de quién o quiénes están dentro o fuera de la ley y, por tanto, dentro o fuera de la sociedad<sup>18</sup>. Y, ciertamente, los juicios han sido y continúan siendo una forma dramatizada o ritualizada de mostrar el derecho, lo que

13 Lawrence Friedman, «Legal culture and social development», en L. Friedman y S. Macaulay, *Law and the behavioural sciences*, Indianápolis 1969, pp. 1000 y ss. También publicado en *Law and Society*, Vol. 4 (1969-70), núm. 1, agosto 1969, pp. 29 y ss.

14 Friedman, «The Concept of Legal Culture: A reply», en D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Culture*, Aldershot, Dartmouth 1997.

15 Friedman, «Law, Lawyers, and Popular Culture», *The Yale Law Journal*, Vol. 98, N.º 8, Symposium: Popular Legal Culture, junio 1989, pp. 1578-1579; y *Total Justice*, Russell Sage Foundation, Nueva York 1994.

16 Lev Vygotsky, *Pensamiento y lenguaje*, Paidós, Barcelona 2010.

17 Jerome Bruner, *Acts of Meanings*, 1990 y *The Culture of Education*, 1996, publicados por Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-Londres.

18 Bruner, *Making Stories: Law, Literature, Life*, Harvard University Press, 2003.

produce en la audiencia catarsis colectivas nada desdeñables para asegurar la legitimidad y obediencia al derecho.

Tal es, en última instancia, el requisito básico para asegurar su cumplimiento, como Friedman señaló<sup>19</sup>. Si bien los tres componentes del derecho se influyen entre sí, su eficacia depende de la cultura jurídica, interna o externa, popular o especializada, pues cualquier dimensión de lo jurídico descansa en última instancia en normas socioculturales, como los hábitos, estereotipos, costumbres, moralidad; normas que de manera implícita o explícita, integran nuestros sistemas jurídicos, aunque funcionan como normas inconscientes o no escritas, que sin embargo cohesionan y gobiernan nuestras sociedades<sup>20</sup>.

En cualquier caso, lo popular en relación con la cultura remite también a una significación de inferioridad, simplicidad e intelectualmente accesible a clases bajas e iletradas, frente a la alta cultura de las élites ilustradas. Así, habría libros, prensa, música, teatro, cine o series para cada grupo y, por tanto, unas alta y baja cultura jurídica; o una cultura minoritaria y una cultura de masas, en cuanto las clases poco formadas han venido siendo más numerosas. No obstante, «de masas» adquirió a lo largo del siglo XX una significación ligada al consumo masivo, aunque también considerando poco racional o reflexivo, por lo que seguiría conectado a la falta de formación.

Finalmente, no puede obviarse que la noción misma de cultura ha sido muy debatida, y que en algunas de las significaciones que le han sido atribuidas figura la de ideología y la de hegemonía, ambas configuradas desde el marxismo y las teorías

marxistas. La remisión a «falsa conciencia» o «dominación» sobrevuela también a la cultura popular, si bien esta puede ser también el origen de la oposición a aquellas<sup>21</sup>.

Las hipótesis teóricas anteriores encuentran numerosas evidencias -también su inspiración- en las formas en que los estados modernos justificaron su existencia y legitimidad sobre identidades nacionales sustentadas en culturas jurídicas inmanentes o esenciales, como han puesto de manifiesto Benedict Anderson<sup>22</sup>, Eric Hosbawm<sup>23</sup> o Anthony Smith<sup>24</sup>. Un ejemplo de esta tendencia lo encontramos en la España que se quiso conformar en la Constitución de 1812. No en vano fue el primer texto en que se aludió a la «nación española».

### 3. Constitucionalismo

Cabe entender el nacimiento de la Constitución de Cádiz como un intento de insertar el Estado-nación español, en su peculiar peripecia histórica de aquel momento, en la incipiente cultura liberal-constitucionalista que desde finales del siglo XVIII se estaba evidenciando especialmente en Estados Unidos y en Francia, al albur de una guerra de la independencia o de una revolución contra el Antiguo Régimen<sup>25</sup>.

Como apuntaba el historiador del derecho Maurizio Fioravanti<sup>26</sup>, la doctrina de

21 Sobre estas cuestiones, v. J. Storey, *Cultural theory and popular culture: An introduction*. Routledge, Londres 2018.

22 Benedict Anderson, *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo* [1983], trad. E. L. Suárez, FCE, México 1993.

23 Eric Hosbawm, *Naciones y nacionalismo desde 1870* [1990], trad. Jordi Beltrán, Crítica, Barcelona 1998.

24 Anthony Smith, *La identidad nacional* [1991], trad. Adela Despujol Ruiz-Jiménez, Trama editorial, Madrid 1997.

25 Ruiz Resa, *Teoría del Derecho*, op. cit., pp. 151-153.

26 Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid 2001.

19 Friedman, «Law, Lawyers, and Popular Culture», *op. cit.*, p. 1589.

20 Maria Aristodemou, *Law, Psychoanalysis, Society. Taking the unconscious seriously*, Routledge, Londres 2014, p. 5.

la constitución conocida como *constitutionalismo* surge históricamente a partir de la mitad del siglo XVII, e ideológicamente, se encuentra vinculada al iusnaturalismo racionalista de signo protestante y al liberalismo político, su defensa del individualismo y su desconfianza hacia el poder del estado, que solo existe en función del individuo. De ahí la importancia de que los derechos naturales del hombre, en tanto que individuo, aparezcan también dentro de la constitución, por constituir esa reserva de libertad, participación y control político, a cuya garantía debe emplearse precisamente el estado, que también ve sus poderes configurados y ordenados en la constitución. Con esta percepción de la constitución, el poder aparece como poder jurídico, dividido en tres poderes y teniendo a los derechos individuales como límite de su actuación<sup>27</sup>.

No obstante, en Europa, el término constitución también adquirió un sentido contrarrevolucionario, como se aprecia en la obra de Hegel, quien -según recordaba Bobbio- distinguió entre constitución como estructura objetiva de un organismo político, por un lado, y el documento o los documentos en los que se establece y regula, por otro. Para designar lo primero utilizó el término alemán *Verfassung* y para lo segundo el de *Konstitution*, siguiendo la expresión usada en la Francia de ese tiempo. Así y según Hegel, todo Estado tendría constitución (*Verfassung*) aunque sólo algunos tienen constitución escrita (*Konstitution*), la cual no sería más que la concreción temporal de esa estructura. Por consiguiente, todo Estado, como formación política, tiene constitución y no sólo el

Estado considerado constitucional, en el sentido liberal-demócrata del término «constitucional»<sup>28</sup>.

La concepción primordial que tenía Hegel de la constitución es de carácter institucional y resultaba ajena, según Bobbio, a la tradición política del *constitutionalismo*, que erige la constitución en la ley suprema del Estado al que por consiguiente limita<sup>29</sup>. Se trata de una concepción no liberal de constitución que también se apreció en la Francia o Gran Bretaña del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX<sup>30</sup>. En el siglo pasado, el jurista nazi Carl Schmitt actualizó el debate distinguiendo entre constitución como estructura de la organización política y constitución como ley que limita la organización política; o, en otras palabras, entre constitución y ley constitucional para referirse, respectivamente, a una significación material y formal de constitución<sup>31</sup>.

Puede entonces decirse que el *constitutionalismo* conecta con una concepción racional o legal de legitimidad, según la definió Weber<sup>32</sup>, y una concepción de identidad nacional principalmente de carácter jurídico, según la clasificación de Anthony Smith sobre las dos formas arquetípicas de construirla; concretamente, una concepción de identidad nacional basada

28 Norberto Bobbio, «Sobre la noción de constitución en Hegel» [1971], *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N.º 50, 2016, pp. 71-82.

29 Bobbio, «Sobre la noción de constitución en Hegel» op. cit., pp. 73 y ss.

30 Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, op. cit., pp. 142-147.

31 Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* [1928], vers. esp. Francisco Ayala, Alianza editorial, Madrid 1996, pp. 29 y ss. Para el contexto de esta distinción y de los principios del Estado liberal burgués de derecho, Carmelo Jiménez Segado, *Contrarrevolución o resistencia. La teoría política de Carl Schmitt (1888-1985)*, Tecnos, Madrid 2009, pp. 89-104 y 121-128.

32 Max Weber, *Economía y sociedad* [1921-1922], FCE, México 1993, pp. 704 y ss.

27 Alessandro Baratta, «El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual», en *Revista Sistema*, N.º 17, 1977, pp. 11-23.

en conceptos jurídicos como el pueblo, el territorio, la soberanía, el sometimiento a leyes comunes y el disfrute de derechos y deberes, y no tanto sobre aspectos étnico-culturales orgánicos y preexistentes a los estados y sus derechos, como la raza, la religión o las lenguas<sup>33</sup>. Ahora bien, ninguna de estas dos formas de identidad nacional se da en estado puro, y la religión católica será, precisamente, el elemento étnico-cultural y pre-jurídico que seguirá presente en el constitucionalismo de la Constitución de Cádiz.

Así pues, con el constitucionalismo, la constitución no es solo la articulación de la comunidad política sino de *una* concreta comunidad política, la liberal-democrática, comprometida además con una serie de presupuestos filosóficos y principios políticos inspirados en el racionalismo moderno, que fueron los condensados por el modelo de estado de derecho: un principio de organización y un principio de distribución, incompatibles con el fascismo, a decir del propio Carl Schmitt<sup>34</sup>. Según Schmitt, el principio de organización emerge de la doctrina de separación de poderes, según la cual, toda acción del estado está sujeta a la legalidad, existe independencia de los jueces respecto del ejecutivo, se da una distinción entre ley y acto administrativo y se detecta un formalismo jurídico de la actividad administrativa: concretamente, el gobierno está sujeto a la ley. El principio de distribución consiste en que los derechos y libertades fundamentales presuponen la delimitación jurídica de las relaciones entre estado y ciudadano<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Smith, *La identidad nacional*, op. cit.

<sup>34</sup> Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., pp. 137 y ss.

<sup>35</sup> Sobre la caracterización de Schmitt de los principios del Estado de derecho burgués-liberal, v. también Baratta, «El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual», op. cit.

#### 4. *El Semanario Patriótico:* un ejemplo de información/ formación a través de la prensa liberal

La prensa liberal en torno a la información y formación sobre la Constitución de Cádiz fue abundante, y en ella destacó *El Semanario Patriótico*<sup>36</sup>. Este fue un periódico surgido a partir de la tertulia que mantenía Manuel José Quintana en su casa y contó, desde su núm. 33, de 22 de noviembre de 1810, con una sección sobre las sesiones de Cortes que desembocaron en la aprobación de los sucesivos artículos de la Constitución de 1812<sup>37</sup>.

Pero el *Semanario Patriótico* fue también un importante medio para conformar una nueva cultura jurídica popular en la que educar políticamente al pueblo. En una especie de tratado de paz entre liberales y serviles (así llamados los defensores del absolutismo), propuesto en el *Semanario Patriótico*, puede leerse lo siguiente: «Los liberales tienen el derecho exclusivo de escribir artículos y cualquier otro tipo de escritos políticos para instruir al pueblo sobre sus verdaderos derechos y luchar contra los abusos y las preocupaciones»<sup>38</sup>.

Esto no es extraño si tenemos en cuenta que uno de sus redactores durante esos meses, Manuel José Quintana, desempeñó un papel fundamental en el diseño del sistema educativo (que nunca se llevó a la práctica). Quintana escribió un importante informe, siguiendo el famoso *Rapport de*

<sup>36</sup> Disponible en el sitio web Hemeroteca Digital. Biblioteca Nacional de España.

<sup>37</sup> Ruiz Resa, «1812: National Identity and Political Education in the Cadiz Constitution», en Ignacio Czeguñim und Francesc Puértolas (eds.), *Die Spanische Verfassung von 1812. Der Beginn des europäischen Konstitutionalismus/La Constitución española de 1812. El Comienzo del Constitucionalismo Europeo*, Rechtskultur Wissenschaft 2014, pp. 124-128.

<sup>38</sup> *Semanario Patriótico*, N.º LXXIII, 29 de agosto de 1811, p. 128.

Condorcet y, al igual que en el de Condorcet, también en el informe de Quintana es posible encontrar el vínculo entre patriotismo, educación, Ilustración y liberalismo político<sup>39</sup>.

En el *Semanario Patriótico* se encuentra la exposición y análisis de los argumentos con los que los diputados, en particular los liberales, intentaron diseñar la nación como una unidad política fundada en la constitución creada por sus representantes reunidos en una asamblea representativa. Esta nación estaba por encima de los distintos grupos y sus intereses específicos, y buscaba un interés común o general.

También se evidenciaron los esfuerzos por incluir, sin que ello afectara al patriotismo de sus defensores ni a la españolidad de la constitución, las ideas y construcciones políticas que venían de Francia, es decir, del estado invasor con el que se estaba en guerra -el nombre del periódico, *Semanario Patriótico*, puede considerarse como una declaración de principios en este sentido-. Así, por ejemplo, de postulados como que la soberanía reside en la nación y no en el monarca, la primacía de la constitución, los objetivos políticos del interés y la felicidad general, la igualdad ante la ley o un catálogo de derechos entre los que se encontraba el derecho al voto, que, como en todos los textos de la época, estaba limitado a ciertos individuos. También muestran aquellas crónicas cómo se trató de hacer convivir todos estos nuevos elementos, en los que subyace una visión secularizada del derecho y la política, con el carácter católico de la nación española, al que no se renunciaba.

En este sentido, debe tenerse en cuenta el afán por garantizar la unidad de Espa-

ña, frente a los conatos de independencia que llegaban desde las colonias americanas, y cuya existencia se atribuyó a maquinaciones de Napoleón<sup>40</sup>; aunque es también reseñable cómo esa unidad se hacía descansar en elementos que también eran típicos de la doctrina liberal-democrática y del utilitarismo, como el pacto social o la felicidad común<sup>41</sup>.

En este punto, y a pesar de la influencia francesa (o, precisamente, para difuminar esa influencia del por aquel entonces enemigo), se afirma que en el pasado jurídico español cabía encontrar leyes donde se reconocía la libertad política y civil de los ciudadanos, como ocurría en el reino de Aragón. Resaltamos, a este respecto, cómo también se intentó rehabilitar la figura del comunero Juan Padilla, defensor del poder de las Cortes frente a Carlos V<sup>42</sup>, y cómo se defendió la utilización de la expresión *constitución* («ella en fin sola distingue una asociación de hombres libres y racionales de una agregación de esclavos estúpidos y viles») frente a quienes pretendían prescribirla porque no se conocía en el pasado español<sup>43</sup>. En cualquier caso, también defendieron que, aunque no se usara la expresión *constitu-*

40 Así se sostenía en el *Semanario Patriótico*, N.º XLIV, de 7 de febrero de 1811, N.º LXVIII, de 25 de julio de 1811, o N.º LXIX de 18 de agosto de 1811.

41 v. *Semanario Patriótico*, N.º LXXIV, de 5 de septiembre de 1811, p. 152: «Preguntemos a la naturaleza, y nos dirá que los hombres al reunirse en sociedad no han tenido ni podido tener otro objeto que su felicidad común; y que si la sociedad tiene derechos legítimos sobre los miembros que la componen es en cambio de los bienes que por su institución les grangea [sic]»; y p. 153: «Jamás sociedad ninguna ha podido conferir a sus jefes [sic] o representantes el derecho de ser injustos, de someterla a sus caprichos particulares (...): ellos son los depositarios de pacto social, no para violarle y destruirle sino para conservarle y defenderle».

42 v. *Semanario Patriótico* N.º LXXXV, de 21 de diciembre de 1811, pp. 409-417, y LXXIV de 5 de septiembre de 1811, pp. 148 y ss.

43 *Semanario Patriótico*, N.º LXXIV, de 5 de septiembre de 1811, p. 148.

ción, en el pasado español se conocía que un estado necesitaba leyes fundamentales que fueran la base de su asociación, y defendieron su uso porque se trataba de un proyecto que, al permitir incorporar los adelantos de los últimos tiempos, extrayendo los principios inmutables de aquellas leyes fundamentales del pasado, era «nuevo si se quiere en el método y disposición, pero antiguo ciertamente y nacional en la substancia»<sup>44</sup>.

Se trataba, pues, de entroncar de alguna manera con instituciones políticas que ya existían en el pasado de España, tanto en el reino de Castilla como en el de Aragón, y que no le habían llegado por intermedio de los franceses<sup>45</sup>. Y se trata también de defender que el liberal era un buen patriota, en un contexto sociopolítico como el que enmarcaba la redacción de la Constitución de Cádiz, donde la defensa por muchos de los diputados e intelectuales liberales de la época, del constitucionalismo y el utilitarismo que ya habían triunfado en Francia, les hacía parecer franceses, y se les calificaba de «traidores», «herejes» y «ateos». Estas calificaciones no se entenderían si la identidad española no hubiera sido conectada de manera tan intensa con la religión católica, hasta el punto de que parecen la misma cosa; o si no se hubiera identificado ser francés con la defensa de la libertad civil y política<sup>46</sup>.

44 *Semanario Patriótico* N.º LXXIV, de 5 de septiembre de 1811, pp. 148 y ss.; p. 151 para la cita.

45 Más aún, el N.º LXXIV del *Semanario Patriótico*, de 5 de septiembre de 1811, recoge en su p. 155 que las constituciones cayeron en Francia, «no por ser meras teorías especulativas de publicistas metafísicos; sino porque era imposible que reforma alguna política pudiese subsistir en una nación desmoralizada, frívola, vana, inconsecuente, extremada en sus pasiones, agitada interiormente con mil facciones y partidos, y exaltada y violentada con una guerra continua en el exterior».

46 A sensu contrario, el *Semanario Patriótico*, N.º LXVIII 25 de julio de 1811, sostenía «que el verdadero e imparcial patriota... no es francés porque defienda la libertad política y civil contra los Napoleones».

En este contexto de delimitación de una unidad e identidad política nacional, basada en la soberanía de la nación, se quiere erigir la constitución en garantía de esa unidad<sup>47</sup>. En este punto, la falta de unidad preocupaba mucho a los editores del *Semanario Patriótico*, que percibieron en la España de su tiempo discordia y falta de unidad, donde se da «salvo conducto al gobierno y los particulares para obrar según sus intereses privados, desatendiendo el general del estado»<sup>48</sup>.

La conexión entre identidad nacional común y educación política se produce cuando se defiende que cualquier español amante del bien de su patria estudiará la Constitución<sup>49</sup> (a la que los españoles estaban obligados a ser fiel, según la propia Constitución), y que el pueblo sea instruido en sus derechos, si bien no se recogerá en ella una lista exhaustiva de derechos y deberes (algo que, como parece inferirse de lo publicado en el *Semanario Patriótico*, se debería a que así se hacía en las Constituciones francesas)<sup>50</sup>. No obstante, terminó

47 *Semanario Patriótico* N.º LXIX, de 18 de enero de 1811, p. 36.

48 v. *Semanario Patriótico*, N.º LXIX, de 18 de agosto de 1811, p. 30.

49 *Semanario Patriótico*, N.º LXXIV, de 5 de septiembre de 1811, p. 149.

50 En cualquier caso, esta carencia también fue lamentada por los editores del *Semanario Patriótico*, N.º LXXV, de 12 de septiembre de 1811, p.172, cuando en sus crónicas de las sesiones de Cortes escribieron: «[N]os parece que debe achacarse la falta, que se observa en el principio, de una exposición clara, sencilla y completa de las obligaciones y derechos que median [sic] entre la sociedad y sus miembros. Ya en algunos periódicos se ha notado juiciosamente esta falta y se ha procurado suplir: pero qualquiera [sic] que pueda ser el mérito de este trabajo particular, nunca, ni para la instrucción pública, ni para el respeto que un objeto de esta clase se merece, puede igualarse al que resultaría de ver al frente de la constitución reconocidas solemnemente por el congreso constituyente de la nación española las condiciones primordiales y esenciales del pacto social. ¿Qué importa que los franceses lo hicieran así [sic] en sus efímeras constituciones? El pensamiento no es suyo; ello le tomaron, aunque variándole en la redacción, de las constituciones de los Estados Unidos de América; y la primera muestra que

siendo más exhaustiva en la lista de deberes (artículos 6, 7, 8 y 9, relativos, respectivamente, a la obligación de amar a la patria, ser fiel a la constitución, y contribuir a la hacienda pública y a la defensa de España).

Para los redactores del *Semanario Patriótico*, la ilustración de la ciudadanía se consideraba fundamental, ya que no bastaba con la agilidad y robustez de sus defensores, como ocurría en los pueblos antiguos, y entre las ideas que debían difundirse se apuntó la estimación del trabajo y de las profesiones que lo ejercían, la inviolabilidad de la propiedad privada, en relación al bien común, la igualdad de derechos civiles ante las leyes y en el acceso a los cargos públicos, aunque no pudiera aspirarse a la absoluta igualdad de fortunas<sup>51</sup>.

Ahora bien, los liberales no renunciaron del todo a la religión, y para defenderse de esas críticas, afirmaron su catolicismo indicando que resistían a los franceses «por religión»<sup>52</sup>. También contraatacaron afirmando que los verdaderos sospechosos de «francesismo» son los que llamaban hereje, ateo o libertino a un liberal sin probarlo, porque estaban desacreditando a los verdaderos patriotas, atizando el fuego de la discordia conforme a los verdaderos deseos de Napoleón<sup>53</sup>. En este punto, se siguió defendiendo que «independencia, religión católica, monarquía, Fernando séptimo y bien gobierno, son los votos universales de los españoles; y esos votos manifiestan quáles [sic] deben ser las bases de qualquiera [sic] constitución que se le presente. Sobre ellas se funda el proyecto que están discutiendo las cortes, y por consi-

guiente no hay necesidad de repetir ni de probar que su plan es acomodado á [sic] nuestra situación y á nuestras costumbres; que es, generalmente hablando, conforme a los deseos de la nación»<sup>54</sup>.

## 5. Los catecismos políticos del constitucionalismo gaditano

La expresión *katecheo*, que proviene del griego, significa instruir por la palabra hablada. A ello se añade una estructura en forma de preguntas y respuestas breves. Al inicio del cristianismo, hizo referencia a la enseñanza oral en la fe impartida por catecúmenos y con los siglos, pasaría a referirse a la enseñanza religiosa elemental, sentido con el que sería utilizado por Tomás de Aquino en su *Suma Teológica*. Con la Reforma y la necesidad que trajo de formación religiosa formalizada, tanto entre católicos como protestantes, se sucederá la publicación de catecismos, como el *Catecismo menor* de Lutero, seguido por el llamado *Catecismo mayor*, y el catecismo generado por el Concilio de Trento, que tuvo diferentes versiones en toda Europa como la de Ripalda, publicada en 1591 en España. También los misioneros católicos de las Indias redactaron varios catecismos en español y en los idiomas nativos<sup>55</sup>.

El éxito de este género didáctico hizo que en el siglo XVIII los ilustrados lo utilizaran para exponer contenidos relativos a las artes y oficios, las ciencias naturales, la historia, la urbanidad o la instrucción cívica<sup>56</sup>.

A tenor de lo anterior, los catecismos

dio Bonaparte de sus tiránicos designios fue omitir en la constitución consular la declaración de derechos».

51 *Semanario Patriótico*, N.º LXXVIII, 3 de octubre de 1811, pp. 241-248.

52 *Semanario Patriótico*, N.º LXXIV de 5 de septiembre de 1811, p. 157.

53 *Semanario Patriótico*, N.º LXXIII de 29 de agosto de 1811, p. 129.

54 *Semanario Patriótico*, N.º LXXV, de 12 de septiembre de 1811, p. 171

55 Leandro Tovar González, «Catecismos políticos del siglo XIX», en C. Alzate et al., *El radicalismo colombiano del siglo XIX*. Universidad Nacional de Colombia 2007, pp. 119- 121. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/2941>.

56 Tovar González, «Catecismos políticos del siglo XIX», op. cit., p. 121.

políticos en torno a la Constitución de Cádiz fueron textos compuestos de breves preguntas y respuestas en torno a ciertas materias jurídicas y políticas, que se expónían en las Iglesias, y constituyeron una herramienta didáctica de carácter oral, dirigido a extender la instrucción política en un pueblo analfabeto en su práctica totalidad, como era el español<sup>57</sup>.

En todo caso, debe señalarse que la existencia de catecismos políticos en la España de aquel tiempo también respondió a la influencia francesa, la cual, como ya se apuntó, estuvo muy presente en toda la política sobre instrucción pública del período constituyente y de años posteriores, tanto para instruir en doctrina liberal como absolutista. No obstante, la existencia de numerosos catecismos políticos dirigidos a divulgar la Constitución de Cádiz contrasta con la práctica ausencia de catecismos políticos de carácter servil<sup>58</sup>.

Los revolucionarios franceses consideraban los catecismos políticos como el medio de educación política para el pueblo llano tras la revolución, aunque su presencia se detecta con anterioridad. Trataban temas como la conveniencia de convocar los Estados generales y de qué forma debían estar representados los tres estamentos<sup>59</sup>. La cercanía con Francia hizo que estos textos se leyieran tempranamente en España en versión original (desde la última década del siglo XVIII), y poco después, traducidos al castellano y al catalán.

El primer catecismo político español de esta índole data de 1808 y es anónimo. Se trató del *Catecismo civil y breve compendio*

*de las obligaciones del español, conocimiento práctico de una libertad y explicación de un enemigo, muy útil en las actuales circunstancias, puesta en forma de diálogo*, pero por su escaso contenido político, no puede considerarse realmente un catecismo político. En 1809 se publicó el *Catecismo Civil de España en preguntas y respuestas*, que imprimió la Junta Suprema durante la ocupación francesa. Ambos catecismos se dirigieron sobre todo a la defensa de la religión católica, el rey Fernando VII y a atacar a los invasores franceses y a Napoleón.

Sí tiene un mayor carácter político el *Catecismo Católico-Político, que con motivo de las actuales novedades de la España, dirige y dedica a sus conciudadanos, un sacerdote amante de la religión, afecto a su patria, y amigo de los hombres*. Se trata de un texto de 1808, en el que se aprecia la influencia del *Almanach du Père Gerard*, de 1792, escrito por Collot d'Herbois. No obstante, el texto español seguía mostrando una base predominantemente religiosa, aunque defendiera la libertad civil y la igualdad ante la ley.

Los catecismos políticos españoles, aparecidos entre 1808 y 1810, se inclinaron más bien a modelar la identidad nacional española y del patriotismo sobre la tradición católica, la monarquía y el resentimiento hacia el invasor francés. Estos primeros catecismos son anónimos, debido probablemente a lo convulso de la época. A partir de 1810, los catecismos muestran un contenido cada vez más político y en defensa del sometimiento de la monarquía a la ley, como el *Catecismo de doctrina civil*, de Juan Andrés de Moya Luzuriaga, que apareció en 1810; o ya en 1812, el catecismo titulado *Instrucción familiar, política moral sobre el origen naturaleza, propiedades, derechos y obligaciones de la sociedad civil, que comúnmente se llama estado; y de los que co-*

57 Ruiz Resa, «1812: National Identity and Political Education...», *op. cit.*, pp. 128-130.

58 Sánchez Hita, «Cartillas políticas y catecismos constitucionales en el Cádiz...», *op. cit.*, p. 245.

59 M. Ángeles Sortés Elizalde, «Catecismos políticos e instrucción política y moral de los ciudadanos (siglos XVIII y XIX)», *Educación XXI*, 12, UNED 2009, p. 204.

rresponden á los ciudadanos, escrito por el canónigo José Salaba y Blanco, y que fue prohibido por Fernando VII, en el que se consideraba a la monarquía como una forma de república.

En 1812 aparece también el *Catecismo político arreglado a la constitución de la monarquía española: para ilustración del pueblo, instrucción de la juventud, y uso de las escuelas de primeras letras*, escrito por José Caro Sureda, que fue incluso traducido al francés. De 1813 es ya el catecismo *Lecciones políticas para el uso de la juventud española*, cuyo autor fue el sacerdote Manuel Cepero, que fue reeditado y actualizado durante el período de 1820-1823. En la edición francesa, José Caro Sureda presentaría la Constitución de Cádiz, más que como una consecuencia de la herencia francesa, como una herencia de las viejas libertades e instituciones aragonesas, castellanas y navarras<sup>60</sup>, como también sostenían los editores del *Semanario Patriótico*.

Los catecismos políticos españoles van pues desarrollándose entre 1810 y 1814, año de la restauración del absolutismo monárquico de Fernando VII, y alcanzan su madurez durante el trienio liberal (1820-1823), momento en el que incluso superaron a los franceses, demasiado extensos y complejos para la estructura del catecismo. Es durante esta etapa cuando los contenidos se acercaron más a la formación política, con explicaciones bastantes didácticas acerca de la nación, la soberanía, la ley, la constitución, la división de poderes, la libertad o la propiedad. Con posterioridad, también se elaborarían catecismos políticos para explicar otros textos políticos españoles del siglo XIX (el Estatuto Real, la Constitución de 1837, la

de 1845, la de 1869 o la de 1876), los cuales terminarían integrándose en el sistema educativo<sup>61</sup>.

Por lo que se refiere específicamente a los catecismos políticos en torno a la Constitución de Cádiz, resulta de interés la clasificación propuesta por Sánchez Hita<sup>62</sup>, quien refiriéndose al período que va de 1808 a 1814, distinguió 3 etapas: de combate, pues los catecismos estuvieron imbuidos de un beligerante patriotismo; de especulación teórico-pedagógica, donde se les destina a la reflexión sobre el futuro sistema constitucional; y de adoc-trinamiento constitucional, una vez apro-bada la Constitución de Cádiz, cuando vuelve a primar lo didáctico. Estas distin-tas etapas de los catecismos políticos se reflejan también en su estructura, pues en los primeros se percibe una mayor fluidez en el diálogo y las preguntas y respuestas son concisas, en los siguientes esa estruc-tura se va sustituyendo por parlamentos más largos destinados a esclarecer ciertos artículos o teorizar sobre los cambios so-ciales, y en los últimos se retoma la es-tructura didáctica.

Entre los catecismos políticos combati-vos se incluiría el *Catecismo Patriótico* (1809), considerado próximo a la literatura panfletaria. Entre los catecismos más teóri-los figurarían la *Cartilla del ciudadano es-pañol, o breve exposición de sus fueros y obligaciones*, de Pedro Pascasio Fernández Sardino, en el que se aprecia la influencia del *Contrato Social* de Rousseau, también presente en el *Catecismo de Doctrina Ci-vil*, de Andrés de Moya Luzuriaga, donde se sitúa en el pacto social el origen de las sociedades, y el *Catecismo político para la instrucción del pueblo español*, de autor

60 Sortés Elizalde, «Catecismos políticos e instruc-ción política...», *op. cit.*, p. 212.

61 Sortés Elizalde, *op. cit.*, p. 214.

62 Sánchez Hita, «Cartillas políticas y catecismos constitucionales...», *op. cit.*, pp. 547 y ss.

anónimo, dirigido según su prólogo a dar nociones de ciencia política, y que, según García Capitán, fue el primer texto escolar de educación política en la instrucción pública española. En el grupo de catecismos políticos de educación constitucional estaría el mencionado *Catecismo político arreglado a la Constitución de la Monarquía Española*, cuya lección primera se dedicó a la definición de constitución.

## 6. Conclusión

Los catecismos políticos, al igual que la prensa, fueron instrumentos aplicados a la configuración y transmisión de una cultura

jurídica popular ligada al constitucionalismo liberal que representó la Constitución de 1812. Pero esta estuvo vigente en cortos períodos de tiempo, insuficientes para acometer el cambio cultural que se pretendía, en un tiempo además convulso en el que se dirimió el carácter de la identidad nacional española.

A pesar de todo, el análisis de aquellos intentos muestra que el constitucionalismo no es una ideología extraña a nuestro país, sino que está tan enraizado en él como pueda estarlo el nacionalcatolicismo. En cualquier caso, conviene no olvidar que no todos los defensores de la constitución son constitucionalistas.



# **Manuel Sacristán y el derecho**

Carlos VILLARINO MOURE

## **1. Introducción**

En el 2025 se cumplieron cien años del nacimiento de Manuel Sacristán Luzón (1925-1985), uno de los filósofos españoles más relevantes de la segunda mitad del siglo XX. Además de una obra con múltiples caras, dio pie a un círculo de intelectuales enfocado a la transformación social, en el que destacan, entre otros, Francisco Fernández Buey, Juan-Ramón Capella, Giulia Adinolfi o Antoni Domènec.

