



CONSEJO GENERAL  
DEL PODER JUDICIAL

# RPIJ

**REVISTA** DEL PODER JUDICIAL

NÚMERO

**92**

QUINTA  
ÉPOCA

AÑO **2011**



© 1986 by Consejo General del Poder Judicial

**Editor:** Consejo General del Poder Judicial

**Director:** Antonio Monserrat Quintana, *Vocal del Consejo General del Poder Judicial*

**Directora Adjunta:** Almudena Lastra de Inés, *Vocal del Consejo General del Poder Judicial*

**Consejo de Redacción:** Margarita Uria Etxebarria, Ramón Camp i Batalla, Miguel Collado Nuño, *Vocales del Consejo General del Poder Judicial*

**Secretario:** José Luis de Benito y Benítez de Lugo, *Jefe del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial*

**ISSN:** 1139-2819

**Depósito Legal:** M-12.338-1990

**Diseño, maquetación e impresión:** Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado

*La Revista no se identifica necesariamente con el contenido de los trabajos que se publican en ella.*

*No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.*

# Sumario

<b>1</b>	<b>Editorial,</b> ALMUDENA LASTRA, Vocal del CGPJ y Directora adjunta de la Revista del Poder Judicial . . . . .	<b>2</b>
<b>2</b>	<b>Tribuna,</b> <i>Poder Judicial independiente. Exigencias individuales y como poder del Estado.</i> JOSÉ MANUEL SIEIRA MÍGUEZ, Magistrado Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo . . . . .	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>Entrevista,</b> VASSILIOS SKOURIS, <i>Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i> . . . . .	<b>14</b>
<b>4</b>	<b>Reportaje,</b> <i>La gestión del conocimiento judicial: El Cendoj</i> . . . . .	<b>19</b>
<b>5</b>	<b>Foro de opinión: «La investigación penal: ¿jueces o fiscales?»</b>	
	<i>Opina,</i> JUAN MONTERO AROCA, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia . . . . .	<b>28</b>
	<i>Opina,</i> TERESA ARMENTA DEU, Catedrática de Derecho Procesal de la Universitat Oberta de Catalunya . . . . .	<b>33</b>
	<i>Opina,</i> FERMÍN MORALES PRAT, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona . . . . .	<b>40</b>
	<i>Opina,</i> VICENTE C. GUZMÁN FLUJA, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla . . . . .	<b>44</b>
<b>6</b>	<b>Comentarios jurisprudenciales,</b> Coordinado por FERNANDO ROMÁN GARCÍA, Magistrado Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo . . . . .	<b>48</b>
	SALA 1ª.- PONDERACIÓN DE LA COLISIÓN ENTRE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN Y EL DERECHO AL HONOR Y A LA INTIMIDAD PERSONAL, CUANDO SE TRATA DE PERSONA DE NOTORIEDAD SOCIAL NO DEDICADA AL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS, OBJETO FRECUENTE DE ATENCIÓN EN PRENSA O PROGRAMAS DE CRÓNICA SOCIAL O ENTRETENIMIENTO – FRANCISCO MANUEL BRUÑEN BARBERÁ. Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo . . . . .	<b>48</b>
	SALA 2ª.- PRUEBA DE ADN: DETERMINACIÓN DEL PERFIL GENÉTICO DEL IMPUTADO A PARTIR DE MUESTRAS DE CONTRASTE OBRANTES EN FICHEROS POLICIALES, ASISTENCIA LETRADA AL IMPUTADO DETENIDO (SSTS N.º 680/2011, DE 22 DE JUNIO; 827/2011, DE 25 DE OCTUBRE; Y 880/2011, DE 26 DE JULIO).- ANA BELÉN ALONSO GONZÁLEZ. Letrada de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo . . . . .	<b>55</b>
	SALA 3ª.- LA RECIENTE JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO DE ASILO Y LA PERSECUCIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO. PEDRO ESCRIBANO TESTAUT.- Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo . . . . .	<b>62</b>
	SALA 4ª.- EL CONTROL DEL EMPRESARIO SOBRE LA APARIENCIA FÍSICA DEL TRABAJADOR: UNIFORMES DE TRABAJO. A PROPÓSITO DE LA STS 4.ª DE 19 DE ABRIL DE 2011 (R. CASACIÓN ORDINARIA 16/2009). JOSÉ MANUEL SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA. Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo . . . . .	<b>68</b>
	SALA 5ª.- REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR CONSEJOS DE GUERRA TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE LA MEMORIA HISTÓRICA. Especial referencia a la condena a muerte –luego conmutada–, impuesta por un Consejo de Guerra al poeta Miguel Hernández- CARLOS BALMIZA GARCÍA-SERRANO. Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo . . . . .	<b>75</b>
<b>7</b>	<b>Resumen de noticias</b> . . . . .	<b>81</b>
<b>8</b>	<b>Bibliografía</b> . . . . .	<b>85</b>
	BAJO LA LUPA. <i>El juez ante la Ley</i> (Juan Damián Moreno), por GERVASIO MARTÍN MARTÍN. Magistrado. Letrado del CGPJ . . . . .	<b>96</b>
	BAJO LA LUPA. <i>Conflictos entre conciencia y Ley. Las objeciones de conciencia</i> (Rafael Navarro-Valls y Javier Martínez Torrón), por ANTONIO DEL MORAL GARCÍA. Fiscal del Tribunal Supremo . . . . .	<b>98</b>
<b>9</b>	<b>Apéndice</b> . . . . .	<b>101</b>