La importancia de Sacristán para la historia del pensamiento en lengua española es así paragonable a la que tuvo Ortega y Gasset en la primera mitad del pasado siglo. Ambos comparten la creación de una escuela no dogmática —la Escuela de Madrid en el caso de Ortega—, como también el propósito de intervenir en la sociedad y en el devenir de la vida política española. Ortega y Gasset fue un firme promotor de la Segunda República, desde una tradición liberal; y Manuel Sacristán fue, primero, una pieza fundamental de la lucha antifranquista a través de su actividad en el PSUC, y, después de abandonar los cargos orgánicos en el partido, todavía continuó con un intenso compromiso y práctica política (traductor, impulsor de revistas, etc) en aras de una hegemonía cultural alternativa en la sociedad española.

Tanto Ortega y Gasset como Sacristán<sup>1</sup> fueron conscientes de que su obra tenía que adaptarse a las complicadas circunstancias históricas que les habían tocado: la agitada vida política española de la primera mitad del siglo XX y el exilio, en el caso del primero; y la actividad política clandestina durante el franquismo, en el caso del segundo. Esas circunstancias propiciaron una obra fragmentaria (prólogos, artículos, materiales para la práctica política, etc), coyuntural y dispersa. Sin embargo, nada de ello fue un óbice para la actualidad que conserva su legado.

## **2. Manuel Sacristán, un no-filósofo del derecho**

Manuel Sacristán —como su admirado Karl Marx— se licenció en Derecho, lo cual compatibilizó con la licenciatura en Filosofía. A pesar de su concepción de la filosofía como saber no sustantivo —sobre lo cual volveremos en el apartado

---

<sup>1</sup> Otro paralelismo, no menos ilustrativo, es que tanto Ortega y Gasset como Sacristán tuvieron su particular (y seguramente injusto) retrato, más o menos velado, en dos novelas célebres. Ortega en *Tiempo de silencio* (1961) de Luis Martín-Santos, y Sacristán en *Asesinato en el Comité Central* (1981) de Manuel Vázquez Montalbán.

siguiente—, Sacristán nunca se ocupó en aplicar ese específico «nivel de ejercicio del pensamiento»<sup>2</sup> al campo jurídico. No fue un filósofo del derecho, aunque se ha conjeturado con que, en algún momento de su inserción profesional en el mundo universitario, hubiera tenido tal intención<sup>3</sup>. Sea como fuere, el estrecho horizonte histórico que le tocó vivir —propio de un militante comunista con cierta exposición pública en un mundo tan endogámico como la universidad de la dictadura franquista—, y lo explícito de su compromiso, hicieron que finalmente terminase impartiendo docencia, de forma interrumpida por prolongadas experiencias de ostracismo, primero en la Facultad de Filosofía y luego en la de Económicas de la Universidad de Barcelona<sup>4</sup>.

De cualquier forma, la obra y los intereses de Sacristán fueron diversos, como también los que hicieron de él una presencia singular en el sombrío panorama universitario del franquismo. Sacristán se ocupó de la lógica, en un país donde esa disciplina estaba prácticamente huérfana

de referentes<sup>5</sup>, así como de la metodología y filosofía de la ciencia<sup>6</sup>. Además, recogió y revitalizó en nuestro país la tradición marxista menos ortodoxa<sup>7</sup>, para erigirse a partir de los años setenta en un pionero en la corriente del ecosocialismo y en relación con los movimientos sociales alternativos y el pacifismo<sup>8</sup>. A ello se suman múltiples traducciones —un modo de vida, pero también una parte de la tarea de construcción de una hegemonía cultural alternativa— que introdujeron, en el anquilosado franquismo, textos de, entre otros, György Lukács, Antonio Gramsci o Agnes Heller<sup>9</sup>.

Su discípulo Juan-Ramón Capella —el sí filósofo del derecho— ha señalado que la obra principal de Sacristán fue su práctica política<sup>10</sup>. Capella lo definió como «un filósofo político militante», con la precisión de que «era su propia práctica vital lo que le llevaba a serlo y no la especialización en un campo de estudio»<sup>11</sup>. Con todo, Manuel Sacristán dejó también unas pocas reflexiones o incitaciones de interés en torno al derecho. Recordar brevemente algunas de esas aportaciones es la justificación de estas páginas.

2 Sacristán, M., «Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores», en *Papeles de filosofía. Panfletos y materiales II*, Icaria, Barcelona, 1984, p. 377.

3 Capella, J.-R., *La práctica de Manuel Sacristán. Una biografía política*, Madrid, Trotta, 2005, p. 36. La citada es una muy interesante aproximación biográfica a la figura y a la actividad de Manuel Sacristán escrita por uno de sus discípulos. Otra buena aproximación general, que recoge entrevistas al propio Sacristán, testimonios diversos y una breve antología de textos, puede verse en: López Arnal, S., y De la Fuente, P., *Acerca de Manuel Sacristán*, Destino, Barcelona, 1996.

4 Capella, J.-R., *La práctica de Manuel Sacristán. Una biografía política*, op. cit., pp. 36-38, 57-58, 85-88, 170-171, 204, 242-246. Sacristán pasó amplios períodos apartado de la universidad por la represión franquista, y, a pesar de haber sido una figura destacada en lógica y filosofía de la ciencia, sólo fue nombrado «catedrático extraordinario» de la Universidad de Barcelona en 1984. Ese nombramiento tuvo lugar el año antes de su fallecimiento y en un acto en el cual el rector se abstuvo de mencionarle en su discurso (*ibid.*, p. 244).

5 Sacristán escribió el primer tratado de lógica formal publicado en España después de la guerra, *vid.*: Capella, J.-R., *La práctica de Manuel Sacristán. Una biografía política*, op. cit., p. 81.

6 Capella, J.-R., *La práctica de Manuel Sacristán. Una biografía política*, op. cit., pp. 170-171, 204.

7 Buen ejemplo de ello son las distintas traducciones que Sacristán realizó de autores de esa tradición, así como sus propios textos sobre la misma, parte de los cuales están recogidos en: Sacristán, M., *Sobre Marx y marxismo. Panfletos y materiales I*, Icaria, Barcelona, 1983.

8 Capella, J.-R., *La práctica de Manuel Sacristán. Una biografía política*, op. cit., pp. 165, 209, 214-224, 251-255. Una selección de los escritos del segundo Sacristán puede encontrarse en: Sacristán, M., *Pacifismo, ecología y política alternativa*, Icaria, Barcelona, 1987.

9 Capella, J.-R., *La práctica de Manuel Sacristán. Una biografía política*, op. cit., pp. 159-160. La capacidad de Sacristán como traductor queda reflejada en el dato de que, por ejemplo, entre 1960 y 1966 tradujo de media cinco libros al año (*ibid.*, pp. 79-80).

10 *Ibid.*, p. 14.

11 *Ibid.*, p. 129.

### 3. Algunas aportaciones sobre el lugar y la función del derecho

Manuel Sacristán se ocupó del derecho en algunos de sus escritos, siempre circunstanciales y dentro de una obra fragmentaria y no sistemática. Lo hizo desde distintas perspectivas, y, salvo en una ocasión<sup>12</sup>, al paso de otras cuestiones o intereses de actualidad. Eso no fue inconveniente para que dejase algunas reflexiones muy sugerentes sobre el lugar y la función del derecho en la realidad social que le tocó vivir, que fue siempre el objeto último de sus preocupaciones.

En los siguientes epígrafes recogemos cuatro de esas aportaciones de Sacristán en torno al derecho.

#### 3.1. El estudio del derecho y la barbarie del especialismo

Sacristán se ocupó de la cuestión relativa al estudio del derecho con motivo de su preocupación por la organización de la enseñanza universitaria de la filosofía, y en relación con la incidencia que la creciente especialización<sup>13</sup> del conocimiento tiene para el desarrollo personal. Lo hizo, en lo que ahora nos interesa, en una conferencia de 1963 («*Studium Generale para todos los días de la semana*») y en un breve opúsculo publicado en 1968 («*El lugar de la filosofía en los estudios superiores*»)<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Sacristán, M., «De la idealidad en el derecho», en Sacristán, M., *Papeles de filosofía. Panfletos y Materiales II*, Icaria, Barcelona, 1984, pp. 302-317.

<sup>13</sup> La expresión «barbarie del especialismo», que recogemos en el título de este epígrafe, está tomada de: Ortega y Gasset, J., *La rebelión de las masas*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 257.

<sup>14</sup> Sacristán, M., «*Studium Generale para todos los días de la semana*», en Sacristán, M., *Intervenciones políticas. Panfletos y materiales III*, Icaria, Barcelona, 1985, pp. 30-49; Sacristán, M., «Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores», en Sacristán, M., *Papeles de filosofía. Panfletos y materiales II*, Icaria, Barcelona, 1984, pp. 356-380.

En el texto de 1968, el cual dio lugar a una conocida polémica en el momento de su publicación<sup>15</sup>, parte de dos premisas. Por un lado, que la filosofía no es un saber sustantivo, en tanto nada dice del mundo real<sup>16</sup>. Por otro lado, que la filosofía tampoco tiene ya —en la sociedad actual— un papel relevante en la construcción de la ideología dominante, para lo cual ha sido desplazada por otros saberes, discursos o prácticas (ciencias, política, arte, etc)<sup>17</sup>. A partir de estas dos premisas —que Sacristán desarrolla y fundamenta con una extensión que aquí no podemos reflejar—, se plantea el problema de cuál ha de ser, dado tal estado de cosas, el papel de la filosofía en los estudios universitarios.

La solución al interrogante sobre el papel de la filosofía en los estudios universitarios pasa por admitir que la filosofía es, según la tesis sacristaniana, «un nivel de ejercicio del pensamiento a partir de cualquier campo temático»<sup>18</sup>. Un nivel que consiste en «la crítica o análisis de fundamentos» de una determinada disciplina, así como de sus «problemas gnoseológicos radicales», y, por último, en la «crítica histórico social» de ese ámbito de conocimiento<sup>19</sup>.

Lo que ahora nos interesa es que, en el desarrollo del citado texto de 1968, Sacristán toma como ejemplar el caso de los estudios universitarios de Derecho<sup>20</sup>. Así se refiere a la asignatura de Filosofía del Derecho, que en el plan entonces vigente se cursaba en el quinto curso. Esta asignatura, si bien no colmaría la propuesta recogida en el citado artículo, si contemplaba al menos a la filosofía como un saber ad-

<sup>15</sup> Capella, J.-R., *La práctica de Manuel Sacristán. Una biografía política*, op. cit., pp. 93-95.

<sup>16</sup> Sacristán, M., «Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores», op. cit., pp. 357, 365, 377

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 360-361.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 377.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pp. 374, 378-379.

<sup>20</sup> *Ibid.*, pp. 371-374.

jetivo proyectado sobre un campo de conocimiento sustantivo, como es el jurídico. Sacristán reconoce que la asignatura de Filosofía del Derecho «representa el mejor procedimiento de institucionalización de los estudios filosóficos hoy existente»<sup>21</sup>. Pero también admite que la docencia de esta asignatura se separa de esa finalidad de profundización real en el campo jurídico, pues recae habitualmente en la «especulación ideológica justificadora de la positividad jurídica dada», o en el mero abordaje de la filosofía jurídica como un sistema alejado de la práctica del derecho, o, en el mejor de los casos, como una mera historia de la propia disciplina<sup>22</sup>.

Por otro lado, ya en la conferencia de 1963 («*Studium Generale...*»<sup>23</sup>) había planteado un problema en parte relacionado con el opúsculo de 1968. En este caso el punto de partida había sido la división coactiva e irracional del trabajo impuesta por el mercado, la cual impide a las personas trabajadoras —en especial, a quienes cursan estudios universitarios— desarrollar la totalidad de sus intereses, y, en definitiva, lograr convertirse en personas plenas. Sacristán se pregunta cómo puede, en tales circunstancias, construirse un proyecto de vida satisfactorio si el mercado impone coactivamente una violenta especialización como consecuencia de la división del trabajo<sup>24</sup>.

A la hora de abordar este interrogante, otra vez el derecho aparece como un motivo de cierta significación. Así esta conferencia de 1963 está planteada como la respuesta a dos estudiantes de Derecho que le habrían planteado a Sacristán, ante la exigencia de los estudios que cursaban, las

dificultades que encontraban para atender a otros intereses personales ajenos al ámbito jurídico, tales como la pintura, la poesía, el cine o el alpinismo<sup>25</sup>.

La respuesta de Sacristán a esos dos estudiantes de Derecho se sitúa lejos de una apelación al utópico ideal del humano que no se limita, en sus intereses y dedicación, por la exigencia de la especialización. Sacristán reconoce que el empeño en ese ideal de no limitación de los intereses personales a una formación y a un desempeño profesional especializado, exigiría desconocer el poder coactivo del mercado, e implicaría sucumbir en la lucha por la vida<sup>26</sup>. En este sentido, recuerda que «la ley fundamental de la sociedad capitalista, el principio del beneficio privado [...], condena a una catástrofe a todo aquel que, sin ser dueño del opaco aparato mercantil, se atreva a dar demasiada importancia a su «tiempo libre»»<sup>27</sup>.

Reconocida esta amarga circunstancia, Sacristán propone a los dos estudiantes de Derecho una alternativa para una cierta esperanza no meramente utópica. Esa alternativa presenta, por así decirlo, dos caras. Por un lado, asumir la especialización —en este caso, en el campo jurídico—, pero profundizando en la misma con el cultivo a fondo de esa especialidad a través del *nivel de fundamentación y de generalización*<sup>28</sup>. Esto es, con la indagación en los supuestos básicos y en la metodología de ese campo temático, en este caso, la práctica del derecho y el conocimiento de la positividad jurídica (nivel de fundamentación); y, a su vez, con la integración de ese conocimiento especializado en una concepción general del mundo (nivel de generalización)<sup>29</sup>.

21 *Ibid.*, p. 373.

22 *Ibid.*, pp. 372-373.

23 Sacristán, M., «*Studium Generale* para todos los días de la semana», *op. cit.*

24 *Ibid.*, pp. 31, 38-40.

25 *Ibid.*, p. 30.

26 *Ibid.*, p. 44.

27 *Ibid.*, p. 39.

28 *Ibid.*, pp. 35-36.

29 *Ibid.*, pp. 33-37.

La otra cara de la alternativa propuesta por Sacristán a sus dos estudiantes de Derecho, frente a la mutilación que puede suponer la mera especialización, es «una manera militante»<sup>30</sup>. Esa manera pasaría por el compromiso, en una práctica colectiva, contra la irracionalidad de la división clasista del trabajo impuesta de modo coactivo por el mercado<sup>31</sup>. En relación con ello, la propuesta de profundización en el campo jurídico permitiría acceder a una concepción general del mundo —mediante la integración con otros conocimientos especializados aportados por los distintos partícipes de esa manera militante— para una práctica de transformación social.

### **3.2. Positivismo e iusnaturalismo como apologética del orden burgués**

Sacristán sólo se ocupó de modo directo de cuestiones jurídicas —o, mejor, de filosofía del derecho— en un breve texto de 1963 que fue publicado, bajo el título «De la idealidad en el derecho», en un libro homenaje a Aranguren<sup>32</sup>.

Ese texto, como ha señalado Juan-Ramón Capella, procede de un trabajo más extenso que se completaba con una segunda parte que, por así decirlo, recogía la propuesta de Sacristán<sup>33</sup>. Pero esa segunda parte no se conserva tras haber sido destruida por su autor, de modo que lo conservado es, en esencia, una crítica de las posiciones iusnaturalistas y positivistas en torno al derecho.

La tesis que Sacristán desarrolla no toma partido por ninguna de esas dos corrien-

tes del pensamiento jurídico. Argumenta que tanto parte de quienes sostienen «la presencia de una idealidad rectora en el derecho»<sup>34</sup> (iusnaturalistas), como quienes niegan la misma desde el positivismo jurídico, sirven en realidad al sostenimiento del orden burgués<sup>35</sup>. En este sentido, tacha a ambas concepciones de ideológicas, en tanto estarían al servicio de la aceptación y conservación del orden establecido<sup>36</sup>.

En el caso de los defensores del derecho natural, Sacristán sugiere cómo, al igual que el iusnaturalismo escolástico estuvo al servicio del orden social medieval, también el modo de producción capitalista se ha levantado y sostenido sobre concepciones que buscan naturalizar un determinado orden jurídico<sup>37</sup>. El iusnaturalismo ilustrado o burgués<sup>38</sup> habría primero presentado como naturales en relación al ser humano ciertos derechos —la libertad individual, la igualdad, la propiedad privada, etc— para combatir el Antiguo Régimen, pero con ello la apelación a esa idealidad toma esos derechos como un sustento invariable. El caso más conspicuo podría ser la naturalización del derecho a la propiedad privada, por ejemplo, en Locke, o asimismo en la *Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 (arts. 2 y 17).

La crítica al iusnaturalismo ilustrado, como ideología que da sustento al modo de producción capitalista, pasaría así por asumir que la presentación de determinados derechos como naturales, o, en otros

34 Sacristán, M., «De la idealidad en el derecho», *op. cit.*, p. 303.

35 *Ibid.*, pp. 308-310 (nota 17), 314-317.

36 *Ibid.*, p. 316.

37 *Ibid.*, pp. 308-309 (nota 17).

38 Una posición más favorable a la «filosofía del derecho natural moderno» desde el punto de vista del impulso democrático, puede verse en: Gauthier, F. «La importancia de saber por qué la Revolución francesa no fue una «revolución burguesa»», *Sin Permiso*, 13-14, 2015, pp. 261-274. Puede consultarse en: <https://www.sinpermiso.info/sites/default/files/textos/sppapeln13.pdf>

30 *Ibid.*, p. 49.

31 *Ibid.*, pp. 48-49.

32 Recogido en: Sacristán, M., «De la idealidad en el derecho», en Sacristán, M., *Papeles de filosofía. Panfletos y materiales II*, Icaria, Barcelona, 1984, pp. 302-317.

33 La entrevista a Juan-Ramón Capella está recogida en: López Arnal, S., y De la Fuente, P., *Acerca de Manuel Sacristán*, *op. cit.*, pp. 422-437, en especial, p. 436.

términos, como inherentes a una supuesta naturaleza humana —ocultando su origen convencional o, más bien, su condición de conquista colectiva—, comporta neutralizar cualquier anhelo de transformación social que, llegado el caso, será presentado como contrario a ese mismo orden natural.

Ahora bien, donde Sacristán incide más es en la presentación del positivismo jurídico —con Kelsen como principal adalid— también como una apologética del orden burgués<sup>39</sup>.

En el caso del positivismo jurídico la crítica de Sacristán es doble. Por un lado, señala que la corriente positivista reduce la aproximación científica y la racionalidad jurídica a una perspectiva interna, la cual admite sólo como racionales, desde un punto de vista jurídico, las explicaciones que obedecen a una sistematicidad interna y formal del derecho<sup>40</sup>. En realidad, Sacristán señala la falacia positivista que afirma, por encima de la propia ciencia jurídica, un principio de «inmanencia sistemática de la razón jurídica a la positividad jurídica», el cual de alguna manera reduciría el pensamiento jurídico a meros argumentos internos a ese mismo orden jurídico<sup>41</sup>.

Continuando con el razonamiento de Sacristán, podríamos señalar que la asunción dogmática de ese principio formalista del positivismo jurídico vendría a ser la responsable de que, por ejemplo, en las universidades no se impartan a los futuros juristas, por regla general, aproximaciones a la compresión y crítica del derecho, y a la propia actividad de los juristas, desde puntos de vista no internalistas, como podrían ser, entre otros, los de la sociología o la antropología cultural.

En realidad, en esta crítica de Sacristán al positivismo jurídico, subyace la cuestión

de la autonomía del derecho frente a otros ámbitos, en especial la política. A este respecto, lo cierto es que el derecho no parece, en términos de su finalidad ni del conflicto social que expresa (o silencia), ni tampoco por su indiscutible función ideológica como afianzador de determinados valores y jerarquías, un campo autónomo respecto de la política. Aunque sí lo es, sin embargo, en términos de discurso, pues podríamos decir que, como ámbito y práctica del discurso, o, si se prefiere, de la argumentación, el derecho tiene su propio orden<sup>42</sup>.

Cuestión distinta es que, como señaló Juan-Ramón Capella, la «autonomía» de las argumentaciones «técnico-jurídicas» significa en realidad que su aceptación se da o no se da *sólo dentro del campo especializado* de los intérpretes autorizados del derecho<sup>43</sup>. Es decir, continúa Capella, esa supuesta autonomía «significa primariamente que está excluido de la interpretación del derecho quien no es un jugador aceptado dentro del campo jurídico», y ello por cuanto es «dentro del campo jurídico donde se decide qué es técnico-jurídicamente aceptable y qué no lo es»<sup>44</sup>.

A esta reflexión de Capella que apuntamos aquí, cabría añadir que, por suerte y a pesar de ese monopolio en la interpretación del derecho por parte de determinadas profesiones jurídicas, la decisión sobre lo que es o no técnico-jurídicamente aceptable se da, en muchos casos, bajo la forma de un conflicto de interpretaciones.

42 Empleamos el concepto de «orden del discurso», en el sentido en que lo explicitó Foucault, como los procedimientos que condicionan o limitan la producción de un discurso, o, dicho de forma más llana, los mecanismos que determinan, por ejemplo, qué se puede o no argumentar en un campo determinado, como es el derecho. En este sentido, *vid.*: Foucault, M., *El orden del discurso*, Austral-Tusquets Editores, Barcelona, 2018.

43 Capella, J. R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Madrid, 2008, p. 184.

44 *Ibid.*, p. 184.

39 Sacristán, M., «De la idealidad en el derecho», *op. cit.*, pp. 314-317.

40 *Ibid.*, p. 307 (nota 13).

41 *Ibid.*, p. 315.

Por lo demás, Sacristán añade una segunda consideración acerca del positivismo jurídico como una ideología burguesa. A este respecto, parte de una cita de Kelsen<sup>45</sup> para señalar que el positivismo jurídico asume una contradicción, respecto de la cual no admite una posible decisión racional, entre la *verdad* como principio de la ciencia, también de la ciencia jurídica —digamos que, en este caso, la *verdad jurídica*—, y la *justicia*, como valor o principio supremo de la política<sup>46</sup>.

Pues bien, Sacristán apunta que esa supuesta «contradicción irresoluble», entre verdad (realidad) y justicia (idealidad), supone justamente un elemento definidor del carácter apologético del positivismo jurídico<sup>47</sup>. Ello en tanto que, rechazada la operatividad del valor de la justicia en relación con el campo jurídico, en realidad se mantiene intocable el mismo —o al menos se aleja toda crítica— ante intentos de transformación. Apartar las consideraciones sobre el valor de justicia de un ordenamiento jurídico dado, conllevaría, siguiendo a Sacristán, limitar en buena medida la posibilidad de cuestionamiento del orden jurídico que, a su vez, da cobertura a la sociedad existente.

Para Sacristán, a diferencia de Kelsen, no existe una contradicción irresoluble

entre verdad y justicia, o entre realidad e idealidad, sino que, por el contrario, «la conciencia de la verdad es el marco de la voluntad y el comienzo posible de esfuerzos novatorios»<sup>48</sup>. A lo que parece apuntar esta afirmación es, en especial, a que un conocimiento crítico del derecho, y de su concreta función y aplicación en una sociedad —poniendo sobre la mesa, por ejemplo, cuál es la distribución real de cargas y beneficios que ampara una norma jurídica, y cómo los juristas la aplican y construyen sus argumentaciones—, pondría no solamente de manifiesto los intereses y conflictos soterrados bajo esas normas y prácticas, sino que daría pie al tiempo a un posible esfuerzo de transformación.

Sea como fuere, dado que no fue finalmente publicada ni conservada más que la primera parte del texto de Sacristán sobre la idealidad en el derecho, no es posible conocer directamente cuál era la posición final de Sacristán, más allá de su crítica al iusnaturalismo y al positivismo jurídico como ideologías apologéticas del orden social. Con todo, algunas sugerencias se encuentran —como esperamos que el lector o lectora habrá advertido— en los textos de Sacristán que abordamos en estas páginas.

### **3.3. El derecho, mientras tanto**

Hoy en día algunos de los textos de Sacristán nos parecen teñidos de una retórica de otro tiempo, lo cual obedece en buena medida al hecho de que fueron escritos en unas circunstancias bastante distantes de nuestro presente. Esto no impide que podamos estimar el singular valor que reconocía al derecho, a contracorriente de la tradición en la cual se movía.

45 La cita de Kelsen, de su *Teoría General del Derecho y del Estado*, es la siguiente: «no existe la posibilidad de adoptar una decisión racional respecto de valores opuestos [...] Es precisamente de esa situación de donde surge un conflicto realmente trágico: el conflicto entre la verdad, como principio fundamental de la ciencia, y la justicia, como supremo desiderátum de la política» (Sacristán, M., «De la idealidad en el derecho», *op. cit.*, p. 315).

46 Esa contradicción racionalmente irresoluble entre verdad y justicia, o entre ciencia y política, vendría dada, desde el punto de vista del positivismo jurídico, por una «heterogeneidad de motivaciones incomparables», tales como «razones de metodología, de sistemática y de filosofía de la ciencia» (Sacristán, M., «De la idealidad en el derecho», *op. cit.*, p. 315).

47 Sacristán, M., «De la idealidad en el derecho», *op. cit.*, p. 315.

48 *Ibid.*, p. 314.

La heterodoxia de Sacristán, y su alejamiento de toda dogmática marxista, puede observarse, por ejemplo, en la posición que tomó en relación a la llamada Primavera de Praga. En 1968 los tanques de la URSS entraron en la capital de la República Socialista de Checoslovaquia. La intervención soviética fue justificada como un intento de poner freno a una supuesta deriva reaccionaria del Partido Comunista de ese país, la cual era vista, desde la URSS, como un peligro de restauración capitalista.

Sacristán se ocupó de ese conflicto interno en el bloque socialista, y lo hizo al menos en dos textos. En 1968, en las «Cuatro notas a los documentos de abril del Partido Comunista de Checoslovaquia»<sup>49</sup>; y, por otro lado, en una entrevista de 1969 en *Cuadernos para el Diálogo*, bajo el título «Checoslovaquia y la construcción del socialismo»<sup>50</sup>. Ahí Sacristán defiende la llamada vía checoslovaca al socialismo, así como los intentos de avance por parte del Partido Comunista de Checoslovaquia hacia una democracia real, al tiempo que desmonta las críticas que desde la URSS justificaban la intervención.

La postura de Sacristán no fue fácilmente digerida en un contexto de Guerra Fría, en el cual todavía persistía un fuerte vínculo emocional con la URSS por parte de la izquierda<sup>51</sup>. En cualquier caso, lo que aquí nos interesa es la posición que, en esa controversia, dejó reflejada el propio Sacristán en relación a la función del derecho.

49 Sacristán, M., «Cuatro notas a los documentos de abril del Partido Comunista de Checoslovaquia», en Sacristán, M., *Intervenciones políticas. Panfletos y materiales III*, Icaria, Barcelona, 1985, pp. 78-97.

50 Sacristán, M., «Checoslovaquia y la construcción del socialismo», en Sacristán, M., *Intervenciones políticas. Panfletos y materiales III*, Icaria, Barcelona, 1985, pp. 239-261.

51 Capella, J. R., *La práctica de Manuel Sacristán. Una biografía política*, op. cit., pp. 104-105.

Resumidamente, ante una pregunta del entrevistador que situaba «el nivel jurídico y legalista», empleado por los comunistas checoslovacos, como propio de «la democracia formal» y de «la «derecha»», Sacristán defendió con rotundidad el papel del derecho como límite al poder político, y, por tanto, como freno a potenciales abusos en nombre de la causa socialista<sup>52</sup>. La explicación de Sacristán no tiene desperdicio, más si cabe en ese contexto histórico:

«[...] yo no usaría despectivamente los conceptos de juridicidad y ley. Porque ese desprecio tiene en su historia los asesinatos de la vieja guardia bolchevique, de las víctimas de los procesos del 38, de Trotski y de Bujarin..., y ahorrémonos el resto de la cuenta [...]. Juridicidad y ley son formas del poder político. Consiguientemente, son algo que el movimiento socialista se propone superar. Pero superando el poder, no haciéndole a éste el favor de liberarle de la relativa constrección jurídica, de sus formas»<sup>53</sup>.

Sacristán, por si no hubiera quedado claro, reconoce que la superación del Estado puede ser un objetivo —como lo era de buena parte del marxismo entonces—, pero que, «mientras haya Estado», el desprecio del derecho —de la juridicidad, como la llama— «aunque se crea revolucionario, es en realidad, a la corta o a la larga, complicidad con la Bestia»<sup>54</sup>.

En definitiva, en este texto Sacristán señala el valor del derecho como límite frente a las arbitrariedades y abusos del poder, y, si bien no niega los objetivos más ambiciosos de transformación social, reconoce que, mientras tanto<sup>55</sup>, el derecho es un

52 Sacristán, M., «Checoslovaquia y la construcción del socialismo», op. cit., pp. 239, 242-243.

53 *Ibid.*, p. 242.

54 *Ibid.*, p. 243.

55 *Mientras tanto* es justamente el título de una revista fundada, en 1979, por Giulia Adinolfi y Manuel

instrumento útil y que no debe ser desdenado. Esta postura, hoy seguramente asumida por una buena parte de la izquierda, en el momento en que fue defendida por Sacristán no era tan habitual.

### 3.4. El estatuto del derecho

Seguramente el texto más leído de Sacristán, durante mucho tiempo, fue el prólogo que preparó para su traducción del *Anti-Dühring* de Engels. Ese breve texto de 1964, titulado «La tarea de Engels en el *Anti-Dühring*»<sup>56</sup>, fue durante años leído como un texto de iniciación al marxismo<sup>57</sup>.

Ahí Sacristán, tomando como motivo la obra prologada, explica su propia concepción de la tradición marxista. El marxismo no como conocimiento científico, ni como un método o un sistema, sino como una concepción explícita del mundo<sup>58</sup>. Esto es, como un conjunto de principios, creencias y juicios de valor que pueden dar razón de la conducta humana<sup>59</sup>, y que, sin ser propiamente conocimiento —en tanto no verificable o falsable a partir de datos empíricos— puede orientar las distintas prácticas, entre ellas la investigación científica<sup>60</sup>.

En este sentido, para Sacristán el marxismo, en tanto explícita concepción del mundo, partiría de dos principios. Por un lado, el principio materialista («el mundo debe explicarse por sí mismo»<sup>61</sup>), con arreglo al cual la explicación de los fenómenos debe buscarse de forma inmanente y sin

recurrir a instancias superiores o ajenas al mundo<sup>62</sup>. Por otro lado, el principio de la dialéctica, con arreglo al cual las «totalidades concretas» —de las que no se ocupa ninguna ciencia aisladamente, en tanto cada una conforma su particular objeto a través de una metodología analítico-reductiva— deben ser entendidas a partir del conocimiento que arrojan las distintas ciencias, mediante una suerte de integración o composición de las perspectivas facilitadas por esas diversas disciplinas científicas<sup>63</sup>.

En todo caso, lo que aquí nos interesa es que el prólogo de Sacristán al *Anti-Dühring* permite cuestionarse el estatuto del derecho como disciplina. No cabe duda de que el derecho tiene la condición de práctica en el sentido en que usa este término Sacristán. Una práctica, por expresarlo de manera sencilla, vendría a ser una respuesta humana creativa a un problema determinado<sup>64</sup>. Por otro lado, en tanto esa práctica resulte exitosa, terminará codificada en reglas, sean o no normas jurídicas. En el sentido señalado, el derecho sería una práctica a través de la cual damos respuesta a determinados conflictos o necesidades que se plantean en las sociedades humanas.

Lo interesante es que Sacristán se toma dos cautelas respecto de las distintas prácticas que propone integrar dialécticamente, con todas las demás, para comprender una totalidad concreta o, como también señala, «la vida humana en una determinada

Sacristán. Todavía continúa publicándose en formato digital y puede consultarse en: <https://mientrastanto.org/>.

<sup>56</sup> Sacristán, M., «La tarea de Engels en el *Anti-Dühring*», en Sacristán, M., *Sobre Marx y marxismo. Panfletos y materiales I*, Icaria, Barcelona, 1983, pp. 24-51.

<sup>57</sup> Capella, J.-R., *La práctica de Manuel Sacristán. Una biografía política*, op. cit., p. 54.