Almudena Lastra de Inés. Vocal del Consejo General del Poder Judicial y Directora Adjunta de la Revista del Poder Judicial.

Con la llegada del Nuevo Año todos hacemos propósito de enmienda y renovamos nuestra voluntad de acometer aquello que quedó pendiente en el que termina. Pasado ya el ecuador de nuestro mandato y coincidiendo con el inicio de una nueva Legislatura, es el momento de impulsar aquellos proyectos del programa de actuación aprobado en el año 2008 que todavía no han concluido.

La revisión del modelo de demarcación territorial es sin duda una de estas líneas de actuación, superado como está el diseño de la Ley de Demarcación y Planta de 1988. Una sociedad avanzada, informada, tecnológicamente más desarrollada y mejor comunicada merece una organización acorde con sus necesidades que pueda dar, sin merma de garantías, una respuesta

rápida y de calidad a los conflictos que la justicia tiene que resolver aprovechando sus recursos personales y materiales de una forma racional. Es parecer unánime que el diseño actual está agotado y no debería demorarse por más tiempo esta reforma. El Consejo General del Poder Judicial, desde la privilegiada posición que ocupa, conocedor de la realidad de nuestros Juzgados y Tribunales, debería estar en condiciones de elaborar una propuesta que facilite al Legislador esta tarea que ya ha acometido en otras instituciones.

Necesariamente ligada a la anterior se abre una segunda línea de trabajo tendente a conseguir la colegiación del mayor número posible de órganos judiciales. La positiva experiencia del modelo organizativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales llevó, en la Legislatura anterior, a la elaboración de un Anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial para la creación de los Tribunales de Instancia, texto que este Consejo tuvo la oportunidad de informar y que merecería la pena que fuera rescatado, por supuesto con las aportaciones que sea preciso incorporar, ya que tuvo, con carácter general, una buena acogida.

Con el mismo propósito de lograr un mayor aprovechamiento de los recursos disponibles, la consolidación del nuevo modelo de oficina judicial debe ser otra de las materias que nos preocupe y ocupe, corrigiendo, eso sí, los problemas detectados en los primeros lugares en que se ha implantado y apostando por su definitiva puesta en funcionamiento en todo el territorio nacional, transcurridos más de ocho años desde que se reformara a estos fines la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este proceso debería de ir acompañado, la realidad así nos lo indica, de un impulso definitivo a las nuevas tecnologías que pongan fin al tradicional sistema de documentación de las actuaciones judiciales.

Sin embargo, el cambio organizativo no será suficiente para resolver los problemas de la administración de justicia si no va acompañado de una profunda reflexión sobre nuestros instrumentos procesales. A ellos hay que hacer llegar soluciones alternativas al proceso, como es por ejemplo la mediación, suficientemente probada en los países de nuestro entorno e incluso en el nuestro en más de trescientos Juzgados que, en distintos ámbitos jurisdiccionales, han demostrado que es una solución real que precisa, no obstante, una regu-

lación estatal específica, en especial del estatuto de quienes van a llevarla a cabo.

Recientemente se han aprobado importantes y necesarias reformas para agilizar la tramitación de los procedimientos ante las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa y ante la jurisdicción social, pero sigue pendiente un cambio real del procedimiento penal, que no hay que olvidar que es el que da respuesta a casi dos tercios de los asuntos que cada año ingresan en nuestros órganos judiciales. Sesenta y cinco modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 ponen de relieve la necesidad de un nuevo texto que no soporta más "parches". No ha sido posible en la Legislatura que ha concluido que aquella viera la luz. No obstante, puesto que existe un anteproyecto ya redactado, a quienes formamos el Consejo de Redacción de esta revista nos ha parecido de interés incorporar a este número distintas opiniones sobre el mismo, que contribuyan al debate social sobre el modelo que se

**sigue pendiente  
un cambio real  
del procedimiento  
penal, que no  
hay que olvidar  
que es el que da  
respuesta a casi  
dos tercios de los  
asuntos que cada  
año ingresan en  
nuestros órganos  
judiciales**

propone, debate que debe ir más allá de la manida discusión sobre quién ha de asumir la instrucción, casi siempre en términos de pérdida o mantenimiento de poder de Jueces y Fiscales, y centrarse en los verdaderos protagonistas del proceso que no son sino los ciudadanos, todos y muy especialmente las víctimas, y en la función constitucional que debe ser desempeñada por quienes en él intervienen.

Mucho queda, en definitiva, por hacer y un importante papel ha de jugar el Ministerio de Justicia. Por eso, no podemos sino dar la bienvenida a los que se incorporan a este proyecto común, con la sincera esperanza de que las primeras palabras del nuevo Ministro no se queden en una simple declaración de intenciones y con el deseo de que sea capaz de dar a la Justicia un verdadero impulso modernizador, para conseguir que sea una Justicia rigurosa, eficaz y avanzada. Le brindamos a tal fin, como no podría ser de otro modo, toda nuestra colaboración.



# poder **judicial** independiente exigencias **individuales** y como **poder** del **estado**

José Manuel Sieira Míguez

*Magistrado-Presidente de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo*



trario, en el fondo la situación del Poder Judicial sigue siendo la misma en relación con los otros poderes del Estado, en definitiva, si es un poder en pie de igualdad con aquellos o, por el contrario, estamos ante un poder subordinado.

La independencia judicial, que es sin duda de ningún género un principio básico del Estado de Derecho, debe afirmarse tanto del Juez a título individual como del Poder Judicial en su conjunto, es decir del Poder Judicial como poder del Estado en pie de igualdad con los otros poderes a los que se refería la clásica división tripartita de Montesquieu. No basta por tanto entenderla exclusivamente, aunque este aspecto sea igualmente indispensable, como compendio de los principios éticos fundamentales que deben adornar a quienes ejercen la función judicial, sobre la base de que el Juez, individualmente considerado, debe proceder, en su ejercicio profesional, libre de ataduras externas, ya sean estas de carácter personal, político o económico.

Para poder hablar de un Poder Judicial independiente es necesario que concorra en ambas vertientes. Nuestra Constitución afirma, en el título V, relativo al Poder Judicial, la independencia individual de cada Juez. Se refiera a «Jueces independientes», presumiendo que consecuencia directa de esa independencia individual es un Poder Judicial independiente, pero como veremos mas adelante también contiene preceptos de los que se infiere que afirma también esta característica del Poder Judicial como Poder del Estado.

En mi opinión la independencia individual es presupuesto necesario pero no suficiente en sí mismo, como

**C**on frecuencia y por diversas razones aparece en los medios de comunicación, la polémica sobre la independencia judicial, su alcance y sus presupuestos. Hace doce años hice algunas reflexiones sobre el tema en un medio de comunicación, reflexión que me propongo reiterar para después analizar si las cosas han cambiado desde entonces o si, por el con-



tampoco, en mi opinión, basta la creación de un órgano de gobierno teóricamente independiente para que admitamos, como consecuencia necesaria, que estamos ante un Poder Judicial independiente. Para ello es necesario que se cumplan además otra serie de requisitos.