<sup>58</sup> Sacristán, M., «La tarea de Engels en el *Anti-Dühring*», op. cit., p. 48.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>60</sup> *Ibid.*, pp. 31-32.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pp. 35-38. Una «totalidad concreta», siguiendo a Sacristán, sería un todo con el conjunto de las determinaciones que lo individualizan, tal como una vida humana en todas sus dimensiones o una sociedad particular en un momento histórico preciso (*ibid.*, pp.37-38). De este modo, por ejemplo, para comprender la sociedad española del franquismo habría que integrar comprensivamente distintas perspectivas científicas: económica, sociológica, política, etc.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 42.

sociedad»<sup>65</sup>. La primera cautela pasa por no tomar una sola de esas prácticas —por ejemplo, una única disciplina científica (la economía, la medicina, etc) o el derecho— como un «reflejo directo, no mediado, de la realidad»<sup>66</sup>. Se trataría así de evitar el riesgo de tomar la reducción que entraña una práctica humana por la totalidad de lo real. Trasladado esto al derecho como práctica, cabría volver a apuntar, como ya hicimos en un apartado anterior, el riesgo de que los juristas terminemos tomando por toda la realidad el objeto que resulta de nuestra propia disciplina<sup>67</sup>. Lo cual, no está de más repetirlo, se ve favorecido por una formación universitaria que, por lo general, desdeña las aportaciones de otras perspectivas científicas y tiende al especialismo más vacuo. En este sentido, Sacristán señaló la necesidad de abordar el *nivel de fundamentación y de generalización* en el estudio del derecho, según más arriba comentamos<sup>68</sup>.

Pero ese riesgo de tomar la perspectiva que arroja una determinada práctica humana —una disciplina, en definitiva— por toda la realidad no es sólo propio de los juristas, sino también de quienes practican otros campos sean o no científicos. Lo que si afectaría en especial al derecho sería la segunda cautela planteada por Sacristán en el texto que nos ocupa. La misma establece el imperativo de no admitir, para la comprensión de lo que llama totalidades concretas, más conocimiento que el aportado por las distintas ciencias<sup>69</sup>, y ello sin perjuicio de que esas aportaciones de las diferentes disciplinas científicas deban

ser integradas unas con otras en una comprensión de conjunto.

En relación a esta segunda cautela el problema se plantea en torno al estatuto del derecho, el cual difícilmente cumple con las exigencias propias de las disciplinas científicas. Esas exigencias serían fundamentalmente las de intersubjetividad y previsibilidad<sup>70</sup>. Esto es, una ciencia es un conocimiento intersubjetivo en tanto que «todas las personas adecuadamente preparadas entienden su formulación del mismo modo, en el sentido de que quedan igualmente informadas acerca de las operaciones que permitirían verificar o falsar dicha formulación»<sup>71</sup>. Por otro lado, la previsibilidad de una ciencia supone la «capacidad de posibilitar previsiones exactas, aunque sea —cada vez más— a costa de construir y manejar conceptos sumamente artificiales»<sup>72</sup>.

Pues bien, no parece que exija mucha argumentación afirmar que la práctica del derecho raramente alcanza comprensiones únicas de sus formulaciones, sean estas las de cualquiera de sus operadores. Más bien, por el contrario, cabe afirmar que la práctica de los juristas se justifica en la habitualidad de las interpretaciones divergentes sobre una misma norma, resolución judicial, etc. Todo lo cual seguramente sea en buena medida fruto del empleo de un lenguaje sólo en parte técnico, consecuencia de la pluralidad de intereses que se conjugan en la práctica del jurista, en tanto su labor está no sólo dirigida a otros especialistas, sino también a la ciudadanía. Por otro lado, también parece discutible la capacidad del derecho de posibilitar previsiones exactas, en especial en el ámbito de un ordenamiento jurídico multinivel en el que no faltan lagunas normativas, antino-

65 *Ibid.*, p. 42.

66 *Ibid.*, p. 42.

67 Por decirlo de forma más llana, el riesgo de reducir toda la realidad a normas jurídicas o de ver cualquier problema sólo como un problema jurídico.

68 Nos remitimos al apartado 3.1 anterior.

69 Sacristán, M., «La tarea de Engels en el *Anti-Dühring*», *op. cit.*, pp. 49-50.

70 *Ibid.*, p. 30.

71 *Ibid.*, p. 30.

72 *Ibid.*, p. 30.

mias jurídicas, interpretaciones autorizadas contradictorias, etc.

El problemático estatuto del derecho, y de la práctica de los juristas, no supone sin embargo que no conlleve una determinada concepción del mundo, aunque la misma no respete siempre la cautela de no partir de datos distintos a los aportados por las distintas disciplinas científicas. De hecho, Sacristán parece admitir que el derecho —como la religión o los sistemas filosóficos— recoge una concepción explícita del mundo, con sus principios sobre cómo es ese mundo, sus juicios de valor, sus creencias, etc. Lo que ocurre es que esa concepción del mundo que recoge el derecho no se correspondería, en cierta medida, con «la realmente activa»<sup>73</sup>. Todo lo cual cabría achacar, en parte, a la falta de cumplimiento de las dos cautelas explicitadas por Sacristán (falta de integración de las distintas disciplinas científicas y problemática científica) que ya hemos detallado.

#### **4. A modo de conclusión: Un punto de partida**

Con este breve recorrido por algunas aportaciones de Manuel Sacristán relacionadas con el derecho, esperamos haber puesto de relieve una particular dimensión

de su práctica política e intelectual al cumplirse el centenario de su nacimiento. Si bien el fenómeno jurídico no fue el centro de sus preocupaciones, es posible encontrar—como esperamos haber mostrado—algunas sugerentes incitaciones en su obra.

Las aportaciones sacristanianas al pensamiento jurídico, siquiera breves y circunstanciales, resultan significativas no sólo por su originalidad, sino en especial por inscribirse en una tradición que, todo hay que decirlo, no es la más frecuentada por los juristas. Como el lector o lectora habrá comprobado, Sacristán fue un marxista heterodoxo, que se distanció de los dogmas y de las posiciones dominantes en esa tradición, para abrirse a nuevos problemas sociales e intereses siempre en el marco de una práctica emancipatoria. En ese contexto, Manuel Sacristán no desdenó la función que el derecho puede tener en el conjunto de una práctica de transformación social.

Por lo demás, si bien sus aportaciones jurídicas fueron circunstanciales y poco numerosas, ello no impidió que esas sugerencias fueran retomadas por alguno de sus discípulos. Tal es el caso de Juan-Ramón Capella, recientemente fallecido en 2024, quien desarrolló, entre otras, algunas de las cuestiones jurídicas (el aprendizaje del derecho, su función social, la supuesta autonomía de la práctica jurídica, etc) suscitadas o sugeridas por su maestro. Pero eso es ya otra historia, la cual excede del espacio de estas páginas.

---

73 *Ibid.*, p. 29. Ahí Sacristán apunta, por ejemplo, que «detrás de los Derechos del Hombre ha habido históricamente otras creencias efectivas, mucho menos universales moralmente» (*ibid.*, p. 29).



# **Las pruebas personales en los juicios *online*: un estudio de campo\***

Joan PICÓ JUNOY

## **1. Introducción: objeto de estudio**

La relación entre pruebas personales y juicios *online* ha centrado mi última línea de investigación: empezó con un estudio genérico de las ventajas y desventajas de los entornos virtuales para la práctica de las pruebas personales<sup>1</sup>; le siguió un examen de la regulación española de los juicios *online* en tiempos de COVID (con el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, y la Ley 3/2020, de 18 de septiembre) y los nuevos arts. 129 *bis* y 137 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEc) y 258 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEcrim) –todos ellos introducidos con la Ley Orgá-

nica 1/2025<sup>2</sup>; y concluyó con un estudio de derecho comparado<sup>3</sup>.

Ahora es el momento de conocer la opinión de los operadores jurídicos que deben aplicar –o aplicarán– dicha normativa y practicar pruebas personales en los juicios *online*: ¿están a favor o en contra? Para precisar bien nuestro objeto de estudio debo destacar que el mismo se va a centrar solo –y únicamente– en la etapa procesal en la que se practica la prueba (esto es, el juicio o vista –en los procesos civil y laboral–, y el juicio oral –en el proceso penal–), por lo que los resultados del presente trabajo no se van a referir a la aplicación de las nuevas tecnologías al resto de las actuaciones procesales (como las notificaciones, audiencias o vistas para adopción de medidas cautelares o ejecutivas, compa-

---

\* El presente trabajo se enmarca dentro del Grupo de Investigación Reconocido, Consolidado y Financiado «Retos del Derecho Procesal» (2021SGR00991) de la AGAUR; y del Proyecto I+D «Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio» (PID2020-115304GB-C21) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación. El autor quiere agradecer públicamente las observaciones efectuadas por el profesor Steven Kemp en la valoración estadística de los resultados obtenidos.

1 «La virtual justice (o juicios online): ¿avance o retroceso?», en Picó i Junoy, J. (dir.), *Aspectos críticos del Derecho Procesal: diálogos Hispano-Italianos en homenaje al Profesor Angelo Dondi*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2023, pp. 189 a 204.

2 «Peligros de la prueba judicial practicada telemáticamente: examen crítico de los nuevos arts. 129 bis y 137 bis LEC», en *Actualidad Civil*, nº 7-8, 2024, pp. 1 a 13; y «Els judicis telemàtics? Una proposta raonada de canvi normatiu», en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 130, nº 2, 2024, pp. 279 a 296.

3 «Le udienze di assunzione dei mezzi di prova da remoto: un approccio comparato (italiano, spagnolo e statunitense)», en *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 79, nº 4, 2024, pp. 1245 a 1260; y «La experiencia norteamericana de la Virtual Justice: no es oro todo lo que reluce», en Jiménez Conde, F. y Gascón Inchausti, F. (dir.), *Leyendas y retos de la justicia civil en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 719 a 728.

recencias incidentales, entrevistas o encuentros con los letrados, etc.) para las que las nuevas tecnologías son imprescindibles (un excelente ejemplo lo constituye el expediente judicial electrónico<sup>4</sup>).

Con referencia solo a la práctica de las pruebas personales en entornos *online*, en la praxis judicial nos podemos encontrar con diversas situaciones. Desde la más radical, en la que todo el juicio se celebra *online* (el juez en la sede judicial, el abogado en su despacho, y las partes, testigos y peritos en un «punto de acceso seguro»<sup>5</sup>), hasta situaciones híbridas de juicios presenciales con algunas intervenciones *online* de abogados, partes, testigos o peritos. En cualquier caso, este estudio hace referencia a la práctica *online* de las declaraciones de las partes, testigos o peritos al margen de que haya parte del juicio o vista que pueda realizarse presencialmente con el juez.

## 2. Metodología del estudio de campo y cuestionario

Para este estudio se preparó un cuestionario muy simple que se aplicó a 4264 personas: 1044 abogados, 955 procuradores de los tribunales, 295 jueces y magistrados<sup>6</sup>, 1284 estudiantes del grado derecho<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Regulado en el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

<sup>5</sup> Respecto de estos «puntos de acceso seguro» vid. la «Guía técnica de interoperabilidad y seguridad de requisitos de puntos de acceso seguro y lugares seguros» del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica, en <https://www.administraciondejusticia.gob.es/cteaje/guias-de-interoperabilidad> (fecha de consulta: 26.08.2025).

<sup>6</sup> Para el caso de los jueces y magistrados se excluyeron los del orden jurisdiccional contencioso administrativo, pues la prueba reina suele ser la documental (del expediente administrativo), lo que conduce a que los juicios online pueden celebrarse sin problema alguno dada la ausencia de pruebas de carácter personal.

<sup>7</sup> Todos ellos de los últimos cursos del grado de derecho y cursando las asignaturas de «Derecho Procesal Civil» o «Derecho Procesal Penal» de la Universitat Autònoma de Barcelona, la Universitat de Barcelona, la

y 686 estudiantes de master de acceso a la abogacía, todos ellos del ámbito territorial de Cataluña<sup>8</sup>.

El cuestionario constaba de las siguientes tres preguntas:

*Primera: ¿Ha participado en algún juicio o vista telemática en la que se haya practicado prueba personal (interrogatorio de las partes, testigos o peritos)? SI / NO<sup>9</sup>*

*Segunda: ¿Considera adecuado que las pruebas personales (interrogatorio de las partes, testigos o peritos) se practiquen telemáticamente? SI / NO*

*Tercera: en caso de que la respuesta anterior sea negativa, indique ellos motivos/s por lo que considera que no es adecuada la práctica telemática de las pruebas personales (puede marcar las casillas que estime necesarias):*

- 1. Perjudica el derecho de defensa;*
- 2. Resta eficacia a la contradicción;*
- 3. Favorece la manipulación de la prueba;*
- 4. Disminuye la capacidad de valoración crítica judicial;*
- 5. Perjudica la concentración del juicio (interrupciones de la conexión, dificultades de audición, pérdida de la imagen, etc.);*
- 6. Se pierde la espontaneidad de las intervenciones orales;*
- 7. Complica mostrar documentos a los interrogados; y*
- 8. Otros motivos (de libre redacción por la persona encuestada).*

Para la valoración de los resultados respecto de su margen de error y nivel de confianza se ha utilizado el software *net-quest*.

Universitat de Lleida, la Universitat Oberta de Catalunya, la Universitat Pompeu Fabra, la Universitat Rovira i Virgili y la Universitat Abat Oliba CEU.

<sup>8</sup> Excepto para los procuradores de los tribunales, cuyo universo fue todo el territorio español.

<sup>9</sup> Que debían contestar solo los jueces, abogados y procuradores de los tribunales.

### 3. Resultados del estudio

A la primera pregunta «¿Ha participado en algún juicio o vista telemática en la que se haya practicado prueba personal (interrogatorio de las partes, testigos o peritos)?» la respuesta positiva fue la mayoritaria en todos los colectivos encuestados: los procuradores de los tribunales, con un 95%; los jueces, con un 93% de los encuestados; y los abogados, con un 82%. Esta respuesta tiene toda su lógica: con referencia a los procuradores de los tribunales, su función fundamental es intervenir siempre en los juicios y vistas, por lo que es normal que hayan tenido que participar en alguna actividad judicial probatoria online; en relación a los jueces, la cifra es menor porque aquellos que son críticos con la celebración online de juicios y vistas en las que deben practicarse pruebas personales, difícilmente habrán ordenado la celebración de este tipo de juicios o vistas; y respecto de los abogados, la cifra todavía se reduce más dado que solo los abogados litigadores son los que participan en juicios<sup>10</sup>. En la siguiente **tabla 1** se muestran todos los datos estadísticos.

**Tabla 1. ¿Ha participado en algún juicio o vista telemática en la que se haya practicado prueba personal (testifical, pericial, etc.)?**

|    | Abogados<br>-1044- | Jueces<br>-295-  | Procuradores<br>-955- |
|----|--------------------|------------------|-----------------------|
| Sí | 857<br>(82,09 %)   | 276<br>(93,56 %) | 95%                   |
| No | 187<br>(17,91 %)   | 019<br>(6,44 %)  | 5%                    |

A la segunda principal «¿Considera adecuado que las pruebas personales (interrogatorio de las partes, testigos o

10 Así, por ejemplo, no lo hacen, los abogados consultores, que se limitan a asesorar en derecho civil, fiscal, empresarial, internacional, etc.

peritos) se practiquen telemáticamente?» la respuesta que se da, en todos los colectivos, ha sido negativa. Los más críticos han sido los jóvenes, esto es, los estudiantes del grado de derecho, con el 94%<sup>11</sup>; seguidos por los jueces y magistrados, con el 79%<sup>12</sup>; los abogados, con el 75%<sup>13</sup>, los estudiantes del master de acceso a la abogacía, con el 68%<sup>14</sup>; y los procuradores de los tribunales, con el 67%<sup>15</sup>. En la siguiente **tabla 2** se muestran todos los datos estadísticos.

**Tabla 2. ¿Considera adecuado que las pruebas personales (interrogatorio de las partes, testigos o peritos) se practiquen telemáticamente?**

| Colectivos   | NO<br>(%)     | SI<br>(%)    |
|--|---------------|--------------|
| Abogados (1044)                                      | 782<br>(75%)  | 262<br>(25%) |
| Jueces y magistrados (295)                           | 233<br>(79%)  | 62<br>(21%)  |
| Procuradores de los tribunales (955)                 | 638<br>(67%)  | 317<br>(33%) |
| Estudiantes de grado de derecho (1284)               | 1208<br>(94%) | 76<br>(6%)   |
| Estudiantes del master de acceso a la abogacía (686) | 464<br>(68%)  | 222<br>(32%) |
| Total (4264)   | 3325<br>(78%) | 939<br>(22%) |

Si analizamos solo el dato de los jueces, abogados y procuradores de los tribunales que contestaron positivamente a la primera pregunta (si «han participado en algún juicio o vista telemática en la que se haya practicado prueba personal») y lo relacionamos con los que mostraron su grado de su satisfacción (o adecuación) posterior,

11 Margen de error de  $\pm 2,60\%$  (con un nivel de confianza del 95%).

12 Margen de error de  $\pm 4,34\%$  (con un nivel de confianza del 95%).

13 Margen de error de  $\pm 2,96\%$  (con un nivel de confianza del 95%).

14 Margen de error de  $\pm 2,28\%$  (con un nivel de confianza del 95%).

15 Margen de error de  $\pm 3\%$  (con un nivel de confianza del 95%).

observamos que la respuesta mayoritaria sigue siendo negativa, como se refleja en la siguiente **tabla 3**.

**Tabla 3. Grado de satisfacción con la práctica de la prueba personal online**

|                      | Abogados | Jueces | Procuradores |
|----------------------|----------|--------|--------------|
| Sí<br>(favorable)    | 28,4 %   | 30,8 % | 33,2 %       |
| No<br>(desfavorable) | 71,6 %   | 69,2 % | 66,8 %       |

Por último, respecto de los motivos que fundamentaron esta mayoritaria respuesta negativa, el más mencionado fue el perjuicio de la concentración del juicio (con

interrupciones de la conexión, dificultades de audición, pérdida de la imagen, etc.) en 2742 ocasiones; seguido de la pérdida de la espontaneidad de las intervenciones orales, en 2303 ocasiones; la disminución de la capacidad de valoración crítica del juez, en 1997 ocasiones; la complejidad de mostrar documentos a los interrogados, en 1736 ocasiones; el favorecimiento de la manipulación de la prueba, en 1462 ocasiones; la reducción de la eficacia de la contradicción, en 1433 ocasiones; y el perjuicio del derecho de defensa, en 1129 ocasiones. En la siguiente **tabla 4** se muestran todos los datos estadísticos.

**Tabla 4. Motivos por lo que se considera inadecuada la práctica telemática de las pruebas personales**

| MOTIVO   | Abogados | Jueces y magistrados | Procuradores de los tribunales | Estudiantes de grado de derecho | Estudiantes de master de acceso a la abogacía | TOTAL |
|--|----------|----------------------|--------------------------------|---------------------------------|---|-------|
| 1. Perjudica el derecho de defensa                       | 414      | 68                   | 231                            | 248                             | 168   | 1129  |
| 2. Resta eficacia a la contradicción                     | 528      | 123                  | 335                            | 257                             | 190   | 1433  |
| 3. Favorece la manipulación de la prueba                 | 374      | 76                   | 328                            | 450                             | 234   | 1462  |
| 4. Disminuye la capacidad de valoración crítica judicial | 456      | 117                  | 391                            | 721                             | 312   | 1997  |
| 5. Perjudica la concentración del juicio                 | 608      | 211                  | 557                            | 982                             | 384   | 2742  |
| 6. Pierden espontaneidad las intervenciones orales       | 562      | 154                  | 428                            | 823                             | 336   | 2303  |
| 7. Complica mostrar documentos a los interrogados        | 536      | 183                  | 467                            | 386                             | 164   | 1736  |

#### 4. Valoración de los motivos de oposición

De los datos indicados en la tabla 4 hay dos que destacan rápidamente: (a) la ab-

soluta preeminencia de la quinta causa de oposición en todos los colectivos encuestados; y (b) el diferente orden en que se sitúa el resto de las causas. De hecho, el orden que se obtiene de dicha tabla es el siguiente:

|  |                           |
|--|---------------------------|
| <b>Abogados:</b>                                       | 5 + 6 + 7 + 2 + 4 + 1 + 3 |
| <b>Jueces y magistrados:</b>                           | 5 + 7 + 6 + 2 + 4 + 2 + 1 |
| <b>Procuradores de los tribunales:</b>                 | 5 + 7 + 6 + 4 + 2 + 3 + 1 |
| <b>Estudiantes de grado de derecho:</b>                | 5 + 6 + 4 + 3 + 7 + 2 + 1 |
| <b>Estudiantes del master de acceso a la abogacía:</b> | 5 + 6 + 4 + 3 + 2 + 1 + 7 |

Este diferente orden de elección de las causas se debe, especialmente, a los intereses que inciden sobre los distintos colectivos: así, por ejemplo, la preocupación por el derecho de defensa hace que, para el colectivo de los abogados, esta causa no sea la última; o que, para los jueces y magistrados, ocupe un lugar preferente la facilidad de mostrar documentos a las personas que están declarando.

Paso seguidamente a efectuar una breve reflexión crítica de los resultados alcanzados sobre cada uno de los citados motivos de oposición.

El primero, referente al «perjuicio del derecho de defensa», es el menos mencionado por casi todos los colectivos –excepto para los abogados y los estudiantes de master de acceso a la abogacía-. En la práctica, está claro que la cercanía física del abogado con la propia parte facilita el correcto ejercicio del derecho de defensa. Pero si esta parte, por ejemplo, está en un centro penitenciario<sup>16</sup>, la labor de su letrado se complica. Obviamente podrá visitarlo en dicho centro para preparar el juicio oral e, incluso, durante su celebración, se pueden prever diversas pausas para que el abogado pueda entrar en contacto telemático y de manera privada con su defendido, pero ello nunca será igual que la defensa que se puede ofrecer cuando el abogado está junto a su defendido y pueden interaccionar de manera directa y constante<sup>17</sup>.

16 Del que no se le deja salir, por ejemplo, por motivos de seguridad.

17 Al respecto, me remito a Richard González, M., «El derecho de defensa en tiempo de juicios telemáticos», en Richard González, M. y Riaños Brun, I. (coord.), *Derechos y defensas del investigado en el proceso penal*,

Sin embargo, con el rápido avance de la ciencia es muy posible que esta proximidad pueda lograrse igualmente incluso en entornos *online*<sup>18</sup>.

El segundo motivo, relacionado con la disminución de la eficacia a la contradicción, no debería darse por practicarse las pruebas personales online, ya que el abogado está en condiciones de preguntar lo que estime conveniente a las partes, testigos y peritos. El entorno *online* no limita la contradicción del interrogatorio. En la práctica, esta causa de oposición se debe dar debido a las deficiencias técnicas del propio acto de práctica remota de la prueba, en la que la imagen y/o el sonido se pierde o no es del todo clara, la situación de las pantallas de los declarantes no permite con precisión ver la reacción de los interrogados, etc. Pero, al igual que en el caso anterior, en la medida en que la ciencia avance, y las conexiones a distancia funcionen a la perfección, este motivo de oposición debería ir desapareciendo.

El tercero motivo se refiere al favorecimiento de la manipulación de la prueba personal. Es obvio que la presencia física del declarante ante el juez minimiza cualquier posibilidad de manipular su declaración en dicho acto, por lo que cualquier otra forma de practicar esta prueba posibilita una mayor capacidad de «manipulación»<sup>19</sup>.

18 Aranzadi, Madrid, 2022, pp. 441-467.

19 Así, por ejemplo, mediante un canal privado de contacto directo y permanente entre abogado y defendido.

19 Como es obvio, ello no evita que, con anterioridad al juicio o vista, el declarante sea «instruido» sobre el desarrollo de dicho acto procesal, las posibles preguntas que se le realizarán o la forma de contestar a las mismas,

Respecto de la identidad del declarante, en la medida en que su interrogatorio debe producirse en un punto de acceso seguro, en el que se verifican sus datos personales, no debería producirse ningún problema. La eventual manipulación de la prueba personal viene dada por la posibilidad de que la declaración del interrogado venga conducida por algún elemento no controlable por el juez durante la práctica de la prueba<sup>20</sup>. Sin embargo, de practicarse correctamente esta prueba en el citado punto de acceso seguro se evitaría esta situación, pues el declarante debería estar con algún responsable de dicho punto que asegure que el declarante responde sin ningún tipo de «interferencia». Obviamente, si se permite que la declaración tenga lugar en otros lugares (y especialmente, en los domicilios o lugares de trabajo) siempre existirá la posibilidad de manipular la declaración<sup>21</sup>.

El cuarto motivo guarda relación con la disminución de la capacidad de valoración crítica judicial. Puesto que el juez no tiene físicamente delante al declarante, hay elementos de su declaración que pueden perderse. Aquí incide la que comúnmente se denomina «comunicación no verbal» o «comunicación gestual» que, en los entornos virtuales, se dificulta muchísimo. Al respecto, debo formular dos observaciones: (a) los estudios de la psicología del testimonio nos indican que dicha comuni-

cación gestual no debería tomarse en consideración para valorar la declaración del interrogado, pues no guarda relación con la certeza o falsedad de lo declarado<sup>22</sup>. En consecuencia, no se estaría disminuyendo la capacidad de valoración crítica del juez; (b) Sin embargo, la solemnidad que comporta la declaración presencial en la sede judicial favorece que la persona que tiene que declarar sea consciente de la seriedad de su acto –y sus consecuencias- lo que, en línea de principio, dificulta su mendacidad<sup>23</sup>. Además, la presencia física del declarante, con sus gestos y actitudes (que pueden pasar más desapercibidas en entornos online), pueden evidenciar alguna inseguridad en su declaración que permita al abogado que pregunta –o al juez- formular alguna nueva cuestión o aclaración. De igual modo, como destaca Manzanero, recogiendo diversos estudios empíricos, los testigos remotos se perciben como menos creíbles y confiables en comparación con aquellos que declaran en persona, lo que impacta en la toma de decisiones<sup>24</sup>. Por ello, la tesis de Molina Altamirano es

<sup>22</sup> Que el declarante se sonroje, tartamudee, mire al suelo y no a los ojos de quien le formula la pregunta, o se le active algún tic nervioso, no ofrece información objetiva válida de que esté mintiendo [en la misma línea crítica, vid. el reciente estudio en De Miranda Vázquez, C., *Razonamiento probatorio*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, especialmente pp. 215 y ss.; y en Cano Fernández, S., «Juicios online», en Caro, J. (dir), *La optimización de la Justicia: reflexiones sobre la eficiencia procesal*, Atelier, Barcelona, Valencia, 2025, p. 47].

<sup>23</sup> Como es lógico, cada persona es distinta, pero, en principio, parecería más «sencillo» –«fácil» o «cómodo»- mentir cuando no se tiene físicamente delante a la persona con la que se está comunicando y sin las solemnidades que comporta realizar la declaración en la propia sala de vistas del juzgado.

<sup>24</sup> Manzanero, A., «Luces y sombras de las declaraciones por videoconferencia», en Munné, F. y de Miranda, C. (dir.), *Desafíos de la probática y del derecho probatorio*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2025, p. 215. E insiste en esta idea en su estudio, con Sánchez, N., Lalaguna, I., Lamas, I. y Zamarriego, S., «El efecto de las declaraciones telemáticas sobre el proceso penal», en Picó J. (dir.), *Nuevos restos del derecho probatorio*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2025 (en prensa).

---

pero esto se puede producir tanto en un juicio presencial como *online*.

20 Así, por ejemplo, que detrás de la pantalla del declarante haya una persona que indique cómo debe contestar, o posea un mecanismo (teléfono, etc.) que igualmente le muestre lo que debe responder.

21 Aun así, el avance continuo de la ciencia, puede permitir la creación de sistemas de comunicación a distancia en los que la visión de ambos declarantes sea de 360 grados y no se limite a captar la imagen del interrogado. De ser ello así, se minimizaría muchísimo la posibilidad de manipular las pruebas personales practicadas online.

que el entorno presencial favorece una cognición humana más plena, ya que, en situaciones normales, en él habrá menos elementos que disturben la aprensión de lo que está expresando el declarante<sup>25</sup>. En definitiva, este es un motivo razonable para oponerse a la práctica *online* de las pruebas personales.

La quinta causa de oposición, referente al perjuicio que se causa a la concentración del juicio, es la más mencionada por todos los colectivos encuestados. Y tiene sentido dado lo que sucede hoy en día en la práctica judicial. Las conexiones a distancia no suelen funcionar lo bien que sería deseable, y los cortes en las mismas o las deficiencias de imagen y/o sonido suelen ser frecuentes, lo que no solo resta «seriedad» al acto, sino también eficacia a todo lo que se desarrolla en el mismo, siendo todo ello preocupante a la luz de estudios que relacionan la mala calidad del audio con una mayor desconfianza y aversión hacia el declarante<sup>26</sup>. Sin embargo, esta es una causa que, con el avance de la ciencia, debería ir desapareciendo. E, incluso actualmente, puede minimizarse exigiendo al declarante que se asegure de intervenir mediante un determinado sistema de comunicación técnicamente fiable (que se le puede especificar cuando se le notifique su deber de declarar en juicio), o realizando pruebas de conexión previas al día del juicio. En todo caso,

será muy difícil eliminar totalmente la posibilidad de que se interrumpa la celebración del juicio cuando las declaraciones se realizan *online*, por lo que esta causa de oposición, en mayor o menor medida, siempre existirá.

El sexto motivo de oposición, que guarda relación con la pérdida de espontaneidad en las intervenciones orales, es el segundo más citado por los encuestados. Viene a ser una mezcla entre el tercer y cuarto motivo, pues la presencia física del declarante minimiza la posibilidad de manipular sus respuestas (tercer motivo) y la declaración delante del juez y de los abogados, al margen del propio contenido de lo que se esté declarando, permite a éstos percibir otros elementos de valoración en la persona del declarante (cuarto motivo) que fomentan nuevas preguntas o aclaraciones, lo que favorece la espontaneidad de sus respuestas. En consecuencia, me remito a lo indicado en estos dos motivos de oposición.

Y, finalmente, nos encontramos la dificultad de mostrar documentos a las personas interrogadas de forma *online* como séptimo motivo de oposición, motivo este que es uno de los más mencionados por los jueces y los procuradores de los tribunales. Como es obvio, si la parte, testigo o perito declara físicamente en la sede judicial, es muy sencillo mostrar el documento sobre el que se le desea preguntar. Pero si su presencia es telemática, esta muestra de documentos se complica en dos situaciones: (a) si el documento está en un expediente electrónico y no se ha previsto la posibilidad de compartir la pantalla para visionarlo (o, lo que será más frecuente, se ha previsto, pero el sistema no se sabe utilizar o no funciona); y (b) si el documento se aporta en el mismo momento de declaración del interrogado, pues no se le podrá mostrar al no estar presente en la sede de

25 Así, se minimizan los factores endógenos y exógenos que impiden una buena atención de los jueces (*La inmediación del juez en el proceso. Un análisis desde la psicología cognitiva*, Palestra, Lima, 2023, pp. 103 a 111). A conclusiones similares se llega, entre otros, en los dos estudios de Manzanero mencionados en la nota anterior.

26 Vid. Benninger, T., Colwell, C., Mukamal, D. y Plachinski, L., «Virtual Justice? A national study analyzing the transition to remote criminal court», p. 169 (disponible en <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/alrededor-del-56-de-los-juristas-disminuiria-la-cantidad-de-juicios-telematicos/> -fecha de consulta: 28.08.2025-).

vistas<sup>27</sup>. Sin embargo, si bien hoy en día la práctica judicial plantea este problema, lo lógico es que con el avance de la ciencia su incidencia irá reduciéndose.

## 5. Otros estudios de campo

Al margen de la presente investigación, encontramos otros dos estudios de campo sobre la materia: uno español y otro estadounidense.

En España, s. e. u. o., solo existe un estudio de campo publicado. Me refiero al realizado en 2024 por *Economist & Jurist*<sup>28</sup>, que arrojó los siguientes resultados:

(a) el 76,6% de los encuestados se opone a que la práctica de las pruebas personales se realice de forma online como norma general; y

(b) consecuencia de lo anterior, el 56% de los juristas encuestados disminuiría la cantidad de juicios telemáticos que se están produciendo en práctica judicial<sup>29</sup>.

En EEUU, para evaluar el impacto de la práctica de las pruebas personales en juicios online, la *Stanford Law School* preparó y publicó la investigación *Virtual Justice?* A

27 Sobre esta problemática vid. Richard González, M., «Aportación y admisión de documentos en formato papel y/o electrónico en los juicios telemáticos y/o presenciales: Comentario de la SAN 14/2024 de 5 de febrero de 2024 (rec. 297/2023)», en *La Ley Probática*, nº. 16, 2024, pp. 98 a 105; e idem, «La celebración telemática del juicio oral no puede soslayar las garantías de las partes en el proceso: comentario de la STS sala de lo Social, Sentencia 756/2024, 29 mayo, Rec. 3063/2022 (LA LEY 120445/2024)», en *La Ley Probática*, nº. 17, 2024, pp. 65 a 74.

28 Disponible en <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/alrededor-del-56-de-los-juristas-disminuiria-la-cantidad-de-juicios-telematicos/> (fecha de consulta: 28.08.2025).