Dicho esto, se hace precisa alguna reflexión sobre las virtudes que deben concurrir en el juez, a título individual para que pueda hablarse de juez independiente.

Acudiendo a formulaciones ya acuñadas por los clásicos podríamos citar entre los principios éticos predicables de la función judicial, la probidad, el desinterés, la dignidad, el decoro y la imparcialidad. Del conjunto de todas ellas resalta la independencia de cada juez individualmente considerado.

En cuanto a la primera, la probidad no es otra cosa que la honradez. Si acudimos el diccionario de la Real Academia de la Lengua, éste nos define la probidad como honradez, lo que conlleva la necesidad de que el Juez tenga una conciencia moral bien formada y una sólida formación jurídica y humana, a fin de poder así cumplir sus deberes profesionales para con quienes acuden a él en demanda de justicia. Toda profesión dirigida al servicio de la comunidad que no cumpla este fin fundamental no tiene razón de ser.

Si el Juez no está jurídica y humanamente bien formado no puede cumplir su función, dado que carecerá de la capacidad necesaria para hacerlo.

La segunda virtud es la del desinterés.

No es admisible en el ejercicio de la Judicatura poner como fin principal el logro de los propios objetivos sean estos personales o profesionales.

**podríamos  
citar entre los  
principios éticos  
predicables de la  
función judicial,  
la probidad, el  
desinterés, la  
dignidad, el decoro  
y la imparcialidad**

El Juez, a quién corresponde la decisión final de los conflictos entre particulares, con poder de disposición sobre sus patrimonios y sus libertades, está al servicio de sus conciudadanos a los que sirve, de modo que si es lícito que haga de su profesión su medio de vida, demandando incluso una retribución digna, adecuada al servicio que presta, y además es exigible que así sea, no puede ni debe anteponer los intereses particulares al interés de quién demanda sus servicios, por eso mi oposición frontal, en el caso de los Jueces, a sistemas retributivos que atiendan únicamente al número de sentencias dictadas o de asuntos resueltos, por cuanto ello conlleva el riesgo de que el afán de obtener una mejor retribución conduzca a una resolución poco reflexionada, escasamente fundada o al abandono de los casos complejos por otros más sencillos, todo ello en base al simple hecho de que del número de resoluciones dictadas dependerá el estatus económico de quién las dicta.

Los órganos de gobierno de la Judicatura en cada país pueden y deben establecer unos módulos mínimos de trabajo, ciertamente exigentes pero realistas y exigir su cumplimiento, demandando la correspondiente responsabilidad disciplinaria en los casos en que no se cumplan y no concurra una causa justificada para ello.

El Juez ha de tener un sistema retributivo adecuado a la responsabilidad de su función como garantía de independencia, de forma que la función esencial de administrador de justicia no se vea mediatazada o condicionada por necesidades o apetencias económicas, pero el mayor o menor nivel de aquella no puede incidir en modo alguno en su dedicación profesional, aunque tampoco debe olvidarse que la independencia económica constituye presupuesto indispensable de la independencia judicial y que ésta, a su

vez, constituye la base y presupuesto de una actuación judicial éticamente admisible.

La tercera virtud, la de la dignidad, entendida como decoro de las personas en la manera de comportarse en el ejercicio profesional, resulta de especial trascendencia por cuanto repercute no solo en el individuo sino en el colectivo en que se integra, de tal manera que la forma de comportarse de uno de sus miembros repercute negativa o positivamente en todos los demás. La exigencia de una actitud profesional digna se multiplica porque, desgraciadamente, en el mundo en que nos desenvolvemos tienen mayor repercusión pública las actitudes negativas que las positivas, quizás porque vende más el escándalo que la virtud.

Esta exigencia ética en profesiones como la judicial, al igual que ocurre con la actividad política, en su doble vertiente de legislador y de titular del poder ejecutivo, llega incluso a alcanzar a la esfera de la vida privada del individuo y también a sus manifestaciones sociales.

El Juez, al estar llamado a juzgar conductas ajenas no está simplemente obligado a no quebrantar la Ley, sino que debe observar los principios éticos que le prohíben conductas permitidas al ciudadano normal.