29 La encuesta se realizó sobre un total de 303 respuestas online recibidas, principalmente, de abogados, jueces y magistrados. Aunque esto representa menos de la mitad del tamaño de muestra recomendado (348)-para un universo de 182.384 personas-, se indica que la encuesta aún logra un margen de error del 5,6% ( $\pm 2,8\%$ ).

*national study analyzing the transition to remote criminal court*<sup>30</sup>. Los resultados alcanzados fueron éstos:

(a) Dos tercios de los encuestados (66,3 %) estuvieron de acuerdo o muy de acuerdo en que el cambio a lo virtual de los procedimientos daña la comunicación con el cliente, indicando la gran mayoría de ellos (el 81,1%) que el cambio a los procedimientos virtuales inhibió su capacidad para entablar conversaciones confidenciales con sus clientes<sup>31</sup>.

(b) Debido a estas numerosas dificultades tecnológicas y de comunicación entre abogado-cliente, la gran mayoría de los encuestados (77,9%) estuvo de acuerdo o muy de acuerdo en que el cambio hacia los juicios virtuales ha comprometido el acceso a la justicia, especialmente a los ciudadanos con problemas de acceso a las nuevas tecnologías por motivos generacionales, de población, económicos o de cualquier otro tipo. Además, a dos tercios de los encuestados en todas las jurisdicciones les preocupó que los acusados no tuvieran acceso a tecnología para videoconferencias y expresaron preocupaciones sobre el acceso a internet con conexiones seguras y estables, ordenadores, espacios privados, cámaras y aplicaciones para teléfonos inteligentes<sup>32</sup>.

30 Este informe se publicó el 5 de agosto de 2021 y puede consultarse en <https://law.stanford.edu/publications/virtual-justice-a-national-study-analyzing-the-transition-to-remote-criminal-court/> (fecha de consulta: 28.08.2025). Se trata de un estudio que contiene componentes tanto cuantitativos como cualitativos: en lo cuantitativo, se realizó una macroencuesta a 240 abogados defensores penales de todo EEUU que habían participado en juicios online (la gran mayoría a través de la plataforma Zoom –el 74,6%–); y en lo cualitativo, se centró en tres jurisdicciones (Miami-Dade Condado, en Florida; el Condado de Milwaukee, en Wisconsin; y el Distrito Judicial del Noreste de Dakota del Norte) en las que los investigadores efectuaron entrevistas a jueces, fiscales, abogados defensores y personal judicial.

31 Virtual Justice ..., *ob. cit.* p. 33.

32 Virtual Justice ..., *ob. cit.*, p. 39.

(c) El 78,3 % de los abogados encuestados experimentó problemas con la mala calidad del audio o la imagen<sup>33</sup>.

(d) Si bien la mayoría de los encuestados destacaron que los juicios *online* ahorran coste y tiempo -debido a la reducción de los desplazamientos a la sede del tribunal-, el 65,3% destacó que el cambio a favor de estos juicios comporta una grave deshumanización de la justicia y una profunda disminución de la confianza de los ciudadanos en el sistema legal penal<sup>34</sup>.

(e) Numerosos encuestados manifiestan que los juicios *online* han comportado efectos perniciosos debido a la pérdida de datos intangibles que hacen menos fiables a la justicia, como la eliminación de las señales no verbales, la reducción de la capacidad para comunicarse directamente el abogado y su defendido durante el juicio, o la disminución de las conexiones emocionales<sup>35</sup>. En consecuencia, expresaron su preocupación por la falta de empatía por el acusado, lo que les preocupaba al poderse traducir en sentencias más duras (si bien no se reportan datos estadísticos que acrediten esta preocupación).

(f) A muchos entrevistados les resultó más difícil evaluar la credibilidad de los declarantes, preocupándoles que fueran entrenados o influenciados de manera externa durante su declaración debido a la falta de presencia física ante el tribunal<sup>36</sup>.

(g) El 40% de los jueces y abogados defensores encuestados<sup>37</sup> manifestaron sentir dudas sobre la validez constitucio-

nal de estos juicios *online* respecto a la «cláusula de confrontación» directa y personal que establece la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>38</sup>, destacando que reducen las señales físicas de percepción directa de la credibilidad de la persona que declara judicialmente<sup>39</sup>.

(h) Y como lógica consecuencia de los resultados anteriores, la mayoría de los entrevistados consideraron que los juicios, tras el periodo de la pandemia de la Covid, deberían llevarse a cabo en persona, volviéndose a las prácticas anteriores a la época de crisis sanitaria<sup>40</sup>.

## 6. Discusión y reflexión final

A la vista de los resultados que hemos obtenido estamos en condiciones de responder al interrogante formulado en la introducción: ¿quieren los operadores jurídicos que se practiquen pruebas personales en los juicios *online*? Y la respuesta negativa es contundente en un 78% de los encuestados. Como podemos comprobar, nuestros resultados son similares a los obtenidos en los dos estudios de campo expuestos en el punto anterior respecto de la mayoritaria oposición a la práctica *online* de las pruebas personales. Casi no difieren en el grado de oposición: el 76,6% en el de *Economist & Jurist* y el 77,9% en el de la *Stanford University*, frente al 78% en el nuestro. Los resultados son todavía ligeramente más negativos en el presente

<sup>33</sup> Virtual Justice ..., *ob. cit.*, p. 169.

<sup>34</sup> En concreto, el 77% de los encuestados en North Dakota, el 67% de Miami y el 52% de Milwaukee. Y este tipo de respuesta fue mayoritaria en todos los colectivos entrevistados: el 79% de los fiscales, el 67% de los jueces y en 60% de los abogados (Virtual Justice ..., *ob. cit.*, p. 86).

<sup>35</sup> Virtual Justice ..., *ob. cit.*, pp. 92-94.

<sup>36</sup> Virtual Justice ..., *ob. cit.*, pp. 95-99.

<sup>37</sup> Virtual Justice ..., *ob. cit.*, p. 112.

<sup>38</sup> Esta Sexta Enmienda establece: «En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho [...] que se le carece con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de Asesoría Legal para su defensa».

<sup>39</sup> Virtual Justice ..., *ob. cit.*, pp. 112-115.

<sup>40</sup> Virtual Justice ..., *ob. cit.*, p. 138. Esta respuesta se flexibiliza respecto de lo que se denominan «audiencias menores» (para fijar las fechas de señalamientos, cuestiones incidentales, etc.) que podrían seguir siendo virtuales después de la pandemia (*ob. cit.*, pp. 130-131).

estudio, y probablemente ello se deba a la concienciación, en todos los operadores jurídicos que intervienen en los procesos judiciales, de que los inconvenientes de dichos juicios *online* son superiores a sus ventajas.

Con referencia a los motivos de oposición, tanto en la investigación estadounidense como en la nuestra, el más comentado ha sido el referente a los problemas de la conexión experimentados que abocaron a una mala calidad del audio o la imagen en perjuicio de la correcta valoración de las pruebas personales. Pero estamos ante una causa que está destinada a ir desapareciendo con el tiempo pues, con el avance tecnológico, es de esperar que dichos problemas se irán solucionando. Sin embargo, hay uno que difícilmente podrá desaparecer: la disminución de la capacidad de valoración crítica judicial respecto de lo declarado por la parte, el testigo o el perito en los juicios *online*. Por ello, la regla general de la práctica de las pruebas personales en los juicios debería ser la presencial, esto es, mantener el contacto directo del testigo, parte o perito con los jueces, fiscales y abogados. Ello nos lleva a la necesidad de aplicar con rigor el apartado segundo del nuevo art. 129 bis LEc, que establece que los actos procesales civiles que tengan por objeto la audiencia, declaración o interrogatorio de partes, testigos o peritos será necesaria la presencia física de la persona que haya de intervenir; y hacer una lectura similar del nuevo arts 258 bis LEcrim para el proceso penal.

Como es obvio, toda regla general tiene excepciones que se justifican por diversos motivos. Las más importantes serían estas cuatro: (a) cuando nos encontramos con escenarios de emergencia –sanitaria o de cualquier otro orden- que obliguen a la reclusión domiciliaria de las personas

(como sucedió con la época de la COVID); (b) cuando la persona que deba declarar sea de edad avanzada, o tenga una enfermedad, que le dificulte su desplazamiento a la sede judicial; (c) cuando haya una larga distancia entre el domicilio de la persona y la sede judicial<sup>41</sup>; o cuando haya un interés superior que justifique el sacrificio de las garantías procesales que asisten a la declaración judicial con inmediación presencial del juez y de los abogados<sup>42-43</sup>. En consecuencia, por ejemplo, no deberían excluirse de la práctica presencial de las pruebas personales: (a) las declaraciones penales de personas altamente peligrosas que, por motivos de seguridad, se ordena su declaración judicial *online*<sup>44</sup>; o (b) las declara-

41 En este caso, el juez debería hacer un juicio de proporcionalidad entre el sacrificio que deba hacer el interrogado (no es lo mismo que el juicio se realice en Sevilla y la persona viva en Madrid, Pontevedra, Bruselas o Buenos Aires) y la relevancia –económica o de cualquier otra entidad- del objeto litigioso (no es lo mismo un pleito civil que una causa penal; o dentro de un pleito civil, no lo es una pretensión de condena dineraria de mil euros respecto de una reclamación de indemnización millonaria).

42 Este es el caso previsto, por ejemplo, en el art. 449 ter LEcrim respecto de la práctica telemática de la prueba preconstituida consistente en la declaración de menores de catorce años víctimas de delitos sexuales (al respecto, vid. ampliamente Casanova Martí, R., «Video-recorded interview y prerecorded cross-examination como medidas especiales de protección de los testigos vulnerables víctimas de delitos sexuales en Inglaterra y Gales. Análisis del sistema anglosajón y propuestas de mejora para España», en *InDret*, nº3, 2025, pp. 526 a 562). Podrían ser más los supuestos excepcionales: para ello me remito a los estudios de Ramos Romeu, F., «Las pruebas en la justicia virtual tras el RDL 6/2023: ¿cómo son y cómo deberían ser?», en Picó, J. (dir.), *Nuevos retos del derecho probatorio*, J.M. Bosch editor, 2025 (en prensa); y «Las vistas «on line»: reflexiones para la justicia del futuro», en Jiménez Conde, F. y López Simó, F. (dir.), *La eficiencia de la justicia a debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 697-722.

43 Para todas estas situaciones en las que deban realizarse interrogatorios judiciales *on line*, para su buena práctica nos remitimos a las recomendaciones formuladas por Fernández León, O., «Interrogatorio de parte, testigos y peritos en los juicios *on line*», en *Desafíos de la probática y del derecho probatorio*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2025, pp. 194 a 201.

44 Respecto de estas personas, los jueces o magistrados también tienen la necesidad de formarse su completo convencimiento sobre su eventual responsabilidad penal.

ciones *on line* debido a un pacto expreso de renuncia de ambas partes a la justicia presencial en la práctica de las pruebas personales<sup>45</sup>.

---

45 Aunque soy consciente de la existencia de buena doctrina que opina lo contrario y admite la validez de dichos pactos: así, por ejemplo, Soba Brasesco, I., *Los acuerdos procesales*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2024, p. 156; o Ramos Romeu, F., *Las pruebas...*, ob. cit. Suele afirmarse, en este sentido, la vigencia del principio dispositivo, pero, estrictamente, en materia probatoria, el principio a aplicar sería el de aportación de parte. En función de él, efectivamente (según la legislación española) son las partes las que aportan las pruebas, pidiéndolas y practicándolas; pero creo que esto no afecta o alcanza a la forma de practicarse la prueba, que no estaría a disposición de las partes, puesto que el destinatario final de la misma es el juez, que tiene que valorar sus resultados, y si estos pueden ser diferentes en función de cómo se practica la prueba, ello no tendría que dejarse a la voluntad de las partes. A pesar de que éstas asumieran los riesgos de practicar en línea la prueba personal, creo que no es una cuestión de riesgos sino de cómo puede el juez valorar mejor la prueba para que dicte la sentencia más ajustada a la realidad de los hechos discutidos.



# **La protección de los derechos humanos: una visión desde Irlanda del Norte (II)\***

Siobhan KEEGAN

## **1. Mecanismos de descentralización**

En esta sección me referiré brevemente a la posibilidad de que el Fiscal General de Irlanda del Norte reenvíe al Tribunal Supremo cualquier propuesta legislativa cuando surja una cuestión de compatibilidad con el CEDH, proporcionando así una mayor protección de los derechos humanos. Este mecanismo fue examinado en una referencia al Tribunal Supremo en relación con el Proyecto de Ley de Irlanda del Norte sobre el Aborto (Zonas de Acceso Seguro)<sup>1</sup>. De conformidad con la Ley de Irlanda del Norte de 1998<sup>2</sup>, la facultad de la Asamblea para legislar (o su «competencia legislativa») es limitada. Cualquier disposición de un proyecto de ley queda fuera de la competencia legislativa de la Asamblea, y por lo tanto no forma parte del ordenamiento, si es incompatible con alguno de los derechos protegidos por el CEDH.

El proyecto de ley fue aprobado por la Asamblea de Irlanda del Norte el 24 de marzo de 2022 y tenía por objeto proteger el derecho de las mujeres a acceder al aborto y a los servicios de salud sexual y reproductiva asociados, y prohibir las protestas contra el aborto y otros comportamientos específicos dentro de las «zonas de acceso seguro» en torno a las clínicas abortivas y los locales conexos.

La referencia al Tribunal Supremo atañía al artículo 5.2.a), del proyecto de ley, que tipificaba como delito «realizar un acto en una zona de acceso seguro con la intención de influir en una persona protegida, ya sea directa o indirectamente, (...) o actuando de forma imprudente en cuanto a la producción de ese resultado». Entre las personas protegidas por el artículo 5.2.a), figuran los pacientes, los acompañantes y el personal que trabaja en los locales donde se prestan los servicios de interrupción del embarazo.

El Fiscal General de Irlanda del Norte mostró su preocupación, ya que el artículo 5.2.a) del proyecto de ley no ofrecía ninguna excusa absolvatoria o causa razonable de justificación. Esto podría obstaculizar de forma desproporcionada los derechos de los manifestantes antiabortistas a la libertad religiosa,

\* Texto de la conferencia en conmemoración de Tomás Moro (Sir Thomas More Lecture) pronunciada por la autora el 20 de noviembre de 2024 en la sede de la Honorable Sociedad de Lincoln's Inn (The Honourable Society of Lincoln's Inn) en Londres. Traducción al español de José Miguel García Moreno. La primera parte del artículo se publicó en el núm. 112.

1 Abortion (Safe Access Zones)(Northern Ireland) Bill.

2 Northern Ireland Act 1998, arts. 6.1 y 6.2c.

de conciencia y de opinión, a la libertad de expresión, así como su derecho de reunión. Estos derechos están protegidos por los artículos 9, 10 y 11 del CEDH. Por lo tanto, el Fiscal General interesó un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre si la sanción penal prevista por el artículo 5.2.a) del proyecto de ley sin disposición alguna relativa a excusas absolvitorias o causas razonables de justificación quedaba fuera de la competencia legislativa de la Asamblea, en la medida en que suponía una injerencia desproporcionada en los derechos reconocidos en los artículos 9, 10 y 11 a quienes tratan de expresar su oposición a la prestación de servicios de interrupción del embarazo en Irlanda del Norte.

El Tribunal Supremo sostuvo unánimemente que el artículo 5.2.a), del proyecto de ley es compatible con los derechos reconocidos en el CEDH a quienes tratan de expresar su oposición a la prestación de servicios de interrupción del embarazo en Irlanda del Norte. En consecuencia, el artículo 5.2.a) se enmarca en el ámbito de la competencia legislativa de la Asamblea.

Otro caso interesante en este ámbito de la competencia legislativa fue resuelto por el Tribunal Superior de Irlanda del Norte en 2024 en relación con los artículos 12 a 16 de la Ley de Justicia (Delitos Sexuales y Víctimas de Trata), de Irlanda del Norte, de 2022<sup>3</sup>. Estos preceptos establecen una prohibición legal, previa a la formalización de la acusación, en cuanto a la publicación de cualquier información que pueda llevar a los miembros del público a identificar a un investigado por un delito sexual, una vez que la denuncia haya sido presentada ante la policía o la policía haya adoptado alguna medida para investigar si el imputado ha cometido tal delito<sup>4</sup>.

El Tribunal Superior declaró que estas disposiciones carecen de eficacia jurídica en la medida en que quedan fuera de la competencia legislativa de la Asamblea de Irlanda del Norte, al resultar incompatibles con los derechos reconocidos por el artículo 10 del CEDH a las organizaciones de medios de comunicación que las impugnaron. El Tribunal consideró que se habían producido claras deficiencias en el curso del proceso legislativo en lo relativo a la ponderación de los derechos reconocidos por el artículo 10 del CEDH a las organizaciones de medios de comunicación. No hubo debate en torno a la cuestión del interés público, relevante para el anonimato de los investigados, ni ninguna apreciación sobre la necesidad de un justo equilibrio de derechos. El tribunal determinó que el periodismo de interés público desempeña un papel vital en cualquier sociedad democrática. El papel de la prensa, como guardián, y el papel de los periodistas, facilitando e impulsando las investigaciones policiales, está plenamente constatado.

## 2. Las repercusiones jurídicas del Protocolo/Marco de Windsor en los derechos humanos

Al momento presente en Irlanda del Norte el foco se ha desplazado un poco desde los casos relacionados con los artículos 2 y 14 del CEDH a las cuestiones vinculadas al Protocolo sobre Irlanda/Irlanda del Norte, a menudo denominado «Protocolo sobre Irlanda del Norte», y a las disposiciones revisadas para su operatividad contenidas en el documento Marco de Windsor. Hasta ahora, las consecuencias del Protocolo y del Marco de Windsor han sido el objeto de litigios bastante complejos ante los tribunales de Irlanda del Norte.

A modo de muy breve antecedente, señalaré que el Protocolo sobre Irlanda del

<sup>3</sup> Justice (Sexual Offences and Trafficking Victims) Act (Northern Ireland) 2022.

<sup>4</sup> In the matter of an application by Mediahuis Ireland & Others for Judicial Review [2024] NIKB 45.

Norte establece disposiciones detalladas e intrincadas respecto de Irlanda del Norte tras el Brexit. El Protocolo forma parte del Acuerdo de Retirada. En virtud de la Ley de la Unión Europea (Acuerdo de Retirada) de 2020<sup>5</sup>, los derechos y obligaciones derivados del Acuerdo de Retirada, incluidos los contemplados en el Protocolo, están reconocidos y son aplicables en el derecho interno. El Marco de Windsor fue adoptado posteriormente para resolver el desacuerdo entre los partidos políticos en Irlanda del Norte sobre ciertos aspectos del Protocolo.

El acuerdo constitucional resultante es indudablemente complejo y significativo. Sin duda es una tarea difícil abordar sus numerosos matices en el tiempo limitado del que dispongo esta tarde. Por esa razón, me limitaré a exponer la prohibición de menoscabo de derechos, que ha encontrado eco en el Protocolo y en el Marco de Windsor, y su interacción con el Derecho de la UE.

El Protocolo tiene como objetivo garantizar que los principios y la estructura constitucional establecidos por el Acuerdo del Viernes Santo se mantuvieran inalterados con posterioridad al Brexit, en el contexto de los derechos humanos y en otras cuestiones, en relación con las aduanas y la importación o exportación de bienes. A este respecto, el Protocolo establece expresamente el objetivo siguiente:

«Mantener las condiciones necesarias para la cooperación Norte-Sur, para evitar una frontera dura [en Irlanda] y para salvaguardar el Acuerdo de Belfast/Viernes Santo de 1998 en todas sus dimensiones»<sup>6</sup>.

El artículo 2.1 es la disposición clave, ya que establece la obligación en materia de derechos humanos a cargo del Gobierno del Reino Unido, tras el Brexit, de:

*«Garantizar que no se produzca ningún menoscabo de los derechos, salvaguardas o igualdad de oportunidades, tal como son explicitados en la parte del Acuerdo de 1998 titulada Derechos, Salvaguardas e Igualdad de Oportunidades, como consecuencia de su retirada de la Unión Europea».*

En 2023, el Tribunal de Apelación de Irlanda del Norte abordó el artículo 2.1 del Protocolo y el Marco de Windsor en su sentencia del caso *Re SPUC*<sup>7</sup>. Este procedimiento fue promovido por la Sociedad para la Protección del Niño No Nacido (*Society for the Protection of the Unborn Child, SPUC*) que impugnó la regulación del aborto establecida en Irlanda del Norte y las instrucciones ministeriales en desarrollo de dicha regulación, y cuya demanda fue desestimada en primera instancia. Uno de los motivos de impugnación planteó que la regulación, que permite el aborto por motivos de discapacidad, es una norma *ultra vires* en virtud del artículo 2.1 del Protocolo, que, como he señalado, garantiza la protección de los derechos humanos vigente en el momento del Acuerdo de Retirada entre la Unión Europea y el Reino Unido. Otro motivo de impugnación planteó que esta parte del Reglamento de 2021 es una norma *ultra vires* e incompatible con los principios generales del Derecho de la UE, en concreto, la prohibición de discriminación, y, por tanto, contraria al artículo 2.1 del Protocolo<sup>8</sup>.

Si bien la demanda se basó inicialmente con carácter principal en fundamentos de derecho constitucional, debido a que los demandantes invocaron el artículo 2 del Protocolo y del Marco de Windsor, la impugnación adquirió una dimensión vinculada a los derechos fundamentales. En su sentencia, el Tribunal de Apelación aclaró el ámbito de aplicación del artículo 2.1 del

---

5 European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020.

6 Artículo 1, apartado 2, del Protocolo.

7 *Re SPUC* [2023] NICA 35.

8 *Ibidem*, párs. 5. 5 y 6.

Protocolo y del Marco de Windsor, lo que se concretó en el desarrollo de los siguientes criterios basados en un documento explicativo del gobierno:

- (i) *Se ve afectado un derecho (o una garantía en materia de igualdad de oportunidades) incluidos en la parte correspondiente del Acuerdo de Belfast/Viernes Santo de 1998.*
- (ii) *Este derecho estaba vigente (total o parcialmente) en Irlanda del Norte, el 31 de diciembre de 2020 o antes.*
- (iii) *El ordenamiento de Irlanda del Norte se fundaba en el Derecho de la UE.*
- (iv) *Dicho fundamento se ha eliminado, total o parcialmente, tras la retirada de la UE.*
- (v) *Esta situación ha determinado un menoscabo en el disfrute del derecho; y*
- (vi) *El menoscabo no habría ocurrido si el Reino Unido hubiera permanecido en la UE<sup>9</sup>.*

Aplicando los criterios anteriores este motivo de impugnación fue rechazado por el Tribunal de Apelación al concluir que no se da un claro menoscabo de derechos derivado de la retirada de la UE, ya que el supuesto menoscabo tiene su origen en el Reglamento de 2020, que entró en vigor en 2020 cuando el Derecho de la UE todavía se aplicaba en el Reino Unido. Además, la parte recurrente no habría determinado suficientemente qué derecho incluido en el Acuerdo del Viernes Santo se habría visto afectado, al quedar el aborto fuera del ámbito de competencias de la UE.

En su sentencia del caso *SPUC*, el Tribunal de Apelación destacó que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un tratado internacional no traspuesto, que vincula al gobierno del Reino Unido en el plano

internacional pero que no forma parte del ordenamiento interno<sup>10</sup>. En consecuencia, la única vía para que pueda ser aplicada consiste en la promulgación de legislación interna a esos efectos. Se trata de un principio relevante a la hora de valorar los tratados y convenios internacionales, toda vez que los tribunales del Reino Unido deben asegurarse de que interpretan la ley que el Parlamento ha aprobado con un grado razonable de seguridad jurídica, en consonancia con nuestro ordenamiento jurídico interno<sup>11</sup>.

La sentencia del caso *SPUC* también evidencia que el artículo 2 del Protocolo y del Marco de Windsor requiere, sin duda, un más profundo análisis de los derechos garantizados por el Acuerdo del Viernes Santo, así como la comprensión del ordenamiento básico de la UE y de los principios vinculados a los derechos fundamentales.

En el panorama jurídico actual de Irlanda del Norte se invoca el artículo 2 del Protocolo de Irlanda del Norte como fundamento de las demandas en amparo de los derechos humanos. Menciono dos de estos casos para ilustrar esta cuestión. En primer lugar, en 2024, en las sentencias del caso *Re Dillon*<sup>12</sup> el argumento de que las disposiciones sobre inmunidad condicional contenidas en la Ley sobre el Conflicto de Irlanda del Norte (Legado y Reconciliación) de 2023<sup>13</sup>, un norma de legislación primaria aprobada en el Reino Unido para abordar el legado del «conflicto», no debían ser aplicadas fue acogido en virtud del artículo 2 del Protocolo de Irlanda del Norte en relación

10 *Ibidem*, pár. 59.

11 Lord Sales, «*Retained EU Law: Purposive Interpretation when the Constitutional Architecture Changes*», Conferencia Anual de la Asociación del Reino Unido para el Derecho Europeo, 20 de noviembre de 2023.

12 *Re Dillon* [2024] NICA 59 & [2024] NIKB 11. [Se trata de las referencias de las sentencias del Tribunal de Apelación y del Tribunal Superior de Irlanda del Norte, respectivamente (N. del T.).]

13 Northern Ireland Troubles (Legacy and Reconciliation) Act 2023.

9 *Ibidem*, pár. 54.

con el Marco de Windsor. El argumento se basa en la circunstancia de que las disposiciones concretas de la Ley del Legado objeto de examen contravienen el Derecho de la UE aplicable y vigente en el ordenamiento interno con anterioridad a 2020.

El fundamento correspondiente en el Derecho de la UE lo constituyen los artículos 11 y 16 de la Directiva 2012/29/UE sobre víctimas<sup>14</sup>, que regulan los derechos de las víctimas en el caso de que se adopte una resolución de no iniciar o continuar el proceso penal y el derecho a obtener una resolución relativa a la indemnización a cargo del infractor en el curso del proceso penal. Además, la Carta de las Víctimas, vigente en el ordenamiento interno en virtud del Reglamento sobre la Carta de las Víctimas (Irlanda del Norte) de 2015, fue promulgada al amparo de los artículos 28 y 31, apartado 3, de la Ley de Justicia (Irlanda del Norte) de 2015<sup>15</sup>. En la propia Carta de las Víctimas se indica expresamente que la misma «establece una serie de obligaciones derivadas de la Directiva de la UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el auxilio y la protección de las víctimas de delitos».

En el caso *Re Dillon* los demandantes también intentaron invocar argumentos basados en derechos, incluidos los previstos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y los reconocidos en el CEDH, como el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a la dignidad humana. El Tribunal de Apelación consideró que la Carta de la UE sirve de apoyo para

la interpretación de las disposiciones correspondientes del Derecho de la UE y, por tanto, que los derechos consagrados de la Carta de la UE solo se aplican cuando un Estado traspone el Derecho de la UE. Sobre esta base, por lo tanto, determinados derechos previstos en la Carta de la UE no son directamente justiciables. En opinión del órgano jurisdiccional, una declaración en sentido contrario habría ido demasiado lejos, por lo que se afirmó lo siguiente:

«[148] [...] Cuando se ha realizado una declaración de incompatibilidad con arreglo al artículo 4 de la Ley de Derechos Humanos solo se produce una infracción concomitante de la [Carta] si el Derecho de la UE está siendo aplicado, no automáticamente.

[149] Si bien estamos de acuerdo con el juez de primera instancia en que podría producirse un menoscabo prohibido por el artículo 2 [del Marco de Windsor] ya sea reduciendo el contenido de un derecho (como sucede aquí) o reduciendo la eficacia de los medios de protección disponibles, sería incorrecto proceder sobre la base de que cualquier violación del CEDH en el ámbito de una competencia de la UE equivale sin más a una violación de la [Carta] y, por lo tanto, a una violación del artículo 2 [del Marco de Windsor], que trae como consecuencia el mecanismo de la no aplicación».

La sentencia dictada en este caso es susceptible de un ulterior recurso devolutivo, por lo que no me extenderé más sobre él.

En mayo de 2024, el Tribunal Superior de Irlanda del Norte, también dictó una sentencia sobre la legalidad de varias disposiciones de la Ley de Inmigración Ilegal del Reino Unido de 2023. Esta norma fue promulgada para abordar la actual preocupación política sobre los efectos de la inmigración en el Reino Unido<sup>16</sup>. Los demandantes en este caso

14 Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo. Véase también la Carta de las Víctimas.

15 Victim Charter (Justice) Act (Northern Ireland) 2015) Order (Northern Ireland) 2015 y Justice Act (Northern Ireland) 2015, respectivamente.

16 Illegal Migration Act 2023. In the Matter of an Application by JR295 for Judicial Review [2024] NIKB 35.



son un solicitante de asilo iraní de 16 años y la Comisión de Derechos Humanos de Irlanda del Norte. Las disposiciones impugnadas se refieren a la admisibilidad de las demandas en amparo de los derechos humanos, la tutela judicial efectiva, la expulsión, la no devolución, la revisión de la detención, la expulsión de las víctimas de esclavitud y/o trata, la expulsión de menores, los menores no acompañados y la evaluación de la edad. En esencia, los demandantes alegan que estas disposiciones son incompatibles con el CEDH y con el artículo 2 del Protocolo/Marco de Windsor.

El Tribunal Superior falló que todas las disposiciones legales consideradas infringen la protección garantizada por el Acuerdo de Viernes Santo. Al hacerlo, el Tribunal Superior consideró que el Acuerdo protege los derechos civiles de «todos los integrantes de la comunidad», concepto que debe ser

aplicado de forma extensiva para comprender, además de a los ciudadanos de Irlanda del Norte, a los inmigrantes o solicitantes de asilo que hubieran llegado a Irlanda del Norte. Así mismo, El Tribunal Superior consideró que la Ley de Inmigración Ilegal del Reino Unido de 2023 acarrea un menoscabo de determinados derechos reconocidos por el Derecho de la UE, incluyendo la Directiva sobre Procedimientos Comunes<sup>17</sup>, la Directiva sobre Reconocimiento de Nacionales de Terceros Países o Apátridas<sup>18</sup> y la Directiva 2011/36/UE contra la Trata de Seres Humanos<sup>19</sup>. En consecuencia, el tribunal concluyó que las disposiciones legales impugnadas no pueden aplicarse en Irlanda del Norte, en la

17 Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio de 2013. *Ibid.*, párs. 121 a 122 y 127.

18 Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre de 2011. *Ibid.*, párs. 161 a 164.

19 *Ibid.*, párr. 157 a 158.

medida en que infringen las garantías establecidas por el Acuerdo<sup>20</sup>. Esta sentencia ha sido objeto de recurso, y, por lo tanto, dará lugar a más debate en el Tribunal de Apelación de Irlanda del Norte en su momento.

### **3. *Intermezzo: un particular buen ejemplo***

Dirijo mi atención brevemente a las impugnaciones sobre incompatibilidad relativas al Reglamento sobre Menores (Irlanda del Norte) de 1995 y su equivalente en Inglaterra, la Ley sobre Menores de 1989<sup>21</sup>, un sector del ordenamiento en el que ejercí durante muchos años como abogada. Estas normas legislativas, que son paralelas entre sí en gran medida, han resistido impugnaciones basadas en el CEDH y son ejemplos del equilibrio alcanzado por el Parlamento al legislar en materias de Derecho privado dentro de su margen de apreciación. Además, estas normas han sido interpretadas de forma compatible con el CEDH, en particular con su artículo 8 relativo al derecho a la vida familiar<sup>22</sup>, por lo que han resistido la prueba del tiempo.

En Irlanda del Norte, nuestra valoración en materia de derechos en los casos relativos a Derecho de familia fue esbozada de forma correcta por uno de mis predecesores, Lord Kerr, en la sentencia del caso *AR v Homefirst Trust*<sup>23</sup>, en la que criticó la atención inadecuada prestada al CEDH en la resolución en primera instancia sobre la demanda de una madre que había perdido varios hijos entregados en adopción, pero que reclamaba una oportunidad con un

nuevo bebé. Obviamente, debía accederse a esa pretensión, por difícil que hubiera sido su historia pasada.

Estos casos implican invariablemente la consideración de los aspectos relativos a la vida familiar garantizada por el artículo 8, que tiene una dimensión procesal y otra sustantiva, e impone obligaciones positivas al Estado en lo que respecta a la vida familiar. Una sentencia reciente, dictada en el caso *SV*<sup>24</sup>, tiene por objeto la impugnación referida a la incompatibilidad del citado Reglamento sobre Menores con los artículos 6, 8 y 14 del CEDH, basada en la circunstancia de que el mismo no incluye una disposición expresa para que un menor pueda accionar interesando la revocación de la patria potestad ejercida por el padre (casado con su madre).