La última, pero no por ello menos trascendente, de las virtudes enunciadas exigibles a un Juez es la de la imparcialidad, la falta de designio anticipado o prevención en favor o en contra de personas o casos que le permita juzgar con rectitud y que, como recoge nuestra Constitución, constituye presupuesto esencial de la actividad jurisdiccional y por tanto forma parte de la propia idea de justicia.

Todos los demás principios que puedan predicarse de la actividad judicial están encaminados, en mi opinión, a hacer efectivo en la práctica el principio esencial que es la imparcialidad.

La imparcialidad, sin embargo no es sólo una actitud.

Decía antes que el Juez, para poder actuar de manera imparcial, debe contar con una sólida formación no sólo jurídica sino también humana. Si el juez no goza de una adecuada formación jurídica, no podrá aplicar la norma con imparcialidad simplemente porque la desconoce. Podrá actuar con criterios de equidad, es posible, pero no con criterios de imparcialidad objetiva

conforme a lo que exigen los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Tampoco el Juez podrá ser objetivamente imparcial si no tiene una sólida formación humana que le permita valorar las circunstancias que concurren en cada caso concreto y que a su vez le permitan comprender el hecho de la vida que está llamado a juzgar, no sólo con la lógica de los preceptos legales, sino teniendo en cuenta las exigencias de la realidad social en que se desenvuelve.

---

## **El juez debe asimismo carecer de vinculaciones de cualquier índole, personales, económicas, políticas o sociales, que puedan de alguna manera mediatizarlo en el ejercicio de su función**

---

El Juez sin una sólida formación jurídica y humana podrá ser éticamente imparcial pero no jurídicamente imparcial. Debe además dedicar al ejercicio de la función jurisdiccional el tiempo que esta demanda, no hacerlo así conlleva como consecuencia un mas que posible retraso injustificado y probablemente también un estudio superficial de los asuntos sometidos a la consideración del juez, lo que supone un incremento del riesgo de error en la decisión. Ambas razones justifican un rígido régimen de incompatibilidades.

No es suficiente, sin embargo, que el juez tenga la adecuada formación y dedique a su actividad el tiempo y la intensidad que resulten necesarios. El juez debe asimismo carecer de vinculaciones de cualquier índole, personales, económicas, políticas o sociales, que puedan de alguna manera mediatizarlo en el ejercicio de su función y cuando se encuentre con algunas de ellas, por inevitables, -no olvidemos que el Juez ha de integrarse en la sociedad en la que vive, no sólo por su condición de ser humano, hombre o mujer, social por naturaleza, sino porque ello es necesario para una mejor comprensión de los problemas de la vida que le vienen encomendados en el contexto de la realidad social en



que se desenvuelve-, ha de acudir al mecanismo de la abstención, para que esa exigencia de imparcialidad no se rompa, ni siquiera en apariencia, a fin de no quebrar así la confianza de la justicia.

El Juez ha de estar y parecer supeditado exclusivamente a la Ley y al Derecho.

La no vinculación del Juez a ningún factor externo que no sea el imperio de la Ley constituye el contenido básico del principio de imparcialidad, presupuesto indispensable de la independencia.

El Juez, que ha de vivir integrado en la sociedad de la que forma parte, pero no puede hacer opción formal por ninguna de las distintas opciones políticas existentes en la sociedad en que se integra. Digo opción formal, porque el Juez no deja de ser un ciudadano sin ninguna otra especialidad que aquella que se deriva de la función que desempeña y, por tanto, con criterios y opciones personales propias, inmanentes a su propia condición y consecuencia de sus vivencias y su formación, en definitiva de su propia historia personal.

Esas convicciones personales, sin embargo, no deben traslucirse al exterior a fin de no crearse dependencias o lazos que puedan mediatizar o simplemente crear apariencia de mediatización en el ejercicio de sus funciones. Lo dicho no significa que las convicciones personales del juez no puedan tener reflejo en sus decisiones, ello es inevitable y así sucede al valorar aquél la realidad social en que debe aplicar la norma, pero en esta valoración el Juez debe seguir las pautas que va marcando la jurisprudencia para adaptar la interpretación de la norma a los continuos cambios de la sociedad, todo ello con absoluto respeto al principio de igualdad.