La segunda sentencia fue dictada en el caso *Re A (Parental Responsibility)*<sup>25</sup>, un asunto inglés en el que la distinción establecida en la Ley sobre Menores de 1989 entre progenitores casados y no casados con respecto a la facultad del tribunal de revocar la patria potestad fue impugnada al amparo del artículo 14 del CEDH, interpretado en relación con el artículo 8 del propio CEDH. En ambos casos, los Tribunales de Apelación de las respectivas jurisdicciones examinaron en detalle la justificación subyacente a la decisión del Parlamento en este ámbito concreto del Derecho de familia.

En un principio parecería que la diferencia de trato prevista en las normas legales no se basa en una justificación adecuada, pero un examen detallado de la intención del Parlamento en la sentencia del caso *SV* evidencia que la diferenciación deliberada hecha por el legislador entre padres casados y no casados tiene por objeto «pro-

20 *Ibid.*, pár. 181.

21 Children (Northern Ireland) Order 1995 y Children Act 1989, respectivamente.

22 Vid. las sentencias de los casos KA c. Finlandia [2003] ECHR 27, STEDH de 14/1/2003; Strand Lobben & Others c. Noruega [2019] ECHR 615, STEDH de 10/9/2019; y Kutzner c. Alemania [2002] ECHR 160, STEDH de 26/2/2002.

23 AR v Homefirst Trust [2005] NICA 8.

24 SV (Minor) v PV & PV v a Health and Social Care Trust [2023] NICA 41.

25 Re A (Parental Responsibility) [2023] EWCA Civ 689.

teger a los hijos y a las madres de padres desmerecedores»<sup>26</sup>. En la sentencia del último caso se sostuvo que la diferencia de trato está respaldada por el objetivo legítimo de dar prioridad a las uniones civiles sobre las relaciones menos formalizadas y defender el principio profundamente arraigado de que los progenitores casados deberían ostentar una patria potestad irrevocable. En ambos casos se denegó la autorización para interponer un ulterior recurso ante el Tribunal Supremo.

También en el ámbito del Derecho de familia, menciono la sentencia del caso R y H c. Reino Unido<sup>27</sup>, dictada por el TEDH a raíz de la sentencia de la Cámara de los Lores en el asunto *RH v Down Lisburn Trust*<sup>28</sup>, en el que este último tribunal examinó el equilibrio que debe alcanzarse entre la declaración de desamparo en virtud del Reglamento de Adopción (Irlanda del Norte) de 1987<sup>29</sup> y la injerencia en los derechos de los padres reconocidos en el artículo 8 del CEDH, específicamente en lo que respecta al contacto posterior a la adopción cuando la delegación de la guarda no ha sido formalmente acordada, pero es previsible. El TEDH confirmó la resolución del órgano jurisdiccional nacional en la que se afirmaba que la declaración de desamparo respondía al interés superior del menor y consideró que dicha resolución del órgano jurisdiccional nacional se hallaba comprendida «adecuadamente dentro del margen de apreciación del que disfrutan los órganos jurisdiccionales nacionales en estos casos»<sup>30</sup>.

Al día de hoy, las buenas prácticas están bien definidas en sentencias como las

relativas a los casos *Re B*<sup>31</sup> y *H-W*<sup>32</sup>, dictadas por el Tribunal Supremo y en las que se reitera la necesidad de considerar adecuadamente todas las opciones para adoptar una decisión proporcionada en cualquier procedimiento de Derecho de familia que invariablemente implique una injerencia en la vida familiar.

#### 4. Nuevos retos

Huelga decir que existen otras cuestiones sociales adicionales que, tanto en Irlanda del Norte como en otros países, tienen un impacto en los derechos humanos.

Las estadísticas recientes han evidenciado que Irlanda del Norte es el lugar de Europa más peligroso para las mujeres, con un promedio de cinco asesinatos anuales. Este año se han registrado siete asesinatos de este tipo hasta el momento<sup>33</sup>. Dicho esto, en las últimas décadas ha habido una creciente concienciación sobre los efectos de la violencia doméstica, que se ha reflejado en el ordenamiento jurídico, incluyendo la Ley sobre Violencia Doméstica y Procedimientos Civiles (Irlanda del Norte) de 2021<sup>34</sup>, la cual, entre otras cosas, ha tipificado el delito específico de violencia doméstica.

Se ha argumentado que esta ley era oportuna y extremadamente necesaria en Irlanda del Norte, ya que el control coercitivo ya había sido tipificado como delito en otras jurisdicciones dentro del

26 SV, pár. 106.

27 R y H c. Reino Unido [2011] ECHR 844. STEDH de 31/5/2011.

28 RH v Down Lisburn Trust [2006] UKHL 36.

29 Adoption (Northern Ireland) Order 1987.

30 *Ibidem*, pár. 88.

31 In Re B (A Child) (Care Proceedings: Threshold Criteria) [2013] UKSC 33.

32 In re H-W (Children) [2022] UKSC 17.

33 Allison Morris, «The 43 females who have been killed in NI in the last eight years» (Las 43 mujeres que han sido asesinadas en Irlanda del Norte en los últimos ocho años) (Belfast Telegraph, 21 de octubre de 2024).

34 Domestic Abuse and Civil Proceedings Act (Northern Ireland) 2021.

Reino Unido y en Irlanda<sup>35</sup>. Antes de la Ley de 2021, la tipificación como delito de la violencia doméstica en Irlanda del Norte quedaba limitada al enjuiciamiento con arreglo al Derecho penal general de situaciones en las que se había producido violencia física.

El carácter obsoleto de la legislación sobre violencia doméstica en Irlanda del Norte fue reconocido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, o «CEDAW», en las observaciones finales del octavo informe periódico sobre el Reino Unido, correspondiente a 2019. El Comité constató que las normas y las políticas para la protección de las mujeres en Irlanda del Norte resultaban inadecuadas y recomendó al Reino Unido que «adoptara medidas legislativas y políticas integrales para proteger a las mujeres de todas las formas de violencia de género en todas las jurisdicciones del Estado parte, incluida Irlanda del Norte»<sup>36</sup>. La Ley sobre Violencia Doméstica y Procedimientos Civiles (Irlanda del Norte) de 2021 constituyó un avance legislativo necesario para proteger a todas las personas afectadas por la violencia doméstica física y psicológica.

Ha habido otros avances cruciales en el ámbito del Derecho penal en Irlanda del Norte. En primer lugar, se ha tipificado un nuevo delito autónomo de estrangulamiento no mortal, a la luz de las investigaciones que han demostrado que el estrangulamiento es un indicador de la futura escalada de la violencia en las relaciones de pareja. En segundo lugar, se han producido progresos para abordar la cuestión del acoso, con la tipificación de

un delito específico y la introducción de órdenes de prevención del acoso.

Otra área con implicaciones potencialmente complejas para el Derecho de los derechos humanos en Irlanda del Norte, común a muchas otras jurisdicciones, la constituyen los procedimientos judiciales sobre cambio climático. Para poner los procedimientos judiciales sobre cambio climático en su contexto son necesarias algunas cifras. Según la base de datos de procedimientos judiciales climáticos del Centro Sabin, actualmente hay 2.666 procedimientos climáticos en todo el mundo. En 2023 se presentaron 24 demandas en el Reino Unido, lo que supone que fue uno de los países con más procedimientos registrados durante ese año, al margen de los EE.UU.<sup>37</sup>

El TEDH ha ampliado las obligaciones de los Estados en el ámbito de los derechos humanos a la aplicación de políticas eficaces en materia de cambio climático<sup>38</sup>. En el Reino Unido, la reciente sentencia del Tribunal Supremo en el caso Finch c Surrey County Council y otros<sup>39</sup> ilustra sobre la importancia de las evaluaciones exhaustivas de impacto ambiental para las explotaciones de petróleo y gas en el Reino Unido y sobre las diferentes opiniones en este ámbito.

Irlanda del Norte ha contribuido con su cuota a la jurisprudencia climática en los últimos años, con demandas innovadoras presentadas ante el Tribunal Superior impugnando la política ambiental y las decisiones adoptadas en esta área. Sin

<sup>35</sup> Ronagh McQuigg, «Domestic abuse:the shadow pandemic» (2022) 73 NIQL 2 341-364.

<sup>36</sup> Observaciones finales del octavo informe periódico relativo al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte CEDAW/C/GBR/CO/8 (14 de marzo de 2019).

<sup>37</sup> Joana Setzer y Catherine Higham, «Global trends in climate change litigation: 2024 snapshot (2024)», Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, London School of Economics and Political Science.

<sup>38</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. Suiza [2024] ECHR 304. STEDH de 9/4/2024.

<sup>39</sup> Finch v Surrey County Council and Others [2024] UKSC 20.

embargo, las demandas medioambientales hasta la fecha se han planteado al amparo de principios constitucionales y no de argumentos basados en derechos, aunque la aplicación de la Ley de Cambio Climático (Irlanda del Norte) de 2022 ha proporcionado una base jurídica para impugnar la toma de decisiones medioambientales que no cumplen los estándares nacionales y/o internacionales<sup>40</sup>.

Finalmente, no puedo exponer los nuevos retos sin mencionar la ciberseguridad y la inteligencia artificial (IA). Al abordar este nuevo desafío, los tribunales tendrán que asegurarse de que son firmes en la defensa de los derechos humanos fundamentales. Es posible que hayan leído recientemente que un estudio publicado en una revista científica evidenció que incluso el renombrado poeta William Shakespeare no puede escapar de los peligros de la IA. Los chatbots de IA pueden imitar ahora a poetas famosos como Shakespeare lo suficientemente bien como para engañar a muchos lectores humanos, ¡y muchos de los participantes en el estudio prefieren en realidad la poesía de los chatbots!<sup>41</sup>

Por supuesto, el sector jurídico también se enfrenta a estos desafíos, y cada vez resulta más evidente la necesidad de una regulación sólida. Síofra O'Leary, anterior presidenta del TEDH, resumió con precisión esta cuestión en su conferencia MacDermott en Belfast en 2022, cuando disertó sobre las dificultades de la regulación de internet y las redes sociales. Las mismas palabras parecen pertinentes para el debate sobre la IA:

«El Tribunal [europeo] ha tratado de hacer frente a las «realidades conflictivas» (término utilizado en la sentencia del caso Delfi c. Estonia) generadas por internet y las nuevas tecnologías. Ha reconocido, por un lado, que la actividad expresiva generada por los usuarios en internet proporciona una plataforma sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión. Por otra parte, internet puede actuar como foro para la rápida difusión de formas ilegales de expresión que pueden permanecer persistentemente en línea»<sup>42</sup>.

Los intereses contrapuestos en juego han sido destacados, por ejemplo, en la Ley de Inteligencia Artificial de la UE de 2024, que constituye el primer intento de promulgar una regulación horizontal para la IA. Si bien el Parlamento Europeo ha reconocido que «se espera que las tecnologías de IA aporten una amplia panoplia de beneficios económicos y sociales a una amplia gama de sectores», también señala que existe una preocupación real por «la libertad de expresión, la dignidad humana, la protección de los datos personales y la privacidad»<sup>43</sup>.

Al igual que otras personas, estoy alerta ante los problemas potenciales que la IA podría causar en el sistema de justicia, particularmente en el ámbito de los derechos humanos, y soy de la opinión de que no podemos subestimar la importancia de un enfoque humano matizado respecto de algunos de los problemas sociales más complejos a los que todos nos enfrentamos.

40 Climate Change Act (Northern Ireland) 2022. No Gas Caverns and Friends of the Earth's Application [2024] NIQA 50.

41 Tor Constantino, «People Can't Tell AI From Shakespeare — They Prefer AI's Verse, Study» (Forbes, 15 de noviembre de 2024).

42 Síofra O'Leary, «*Democracy, expression and the law in our digital age*», 50<sup>a</sup> Conferencia Anual MacDermott en la Queen's University de Belfast, 2022, 73 NILQ 162-183, 165.

43 Parlamento Europeo, *Informe sobre la Ley de Inteligencia Artificial* (junio de 2023), PE698.792.

## 5. Conclusión

Para terminar la conferencia de esta tarde, vuelvo a Tomás Moro y cito de nuevo Utopía, donde dice:

*«No se debe abandonar el barco en una tormenta porque no se puedan controlar los vientos (...) Lo que no se puede convertir en bueno, al menos debe hacerse lo menos malo que se pueda».*

Como jueces nuestra tarea consiste en aplicar e interpretar la ley. No podemos controlar los vientos; sólo podemos hacer nuestro mejor esfuerzo para capear el temporal. Siempre habrá nuevos desafíos que el derecho debe abordar, ya sea protegiendo los derechos de las personas durante y después de los conflictos o resolviendo sobre cuestiones complejas vinculadas a los derechos humanos como la violencia doméstica, el cambio climático o la IA. Confío en que Irlanda del Norte seguirá realizando una contribución sus-

tancial a la jurisprudencia en materia de derechos humanos en todos estos ámbitos en los próximos años.

A este respecto, vuelvo a un último fragmento de historia local relatado en el texto de McCormick y Dickson, en el que refieren que en 1925 la carga de trabajo del recién creado Tribunal de Apelación de Irlanda del Norte era notablemente escasa, ya que solo conoció de catorce asuntos entre el 1 de octubre de 1921 y el 31 de julio de 1922. Los autores hacen referencia a una carta de A. N. Anderson al Primer Ministro de Irlanda del Norte en la que se afirmaba que «es cierto que el Tribunal de Apelación no tiene suficiente trabajo (...)»<sup>44</sup>.

¡Hoy no es así! Somos un tribunal atareado que se ocupa de muchos temas, incluidos los casos en materia de derechos humanos que he expuesto, y esperamos mantenernos atareados en los próximos años.

---

44 McCormick & Dickson... pág. 16.



## A vueltas con la inmediación

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ

*Confíjegal* publicó, el 5 de mayo último, el artículo de Manuel Jaén Vallejo titulado: «La revisión de sentencias en apelación y el principio de inmediación». El texto cuestiona la tesis mantenida en la excelente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 150/2025, de 20 de febrero, ponencia de Javier Hernández, favorable a un recurso de apelación sin restricciones en caso de condena, comprensivo, por tanto, del juicio sobre el tratamiento de la prueba por parte del juzgador de primer grado. La discrepancia del autor del trabajo se basa en que tal modo de proceder no será posible cuando se trate de valorar lo aportado por fuentes de prueba de carácter personal, debido a la falta de inmediación. Jaén Vallejo argumenta en apoyo de su tesis, sustancialmente, como sigue.

En el sistema de libre valoración de la prueba vigente en España, la inmediación es esencial, con el límite impuesto por la aplicación de las reglas del criterio racional (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En el caso de las pruebas personales, la percepción de sus aportaciones por el juzgador será de carácter «sensorial» y, por eso, su apreciación estará solo al alcance

del que juzgue con inmediación, es decir, en contacto directo con la fuente. Así, la credibilidad o la fiabilidad de las manifestaciones de un testigo nunca podrían ser evaluadas por un tribunal que no hubiese gozado de aquella. En consecuencia, el correspondiente juicio será irreversible, esto es, inapelable, y firme, por tanto, la resolución en que se exprese.

La disciplina de la prueba en el proceso penal acogida en la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal, es la propia de las legislaciones de la época. En la opción por la apreciación *en conciencia* (art. 741), se expresa algo tan simple como la ruptura con el régimen de prueba legal, por la evidencia de que, en la materia probatoria, no cabe la atribución de un valor convictivo en abstracto mediante reglas jurídicas. Esto quiere decir que, tratándose, como se trata, de obtener conocimiento empírico de calidad, de saber de hechos, el método solo podría ser el ya entonces en uso en los ámbitos científico e historiográfico, esto es, el de la inferencia inductiva. En él, a partir de la imputación tomada como la hipótesis que es, se deducirán las consecuencias, o sea, los efectos que, de ser cierta, habría ocasionado y, mediante la práctica de las pruebas, se verificará si estos han tenido o

no efectivamente lugar en el segmento de la realidad concernido.

Tal era la opción metodológica implícita del pensamiento ilustrado y del mejor procesalismo liberal, pero las poderosas magistraturas profesionales de la época, la francesa en particular, se encargaron de reelaborar ese esquema a su medida y, donde la afirmación tendría que ser: «no puede haber *reglas legales* de valoración de la prueba», dispusieron: no hay *reglas de ninguna clase*<sup>1</sup>. Así, consagraron en sus prácticas, como criterio de decisión, la *intime conviction*, es decir, en afortunada expresión de Carrara, el juicio «por mera inspiración del sentimiento» fruto de la que este, con el mismo acierto, calificó de «convicción autocrática»<sup>2</sup>. Autoatribuyéndose así forma una auténtica patente de corso para resolver de un modo incontrolable, mucho más próximo a la adivinación que al decidir racional.

Por desgracia, tal planteamiento *sigue teniendo*, increíblemente, la vigencia que acreditan el texto objeto de este comentario y la ingente jurisprudencia de todas las instancias, a partir de la propia Sala Segunda en que se apoya. Y ello a pesar de que las modernas constituciones, entre ellas la española vigente, con la asunción del proceso acusatorio y contradictorio informado por el principio de presunción de inocencia y con la imposición del deber de motivar, han puesto ese incontrolable modo de concebir y evaluar la prueba fuera de la Constitución y de la ley. Pero

lamentablemente, esto —como el hecho de que, además, el planteamiento a examen, discurra aparatosamente al margen del único método acreditado en materia de obtención de conocimiento fáctico— no es obstáculo para que siga inspirando las decisiones de tan elevado *número de jueces y tribunales*. Y suscitando, en el plano doctrinal, adhesiones como la que aquí se examina.

La concepción que se cuestiona parte del aserto inaceptable de que, tratándose de fuentes personales de prueba, la percepción y evaluación de sus aportaciones es de exclusivo carácter sensorial; por lo que, quien no haya mantenido un contacto directo con aquellas, no estará en condiciones de valorarlas. Tal modo de ver se completa con la afirmación de que, a diferencia de lo que sucede con lo aportado por las pruebas de otra clase, en el caso de las que aquí se contemplan no haría falta una «elaboración racional o argumentativa posterior»<sup>3</sup>.

Siendo así, podría decirse, las afirmaciones del testigo no solo le entrarían al tribunal por la inescrutable vía de los sentidos, sino que, en cierto modo, *se quedarían en estos*, como habilitados para desarrollar,

1 En la sentencia de la Sala Segunda n.º 1066/1993, de 7 de mayo, se afirma expresivamente: «el principio de libre valoración de la prueba [...] supone su apreciación sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase [...] sin más freno o cortapisa que la de obrar recta e imparcialmente». O lo que es lo mismo, para sentenciar bien, sobrarían las exigencias de método, porque, puede decirse, bastaría con la (*presumiblemente buena*) la intención del jurisdicente.

2 F. Carrara, *Programa de derecho criminal*, trad. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1957, vol. II, p. 233.

3 En sentencias de la Sala Segunda que llegan hasta nosotros puede leerse: «En la valoración de la prueba directa [hay] un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la inmediación y por tanto ajeno al control en vía de recurso». Y «un segundo nivel, necesario en ocasiones, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior». O lo que es lo mismo, la extracción por el juzgador de consecuencias hábiles para la decisión, a partir de lo que el testigo diga haber visto en el momento de los hechos, se produce al margen de las reglas del modo de proceder racional. Lo que tiene un corolario que se expresa regularmente en infinidad de sentencias de la Sala Segunda: «El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral». Que es por lo que «el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores funcionalmente hablando revisar esta valoración de la prueba».

por sí mismos, un misterioso proceso, a lo que parece, automático e incluso inconsciente, de *evaluación*. En efecto, pues, de no ser así, el juzgador tendría que poner a contribución esas facultades intelectuales —las propias del razonamiento y la argumentación racional— que, según la aludida jurisprudencia, tratándose de fuentes personales de prueba, no jugarían ningún papel.

Curioso modo de *discurrir*, cuando ya Michel de Montaigne, en el siglo XVI pudo escribir, cargado de razón, «que es el entendimiento el que ve y oye»<sup>4</sup>. Algo por demás obvio y que excluye cualquier posibilidad de degradar el acto de toma de conocimiento (por sencillo que sea el objeto) a una plana percepción por la vía exclusiva de los sentidos. Por otra parte y a título meramente discursivo, de no ser así: ¿cuáles de estos serían los implicados? Descartados, obviamente los del gusto, el olfato y el tacto, quedarían la vista y el oído<sup>5</sup>. Bueno, en realidad, la vista, cómo único capaz de captar, en virtud de la inmediación, esos elementos inefables, de estimación tan rigurosamente intransferible e incluso misteriosa. Porque, en cambio, los enunciados lingüísticos son perfectamente susceptibles de objetivación y consideración interpersonal mediante la grabación fonográfica o la documentación escrita.

Semejante modo de entender el tratamiento de la prueba testifical tiene su fundamento (implícito) en dos falsos presupuestos. El primero, se concreta en la doble consideración de que el testigo de una acción delictiva, y más aún la víctima de esta, es, por regla, un *observador* cualificado, altamente fiable, de todo lo

relacionado con ella y, consecuentemente, un *informador* de la misma calidad<sup>6</sup>. Y el segundo, en la certeza de que el juez receptor de los datos correspondientes es un sujeto cognoscente —quizá por razón de carisma— tendencialmente infalible. Hasta el punto de que sus conclusiones al respecto pueden fundar sentencias injustificables e inapelables. Lo propio de quien, como juzgador —es jurisprudencia machaconamente reiterada de todas las instancias—, está habilitado para operar en este terreno con «soberanía», incluso con «imperio». De donde resulta que la *suprema potestas superiorem non recognoscens*, de tan infiusta memoria, conocidamente desplazada en el campo de la política por la lógica estado de derecho, seguiría cómodamente instalada en el del proceso penal.

Todo cuando ya cualificados exponentes del mejor pensamiento ilustrado, como Beccaria<sup>7</sup> o Murena<sup>8</sup>, en el siglo

<sup>6</sup> De hasta qué punto esta convicción puede producir efectos aberrantes da idea la sentencia n.º 49/2010 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, anulada por la de la Sala Segunda n.º 779/2011. El fallo condenatorio se basaba en el señalamiento del autor de un robo con violencia por la víctima, que lo habría reconocido por «la mirada y el tamaño de los ojos» cuando llevaba puesto un casco integral de motorista (!), al ver su fotografía entre las exhibidas en comisaría. Por cierto, esto constaba, con total claridad, al mismísimo comienzo del atestado, ¡pero no en la sentencia! Se dio, por tanto, la circunstancia de que semejante *identificación* mereció el aval del juez instructor, del fiscal que intervino en la instrucción, de los tres magistrados de la Audiencia, del fiscal que actuó en el juicio, de la fiscalía del Tribunal Supremo que se pronunció en contra de la admisión del recurso y del gabinete técnico de la Sala Segunda que elaboró un proyecto de sentencia en el mismo sentido, y de dos componentes de la sala de admisión. Creo que el caso, dada la muestra, ciertamente aleatoria y expresiva, representada por el número de profesionales intervenientes en esta secuencia de actitudes disparatadas es francamente ilustrativa. Como asimismo el dato bien acreditado de que la inmensa mayoría de los errores judiciales, es decir, de las condenas de inocentes, se siguen de identificaciones erróneas.

<sup>7</sup> C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, edición bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, trad. de F. Laplaza, texto italiano fijado por G. Francioni, prólogo de P. Calamandrei, Trotta, Madrid, 2011, pp. 153 y 155.

<sup>8</sup> «La inquisición de la verdad por medio de testigos es lo más difícil para un juez, y lo que exige más pruden-

<sup>4</sup> M. de Montaigne, *Ensayos*, edición de M. D. Pizarro y A. Montijo, Cátedra, Madrid, 1985, t. I, cap. XXVI, p. 205.

<sup>5</sup> Aunque no quizá el famoso «sexto», tan determinante en las conclusiones de muchos atestados.



XVIII, advirtieron de los riesgos inherentes a la prueba testifical. Cuando un experto tratadista como Braunshausen, a comienzos del siglo pasado, dejó escrito que «los experimentos han demostrado que la idea corriente de la seguridad del testimonio normal envuelve un error crasísimo»<sup>9</sup>. Cuando, en la misma época, un jurista experimentado, el magistrado francés Gorphe, pudo escribir que «los errores son elementos constantes y normales del testimonio: el testigo no sujeto a error no existe». Cuando, para decirlo con palabras de un procesalista eminente como Michele Taruffo, más próximo a nosotros:

«la prueba testifical está destinada a ser el instrumento más incierto e inseguro para la comprobación judicial de la verdad»<sup>10</sup>. Y cuando, en fin, la psicología del testimonio y de la memoria ha adquirido un notorio estatuto científico y producido una literatura inabarcable, de sólida base experimental, acerca de la escasa fiabilidad de las informaciones procedentes de testigos, en especial, si víctimas de acciones violentas<sup>11</sup>.

10 M. Taruffo, «Prova testimoniale. Diritto procesuale civile», *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Giuffrè, Milán, 1988, p. 755.

11 A. Cavedon y M. G. Calzolari han llamado la atención sobre la negativa incidencia de la condición de víctima en el testigo cuando se trata de una agresión, por la razón de que sus condiciones subjetivas, es decir, «la activación emotiva y el nivel de estrés son de una intensidad tal que resultan fuertemente perturbadores» (*Come si esamina un testimone*, Giuffrè, Milán, 2005, p. 19). En el mismo sentido, sobre la influencia de los estados emotivos en el testimonio de la persona agredida, véase L. de Cataldo Ne-

cia de su parte» (M. Murena, *Tratado sobre las obligaciones del juez* (1785), trad., de C. Cladera, prólogo de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2022, p. 29).

9 N. Braunshausen, *Introducción a la psicología experimental* (1914), trad. de J. Carreras Artau, Labor, Barcelona, 1930, p. 104.

Estas apreciaciones autorizan a llamar la atención sobre el hecho, ciertamente alarmante, de que la jurisprudencia penal, incluso la más alta, pueda discurrir al margen de tan consolidado estado de cultura<sup>12</sup>. Además, en abierto conflicto con fundamentales exigencias derivadas de la vigente disciplina constitucional del proceso<sup>13</sup> y con efectos negativos de una gravedad inusitada<sup>14</sup>.

Una especie de *mala conciencia* institucional ha llevado a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a postular durante decenios que, a falta de un recurso de apelación

---

uburger, *Esame e controesame nel processo penale. Diritto e psicología*, Cedam, Padua, 2000, pp. 59-60). Giuliana Mazzoni ejemplifica con «la presencia de un arma en la escena de un delito», que —dice— representa un elemento que acapara automáticamente la atención del testigo. Consigue así que el resto de la escena se codifique de una forma relativamente pobre» (*Psicología del testimonio*, trad. de A. Moreno, Trotta, Madrid, 2019, p. 51). En la materia, véase también, de G. Mazzoni, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, trad. de J. M. Revuelta, Trotta, Madrid, 2010; y Margarita Diges y Nieves Pérez-Mata, «La prueba de identificación desde la psicología del testimonio», en Varios Autores, *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, Marcial Pons, Madrid, 2014, en particular, pp. 43 ss.

12 Que puede llegar al extremo de traducirse en el aserto de que la directa observación del, en este caso, de la testigo-victima permitirá al juez acceder, con absoluta certeza, con una convicción, «no subjetiva, sino objetiva», a la verdad de lo sucedido (Sala Segunda, sentencia n.º 69/2020). Una calidad de verdad fáctica a cuya obtención habría renunciado Heisenberg, por considerarla inaccesible, en el ámbito de la física cuántica.

13 Que, entre otras cosas, consagra el deber de motivar las sentencias (en hechos y en derecho) como parte esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, Un deber abiertamente eludido en el caso de la jurisprudencial apreciación sensorial de la prueba. De imposible racionalización, no verbalizable, infiscalizable, por tanto, que remite a un oracular antimodelo de juez. Tal es lo que se sigue de afirmaciones de la Sala Segunda como la que postula la distinción entre la «*percepción sensorial*» solo al alcance del «órgano jurisdiccional presente en el juicio» y «la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control», presente en infinitud de sentencias (cursiva añadida).

14 Para un ejemplo paradigmático véase el dramático caso de Ahmed Tommouhi, magníficamente tratado por Braulio García Jaén en *Justicia poética. Dos falsos culpables en un país de quijotes*, Península, Barcelona, 2025. También puede verse con provecho el reportaje de RTV 2 «En portada», Falsos culpables, 7 de mayo de 2025.

en las causas por delitos graves, en el caso de sentencias con hechos probados fijados a partir de aportaciones debidas a fuentes personales de prueba, bastaría con fiscalizar en casación la «restructura racional del juicio», para que el fundamental derecho a la segunda instancia pudiera considerarse satisfecho<sup>15</sup>.

Pero el modo de discurrir no puede ser más falaz. Como ha escrito Calogero, «*la consistencia lógica real de una sentencia no está en modo alguno constituida por su consistencia lógica formal [...] las más extravagantes tonterías son susceptibles de expresarse [...] en impeccables silogismos*<sup>16</sup>». Y es que, en efecto, un curso argumental puede ser formalmente correcto, aunque se componga de aserciones falsas en su totalidad obtenidas mediante una errónea evaluación del material probatorio. Que es lo que le lleva a un Iacoviello cargado de razón a preguntarse: «¿Cómo puede decir la Casación que una *hipótesis* es lógica sin tomar en consideración la sustancia de la hipótesis, es decir, el *hecho*?»<sup>17</sup>.

Siendo así, ¿qué sentido tiene estar a la estructura del discurso prescindiendo de su referente, es decir, haciendo abstracción de aquello sobre lo que versa la causa y la sentencia, que, por otra parte, es lo que realmente importa cuando se trata de eva-

---

15 Se ha dicho y dicho bien, que el modo de que los hechos no planteen problemas en casación es no nombrarlos. Y puedo decir que me consta por experiencia, porque en casi dos décadas conociendo en casación, como ponente, a pesar del régimen jurisprudencial dominante, nunca tuve problema para entrar en el examen de cuestiones probatorias, al resolver recursos fundados en la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Algo, por lo demás, obligado cuando, como era el caso hasta hace bien poco, nuestro sistema desconocía el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en causas seguidas por delitos graves.

16 G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Cedam, Padua, 1964, p. 55.

17 F. M. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milán, 2ª edición 2023, p. 66.

luar el fundamento de la decisión? Un discurso que dijera: «todos los hombres son peces, el elefante es un hombre, luego el elefante es un pez» sería *estructuralmente* correcto y, por tanto, digno de ser considerado tal según la jurisprudencia que se cuestiona. Pero ocurre que, en el caso de la decisión judicial, la verdad solo puede ser efecto del rigor inductivo en la obtención de los elementos de juicio y del rigor lógico en el modo de operar con ellos. Así, no cabe estar de manera exclusiva a la regularidad formal del discurso, como si este pudiera ser una suerte de caja vacía, indiferente a las particularidades de su contenido. Esto es, actuar de espaldas a la calidad de las premisas, al margen de su modo de obtención, para estar en exclusiva a la manera de operar discursivamente con ellas. Por el contrario, como para evaluar en general la calidad de verdad de cualquier tipo de razonamiento, es imprescindible integrar el *desarrollo argumentativo* con el *contenido informativo*.

Hay, en fin, otra consideración de Jaén Vallejo en la que quiero detenerme. Es la que reza: «Un condenado en primera instancia sí podría ser absuelto en apelación pero, no en virtud de una nueva evaluación de la prueba, sino en aplicación del principio *in dubio pro reo*, que forma parte del de presunción de inocencia, en su dimensión normativa, perfectamente revisable al tratarse de una cuestión de derecho y que impone a los jueces la obligación de absolver cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad del acusado».

Este modo de razonar es francamente cuestionable. El principio *in dubio pro reo* guarda una relación esencial de identidad con el de presunción de inocencia, del que en realidad constituye una implicación necesaria.

En la actualidad, el proceso, antes (o, si

se quiere, a la vez) que un dispositivo jurídico es o debe ser un instrumento idóneo para la obtención de conocimiento sobre un hecho eventualmente delictivo, que podría o no haber sucedido. Por eso, en el punto de partida del modo de proceder sitúa una exigencia consistente en obligar al operador institucional a actuar como un conocedor racional, adoptando una posición de neutralidad en el punto de partida. Esto quiere decir que el contenido de la denuncia o la querella han de tomarse como hipótesis (intento de aclaración de lo acaecido) cuya calidad explicativa deberá ser objeto de verificación, por una vía que, aunque discurre en un marco de derecho, dado que se trata de saber de hechos, no es jurídica sino epistémica. *Lo jurídico* del asunto es, específicamente, la circunstancia de que el legislador constitucional ha asumido el método impuesto por la presunción de inocencia en su vertiente de regla de juicio como obligatorio para examinar toda imputación de delito, elevando la expectativa correspondiente a la categoría normativa de derecho fundamental de la persona y principio estructural del proceso penal, por eso acusatorio y contradictorio.

Así las cosas, cuando un tribunal de segundo grado recibe, como impugnada, una sentencia condenatoria, está *jurídicamente* obligado a evaluar *epistémicamente* el fundamento de la decisión: esto es, la formación probatoria de las premisas y la calidad del modo como se ha operado con ellas.

Y no solo se trata de hacer algo impuesto por la propia lógica —epistémica y jurídica— del sistema de garantías, que exige el llamado «doble conforme» o, como se ha escrito en algún caso, la condena, siempre, por dos a cero, esto es, que la decisión que conlleva una grave privación de derechos como consecuencia, sea evaluada en otra instancia. Es que, además, en contra de lo

que machaconamente se viene repitiendo por una jurisprudencia inconsistente, esa opción, moral y jurídicamente obligada, es perfectamente posible desde el punto de vista cognoscitivo. Bastará con que, en el caso de las pruebas personales (imputados y testigos), la valoración se centre en las aportaciones con enunciados lingüísticos como vehículo, únicas susceptibles de evaluación interpersonal y de contrastación con los elementos de otra procedencia. Dejando, por tanto, fuera del cuadro probatorio esos *datos* hábiles en exclusiva para suscitar en el juzgador impresiones y sentimientos, incontrolables por definición.

En efecto, pues si se expulsa del cuadro probatorio el lenguaje gestual, o sea, ese conjunto de elementos inaprehensibles y ambiguos por antonomasia en su significación, de imposible valoración racional y racionalmente justificable, que confunden sin ayudar<sup>18</sup>, que acercan el papel del juez

18 «Muchos jueces y abogados o jurados estarían inclinados a considerar que un observador puede descubrir más fácilmente la mentira en una conversación si tiene la posibilidad de ver los rostros y los cuerpos de los que hablan. La investigación psicológica ha demostrado que esta convicción es falsa. El descubrimiento de la mentira es más fácil si el observador solo tiene acceso a la clave verbal de la comunicación y no también a la visual» (L. Cataldo de Neuburger, *Esame e controsenso nel processo penale. Diritto e psicología*, Cedam, Padua, 2000, p. 13). «Estudios experimentales han demostrado que las personas tienen mayores probabilidades de descubrir la mentira sin acceso a las sugerencias faciales.

al del arúspice o del adivino. Si se prescinde de esa *información* que resulta de objetivación imposible y por eso no podría ser examinada críticamente en un nuevo juicio, el juzgador de segundo grado tendrá sobre la mesa el mismo material probatorio que el anterior, obtenido contradictoriamente en un juicio con todas las garantías<sup>19</sup>; recibido, además, por el cauce de una resolución justificada en todos sus extremos. No, como en el caso de ese *juez-polígrafo* jurisprudencialmente habilitado para decidir «en conciencia», esto es, en la oscuridad de una *conciencia* que no le permite explicarse ni explicar el verdadero *porqué* de lo que resuelve. Ese *porqué* integrado por las que Ferrua ha descrito con eficacia como «las intuiciones solitarias de un juez omnisciente»<sup>20</sup>, de un peligrosísimo juez omnisciente. Más bien *oracular*, diría yo.

Hay quien [como Sacks] incluso ha llegado a sostener que, paradójicamente, deberían cubrirse con máscaras los rostros de los testigos para mejorar la capacidad de los jueces de valorar la credibilidad» (A. Forza, G. Menegon y R. Rumati, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Il Mulino, Bolonia, 2017, p. 21; hay trad. de M. A. Aramburu, *El juez emotivo*, Marcial Pons, Madrid, 2025).

19 Y con un grado de autenticidad y genuinidad que no podría predicarse de esa reiteración de las pruebas personales que, increíblemente, hoy da por buena la jurisprudencia de todas las instancias, a partir del TEDH.

20 P. Ferrua, *El justo proceso*, traducción y presentación de P. Andrés Ibáñez, Palestra Europa, Madrid-Lima, 2025, p. 221.



NASCENTES MORIMVR FINIS QZ AB ORIGINE PENDET.  
PI LONGIVS AVT PRQPIVS MORS SV A QVENOZ MANET.

## MEMORIA

---

# Los procesos de las últimas condenas a muerte del franquismo

Joaquim BOSCH

### 1

Los últimos fusilamientos del franquismo mostraron una vez más la brutalidad de una dictadura que decidió morir asesinando. Desde el principio hasta el fin del régimen, en materia represiva, encontrar cualquier parecido con las garantías propias de un Estado de derecho supondría un espejismo o una interpretación muy desatinada. Los procesos que desembocaron en esas últimas condenas a la pena capital volvieron a reflejar los patrones habituales que caracterizaron a la dictadura y a sus instrumentos de intimidación institucional.

Ha transcurrido medio siglo desde las cinco condenas a muerte que se ejecutaron el 27 de septiembre de 1975. La proximidad de ese amargo aniversario con la fecha del óbito del dictador ha generado nuevos debates, reflexiones y aportaciones sobre dichos fusilamientos. Aquí intentaremos analizar algunos aspectos jurídicos de los referidos procesos, en relación con el periodo histórico en el que tuvieron lugar y con los hechos que fueron objeto de esos consejos de guerra.

El contexto estaba condicionado por la situación de incertezza derivada del inevitable «hecho biológico»: la muerte de

Franco, que se presumía cercana, por la progresión de sus enfermedades. Desde finales de los años sesenta, las familias políticas del régimen empezaron a escenificar públicamente sus diferencias, para tomar posiciones ante las futuras transformaciones que se podían producir con la desaparición del jefe del Estado, lo cual condicionó la gestión política en esos años. Junto a otras cuestiones conflictivas, en los gobiernos de la última fase de la dictadura hubo tensiones internas al analizarse cómo responder ante el cambio de orientación de los sectores del antifranquismo que empezaron a apostar directamente por acciones armadas.

Como ha indicado Pau Casanellas, la irrupción de determinados grupos insurgentes se produjo en un contexto de creciente articulación de la contestación social. La etapa final del franquismo estuvo acompañada de una notable conflictividad, que alcanzó niveles sin precedentes en la larga vida del régimen. La oposición democrática nunca consiguió estar lo suficientemente implantada como para poner en peligro real a la dictadura, pero sí que desencadenó inquietud en el aparato gubernamental ante una agitación continuada en las calles que empezó a ser difícil

de controlar. E incluso las acciones del antifranquismo provocaron una comprensible intranquilidad a los gestores del régimen a partir de la Revolución de los Claveles en Portugal en abril de 1974 y de la caída de la dictadura de los coroneles en Grecia pocos meses después. En palabras de Casanellas, la movilización social fue un factor determinante de la crisis del franquismo, porque llevó a la imposibilidad de que el régimen se perpetuara tras la muerte del dictador<sup>1</sup>.

En esos años se produjo una notable escalada de la conflictividad laboral, con numerosas huelgas y un auge constante del movimiento obrero. Una muestra muy significativa de la reacción represiva del régimen fue el denominado proceso 1.001, iniciado en 1972 en el Tribunal de Orden Público, en el que se condenó al año siguiente a prisión a toda la dirección de Comisiones Obreras, incluido su secretario general, Marcelino Camacho (que no pudo salir de la cárcel hasta ser indultado tras la muerte de Franco). El delito objeto de condena fue el de asociación ilícita, la forma más habitual de persecución de la libertad sindical utilizada por la dictadura franquista.

También se produjo una progresión considerable de la protesta estudiantil, con todo tipo de movilizaciones en facultades e institutos, a menudo respaldadas por buena parte del profesorado. El movimiento vecinal logró igualmente una presencia pública nada desdeñable, con iniciativas populares que se dirigían a mejorar las condiciones de vida de los barrios, pero que suponían a la vez una crítica indirecta al régimen, a menudo con complicidades con el sindicalismo antifranquista. Además, hubo otros sectores hasta entonces pasivos que

en esos años comenzaron a cuestionar las estructuras del régimen, como ocurrió con colectivos del mundo del periodismo, de la esfera intelectual y de las bases del clero (en todo el país, pero especialmente en los círculos religiosos del País Vasco). Incluso algunos colegios de abogados formularon peticiones de amnistía o pidieron explicaciones ante medidas represivas.

Los datos de Juan José del Águila<sup>2</sup> indican que el Tribunal de Orden Público, con competencias en la persecución de delitos políticos, procesó a cerca de 9.000 personas entre 1964 y 1976, con un 74 por ciento de sentencias condenatorias. Además, fueron condenados 5.584 civiles por consejos de guerra entre 1960 y 1977.

Por otro lado, en esos años se declaró el estado de excepción en todo el Estado español en 1969, mientras que esas declaraciones fueron constantes en el País Vasco. Las muertes de manifestantes por disparos de la policía se contaban por decenas, sin consecuencias para los agentes. Además, la tortura policial fue una práctica sistémica, que no solo buscaba forzar confesiones para facilitar condenas, sino también proyectar una verdadera situación de terror institucional contra la disidencia. En sus informes sobre España, Amnistía Internacional contabilizaba las detenciones políticas por millares, en el marco de una represión generalizada.<sup>3</sup> Al mismo tiempo, estas prácticas estatales abusivas despertaban una animadversión correlativa contra la dictadura, que incrementaba los seguidores de la oposición antifranquista. Y también estimuló su radicalización.

En ese contexto empiezan las acciones armadas de ETA en 1968, en el marco del independentismo vasco. Y también sur-

<sup>1</sup> Casanellas, P., *Morir matando. El franquismo ante la práctica armada. 1968-1977*, Madrid, Catarata, 2014, p. 12.

<sup>2</sup> Águila J. J. del, *El TOP. La represión de la libertad (1963-1977)*, Fundación Abogados de Atocha, Madrid, 2020.

<sup>3</sup> Casanellas, P., *op. cit.*, p. 187.

ge el FRAP, un movimiento antifranquista impulsado en 1971 por el PCE (m-l), para agrupar a otros colectivos y personalidades independientes, que empieza a llevar a cabo atentados con armas de fuego en el verano de 1975.

Sin embargo, debemos subrayar que, durante el franquismo, estas organizaciones no podían ser identificadas únicamente por su apuesta por la lucha armada, porque también incorporaban visibles implicaciones políticas en su actuación. La mayor parte de su militancia no se dedicaba a perpetrar atentados. No son equiparables a un grupo terrorista, como lo fue ETA militar durante la democracia. Como explica José Manuel Rodríguez Uribes, profesor de Filosofía del Derecho y exministro de Cultura, el terrorismo (en sentido estricto) únicamente puede darse en sociedades democráticas<sup>4</sup>; en dictaduras sería más correcto hablar de resistencia o insurgencia contra la tiranía, lo cual no presupone necesariamente justificar las actuaciones armadas.

De hecho, ETA político-militar era la facción etarra mayoritaria al final del franquismo (Txiki y Ángel Otaegui eran militantes de esta organización), y se disolvió al llegar la democracia; sus miembros se integraron en Euskadiko Ezquierda, partido que acabó fusionándose con el PSE-PSOE. El FRAP también acordó su disolución tras la llegada de las instituciones democráticas y sus miembros abandonaron la práctica armada; buena parte de sus afiliados acabaron militando en el PCE y en las filas socialistas.<sup>5</sup>

Las cuestiones morales sobre la actividad armada también estuvieron presen-

tes durante el franquismo. Formaciones políticas como el PCE o el PSOE se desmarcaron de los atentados a miembros de las fuerzas de seguridad y, además, recomendaron a sus abogados que no defendieran a los acusados integrantes de ETA o del FRAP; los letrados no siempre siguieron esta consigna. En todo caso, más allá de la valoración moral que se pueda realizar, consideramos que la insurgencia armada contra una dictadura no es equiparable al terrorismo en un sistema democrático, en el que pueden expresarse de forma pacífica todas las ideas y no existe una violencia institucional sistemática de carácter político.

Todo este contexto explica un incremento de la respuesta represiva del franquismo en sus años finales. Después de la aplicación de la pena de muerte por delitos políticos en 1963, hubo una década en la que se mantuvo una represión considerable, pero sin llegar a nuevas ejecuciones. Sin embargo, el régimen recuperó al final su rostro de mayor crueldad.

## 2

Estas dinámicas punitivas venían de muy lejos. Poco después de su nacimiento, el nuevo Estado franquista se inclinó por la justicia militar como marco jurídico institucional preferente para canalizar la represión masiva contra cualquier forma de disidencia, a través del Código de Justicia Militar de 1890, complementado con diversos decretos y bandos militares. Posteriormente se aprobó un nuevo código castrense en 1945, que fue objeto de diversas reformas. Este último texto reguló los consejos de guerra del verano de 1975, que desembocaron en las condenas a muerte de Xosé Humberto Baena, José Luis Sánchez Bravo, Ramón García Sanz, Ángel Otaegui y Jon Paredes, Txiki.

4 Rodríguez Uribes, J. M., *Las víctimas del terrorismo en España*, Dykinson, Madrid, 2013.

5 Incluso algunos de ellos acabaron en el PP. El caso más conocido es el de Rafael Blasco, dirigente del FRAP, que llegó a ser consejero popular en varios gobiernos autonómicos valencianos. Despues estuvo en prisión, tras ser condenado por varios delitos de corrupción.

Estos procesos guardaban escasa relación con los principios jurídicos democráticos. Como sabemos, entre las reglas más básicas del Estado de derecho se encuentra la independencia judicial, el derecho de defensa, el principio de contradicción, las garantías procesales, la licitud en la obtención de pruebas y la prohibición de la tortura, la motivación de las sentencias o la posibilidad de recurrir las decisiones judiciales.

Los procedimientos ante los consejos de guerra guardaban alguna similitud con el proceso penal actual. Existía una instrucción de la causa. Después se regulaba una fase intermedia en la que intervenía el auditor militar, un cargo eminentemente castrense, el cual debía ratificar o no lo actuado durante la instrucción. Posteriormente, la fiscalía militar formulaba casi invariablemente acusación. Al final de la fase intermedia, podía participar por primera vez la defensa, pues las actuaciones previas eran secretas. Y, finalmente, se celebraba la vista oral.

Sin embargo, como se ha indicado, la propia estructura procesal y su aplicación práctica se alejaban sensiblemente de las reglas más básicas de un Estado de derecho. Los miembros de los tribunales eran cargos militares, sometidos a jerarquía, por lo que era imposible la independencia judicial. También formaban parte de los organismos castrenses los fiscales militares.

No había garantías de ningún tipo en estos procesos. La acusación se formulaba por la fiscalía a partir del informe policial, elaborado de forma muy frecuente tras todo tipo de torturas y malos tratos a los acusados que sufrían detención en condiciones infrahumanas. Al ser secreta la instrucción judicial, no había la menor posibilidad de presentar alegaciones o de proponer prueba por parte de la defensa, que no era designada hasta el periodo intermedio. Las sen-

tencias no eran motivadas y las decisiones judiciales eran irrecurribles. El conjunto del procedimiento se tramitaba con rapidez, a pesar de que en estas actuaciones se acordaban con frecuencia condenas a muerte o a varias décadas de prisión. En definitiva, estos procesos eran un mero ritual, apenas una escenificación teatralizada para simular una actuación de la justicia. Las condenas se decidían a menudo en ámbitos externos a los propios tribunales.

En 1963 se creó el Tribunal de Orden Público con la finalidad de asumir algunas competencias hasta entonces ejercidas por los consejos de guerra. Pero el TOP solo tramitaba los procesos cuando se lo permitía la jurisdicción militar, que se reservaba los casos más relevantes desde una perspectiva política y de orden público. Por ello, cualquier conducta que pudiera cuestionar seriamente al Estado franquista se reservaba para los tribunales castrenses.

Puede servir como ejemplo, entre muchos otros, la condena por rebelión militar a cinco sacerdotes vascos por un consejo de guerra en junio de 1969, a penas de entre diez y doce años de prisión, por haber llevado a cabo una huelga de hambre en las oficinas del obispado de Bilbao, en la que denunciaban la tortura institucional y la situación de excepción continuada.<sup>6</sup> En todo caso, resulta llamativa la actuación de consejos de guerra varias décadas después de acabada la guerra. Y con plenas competencias para actuar en materia de delitos políticos y contra civiles.

Como muestra de la celeridad extrema de estos procesos, con la consiguiente vulneración de las garantías procesales y del derecho de defensa, basta observar la cronología de las actuaciones por el atentado al teniente Antonio Pose, que tuvo lugar el 16 de agosto de 1975. Lo analizaremos

<sup>6</sup> Casanellas, P., *op. cit.*, p. 77.

después. Las primeras detenciones se practicaron el 2 de septiembre. Y la vista oral se celebró el 17 de septiembre, apenas dos semanas después. Diez días más tarde se ejecutaron las penas de muerte.

En el contexto de los fusilamientos del 27 de septiembre de 1975, resulta significativa la figura de Carlos Arias Navarro, presidente del gobierno en el momento de los hechos, porque simboliza la continuidad de la justicia castrense durante todo el franquismo. Durante la guerra, Arias Navarro intervino en los tribunales militares en distintas ciudades como fiscal, miembro del cuerpo jurídico o integrante de otros cargos judiciales, en procesos en los que se acordaron miles de condenas a la pena capital. Fue conocido como el Carnicero de Málaga por su relevante empeño en la represión en esta ciudad. Y, décadas después, Arias Navarro acabó sus funciones como presidente del gobierno del franquismo convalidando cinco penas de muerte dictadas por consejos de guerra. Una trayectoria que comparte con la del propio Franco, aunque este siempre promovió esos tribunales castrenses como jefe de Estado.

### 3

De los cuatro consejos de guerra, quizás el más conocido sea el que condujo al fusilamiento de Xosé Humberto Baena, gracias a los reiterados esfuerzos de sus familiares para la revisión de su condena. Además, las pautas procesales seguidas nos pueden servir para entender algunas de las dinámicas presentes en los otros tres procedimientos.<sup>7</sup>

7 En el análisis de los procesos se ha seguido principalmente el examen de los sumarios. El principal complemento ha sido la obra *Mañana cuando me maten. Las últimas ejecuciones del franquismo. 27 de septiembre de 1975*, de Carlos Fonseca (La Esfera de los Libros, Madrid, 2015); este libro presenta muchos datos sobre los procedimientos y también informaciones de personas

El sumario 245/75 investigó el atentado que causó la muerte al policía armada Lucio Rodríguez, en la calle Alenza de Madrid, cuando se encontraba en servicio de vigilancia de las oficinas de Iberia. Ocurrió en la noche del 14 de julio de 1975. Según el atestado inicial, basado en la diligencia de levantamiento de cadáver y en declaraciones de testigos, dos personas se dirigieron hacia el agente de forma sorpresiva y uno de ellos le disparó varias veces con un revólver. El atentado fue reivindicado poco después por el FRAP. Era la primera acción en la que esta organización utilizaba armas de fuego contra un miembro de las fuerzas de seguridad.

Las detenciones se produjeron rápidamente, ya que esta organización tenía bastantes agentes infiltrados en sus filas.<sup>8</sup> Al día siguiente del atentado, fue detenido Pablo Mayoral, el responsable de propaganda del FRAP, que se encontraba en la clandestinidad para efectuar dichas funciones. Dos días después se practicó la detención de Manuel Blanco Chivite, responsable de la organización en Madrid. Y el 22 de julio fueron detenidos Vladimiro Fernández, Xosé Humberto Baena y Fernando

que vivieron directamente estos hechos, entre las cuales resultan de singular relevancia las manifestaciones de varios de los letrados defensores. También se aportan referencias de interés sobre estos procesos, con atención específica a las víctimas de los atentados, en el libro colectivo *Terrorismo y represión. La violencia en el ocaso de la dictadura franquista*, coordinado por Gaizka Fernández Soldevila, María Jiménez Ramos y Josefina Martínez Álvarez (Tecnos, Madrid, 2025). En la obra *El verano de los inocentes. El secreto del último fusilado del franquismo* (Anagrama, Barcelona, 2025), de Roger Mateos, se pone especialmente el foco en las causas que afectaron a miembros del FRAP, desde la hipótesis de que Xosé Humberto Baena no habría sido el autor de la muerte del policía armada Lucio Rodríguez. Uno de los abogados defensores en estos consejos de guerra, Miguel Castells, publicó poco después de los hechos el libro *Consejos de guerra en España. Fascismo contra Euskadi*, con el pseudónimo de Pierre Celhay (Ruedo Ibérico, París, 1976); esta obra ha sido reeditada con el nombre real del autor (Sociedad de Ciencias Aranzadi, 2024).

8 Mateos R., op. cit., p. 81.

Sierra, militantes del FRAP. Hubo catorce detenciones, pero estas cinco acabarían siendo las más relevantes.

Todos los detenidos manifestaron con posterioridad que fueron conducidos a la Dirección General de Seguridad, en la Puerta del Sol de Madrid. Y que los agentes de la Brigada Político-Social les advirtieron de que no se habían tramitado las fichas de registro de entrada en las dependencias policiales, por lo que podrían hacer con ellos lo que quisieran, y nadie se enteraría de lo ocurrido. Durante los días de la detención, en los que estuvieron incomunicados y sin asistencia letrada, los miembros del FRAP recibieron palizas, amenazas muy graves y todo tipo de tratos degradantes. En cartas a sus familiares, en sus declaraciones ante el tribunal en la vista oral y en escritos posteriores, los detenidos narraron las torturas sufridas: puñetazos, patadas y porrazos incessantes por todo el cuerpo, golpes extremadamente dolorosos en las plantas de los pies, acciones violentas para impedir el sueño, actos intimidatorios con introducción en la boca de pistolas y amenazas de causar daños similares a parientes, entre muchas otras agresiones.

Durante la detención, la novia de Xosé Humberto Baena, también militante del FRAP, fue llevada por la policía a un careo con él. Maruxa Alonso explicó con posterioridad cómo lo encontró: «A él lo habían destrozado. Tenía la cara desfigurada por los golpes y la mandíbula rota. No podía hablar».º Antes de ser fusilado, Baena logró sacar de la prisión una nota en la que escribió: «Me golpearon repetidamente la cabeza contra un mueble metálico, produciéndome heridas en la cara, sobre todo en la frente, pómulo y ojo izquierdo. Siguieron golpeándome, y en uno de los golpes

me arrancaron una muela. Sin ver por el ojo izquierdo y con la cara destrozada por los golpes (sangré varias veces por la nariz y en una ocasión por la boca) firmé las declaraciones».<sup>10</sup>

Los detenidos identificaron al comisario Roberto Conesa, jefe de la Brigada Político-Social, como responsable de la operación y de la supervisión de las torturas. Conesa se formó en la posguerra con agentes de la Gestapo alemana. Antes ya se había implicado en la actuación policial que llevó a la detención y posterior fusilamiento de las Trece Rosas en 1939. Fue un personaje central en la actuación de la policía política durante toda la dictadura. En la etapa final del régimen, entre sus principales hombres de confianza se encontraba Antonio González Pacheco, más conocido como *Billy el Niño*, denunciado por torturas por numerosas víctimas del franquismo.

La lectura de las declaraciones de los detenidos lleva a una inexplicable confesión espontánea del delito por parte de todos ellos. Como resulta poco creíble que todos ellos delataran a miembros de su propia organización, resulta bastante más verosímil llegar a la conclusión de que firmaron las declaraciones autoinculpatorias bajo los efectos del trato inhumano que recibieron, confirmado con fotografías y con numerosas declaraciones de personas que conocieron de cerca los hechos.

El informe policial remitido al juzgado militar indicaba que Manuel Blanco Chivite, como responsable del FRAP en Madrid, reclutó a varios militantes para formar commandos especiales encargados de perpetrar acciones violentas, entre ellos los otros cuatro detenidos. Con esta finalidad, este grupo habría decidido apoderarse de un vehículo. Además, Vladimiro Fernández

9 Fonseca C., *op. cit.*, p. 68. Testimonio de Maruxa Alonso en conversación con el autor.

10 Mateos, *op. cit.*, p. 69.

habría entregado a Xosé Humberto Baena un revólver. En la tarde del 14 de julio de 1975, Pablo Mayoral, Xosé Humberto Baena y Fernando Sierra habrían sustraído un automóvil, tras lo cual circularon con el coche para localizar algún miembro de las fuerzas de seguridad al que poder acometer. Tras detectar la presencia en la calle Alenza del policía armada Lucio Rodríguez, vestido de uniforme, acordaron llevar a cabo el atentado. Fernando Sierra habría conducido el vehículo hasta quedar cerca de la víctima. Y del vehículo habrían bajado Xosé Humberto Baena, armado con un revólver, y Pablo Mayoral, que portaba una navaja automática abierta en el bolsillo. Tras acercarse al agente, Xosé Humberto Baena le habría disparado en varias ocasiones, con el resultado de una muerte casi instantánea. Una vez perpetrado el atentado, Xosé Humberto Baena y Pablo Mayoral habrían subido al automóvil en el que les esperaba Fernando Sierra y habrían salido huyendo rápidamente del lugar.

Este relato se basaba en el referido reconocimiento de los hechos por parte de los detenidos. Estos ratificaron sus declaraciones ante el juez militar, en las mismas dependencias policiales, custodiados por los agentes que los habían torturado y en medio de las penurias del aislamiento. Prestaron la declaración ante la amenaza de males aún mayores si se retractaban, según indicaron los acusados en la vista oral. Y lo hicieron sin asistencia de abogado en la declaración policial, ni tampoco en la efectuada ante el juez. Fueron trasladados después a la prisión de Carabanchel y allí continuaron varias semanas más en régimen de incomunicación y en condiciones insalubres, en habitáculos minúsculos.

Las actuaciones se tramitaron por el procedimiento sumario. Tras una rapidísima instrucción judicial, con secreto de ac-

tuaciones, la fiscalía formuló acusación por un delito de agresión o insulto de obra a fuerza armada, a partir de un relato fáctico coincidente con el informe policial. El fiscal jurídico militar pidió la pena de muerte para los cinco acusados. En esta fase intermedia, los abogados defensores ya podían acceder a las diligencias e intervenir, con un plazo de diez días, para formular escrito de defensa y proponer pruebas.

El fiscal militar consideró que tenía suficiente material probatorio simplemente con el reconocimiento de los hechos por parte de los acusados y renunció a solicitar diligencias de prueba para la vista oral. Al mismo tiempo, el tribunal denegó prácticamente todas las pruebas propuestas por las defensas. En los atestados policiales se hizo constar que hubo dos mujeres que fueron testigos presenciales del atentado, una desde un balcón y otra en la misma calle. Sin embargo, fue desestimada la petición de sus declaraciones testificales y la solicitud de rueda de reconocimiento. También fue rechazada la declaración de los policías que participaron en los interrogatorios a los detenidos, las testificiales de personas que podían dar testimonio del paradero de los acusados en la fecha del atentado, la petición de una pericial dactilográfica sobre el revólver o la proposición de un examen balístico. En total, fueron denegadas cerca de doscientas pruebas.

La vista oral tuvo lugar en el cuartel de El Goloso, en las afueras de Madrid, durante los días 11 y 12 de septiembre. El tribunal estaba formado por un coronel, un capitán auditor y otros tres capitanes. En el consejo de guerra se denegaron todas las cuestiones procesales y de competencia planteadas por las defensas. Entre ellas, fue desestimada la petición de suspensión de la vista, que se fundamentaba en que la incomunicación en la cárcel de

los acusados había impedido o dificultado a los letrados entrevistarse con sus defendidos, a los efectos de preparar la vista oral. Reiteraron las peticiones de prueba, que fueron sucesivamente desestimadas.

Las defensas formularon numerosas preguntas a los acusados. Estos no ratificaron sus anteriores declaraciones y explicaron las torturas que los habían llevado a firmar las confesiones. Todos admitieron ser miembros del FRAP, pero negaron haber participado en el atentado de la calle Alenza.

En sus conclusiones, el fiscal ratificó su petición de cinco penas de muerte para los acusados, con fundamento en sus declaraciones anteriores, a las que concedió pleno valor como prueba de cargo, aunque se hubieran retractado de dichas confesiones en la vista oral. Las defensas pidieron la absolución y subrayaron la indefensión que se generaba con la inadmisión de todas las pruebas. Argumentaron que la acusación se basaba en un montaje policial y que, si bastaba con lo actuado durante la instrucción secreta, la vista oral era superflua Y, especialmente, los letrados enfatizaron que no se podía condenar a partir de unas declaraciones arrancadas a la fuerza con torturas. En su derecho a la última palabra, los acusados intentaron formular alegatos contra la dictadura, que fueron cortados por el presidente del tribunal.

Tras retirarse a deliberar, el consejo de guerra dictó sentencia en la que acordó la pena de muerte para Humberto Baena, Manuel Blanco Chivite y Vladimiro Fernández. Por otro lado, Pablo Mayoral y Fernando Sierra fueron condenados respectivamente a treinta años y veinte años de reclusión. La sentencia establece como hechos probados los relatados en el informe policial y en la acusación de la fiscalía. Y la resolución no lleva a cabo ningún tipo

de motivación para explicar las razones por las que considera probada la autoría. Simplemente se indica que se ha probado su culpabilidad, aunque podemos imaginar que su convicción se inspira en las confesiones iniciales de los acusados, a la vista de lo solicitado por la acusación.

El abogado suizo Christian Grobet, que estuvo en la vista como observador internacional, en representación de la Federación Internacional de los Derechos Humanos, indicó lo siguiente en su informe: «¿Cómo se puede abordar un proceso por asesinato sin que la defensa haya tenido la posibilidad de presentar ni a un testigo? (...). El proceso de los cinco militantes del FRAP ha constituido un simulacro. La audiencia del juicio, que debería constituir la fase capital de un procedimiento penal, en España es exactamente lo contrario ante jurisdicciones de excepción, para las que esta audiencia no constituye más que una formalidad llevada deprisa y corriendo, y con el más absoluto desprecio por las legítimas peticiones de la defensa. Puede considerarse que la causa estaba vista para sentencia cuando terminaron los interrogatorios de la policía».<sup>11</sup>

## 4

El segundo consejo de guerra a militantes del FRAP condujo a los fusilamientos de José Luis Sánchez Bravo y Ramón García Sanz. Los hechos fueron investigados en el Sumario 310/75, después transformado en el procedimiento Sumarísimo 1/75, como se explicará.

Las actuaciones tuvieron como objeto el atentado sufrido el 16 de agosto de 1975 por Antonio Pose, teniente de la Guardia Civil, cuando regresaba a medio-día a su domicilio, sito en la calle Villava-

<sup>11</sup> Fonseca, C, op. cit., p. 140.

liente de Madrid. Según los documentos iniciales de la investigación policial, tras bajar de su vehículo, el teniente recibió un disparo en el pecho, procedente de una escopeta de caza con los cañones recortados, lo cual le habría causado la muerte. Según una testigo que presenció los hechos, junto al agresor había varias personas que habrían lanzado en el lugar decenas de octavillas. Los folletos acababan así: «¡A violencia fascista, violencia revolucionaria! ¡Abajo la dictadura fascista! ¡Fuera yanquis de España! ¡Viva la independencia nacional! Grupos de combate y autodefensa del FRAP».

Después de estos hechos, el gobierno aprobó el Decreto Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre Prevención del Terrorismo. Esta norma permitía a las fuerzas de seguridad, en la persecución de actos considerados terroristas, entrar en los domicilios sin autorización judicial. Además, incrementaba el periodo de detención policial de setenta y dos horas hasta cinco días, ampliables a diez. Asimismo, estableció el procedimiento sumarísimo (con máxima reducción de plazos y garantías) para todas las causas por estos delitos que correspondieran a la jurisdicción militar. También impuso la pena capital obligatoria «cuando del atentado terrorista resultare muerte» de miembros de las fuerzas armadas y de agentes de la autoridad.

El 2 de septiembre se produjeron las primeras detenciones en las diligencias policiales por el atentado contra el teniente Pose. Fueron detenidos José Luis Sánchez Bravo, Manuel Cañaveras, Concepción Tristán y María Jesús Dasca, dirigentes del FRAP. Y también se practicó la detención de Ramón García Sanz y José Fonfría, militantes de esta organización.

Del examen del sumario, se desprende que se repitieron bastantes de las dinámicas descritas sobre el procedimiento an-

terior que llevó al fusilamiento de Baena. Las personas detenidas admitieron en las dependencias policiales su implicación en estos hechos, pero después manifestaron haber sufrido gravísimas torturas.