Podría discutirse sobre si la vinculación de cualquier clase que sea del Juez a un partido político tiene más o menos trascendencia real o si se trata simplemente de una cuestión de apariencia.

Sin perjuicio de que el Juez no sólo ha de ser independiente sino también parecerlo, creo que la no vinculación formal, otra cosa no es controlable, del juez a una organización política, es decir a un partido político, trasciende más allá de la pura exi-

gencia formal, por cuanto los partidos políticos son auténticos aparatos de lucha por el poder, en la que, al menos teóricamente, toman parte todos aquellos que se integran en ellos y esa integración formal responde, generalmente, por no decir en todos los casos, al deseo de participar en esa lucha y progresar en el escalafón de la organización política o partido político en cuestión, lo que necesariamente crea unos vínculos que indudablemente han de dificultar la independencia en la actividad judicial y, por ende, generan una situación de desconfianza en quienes han de someterse a la decisión del Juez y en quienes observan desde fuera la actuación judicial, máxime cuando existe una tendencia cada vez mayor a la judicialización de la vida pública, precisamente porque la lucha y la crítica política se ha desplazado en gran medida del mundo de las ideologías al campo de la exigencia ética en la conducta de los gobernantes.

La segunda de las vinculaciones que el juez debe evitar, incluso de manera más intensa que la vinculación política, es la vinculación a intereses económicos de terceros.

No creo que este punto ofrezca mayores dificultades y su aceptación resulta unánime, sin que quepa escudarse aquí en los mecanismos de abstención o recusación, que deben quedar reducidos a solucionar aquellas situaciones que puedan afectar a la independencia y que surjan de manera ajena a la actividad puramente voluntaria del Juez, tal ocurre con los vínculos personales y sociales, éstos son en gran medida absolutamente inevitables, derivados de la propia naturaleza de las cosas, que por tanto deben ser resueltos por los mecanismos de la abstención y la recusación.

Ahora bien, el análisis sobre la independencia Judicial como compendio de los principios éticos indispensables que deben adornar la actividad judicial, no se agota sólo en las actitudes que resultan exigibles al Juez para intentar garantizar tal fin.

Hasta aquí los valores que los jueces deben poner en contribución para alcanzar un Poder Judicial realmente independiente, pero esta meta no es una meta a alcanzar solo por los Jueces a título individual. La sociedad a la que sirven y los otros poderes que gobiernan esa sociedad tienen también una importante responsabili-

dad para garantizar esa independencia y por ello deben adoptar las medidas necesarias para garantizar esa independencia del Poder Judicial o, lo que es lo mismo, garantizar que el Judicial sea un poder en pie de igualdad con los otros Poderes del Estado. Dicho de otro modo la independencia no es algo que sea alcanzable por el Juez en una lucha solitaria, sino que el Estado, y por tanto los otros dos poderes tradicionales del mismo, el ejecutivo y el legislativo, tienen una grave responsabilidad en la materia en cuanto vienen obligados a crear las condiciones necesarias para que esa independencia sea efectiva.

Nadie hoy puede razonablemente pensar que, en países con garantías democráticas mínimas, la independencia judicial se intente mediatizar de manera habitual o no por medio de presiones directas de los poderes económicos o de los otros poderes públicos. Es posible, es cierto, que tales procedimientos puedan darse en el plano teórico, pero tales comportamientos, de existir y no voy a negar que aisladamente es factible que se produzcan, no pueden por menos que calificarse de burdos y groseros, independientemente de su carácter delictivo. Por tanto un mínimo respeto a la inteligencia exige que, cuando menos, hayamos de admitir que no son habituales en las circunstancias antes dichas. Por otra parte, los Jueces, cuya honorabilidad en términos generales ha de admitirse y presumirse, no admitirían en modo alguno tales presiones.

Dado por cierto lo anterior, no lo es menos que existen otros mecanismos mucho más sutiles para intentar mediatizar la actividad judicial. Esos mecanismos se presentan en forma de «tentaciones», tanto o más peligrosas que las presiones directas, máxime si surgen del aparato del Estado.