El relato policial indicaba que José Luis Sánchez Bravo residía en la misma zona que el teniente Pose; al verle vestido de uniforme, habría concebido el propósito del atentado, tras observar que, después de cada jornada laboral, este miembro de la Benemérita llegaba siempre a su domicilio a mediodía a la misma hora. Le habría contado esa posibilidad a Manuel Cañaveras, también dirigente de la organización, y este último le habría hecho saber que disponía de una escopeta de caza, con la cual se podría perpetrar el atentado. Concepción Tristán y María Jesús Dasca habrían recabado y obtenido la conformidad de la dirección central de la organización. Al recibir la aceptación, Sánchez Bravo habría coordinado los preparativos del atentado. En la fecha de los hechos se habrían presentado en la calle Villalvaliente, un poco antes de las dos y media, Ramón García Sanz, Manuel Cañaveras, José Fonfría y Fernando Proenza (este último nunca llegó a ser encontrado y encausado). Al llegar al lugar y desender de su automóvil el teniente Pose, se habría aproximado a él de manera súbita Ramón García Sanz y le habría disparado en el pecho con la escopeta. Tras lanzar los otros las octavillas, todos habrían salido rápidamente del lugar.

La fiscalía militar pidió cinco penas de muerte por un delito de terrorismo para José Luis Sánchez Bravo, Ramón García Sanz, Manuel Cañaveras, Concepción Tristán y María Jesús Dasca; también solicitó treinta años de reclusión para José Fonfría. Lo más llamativo jurídicamente de este proceso es que el juez instructor decidió aplicar el citado Decreto Ley so-

bre Prevención del Terrorismo, a pesar de que entró en vigor con posterioridad a la fecha del atentado. Así se vulneraba frontalmente el principio esencial en materia penal de irretroactividad de las normas no favorables. Una de las consecuencias de esta aplicación retroactiva fue que el procedimiento pasó a tramitarse como sumarísimo, con todos los efectos negativos que esta regulación ocasionaba sobre las garantías. Tras la instrucción secreta, a los abogados defensores designados se les entregó copia de las actuaciones (varios centenares de folios) y se les concedió un plazo de cuatro horas para presentar escrito de defensa y de proposición de pruebas, sin haber podido entrevistarse hasta ese día con los acusados. También se les notificó que la vista oral quedaba señalada para el día siguiente.<sup>12</sup>

A pesar de los escritos presentados por los letrados, en los que se denunciaba todo tipo de irregularidades que vulneraban el propio Código de Justicia Militar, el tribunal castrense abrió el consejo de guerra. Los abogados defensores intentaron plantear cuestiones previas, en las que se pedía la nulidad de las actuaciones, por la aplicación retroactiva del citado Decreto Ley y por la imposibilidad de proponer pruebas en un tiempo tan escaso. El presidente del tribunal cortó de manera expeditiva estas intervenciones y, ante la insistencia de los letrados en argumentar esas cuestiones procesales, los expulsó de la sala.<sup>13</sup>

El artículo 18 del referido Decreto Ley establecía que los acusados debían nombrar un abogado titular, un letrado suplente y, en defecto de estos, se asignaría

12 Procedimiento Sumarísimo 1/75.

13 Entre los letrados expulsados se encontraba Ventura Pérez Mariño, el cual accedió a finales de los ochenta a la judicatura y se asoció a Jueces para la Democracia, que se había fundado unos años antes.

un defensor militar de oficio. También indicaba dicho precepto que, si un letrado perturbaba el orden, el tribunal podía relevarlo en el acto (con inhabilitación por plazo de un año) y se procedería al orden indicado de sustitución.

Los abogados sustitutos alegaron indefensión, pues no habían podido examinar las actuaciones: ante el breve plazo de unas horas y el elevado volumen de las diligencias, solo habían podido consultar el procedimiento los letrados titulares. Al intentar exponer sus peticiones de suspensión de la vista, el presidente del consejo de guerra también ordenó a estos abogados desalojar la sala. Fueron sustituidos por militares de oficio, sin formación jurídica y con pleno desconocimiento de las actuaciones.

En sus interrogatorios, los acusados negaron los hechos y expresaron que en su declaración inicial se habían confesado culpables a causa de las torturas recibidas.<sup>14</sup> El fiscal ratificó sus conclusiones iniciales y los militares defensores pidieron la absolución. El tribunal decidió imponer cinco condenas de muerte: para José Luis Sánchez Bravo, Ramón García Sanz, Manuel Cañaveras, Concepción Tristán y María Jesús Dasca. También condenó a José Fonfría a veinte años de reclusión. De nuevo, no hubo ninguna motivación fáctica sobre las razones por las que se consideraba acreditada la autoría de los condenados, a partir de unos hechos pro-

14 En la actitud procesal de las defensas de los acusados, hubo una excepción. La fiscalía había solicitado treinta años de reclusión para José Fonfría, a diferencia de los otros cinco acusados, para los que la petición era de pena capital. Por ello, la defensa de Fonfría no fue expulsada de la sala, pues no formuló objeciones procesales. En el interrogatorio, José Fonfría ratificó su declaración policial y admitió haber estado en el lugar del atentado. Pero manifestó que, tras llegar a la calle Villavaliente y escuchar que había sido llamado para colaborar en dar muerte a un teniente de la Guardia Civil, se habría marchado sin ninguna intervención en los hechos.

bados que calcaban el relato policial y las alegaciones de la fiscalía militar.

## 5

El sumario 74/74 cuenta con una particularidad que lo distingue de los otros tres procesos: los hechos investigados se perpetraron casi año y medio antes de la celebración del consejo de guerra. Sin embargo, determinadas circunstancias provocaron que la vista oral coincidiera cronológicamente con la de los otros casos. En esta causa fue fusilado Ángel Otaegui, miembro de ETA.

En dicho procedimiento se investigó el atentado contra Gregorio Posadas, cabo de la Guardia Civil. En fecha 3 de abril de 1974, cuando este acababa de salir del cuartel de Azpeitia con su coche, dos personas se pusieron delante de su vehículo y una de ellas apretó el gatillo de un subfusil: quince disparos atravesaron el parabrisas y mataron a Posadas. Los hechos fueron presenciados por varios testigos, entre ellos un niño de doce años.<sup>15</sup> Poco después ETA reivindicó el atentado.

Las investigaciones policiales iniciales no lograron datos relevantes. Pero, en agosto de 1974, José Antonio Garmendia y José María Arraubarrena, miembros de ETA, atracaron una sucursal bancaria en Donostia y resultaron heridos muy graves tras un tiroteo con la policía. Tras recibir un tiro que le atravesó la cabeza, Garmendia quedó en estado de coma.

Garmendia había sido incriminado en el atentado contra el cabo Gregorio Posadas poco tiempo antes, a partir de una declaración policial del etarra Juan María Labordeta, tras ser detenido. Sin embargo, Labordeta se retractó después ante el

juez de dichas manifestaciones y aseguró que había sido torturado para obligarle a firmar la declaración.

José Antonio Garmendia sufrió importantes lesiones cerebrales y sus facultades físicas y mentales quedaron seriamente disminuidas. Los informes médicos subrayaron su notable desorientación espacial y temporal tras salir del coma. Cuando se encontraba en el hospital penitenciario, postrado en la cama por dificultades de movilidad en piernas y brazos, sin asistencia letrada, Garmendia suscribió declaraciones policiales y judiciales autoinculpatorias, con una huella dactilar impresa con tinta, al no poder firmar.

En noviembre de 1974 fue detenido Ángel Otaegui, al que se imputó haber dado apoyo logístico a los dos autores materiales del atentado. A partir de los atestados policiales, la fiscalía militar consideró en su relato de hechos que Garmendia había sido el autor de los disparos que habían acabado con la vida de Gregorio Posadas, junto al también etarra Javier Aya, y también alegó que Otaegui sería coautor como cooperador necesario, al buscar alojamiento a ambos y al informarles sobre el vehículo del cabo de la Guardia Civil. Por ello, pidió la pena de muerte para ambos. Las defensas solicitaron la absolución. Además, como cuestión previa, el abogado de José Antonio Garmendia solicitó el archivo de las actuaciones para su defendido, por demencia sobrevenida, lo cual fue desestimado.

La vista oral se celebró el 28 de agosto en el cuartel del Regimiento de Artillería nº 63 de Burgos. El abogado de Garmendia, Juan María Bandrés, renunció a interrogarlo, a causa de su estado de salud. Por otro lado, Ángel Otaegui manifestó que se había limitado a alquilar un piso para dos personas que no conocía, a petición de un amigo, sin que supiera que

15 Fonseca, O., op. cit., p. 237.

preparaban un atentado, y negó haber facilitado información sobre el cabo Posadas; Otaegui admitió ser militante de ETA, aunque añadió que únicamente realizaba acciones políticas, como repartir propaganda en los buzones, y que nunca había empuñado un arma.

En la vista prestó declaración Mariano Arrazola, jefe del Servicio de Neurorcirugía de la Residencia Sanitaria de Donostia, que intervino a José Antonio Garmendia poco después de que se produjera el disparo que le atravesó la cabeza. Este facultativo explicó que una lesión de este tipo provocaba necesariamente trastornos psíquicos, lo cual resultaba incompatible con una capacidad mental adecuada para prestar una declaración policial o judicial. Las dos enfermeras que asistieron a Garmendia cuando se le tomó declaración testificaron que su estado era el de un inválido con las facultades muy limitadas. Aunque el abogado de Garmendia pidió la pericial de dos médicos civiles, se acordó que emitieran informe dos facultativos militares; estos manifestaron en la vista que el acusado no tenía sus capacidades mentales completamente anuladas.

Los tres testigos presenciales que declararon en la vista, entre ellos el citado menor, no reconocieron a Garmendia como uno de los participantes en el atentado. A continuación, la fiscalía militar y las defensas ratificaron sus conclusiones iniciales. Finalmente, el consejo de guerra dictó sentencia en la que condenó a pena de muerte a José Antonio Garmendia y a Ángel Otaegui. Una vez más, el indulto era la única esperanza de salvación para los condenados.

## 6

Jon Paredes, *Txiki*, fue el único acusado en el consejo de guerra que dictó su

condena a pena de muerte. El Sumario 100-IV/75 se desgajó de otra causa contra varios miembros de ETA. Y después se convirtió en procedimiento Sumarísimo, al aplicar el juez instructor el mismo criterio de retroactividad que hemos explicado anteriormente, con fundamento en el Decreto Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre Prevención del Terrorismo, de fecha posterior a los hechos.

Los hechos investigados ocurrieron en la calle Caspe de Barcelona, ante una sucursal bancaria, en la mañana del 6 de junio de 1975. Según los empleados de la entidad, entraron seis atracadores y exigieron todo el dinero de la caja. Sin embargo, el ayudante de cajero consiguió activar la alarma que comunicaba con la Jefatura Superior de Policía. Al presentarse un coche patrulla de policía, con cuatro agentes, los asaltantes salieron rápidamente de la oficina. Se produjo un tiroteo en el que fue herido uno de los atracadores y también murió el cabo primero Ovidio López. Los asaltantes lograron huir. El atracador herido y otro más detuvieron un coche en el que circulaba una mujer y la obligaron a alejarse del lugar con ellos.

El caso fue inicialmente archivado por falta de autores conocidos. Pero la causa se reactivó tras la detención de *Txiki* el 30 de julio, junto a otro miembro de ETA, cuando iban a atracar un banco en la plaza Llucmajor de Barcelona. La detención siguió las pautas habituales de la firma de la declaración policial y judicial autoinculpatoria, tras sufrir todo tipo de torturas en situación de incomunicación y sin asistencia letrada, según manifestó días después Jon Paredes en su retractación ante el juez militar. En esta última declaración, *Txiki* afirmó que en la fecha de los hechos se encontraba en Perpiñán.

En el ámbito de las reglas procesales del procedimiento sumarísimo, el juez

instruyó la causa secreta con celeridad. Y la fiscalía militar solicitó la pena de muerte para Txiki por un delito de terrorismo; de acuerdo con el relato policial, basado en el reconocimiento inicial firmado por Jon Paredes, el fiscal alegó que este era uno de los atracadores y autor de la muerte del cabo primero Ovidio Díaz. Los dos abogados de *Txiki* eran Magda Oranich y Marc Palmés, y debían presentar escrito de defensa en cuatro horas, con proposición de prueba. Entre las diligencias solicitadas, pidieron que se practicara la autopsia al policía fallecido, con extracción de balas e informe pericial para determinar el arma utilizada; también reclamaron que se cotejaran las huellas del acusado con las encontradas en el coche que fue detenido por dos de los asaltantes para darse a la fuga. En esta ocasión, la fiscalía sí propuso pruebas testificales, que fueron admitidas por el tribunal, mientras que fue denegada la práctica totalidad de las diligencias solicitadas por la defensa.

La vista oral tuvo lugar el 19 de septiembre en el Gobierno Militar de Barcelona. La defensa pudo plantear cuestiones de competencia y una solicitud de nulidad por la aplicación retroactiva del citado Decreto Ley, pero todas sus peticiones fueron desestimadas por el tribunal. *Txiki* negó su participación en el atraco de la sucursal bancaria de la calle Caspe, y únicamente admitió que era miembro de ETA y que se había dedicado a actividades de propaganda política.

Los empleados de la entidad bancaria indicaron haber reconocido a *Txiki*, a partir de fotografías que les había mostrado la policía, y también aseguraron que se trataba del acusado que se encontraba en la sala. Sin embargo, al pedirles la defensa que indicaran la estatura del atra-

cador al que habían reconocido, manifestaron que mediría aproximadamente un metro setenta y cinco, a pesar de que Jon Paredes (al que hicieron levantarse sus abogados) media un metro cincuenta y dos. Su complexión física, de muy baja estatura, era fácil de identificar y de recordar.

Declararon también varios agentes y en la vista afirmaron reconocer a *Txiki*, pero en las diligencias policiales no habían aportado ninguna descripción de los rasgos físicos. También se practicó la testifical de la mujer que se vio obligada a llevar en su coche a dos de los atracadores, y esta manifestó que el acusado no era ninguno de ellos.

Como en los otros consejos de guerra, la fiscalía militar ratificó sus conclusiones iniciales, por lo que reclamó la pena de muerte para Jon Paredes como autor de un delito de terrorismo. La defensa pidió la absolución, al considerar que la única evidencia existente contra *Txiki* era una confesión obtenida mediante torturas, y también alegó indefensión por el proceso sumarísimo seguido y por la denegación de diligencias probatorias. El consejo de guerra decidió imponer la pena capital, con un relato de hechos probados que se basaba en los documentos policiales y en las conclusiones del fiscal militar. Una vez más, en la sentencia no se expresa ninguna motivación que explique en qué pruebas se fundamenta el tribunal para considerar probada la autoría del acusado. La resolución se limita a señalar literalmente que acuerda la condena a muerte valorando en conciencia las pruebas y de acuerdo con su libre arbitrio, «habida cuenta la perversidad del procesado».<sup>16</sup>

16 Sentencia del procedimiento Sumarísimo nº 100-IV/75

## 7

Se dictaron once penas de muerte en los cuatro consejos de guerra. Más allá de algunos pasos procesales posteriores, la única posibilidad real de que no se ejecutaran las penas capitales era la concesión del indulto.

El precedente del proceso de Burgos de 1970 animaba esa posibilidad. En ese consejo de guerra, en el que se había condenado a muerte a seis miembros de ETA, la movilización ciudadana y la presión internacional lograron la medida de gracia sobre las penas capitales. Pero algunas circunstancias habían cambiado. Cinco años antes el régimen se sentía más fuerte. El atentado de ETA a finales de 1973 contra Carrero Blanco y la creciente protesta social contra la dictadura provocaron inseguridad en sus gobernantes. Y apostaron por exhibir una mayor dureza, como ya se había demostrado con la ejecución de Salvador Puig Antich a garrote vil, en marzo de 1974. Además, Arias Navarro había sido calificado como débil por los sectores más intransigentes del franquismo, a causa de sus tímidos anuncios de reforma aperturista; una forma de lograr adhesiones internas en septiembre de 1975 era aplicar un castigo escarmentador. Como indica Gaizka Fernández Soldevila, el cuestionamiento de Arias Navarro le llevaba a la necesidad de dar un golpe de efecto lo antes posible.

De hecho, la cronología de los consejos de guerra muestra claramente una coordinación del tiempo, para llegar a varias ejecuciones a la vez, a pesar de que se trataba de atentados y de procedimientos distintos. Incluso ETA y el FRAP eran organizaciones diferentes. La idea de las penas capitales múltiples con finalidad ejemplarizante esté entre las líneas de la gestión de esos cuatro procesos.

Las movilizaciones se sucedieron por todo el país en la semana previa a los fusilamientos. Hubo multitud de manifestaciones, se convocaron huelgas de fábrica y huelgas generales, se firmaron textos de disconformidad. A nivel internacional, el impacto fue aún mayor, con marchas masivas en casi todas las capitales europeas y una considerable atención por parte de los medios. El papa Pablo VI pidió clemencia, al igual que las autoridades de los más diversos países democráticos.

Finalmente, el consejo de ministros se reunió el 26 de septiembre. Decretó el indulto para Manuel Blanco Chivite, Vladimiro Fernández, Manuel Cañavera, Concepción Tristán, María Jesús Dasca y José Antonio Garmendia. Y se dio por enterado de las restantes cinco condenas de muerte, lo cual implicaba que Xosé Humberto Baena, José Luis Sánchez Bravo, Ramón García Sanz, Ángel Otaegui y Jon Paredes, *Txiki*, serían fusilados al día siguiente. Se percibe que, entre optar por la indulgencia plena o por seguir adelante con las once penas capitales, se decidió una vía intermedia de cinco ejecuciones, porque era suficiente para la finalidad buscada.

A principio de la mañana del 27 de septiembre Xosé Humberto Baena, José Luis Sánchez Bravo y Ramón García Sanz fueron fusilados en Hoyo de Manzanares. Al mismo tiempo se ejecutó la pena de muerte a Otaegui en Burgos y a *Txiki* en Cerdanyola.

Las protestas se recrudecieron en nuestro país y en toda Europa. El régimen organizó el 1 de octubre una concentración de apoyo a Franco, en la plaza de Oriente de Madrid. Sería la última aparición pública del dictador, que aprovechó para remarcar en su intervención, con voz temblorosa, algunas de sus obsesiones: todo obedecía «a una conspira-

ción masónica izquierdista en la clase política, en contubernio con la subversión comunista-terrorista en lo social, que si a nosotros nos honra, a ellos les envilece». Moriría poco después, el 20 de noviembre.

Cincuenta años después, se han recordado los consejos de guerra que llevaron a las últimas penas capitales ejecutadas en España. Fueron procedimientos abiertamente contrarios a los valores del Estado de derecho. Cualquier aproximación histórica sobre la intervención real de los condenados en los hechos, basada en los datos recabados por la policía política del franquismo o por los tribunales militares, presenta serios problemas de credibilidad. Sin ninguna motivación fáctica sobre la autoría, las sentencias reprodujeron en sus hechos probados los descritos por la fiscalía militar, a partir de una prueba de cargo principal: las firmas de las confesiones autoinculpatorias, obtenidas por los agentes tras la práctica de torturas y graves violaciones de los derechos humanos. En su análisis de la evolución de la tortura a lo largo de los siglos, Ramón Sáez ha mostrado la plena correlación entre la prohibición de estas prácticas y la implantación del Estado de derecho.<sup>17</sup>

No resulta admisible afirmar que, aunque unas confesiones se arranquen a la fuerza, la tortura hace probable que sea cierto lo reconocido. En una declaración bajo graves coacciones físicas y psíquicas, lo único seguro es que el agente encargado de la confesión es el que decide lo que se firma, en cualquiera de las múltiples versiones posibles, porque tiene el

dominio de la situación. Y, además, en un contexto como el de estos consejos de guerra, en el que se pretendía un castigo ejemplarizante a toda costa y de forma rápida, una verdad procesal no podía ser el propósito de las estructuras del régimen. Resultaba suficiente con una versión policial que pudiera ajustarse a cualquier relato adecuado para los fines represivos. En palabras de Tzevan Todorov, «la tortura es condenable no solo porque no se logren los resultados que se esperan de ella, sino ante todo porque es un atentado inadmisible contra la idea misma de humanidad».<sup>18</sup>

Incluso las declaraciones de testigos, reseñadas previamente por los agentes de la Brigada Político-Social del franquismo, incurren en los mismos problemas de credibilidad: en una dictadura especialmente represiva no se puede testificar libremente y sin temor a represalias. En el mismo sentido, los elementos probatorios recabados por la policía política franquista no revisten suficientes elementos de fiabilidad, porque pueden ser manipulados para imponer una narrativa policial de los hechos. No existen instrumentos de control independiente sobre la actuación de estos agentes. Si unos policías llegan al máximo grado de indignidad al aplicar a otras personas tratos inhumanos o degradantes, resulta más fácil aún bajar de nivel y manejar cualquier dato probatorio (real o ficticio) que se ajuste a lo buscado.<sup>19</sup> Durante el franquismo se produje-

18 Todorov T., *El miedo a los bárbaros. Más allá del choque de civilizaciones*, Galaxia Gutenberg, Barcelona 2014, p. 180.

19 Mateos, R., *op. cit.*, p. 320 y ss. Las apreciaciones de este autor, cotejadas con las diligencias del Sumario 245/75, permiten observar los cambios de contenido y las incongruencias sucesivas de los atestados policiales para relacionar a Xosé Humberto Baena con el arma utilizada en el atentado contra el policía armada Lucio Rodríguez.

17 Sáez Valcarcel, R., «La prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes en la práctica jurisdiccional. El deber de investigar» en *Derechos humanos en situaciones de vulnerabilidad*. CGPJ-Cuadernos Digitales de Formación, nº 46, 2017.

ron bastantes montajes policiales. El más trágico fue la condena a muerte en 1963, con confesiones arrancadas mediante torturas, de los anarquistas Joaquín Delgado y Francisco Granado, acusados de hacer estallar una bomba en Madrid que causó numerosos heridos; posteriormente los verdaderos autores explicaron cómo ocurrieron los hechos.<sup>20</sup>

Por estas razones, el artículo 5 de Ley de Memoria Democrática estableció la ilegalidad e ilegitimidad de los consejos de guerra del franquismo, así como declaró la nulidad de sus sentencias, por «vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo, así como la concurrencia en estos procesos de intimidación e indefensión». Los condenados por estos procedimientos o sus familiares han recibido de los poderes públicos la declaración de reparación personal derivada de esta nulidad.

Evidentemente, hubo personas que realizaron atentados que causaron la muerte a los cuatro miembros de las fuerzas de seguridad. Pero los autores no fueron necesariamente los señalados en esos consejos de guerra: los datos obrantes en esas causas muestran bastantes cuestiones problemáticas sobre los hechos que

los tribunales castrenses declaran probados, sin apenas explicaciones. Son sentencias nulas, expulsadas del conjunto de resoluciones válidas de nuestro sistema institucional, lo cual implica jurídicamente la inocencia de los condenados por estos hechos.

En su derecho a la última palabra, entre sus intentos de formular alegatos contra la dictadura, Xosé Humberto Baena pudo manifestar que deseaba que su sangre fuera la última en ser derramada por un consejo de guerra en este país.<sup>21</sup> Medio siglo después, podemos comprobar que su anhelo se ha cumplido. La Constitución de 1978 configuró en España un Estado social y democrático de derecho. Pasaron a la historia los consejos de guerra que enjuiciaban este tipo de hechos o los más variados delitos políticos.

En el presente están regresando en todo el mundo occidental las proclamas contrarias al sistema democrático. Incluso en nuestro país irrumpen a gritos voces nostálgicas del franquismo. Al analizar los procesos de las últimas condenas a muerte ejecutadas en España, la memoria democrática nos sirve para no olvidar nunca la importancia trascendental de las garantías, de los derechos fundamentales y del Estado de derecho.

20 Sobre estos hechos, la obra fundamental es *Garrote vil para dos inocentes. El caso Delgado-Granado*, de Carlos Fonseca (Temas de Hoy, Madrid, 1998).

21 Fonseca C., *op. cit.*, p. 285. Baena también manifestó ese mismo deseo en una carta a su familia el día antes del fusilamiento.

# Italia: inconstitucional contrarreforma de la justicia\*

Luigi FERRAJOLI

La contrarreforma constitucional del ordenamiento judicial italiano tiene un solo sentido: es un acto de hostilidad y de desprecio contra los jueces y un primer paso hacia la subordinación de los fiscales al poder político. La separación de las carreras es un falso argumento, puesto que ya existe en la práctica. El paso de una a otra lo dan cada año un 0,4% de los integrantes de los escalafones<sup>1</sup>. Si tal hubiese sido la razón de la reforma habría bastado con eliminar este insignificante residuo mediante una ley ordinaria, sin afectar a la Constitución y al pueblo soberano, movilizado con el referéndum sobre semejante bagatela.

Otro es el verdadero sentido de la reforma. Consiste en poner un sello posfascista sobre la Constitución nacida de la Resistencia, a través de la insensata reestructuración del Consejo Superior de la Magistratura, desdoblándolo en dos Consejos diferentes a los que se añade una Alta Corte Disciplinaria. Es claro que un Consejo del Ministerio Público separado tiene el sentido de

un desplazamiento de la acusación pública fuera del ámbito de la jurisdicción con el consiguiente enorme potenciamiento de la misma: los fiscales serán gobernados solo por fiscales. Puede concordarse sobre la separación de las carreras. Pero la ubicación de la acusación pública fuera del ámbito de la jurisdicción debilita su naturaleza de órgano de garantía, titular de la función cognoscitiva que es típica de toda actuación jurisdiccional, y solo se explica como un primer paso para reducir su independencia.

Por otra parte, la sustitución del carácter electivo de los integrantes del Consejo por el sorteo equivale a la negación del principio constitucional del gobierno autónomo del orden judicial y es un acto de desconfianza en las capacidades de gestión del propio estatuto por los magistrados. Se justifica con la necesidad de poner fin al poder de las corrientes asociativas que, históricamente, han sido el principal factor de democratización de la magistratura. Si acaso, ese poder se ha debido a la reintroducción en esta de las carreras<sup>2</sup>. Es claro que en un organismo colegial son in-

---

\* Publicado en *Il manifesto* de 7 de noviembre de 2025. Traducción de P. Andrés Ibáñez.

1 Hasta ahora, en el ordenamiento judicial italiano, jueces y fiscales, con independencia de la función que ejerzan, tienen la condición y el estatuto de magistrados y la gestión de este corresponde al Consejo Superior de la Magistratura.

2 La articulación en carrera fue abolida como tal mediante distintas disposiciones, en desarrollo del art. 107,3 de la Constitución italiana, transcrita más adelante en el texto.

evitables los compromisos entre los grupos en él representados. Pero si la designación de las presidencias de los órganos fuera de nuevo asociada al simple criterio de antigüedad, con la sola excepción del nombramiento de candidatos de excepcional valor por parte de mayorías del Consejo cualificadas y transversales, se reduciría el poder discrecional de este y, en consecuencia, también el de las corrientes asociativas. Se obtendría la supresión de las carreras, que fue la primera conquista de las batallas civiles de los años 60 y 70 del pasado siglo, de acuerdo con el principio de independencia interna y por eso de la igualdad de los magistrados, que, como dice el art. 107 de la Constitución italiana, «se distinguen entre sí solamente por la diversidad de funciones».

La contrarreforma de la derecha se inscribe, por tanto, en el general ataque a la jurisdicción por parte de las autocracias electivas en que están transformándose los sistemas políticos occidentales que —de Trump a Netanyahu y a Erdogan— no soportan la sujeción de los poderes políticos a la ley y con él el control de sus ilegalidades por parte de magistrados independientes. Así cualquier iniciativa de los jueces que les afecte resultará combatida de distintas maneras: con su arresto (método Erdogan), con su neutralización (método Trump), con su descalificación como conspiradores, politizados o comunistas, solo porque, en ocasiones, aplican la ley a los poderosos (método Meloni, Salvini y Le Pen).

Detrás de estos ataques cabe identificar una concepción elemental de la democracia según la cual la única fuente de legitimación del poder es el voto popular, de modo que no hay espacio para la separación de poderes y para la independencia de la magistratura. Es una concepción que ignora que la jurisdicción tiene un fundamento de legitimidad no solo diferente sino opuesto al del poder político, consistente en la averiguación de la verdad procesal, en garantía de su exclusiva sujeción a la ley y de la igualdad de los ciudadanos ante ella. Ningún consenso político —del gobierno, el parlamento, los partidos o la opinión pública— puede suplir la falta de pruebas o debilitar las adquiridas sobre una hipótesis acusatoria. Jueces y fiscales son tales solo si son capaces de absolver o pedir la absolución cuando todos demanden la condena y de condonar o investigar a un poderoso cuando todos reclamen su impunidad. No se puede castigar a un ciudadano u obtener su impunidad solo porque esto responda a la voluntad o al interés de la mayoría. Solo podrá ser castigado si se prueba que ha cometido un hecho previsto por la ley como presupuesto de una pena. Y esto vale para los jueces, pero también para los fiscales, cuya fuente de legitimación es igualmente contramayoritaria, al consistir su función en el desarrollo de investigaciones y, por tanto, en el establecimiento de la verdad. Es el abecé del estado de derecho, ajeno, lamentablemente, al analfabetismo institucional de nuestros gobernantes.

# ¿Jueces en huelga? Reflexiones sobre una hipótesis impensable<sup>1</sup>

Francisco J. LAPORTA

Desde los orígenes teóricos del Estado y el Derecho se ha establecido una arquitectura institucional originaria que sustenta todo el edificio jurídico y le confiere su justificación más profunda. Y desde siempre se ha sentido la necesidad de dar cuenta de las razones últimas de esa arquitectura y esa práctica social humana, las razones de eso que llamamos Derecho u Orden Jurídico. En ese razonamiento nunca ha estado ausente la figura del juzgador. Según Hobbes, para mencionar a quien se considera unánimemente fundador de la moderna teoría del Estado, corresponde al soberano «el derecho de enjuiciamiento, es decir, de escuchar y decidir todas las controversias que puedan brotar en torno a la ley, tanto civiles como naturales, o concernientes a cuestiones de hecho. Pues sin la decisión de controversias no hay protección de un súbdito frente a las injurias de otro; las leyes concernientes al *Meum* y al *Tuum* son

vanas, y en cada hombre permanece, por el apetito natural necesario de su propia conservación, el derecho a protegerse a sí mismo mediante su fuerza privada, lo cual constituye la condición de guerra. Cosa contraria al fin para el cual se instituye una república» (Hobbes, *Leviatán*, cap. XVIII). Poco después, en 1690, el que, también unánimemente, se considera fundador del moderno Estado liberal de Derecho, John Locke, afirmaba igualmente que «la falta de un juez común que posea autoridad pone a todos los hombres en un estado de naturaleza», y en consecuencia escribía: «...lo que saca a los hombres del estado de naturaleza y los pone en una comunidad política ...[es]... el establecimiento de un juez terrenal con autoridad para decidir todas las controversias y para castigar las injurias que puedan afectar a cualquier miembro del Estado» (*Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, cap. 3, § 19, y cap. 7, § 89).

Pues bien, ese es exactamente el punto de partida teórico que debe adoptarse ante la controvertible noción y la irresponsable convocatoria de una llamada ‘huelga’ de jueces. Porque no se trata ya del Estado de Derecho, que se pondría así en almoneda por los que tanto blasonan de defender-

1 Estas reflexiones son una profundización y actualización de una tribuna que publiqué el 11 de julio de 2025 en *El Confidencial*, tratando de persuadir de la inviabilidad esencial de una huelga de jueces desde los puntos de vista ético, político y jurídico que sustentan el orden del derecho mismo y el Estado de Derecho en particular. Me acoso ahorra a la hospitalidad de *Jueces para la Democracia. Información y debate* abierto al diálogo y la discusión para tratar de enriquecer esas convicciones fundamentales.

lo. Se trata del orden jurídico mismo como práctica social que se sustenta desde siempre en dos axiomas normativos ineludibles: la prohibición genérica del recurso a la violencia privada para resolver los conflictos entre quienes integran un grupo humano, es decir, la superación del estado de naturaleza, y la presencia de un juez con autoridad para dirimirlos y castigar las ofensas, es decir, la solución imparcial de las disputas que ocasionalmente pudiera surgir. Ambos supuestos no pueden concebirse independientemente porque por su propia naturaleza y significado se retroalimentan y condicionan recíprocamente: la exclusión de la violencia no es viable sin la presencia autorizada de un juez imparcial, y la figura del juez solo puede justificarse porque respalda y hace posible la exclusión de la violencia. Por eso es tan irrisorio que nos pongamos a discurrir si la huelga de jueces tiene o no tiene 'cobertura' legal. Sin jueces o, lo que es lo mismo, con jueces que deciden dejar de serlo aunque sea solo por unos días, ni siquiera se puede empezar a hablar de orden legal: en semejante tesisura el orden jurídico se interrumpe, porque como orden mismo presupone siempre la presencia y la actividad del juez. Esa es la razón por la que es insensato pensar si quiera en una huelga de jueces. Y lo que explica que ni este ni ningún orden jurídico concebible la contemple. Parece que hay que volver una y otra vez a recordar que el poder judicial no es una «rama» de poder como las otras, estructurada unitariamente y ejercida por algún órgano especializado, como lo puedan ser el Gobierno, la Administración o las Cortes Generales. El poder judicial es un poder muy especial: no está residenciado en el Consejo General del Poder Judicial, como induce equivocadamente a pensar su mismo nombre. Ni los jueces son «empleados» de nadie. Ni su ejercicio es un «servicio público de jus-

ticia» prestado por una organización estatal, como tanto y tan desatinadamente se viene afirmando. La potestad jurisdiccional hunde sus raíces en el soberano mismo, y el poder de juzgar es un poder individualizado que reside en cada uno de los jueces y magistrados ante los conflictos y recursos que les son sometidos, y en cuyo ejercicio no tienen a nada ni nadie sobre ellos para dictarles el sentido de sus fallos. Y claro, en un poder de tal naturaleza está implícito que no se pueden hacer huelgas. Igual que resulta obvio que les está vedado utilizarlo como instrumento de amenaza o moneda de cambio para imponer su voluntad, individual o corporativa, a otros poderes u otros ciudadanos. Al hacer lo uno, abdican su poder individual, y al hacer lo otro, pierden su imparcialidad y, con ella, la *auctoritas* que deben portar sus decisiones para alcanzar a resolver las discordias de que conocen.