Se puede intentar mediatizar la actividad judicial mediante un sistema de promoción o designación, en el que la decisión no se adopte por puros criterios profesionales, sino teniendo en cuenta factores de mayor o menor afinidad ideológica o política. Por ello resulta imprescindible que el nombramiento y promoción de los jueces se efectúe por órganos ajenos al poder político, lo que nos lleva directamente al autogobierno de la magistratura como requisito de independencia, aunque desde ahora tengo que afirmar que la existencia de ese órgano de autogobierno, que sin embargo no es Poder Judicial, y su independencia, si bien son

presupuesto necesario para la independencia del Poder Judicial no son requisito suficiente para la misma, todo dependerá del alcance de las competencias de ese órgano y de la formada designación de sus componentes.

Elemento indispensable para que las reglas del juego intenten garantizar la independencia judicial es la inamovilidad, entendida en el sentido de que el Juez solo puede ser suspendido, jubilado o trasladado en las situaciones previstas por la Ley de promoción o sanción disciplinaria, a excepción, claro está, de los cargos de carácter temporal en que la inamovilidad lo será por el tiempo que dure el mandato para el que hayan sido nombrados.

No parece que la tesis de la inamovilidad pueda hoy ser discutida. Baste señalar que un Juez no puede ser independiente si el «soberano», entendiéndolo por tal al poder establecido, puede trasladarle por el simple hecho de que sus resoluciones no le resulten cómodas o porque desee un Juez determinado para un caso en concreto. La inamovilidad es consustancial con la independencia.

Pero existen, decía, formas más sutiles para mediatizar o intentar mediatizar la actividad judicial y que desgraciadamente puede parecer que no son inhabituales, me estoy refiriendo a lo que antes denominé como «tentaciones».

Es relativamente frecuente que los poderes públicos, el poder ejecutivo fundamentalmente, sirviéndose para ello del legislativo, al que controla, por el juego de las mayorías, establezca un sistema en el que sea posible la designación de Jueces y Magistrados para cargos de libre provisión del poder ejecutivo, cargos a los que se da un mejor trato social y económico que a los cargos judiciales, incluso que a los más altos cargos judiciales, permitiendo a la vez que el «elegido» conserve la plenitud de sus derechos administrativos como profesional de la Justicia.

Creo que la calificación de estas situaciones como «tentaciones» es una calificación acertada: el ser humano es débil por naturaleza y sensible a la vanidad, por eso entiendo que la técnica de la «tentación» es una de las más sutiles para intentar mediatizar a la justicia, porque implica un atentado contra ella por quienes están más obligados a garantizar su independencia e imparcialidad.

Es fácilmente comprensible que un poder judicial que tenga garantizada la independencia económica de sus integrantes, en proporción a la responsabilidad y trascendencia de su función y al que se otorgue, cuando menos, similar grado de consideración social que a los restantes poderes e instituciones del Estado, resulta menos sensible a las «tentaciones» que otro en el que sus miembros no gocen de esa garantía o incluso que aquella valoración social y económica sean inferiores a la de los integrantes de otros órganos del Estado de igual o menor rango constitucional. Por esta razón creo que deben cerrarse las puertas a la posibilidad de que los Jueces y Magistrados puedan acceder a cargos públicos en otras instituciones del Estado conservando sus derechos administrativos y su situación en la Judicatura.

## **Deben cerrarse las puertas a la posibilidad de que los Jueces y Magistrados puedan acceder a cargos públicos en otras instituciones del Estado conservando sus derechos administrativos y su situación en la Judicatura**

No me estoy oponiendo a la posibilidad de que los Jueces y Magistrados puedan acceder a cargos públicos, lo que por otra parte sería contrario al artículo 23 de la Constitución Española, estoy simplemente afirmando que el ejercicio legítimo de esa opción debe conllevar la pérdida de derechos administrativos en la carrera judicial, a saber, destino, antigüedad e incluso de categoría cuando esta no hubiera sido alcanzada por antigüedad sino por designación. El coste profesional del acceso a cargos públicos, unido a un adecuado reconocimiento económico y social de la función judicial, evitaría en gran medida la sutil forma de mediatización o intento de mediatización que antes he denominado «tentaciones».