Si un juez cualquiera decide ponerse en huelga, es decir, dejar de juzgar, los ciudadanos cuyos asuntos son conocidos por ese juez vuelven, por así decirlo, al estado de naturaleza y no puede valer para ellos la prohibición penal de realizar arbitrariamente su propio derecho. Solo si hay un juez presente y actuante tiene sentido prohibir a los ciudadanos tomarse la justicia por su mano recurriendo a la violencia. Esto es un axioma que no se contiene en el orden jurídico vigente sino que está antes que él y lo fundamenta. Y no debemos perderlo nunca de vista a pesar de la polvareda de procedimientos y situaciones procesales vivientes y el vértigo y la deplorable calidad de tanta *legis innovatio*.

Otra manera menos abstracta y quizás más vulgar de acercarse a esa verdad fundamental puede ser la de pensar en una situación imaginaria en la que alguien sugiera a unos ciudadanos que con jueces en huelga cabría la siguiente insinuación:

Hoy es libre usted de apalear a un juez. ¿Por qué? Imaginemos que uno de esos días en que se produzca hipotéticamente tan insólito evento, un grupo impaciente y agresivo de jóvenes se llega a las puertas del órgano judicial en huelga y da una tanda de palos a los magistrados que, con togas y todo, se exhiben allí como huelguistas. ¿Qué pueden hacer los jueces apaleados? ¿Acudir al juzgado de guardia? Pero está en huelga. ¿Dar parte a la fiscalía? También lo está. Se supone que eso es un delito que le corresponde conocer a un juez, pero quizás también esté en huelga. ¿Qué hacer entonces? Pues depende de si ese supuesto está o no está contemplado en una tabla de «servicios mínimos». Pero ¿quién diseña semejante tabla? ¿El Gobierno? ¿El Consejo General del Poder Judicial? ¿Las propias asociaciones que convocan la huelga? ¿Quién? Todos sabemos que ninguno de estos interrogantes tiene respuesta en la ley, y no por casualidad, sino porque cualquiera que sea esa respuesta pone en cuestión la potestad jurisdiccional de los propios jueces y magistrados y con ella el orden jurídico mismo. Lo que sucede simplemente es que es imposible pensar seriamente en «servicios mínimos» de justicia. ¿Cómo se definen? ¿Por materias jurisdiccionales?: hoy se pueden incumplir los contratos e ignorar los testamentos, pero no las normas sobre filiación. Hoy se puede lesionar al juez, pero no matarle: la persecución de los delitos del libro segundo, títulos I y II del Código penal forman parte de los «servicios mínimos». ¿A quién recurrimos si nos parecen excesivos? Pero ¿no son los jueces los que han de decidir esto? ¿Podemos acaso inventarnos un juzgado o tribunal al que vayan a parar todos los momentos procesales que deberían conocer los huelguistas? Y ¿cómo articulamos en servicios mínimos los plazos previstos en los procedimientos? ¿Se descuen-

tan los tres días de huelga del cómputo de plazos y términos? ¿Tienen los ciudadanos derecho a invocar por ello la existencia de 'dilaciones indebidas'? Pero no sigamos con el esperpento: una huelga de jueces es un imposible lógico porque son los jueces mismos los que constituyen y definen con su presencia activa el derecho de huelga y sus correlativos deberes, y es lógicamente imposible regular con el derecho lo que es un presupuesto del derecho mismo. El convocante de los agresivos muchachos tenía razón: si los jueces se ponen en huelga se les puede apalear, porque en sentido estricto han desactivado con su huelga la norma jurídica que lo prohíbe. Y, además, han dejado de ser los juzgadores que pueden conocer de ello.

Tengo la certeza de que la inmensa mayoría de los jueces, magistrados y fiscales de nuestro poder judicial tienen perfecta conciencia del papel fundante y constitutivo que tienen en el orden jurídico y se tienen que negar al disparate de ponerse en huelga desactivando todo el proceso judicial y con ello el funcionamiento del orden mismo del derecho. Junto a su conocimiento técnico del ordenamiento, en eso descansa su autoridad y el papel crucial que juegan en la convivencia humana. También descansa ahí su afirmación natural e ineludible de su independencia, porque la independencia consiste únicamente en no sentir polucionado su juicio por condicionamientos externos o internos de tipo alguno. Eso es lo que les confiere su imparcialidad y, con ella, su autoridad. Los ciudadanos solo confiarán en la solución judicial de los conflictos, es decir, sólo confiarán en el derecho, si esa solución es aportada por jueces competentes, imparciales e independientes. Y esos precisamente son los atributos constitutivos que pierden al emprender una pretendida huelga. Parece imposible pensar que no puedan haber re-

parado en una premisa tan obvia. Es una premisa tan obvia, que la especie humana misma ha sido la única capaz de concebir un mecanismo tal de superación de la violencia intraespecífica y la solución pautada de las disputas. Y en el funcionamiento de ese mecanismo, el juez independiente e imparcial es una pieza ineludible. Lo sabemos desde siempre. Por ello precisamente, el máximo riesgo que corre hoy la especie humana misma, como nos está volviendo a preocupar en los últimos tiempos, es no haber sabido proyectar a la esfera supranacional un mecanismo decisorio como ese, no haber podido designar para las relaciones globales entre las naciones un tercero independiente e imparcial que supere con su pronunciamiento las discordias y los conflictos. ¿Admite una ocupación tan decisiva el derecho de huelga?

Tengo también la seguridad de que los jueces de esa mayoría se perciben a sí mismos, más allá de ese fundamento crucial, como uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, cuyo primer ingrediente es el imperio de la ley como expresión de la voluntad general, al que todos, y los primeros los jueces, hemos de estar sometidos. Y observan en consecuencia lo dispuesto en el artículo 395 de su ley orgánica, que, precisamente en virtud de esa posición fundante que ocupan, les veda felicitar o censurar por sus actos a los po-

deres y autoridades de todo tipo, incluido naturalmente, el poder legislativo, y concurrir a actos o reuniones públicas como las que se han propuesto y producido imprudentemente. Pues si ellos no cumplen la ley ¿qué autoridad tienen para persuadir a los ciudadanos de que lo hagan?

Las leyes pueden ser a veces muy injustas, pueden ser hasta indecentes, pero para un juez que perciba todo el sentido profundo que tiene eso de ser juez, esas leyes emanadas de un *iter* legislativo formalmente correcto, por injustas que puedan ser, tienen que seguir siendo vinculantes. Si no lo conciben así están ignorando los supuestos fundamentales en que descansa su decisivo papel en la sociedad en general y en el Estado de Derecho en particular. Y están desalentando con su mal ejemplo los comportamientos leales de los ciudadanos. El conflicto con su conciencia, se ha dicho muchas veces, puede ser tan intenso que no puedan soportarlo moralmente. Pero entonces tienen que colgar la toga, renunciar a ser jueces y salir a la calle a luchar por su conciencia. Lo que no pueden hacer es colgar del perchero su conciencia y salir a la calle con la toga puesta a intimidar o amenazar a nadie, porque eso es traicionar su papel fundamental en la sociedad, abandonar su conciencia personal y perder al mismo tiempo su condición de juzgadores.

# Los recuerdos de un juez, y algo más. *Prosas sin prisa* de Perfecto Andrés Ibáñez

Perfecto Andrés ha escrito obras de referencia para entender el ser y el deber ser de la jurisdicción, el proceso y la decisión judicial. En 1986 publicó, junto al inefable Claudio Movilla, *Poder judicial* en la colección de Tecnos sobre la Constitución -en bellos tomos de color crema en octavo, que constituyó una biblioteca básica de la cultura constitucional de la que carecía el panorama jurídico español-, libro que representó una pionera teorización sobre la justicia en el Estado constitucional, reflexión entonces inédita. Tres décadas después entregó su obra más importante, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional* (Trotta, 2015), la mejor sistematización teórica sobre la materia. Ahora acaba de salir a las librerías *Prosas sin prisa* (Eolas ediciones, 2025), que es una obra de difícil clasificación, porque no es un ensayo de teoría o filosofía del derecho, como aquellas, ni una obra acabada o cerrada, sino un proyecto en construcción.

El título elegido por el autor ofrece alguna pista de esa singular y arriesgada propuesta. *Prosas sin prisa* es a la vez un libro de recuerdos, literatura memorialista, un diario de viajes, aunque el país a explorar sea la propia vida, el cuaderno de campo de un humanista, un trabajo etnográfí-

co sobre la sociedad rural de la España del franquismo, sobre la artesanía del barro y de la madera, sobre el pan, el vino y la cocina tradicional. Pero, también es crónica política, sobre el grupo de oposición a la dictadura que actuó en el seno del aparato judicial, sobre la evolución de la reforma judicial siempre pendiente, el nacimiento y la crisis del órgano de gobierno del poder judicial, el asociacionismo de los jueces, la experiencia italiana, el diseño y desarrollo de una cultura de la jurisdicción y su exportación a los países latinoamericanos.

El libro era conocido por amigos y compañeros del autor en ediciones personales que había ido regalando en cuatro entregas: *En Palencia no pasaba nada. Recuerdos hilvanados para Paco en su 60 cumpleaños* (2003, Paco era su amigo y paisano Fernández Buey, entonces catedrático de filosofía política), *Pequeña memoria de Villotilla* (2004, el pueblo de su madre y paisaje de sus vacaciones infantiles), *De los años en Toro* (2005, donde ejerció como juez de 1<sup>a</sup> Instancia e Instrucción) y *En buena compañía* (2011, el capítulo más largo, relacionado con la vida pública del jurista). Aquellos tomos eran hermosas ediciones, que a primera vista sorprendían al lector —siempre agradecido, había sido elegido

por el autor— por su cuidada tipografía, su papel y delicadas cubiertas, que hablan del amor de Perfecto por el mundo del libro y la edición. Ahora, el volumen que reúne los cuatro libros ha sido actualizado en algún detalle, que uno advierte por la data de los hechos en pequeños pasajes añadidos quizá para acreditar el efecto inquietante del paso del tiempo en las instituciones y las personas.

Un rasgo define este texto, la unidad de estilo, una prosa elegante, pausada, sobria, sobriedad azoriniana, de castellano viejo, y sobriedad del buen jurista, consciente de que su oficio le obliga a definir con precisión las categorías y los conceptos que maneja, pero que, a cambio, le brinda la capacidad de nombrar la realidad, de recrearla, a veces con resultados dramáticos para quienes son sus destinatarios. Perfecto Andrés siempre ha destacado por una escritura muy cuidada, en su trabajo jurisdiccional y en su obra ensayística; sus sentencias y votos particulares son un oasis en el desierto de la literatura judicial, pues jueces, fiscales y abogados, increíblemente, prestan poca atención a las cuestiones de expresión y comunicación. Un estilo personal, algo difícil de adquirir y desarrollar, que se sirve de un vocabulario no solo rico sino erudito, sobre todo cuando —trabajo etnográfico que evoca aquel maravilloso *Al sur de Granada*, de Gerald Brenan, o *Inventario de la casa de campo*, de Piero Calamandrei— describe como mundos perdidos la siega, los trabajos artesanales de elaboración del pan y del vino (el lector descubre un universo alrededor del tinto de Toro, de la mano del amigo Gildo, que le transporta desde las *josas* a los trabajos de *mejer la madre, matar el vaho y hacer el descube* o a la intervención de sacadores y arrieros), las variedades de fruta, según la temporada, y las múltiples formas que adquieren los cacharros de barro cocido.

Nada de aquella sociedad rural se ha perdido para quien como el autor rememora las tiendas de pueblo de pan y la venta de vino en tabernas habilitadas en los portales de las casas, lugares en sentido antropológico (crean identidad) o los carros de los arrieros en los que viajaban los productos de la tierra.

Unas prosas sin prisa siempre aderezadas de fina ironía, marca de la casa, que invitan al lector a gozar de las paradojas y sinsentidos del rigor ritual que acompañaba, y sigue acompañando, la vida judicial, cuando esta es retratada. El anecdotario es también rico y aleccionador. Escena en la sala del tribunal; disputa entre el juez y el fiscal porque el primero ha saludado y exhortado al testigo para que se siente, violando la regla legal de «hablar de pie», conflicto que resuelve el mismo compareciente: «Por mí no discutan, que yo declaro de pie». Escena en la puerta del palacio de justicia; dos jueces son presentados al filo de 1980 en un juzgado de la provincia de Zamora: «Aquí don Perfecto, aquí don Prudencio». ¡Qué tiempos! En forma de entradas de un blog, por ello lo de obra en construcción, el texto ofrece una crónica de personajes, espléndidos, únicos, irrepetibles, que perviven en el recuerdo del autor, quien al recrearlos en sus prosas permite al lector sentirse por ellos interpelados como si de seres de ficción se tratara. Labradores y alfareros, taberneros y panderos, médicos y libreros, artistas y profetas de aquella sociedad agraria, todos ellos dialogan con el narrador que los presenta con la mirada compasiva y esperanzada de quien otorga igual dignidad a todas las personas.

Además, el libro hace un largo recorrido fragmentario y vivido, como se nos presenta la memoria, por la peripécia del autor en la comunidad de los juristas y, en especial, en el universo de jueces y tribu-

nales, que se convierte en una crónica sobre la justicia del tardofranquismo, acerca de los intentos de producir una cultura de la jurisdicción, capaz de proyectarse en la problemática de la selección y formación del juez, en la administración de su carrera profesional —porque, como Perfecto nos enseñó, no hay nada que gobernar en la materia—, en las garantías procesales de los derechos fundamentales y en la decisión judicial. Son impagables las páginas que rememoran a aquellos jueces y fiscales que se atrevieron a enfrentarse a la dictadura desde el principio de la década de los 70 en el clandestino movimiento *Justicia Democrática*, todo un testimonio. De muchos de ellos hay escenas y anécdotas, Antonio Carretero —que introdujo al joven Perfecto, recién ingresado en la Escuela judicial, en ese círculo—, Jesús Vicente Chamorro, Carlos Jiménez Villarejo y José María Mena, Eduardo Jauralde, Luis Burón, Julián Serrano, Carlos de la Vega y José Antonio Martín Pallín, entre otros; o de quienes fueron sus amigos, Claudio Movilla y Antonio Gil Merino. En este punto resulta de gran interés el conocimiento de la experiencia italiana sobre la independencia del juez del grupo *Magistratura Democrática*, y de sus protagonistas y teóricos; todos ellos aparecen en el texto, Luigi Ferrajoli y Salvatore Senese, Garrone y Pino Borrà, Livio Pepino y Pier Luigi Zanchetta. Y la influencia, que de la mano de Perfecto Andrés —por sus traducciones y sus intervenciones escritas y orales— tuvieron entre nosotros y en la configuración del bagaje de Jueces para la Democracia (renombrada como «Juezas y jueces»), y su influencia, la del colectivo y nuestro autor, en la actividad de la justicia española y de la latinoamericana. Lo mejor de la aporta-

ción de la izquierda jurídica a la cultura de la jurisdicción procede de esas fuentes: la independencia como exclusiva vinculación del juez a la Constitución y el derecho, el origen de su legitimidad en la garantía de los derechos fundamentales de todas las personas, la tendencial naturaleza cognoscitiva del juicio, la interpretación predeterminada por reglas legales, la motivación y la imparcialidad como requerimientos legales y éticos, el método del contradictorio como técnica insoslayable de tratamiento de los medios de prueba y de averiguación de la verdad.

Para juristas y profanos interesados en el mundo del derecho este es un libro plagado de información y de historias. ¿Qué decir de las páginas, muchas como la bibliofilia -siendo prudentes en la adjetivación- del autor, dedicadas a los libros y las librerías, sean de viejo o de novedades, como lugares de culto y de búsqueda? ¿Y qué de la traducción o glosa de tantos clásicos del derecho que ha acometido el autor, de Beccaria a Murena, de Calamandrei a Ferrajoli, Ferrua, Giostra y Ubertis o Iacobviello? Todos ellos se han incorporado a la biblioteca del juez ideal que Perfecto Andrés diseña, uno que pretende comprender su papel en el Estado constitucional al servicio de los derechos fundamentales de todos e identificarse con un modelo racional de ejercicio de la jurisdicción. *Prosas sin prisa* añade una virtud que este juez ideal puede poner en práctica: escuchar, mirar, observar, atender al entorno social en el que vive, especialmente a las personas, en su vida cotidiana, en sus oficios y labores, y ser capaz de contarla con un estilo cuidado y respetuoso con su dignidad.

R. S.

## Antonio Gil Merino. En memoria

«*La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra, ni el mar encubre. Por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida.*»

MIGUEL DE CERVANTES.

En el año 1983 se celebró en una Sala de Audiencia del Prado de San Sebastián de Sevilla una reunión de jueces de instrucción (de pata negra) y jueces de distrito (pata marronilla, a lo sumo); los primeros achacaban a los segundos que estábamos invadiendo su estatus, no el judicial sino el espacial en las dependencias del bar del sótano del edificio judicial. La reunión, desde un principio, me pareció un despropósito y así lo manifesté. No recuerdo cómo acabó aquello, pero sí que Antonio me abordó en las escaleras y comenzamos a hablar, y quedamos para vernos tras la jornada laboral de la mañana. Y desde entonces hemos seguido hablando. Antonio falleció este verano de 2025.

Fue un juez de un rigor exquisito. Garantista, defensor a ultranza de los derechos y principios de presunción de inocencia, de tutela judicial efectiva y del acusatorio. Daba la misma importancia a un recurso de apelación de juicio de faltas que a un juicio por delito económico de cuello blanco o de narcotráfico. Le frustraba la dificultad y lentitud de la instrucción y enjuiciamiento de estos delitos, que no se llegara a la cúpula de la organización criminal. Era meticuloso en su actividad judicial. Recuerdo un juicio por imprudencia

médica contra un tocólogo, a Antonio no le bastó el informe del médico forense, adquirió y estudió una monografía sobre el problema para formar su opinión.

En los paseos y cafés compartidos, a solas o con su inseparable amigo Carlos Crisóstomo, hablábamos a su instancia de aspectos criminológicos de las personas acusadas. ¿El hombre se hace a sí mismo, o es la vida la que hace al hombre a su capricho? Antonio explicaba, con aquella cierta vehemencia que le caracterizaba, que el derecho se basa en la creencia, una ficción, de que las personas son libres para decidir sus acciones y omisiones, y por ello son imputables y deben responder de sus actos. Y con una sonrisa irónica terminaba su reflexión: ¿Existe de verdad el libre albedrío?

Era partidario de las medidas alternativas a la prisión para evitar las penas de corta duración. Desconfiaba de las políticas punitivas. Consideraba que el rigor de las penas no resuelve los problemas sociales. Como decía la letrilla de una «soleá por carcelera»: «*En este lugar maldito,/donde reina la tristeza,/no se castiga el delito,/se castiga la pobreza.*». Viene a cuento esta Soleá pues en los tabancos de Posadas, Medina Sidonia y Montilla, plazas en las

que estuvo destinado como juez, se empañó junto a Pili, su esposa y compañera en la vida, del flamenco y sus distintos palos, hasta el punto de instalar un tablao en su hermosa casa del barrio de Los Remedios de Sevilla.

Con unos cuantos compañeros, secretarios, fiscales y jueces, en los años 70, en plena dictadura franquista, participó en la clandestina *Justicia Democrática*. Casi todos sus miembros con la llegada de la democracia alcanzaron puestos relevantes de libre designación en el Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, Fiscalía General, Consejo del Poder Judicial, Ministerio de Justicia... Carlos López Keller y Antonio Gil nunca optaron a esos cargos.

En los años de transición y primeros de democracia Antonio fue actor principal en la fundación de *Jueces para la Democracia*. En Palma de Mallorca, su primer destino como magistrado, revolucionó a las fuerzas vivas con su modo de entender y ejercer la función jurisdiccional, que concebía como un servicio público, que debía ser cercana al ciudadano y alejada de los poderes fácticos. Fue impactante el auto de prisión, eludible bajo fianza de una considerable cuantía económica, de Zourab Tchokotua, por un delito de estafa inmobiliaria. Zourab era amigo íntimo del rey emérito desde que se conocieron en un internado suizo en la adolescencia, recaló en Mallorca en 1965 y se dedicó, entre otras

cosas, a invertir en negocios inmobiliarios. No fue menos sorprendente que Antonio, tras trabajar las mañanas de los sábados —en aquellos tiempos el sábado era día hábil— ayudara a Pili a recoger su tendete, situado en una plaza céntrica de Palma, que incluía documentos de información sobre la legalización del aborto.

Su compromiso con los valores democráticos, su máxima exigencia ética en el ejercicio de la función pública, su conciencia social, su convicción de que un trabajo bien hecho trasforma la sociedad, son valores que de manera conocida le definían. Igual de relevante me parece su lealtad con los amigos, su sentido del humor y la calidez de su sonrisa.

(Posdata: El pasado 20 de noviembre la Sala penal del TS informaba, mientras escribía este apunte, que condenaba a Alberto García Ortiz, Fiscal General del Estado; la sentencia aún no se ha redactado. Allí donde esté, Antonio con su mano izquierda agarrada por la derecha, se palpa con fruición la verruga que adorna su mejilla derecha, mientras cavila que la sentencia pueda vulnerar los principios básicos del derecho penal de un Estado democrático de derecho. No emite un dictamen; lo hará tras estudiar en profundidad la sentencia. Le gustaría contar con la colaboración de su amigo José Manuel de Paul.)

Juan Romeo

## Consejo: nada que hacer

Escrito con verdadera desolación, todo parece indicar que en/con el Consejo no hay nada que hacer. Los cuarenta años oficiando de escenario de lo más obsceno de la partitocracia no podían pasar sin consecuencias. Así, se ha convertirlo en lo que es: un espacio, indiferenciado, de la política general, es decir, de la bajísima política reinante en el país, con el efecto de una auténtica degradación ético-política de su entorno de cultura. La mejor prueba está en la sistemática ruptura de la institución en dos por la línea de partido y la comprobada incapacidad de operar en materia de nombramientos con el constitucional criterio de la capacidad y mérito de los candidatos. Con todo lo que tiene de nefasta difusión de auténticos contravalores y de frustración de legítimas expectativas de muchos de los directamente afectados. No diré que todas las responsabilidades sean equivalentes, pero esto es algo que no trasciende en la imagen proyectada al exterior.

Por otra parte, de este mandato, hay que decir que, a pesar de que el insopitable secuestro golpista del anterior por el Partido Popular debería haber incentivado algún estímulo regenerador, lo cierto es que la renovación discurrió, como siem-

pre, por los cauces del indecente reparto de cuotas; y este, como corresponde, ni siquiera en la sede de la Carrera de San Jerónimo, sino en las de Ferraz y de Génova. Y, para que no quedase ninguna duda de la continuidad y permanencia del antímodelo, el discurso inaugural de la presidenta vino a confirmar que, en efecto, en Marqués de la Ensenada no había sucedido nada digno de consideración. Ni una palabra sobre lo acontecido en el ominoso quinquenio. Y, consecuentemente, tampoco el menor atisbo de cambio en el modo de operar actual de la malhadada institución.

Así las cosas, me parece tremendo, pero creo que la situación, hoy por hoy, no tiene salida. Se perdió la oportunidad de incentivar un cambio, cultural y no solo, del medio judicial en el momento de crecimiento democrático representado por el inicio de la transición y, en lo que aquí interesa, prevaleció una chata política legislativa de la más miope inspiración jacobina y se desarboló el movimiento asociativo con su potencial transformador. Al fin, con el resultado de lo que es una verdadera catástrofe.

P. A. I.

## Un fiscal general en el banquillo

*(Al cierre de esta edición Álvaro García Ortiz ha dimitido, una vez que la Sala Penal del TS ha anticipado el fallo que le condena e inhabilita como fiscal general. La sentencia no está redactada. Siguen dos notas, una escrita después de la imputación, otra es actual)*

**iA por él!**, podría decirse, es la expresión que mejor describe el *talante* de la instrucción de la causa «fulminada» — como los procesos inquisitoriales — contra el Fiscal General del Estado, que se cierra, en esta fase, con el auto que acaba de dictarse. En efecto, pues se trata de una investigación presidida por la más rigurosa unilateralidad de la estrategia. Lo acredita el tratamiento de las solicitudes de la defensa y de la esencial prueba de descargo ofrecida por los informadores (luego, gratuitamente deslegitimados en su actitud por la Sala de Apelación); así como el insólito reproche de falta de colaboración a la formación de prueba de cargo dirigido al propio afectado. Y, muy en particular, la rigurosísima lectura alternativa de los datos de la causa debida al magistrado Andrés Palomo en su voto particular.

Pero no solo de unilateralidad puede hablarse, también, incluso, de auténtico ensañamiento, en vista del monto de la

fianza, a cuya ostensible desproporción se une la posible inconstitucionalidad denunciada.

Distintos medios de comunicación se han referido a la futura composición de la sala de enjuiciamiento que, al parecer, formarían en su mayoría los integrantes de la (de cinco magistrados) que acordó la imputación. Un asunto preocupante desde el punto de vista de la imparcialidad objetiva, pues, como escribió lúcidamente Carnelutti: «no se puede abrir el proceso contra alguien sin una cierta dosis de convicción de su culpabilidad». Porque imputar es formular una hipótesis contraria a la de la inocencia. Y porque, además, son términos de la propia sala de apelación, en aquella otra habría tenido el instructor un «órgano superior suyo», circunstancia esta de la que se sigue una contaminante relación de implicación recíproca. Todo, además, agravado por el hecho de que el próximo a celebrarse será un juicio de única instancia.

(...)

**Para que no le falte de nada al tremendo caso del fiscal general del Estado**, el tribunal se ha decantado por el recusable modo emotivista de resolver. Primero se concibe libremente el fallo y luego

se arma la *ratio decidendi*. En este antímodelo, la motivación opera únicamente *ex post*, como justificación que se *yuxtapone* de manera artificiosa a lo previamente dispuesto por las razones que sea. Así se elude de una responsabilidad esencial del jurisdicente, la que le obliga a asumir con rigor, ya *ex ante*, el deber constitucional (y antes aún metodológico) de motivar, para mantener bajo control racional todo el discurso probatorio, de manera que solo se decida aquello que se pueda justificar. Es la que me gusta llamar «prueba del negro sobre blanco»: escribir la convicción y sus razones como modo de *comprobar*, si actuando con la exigible honestidad intelectual, la pluma «corre o no corre» sobre el papel. Esta causa tan peculiar puede muy bien pasar a la historia por sus aportaciones en lo relativo al modo de proceder en/con la prueba. Antes, entre otras originalidades, la pintoresca inducción del teniente-coronel, para llegar al sorprendente descubrimiento de que en la fiscalía manda el jefe; y la aún más impactante del periodista que no notario. Ahora esta. ¡Pues qué bien!

**Una sentencia constelada de atipicidades.** Diríase que es algo impuesto por la propia nefasta singularidad de la propia causa. Por su falta de fundamento, por lo patibulario de la instrucción, por lo estupefaciente de algunos momentos de la vista, por lo injusto del fallo, hasta ahora inmotivado. Ítem más, por todo lo que se ha sabido de algunos de los magistrados y, para remate, por esa indiscreción, tan chistosa como reída, del presidente. Que ciertamente se ha metido en un lío, al hacer público un dato, en ese momento «reservado» en cuanto cubierto por el secreto de las deliberaciones del art. 233 LOPJ. En efecto, pues no solo reveló su condición de nuevo ponente, sino que, algo implícito en este cambio, anticipó contra legem el verdadero sentido del fallo. Por tanto, no se trata simplemente de una frivolidad, que también. A mi juicio esta acción tiene una significación antijurídica de la que careció la nota informativa del fiscal general, racional e incluso normativamente obligado a salir al paso de la insidiosa calumniosa que atribuía al ministerio público y al gobierno una actuación delictiva. A ver cómo salen del atolladero...

P.A.I.

# Juezas y Jueces para la Democracia

## BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN REVISTA JUECES PARA LA DEMOCRACIA. INFORMACIÓN Y DEBATE

Empresa: \_\_\_\_\_  
Nombre: \_\_\_\_\_  
Apellidos: \_\_\_\_\_  
CIF / NIF: \_\_\_\_\_  
Dirección: \_\_\_\_\_  
Municipio: \_\_\_\_\_ C.P.: \_\_\_\_\_  
Provincia: \_\_\_\_\_ País: \_\_\_\_\_  
Teléfono: \_\_\_\_\_ Móvil: \_\_\_\_\_  
E-mail: \_\_\_\_\_

### Importe suscripción por un año natural (3 números)

España: 35 €      Europa: 45 €      Resto: 55 €

(Rellenar los siguientes datos y remitir a la dirección abajo indicada)

Forma de pago (marque la opción de pago que desee):

**Datos de domiciliación bancaria (20 dígitos):**

BANCO                    OFICINA                    DC                    Nº CUENTA CORRIENTE  
\_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_    \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_    \_\_\_\_/\_\_\_\_    \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**Transferencia Bancaria a favor de Maxipack, S.L.:**

Cuenta número: ES88 2100 / 1913 / 12 / 0200049257

(Enviar justificante ingreso en Banco de Transferencia a e-mail [suscripciones@maxipack.es](mailto:suscripciones@maxipack.es))

**Tarjeta de crédito:**  Visa -  Mastercard

Número tarjeta: \_\_\_\_\_

Fecha de caducidad: \_\_\_\_\_

Remitir Boletín de Suscripción a la siguiente dirección:

## JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA

Teléfono suscripciones: 682 01 28 84

E-mail: [jpd@juecesdemocracia.es](mailto:jpd@juecesdemocracia.es)

Los datos que nos ha facilitado han sido incorporados a un fichero automatizado cuya titularidad y responsabilidad corresponde a Juezas y Jueces para la Democracia, que tomará las medidas necesarias para garantizar su seguridad y confidencialidad, usándolo para gestionar esta suscripción, así como para realizar comunicaciones. Usted puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en la dirección email [datos@juecesdemocracia.com](mailto:datos@juecesdemocracia.com).



«Se podría decir que es la decadencia de la integración en la sociedad. El hombre medio está orgulloso de lo que es y quiere que todos los demás sean como él. Es reductivo: no cree en la pasión ni en la sinceridad, no cree en quienes se muestran como son, en quienes se confiesan, porque no son cosas que se esperen del hombre medio. Pero su otra característica, igual y de signo opuesto, es que esta conciencia suya no es conciencia de clase; es moralismo, no conciencia política».

Pier Paolo Pasolini, *Entrevistas sobre el amor* 1969  
*Pasolini su Pasolini. Conversazioni con Jon Halliday*, 1992

«Sólo lo que pasa “dentro de Palacio” parece digno de interés y de atención [para los medios]; lo demás es minucia, hormigueo de gente, cosas informes, de segunda categoría... Y, como es natural, de cuanto ocurre “dentro de Palacio” lo que importa realmente es la vida de los más poderosos, de los que están en la cúspide. Ser “serios” significa, al parecer, ocuparse de ellos. De sus intrigas, de sus alianzas, de sus conjuras, de sus fortunas y, por último, también de su modo de interpretar la realidad que hay “fuera de Palacio”; esa realidad enojosa de la que en último término depende todo, a pesar de que sea tan poco elegante y justamente tampoco “serio” ocuparse de ella. [...] Al salir “fuera de Palacio” se vuelve a caer en otro “dentro”: en el interior de la cárcel del consumismo. Y los personajes principales de esta cárcel son los jóvenes».

Pier Paolo Pasolini, “Fuera de Palacio”, 1 de agosto de 1975.  
*Cartas luteranas*, Trotta 1997

(En el 50 aniversario de su asesinato, 1 de noviembre de 1975)