La demanda de un tratamiento económico y social justo resulta indispensable si se pretende una justicia independiente. Si se ambiciona que los Jueces valoren adecuadamente el trabajo y los derechos económicos

de los ciudadanos, resulta indispensable que se valore de igual manera el que ellos desempeñan. Esta idea fue ya expuesta por el Tribunal de Frankfurt en 1966, que en una sentencia (1165) pone de manifiesto, en sus considerandos para repeler una demanda desmesurada, que «cuando los ciudadanos de este país toleran unas remuneraciones tan bajas para los Jueces no es de extrañarse que los Jueces valoren correspondientemente el trabajo de los demás conciudadanos»; del mismo modo Schiffer, al tratar sobre la crisis permanente de la Justicia, en su obra *Die Deutsche Justiz*, Berlín, 1928, cita como los motivos de la crisis, las concepciones del derecho ajenas al pueblo, la dilatación del sistema judicial y la proletarización de la judicatura motivada por deficiencias retributivas.

Así pues, también la adecuada retribución de la actividad judicial, así como la dotación de medios materiales, inciden directamente en la independencia y en el adecuado ejercicio de la función judicial y, por tanto, en la adecuación de ésta a las exigencias de la ética.

La independencia económica no obstante no es solo exigible a título individual, lo es también como poder en pie de igualdad con los otros poderes del Estado y a ello me referiré mas adelante. Forzoso se hace reconocer, que cuando menos se hace difícil mantener una actitud independiente ante quién tiene en sus manos la posibilidad de poner fin a situaciones de estrechez.

Esta independencia económica, que debe ser la que se demande, exige como presupuesto básico, desde mi punto de vista, una objetivación del régimen económico de la Justicia, ya que no una autonomía presupuestaria que podría resultar contraproducente para el adecuado equilibrio entre las distintas necesidades del Estado y que por tanto constituye una idea que creo debería abandonarse con carácter general. Objetivación que resulta necesaria para evitar que la mayor o menor «generosidad» del poder político venga condicionada por el hecho de gozar de una justicia más o menos grata.

Establecido lo anterior me parece importante avanzar esta reflexión en relación a los presupuestos necesarios para garantizar un Poder Judicial en pie de igualdad con los otros poderes del Estado, porque esa situación de igualdad es también requisito necesario para la existencia de un Poder Judicial independiente.

Decía en los párrafos anteriores que entre esos presupuestos están la existencia de un órgano de autogobierno independiente y la independencia económica del Poder Judicial, entendida ésta como objetivización del régimen económico del Poder Judicial.

Trataré siquiera sea brevemente de efectuar alguna reflexión sobre estos puntos y examinar si en nuestra realidad actual se cumplen estos requisitos.

La Constitución de 1978 fijó las bases de lo que debe ser el Poder Judicial, y establece que debe regirse por dos principios fundamentales, la independencia y el autogobierno, sin olvidar la naturaleza de Estado complejo en que se configura la España de las Autonomías.

Si bien es cierto que la división de poderes que establece la Constitución no ofrece dudas desde un punto de vista formal y que en ella se afirma su existencia abandonando la idea de poder único y funciones separadas del antiguo régimen, siendo también cierto, al menos en un plano puramente teórico, que se le conforma como un Poder del Estado independiente y autogobernado, no lo es menos que ya en la vieja concepción de Montesquieu el judicial no era un poder como los demás, sino un poder subordinado y esa concepción, quiérase o no, sigue teniendo su reflejo en nuestros días.

La cuestión, por tanto, es la de si en la realidad actual el denominado Poder Judicial es un poder en pie de igualdad con los otros dos o, si por el contrario, su realidad no se acomoda a lo que la propia constitución (art. 117) proclama, habida cuenta que el Poder Judicial constituye un instrumento básico para la defensa de las libertades y la existencia de un Estado de Derecho.

Es cierto que en la Constitución de 1978 desaparecen las jurisdicciones especiales,

**La cuestión,  
por tanto, es  
la de si en la  
realidad actual  
el denominado  
Poder Judicial es  
un poder en pie  
de igualdad con  
los otros dos o, si  
por el contrario,  
su realidad no  
se acomoda a  
lo que la propia  
constitución  
(art. 117)  
proclama**

que el Poder Judicial deja de estar integrado por funcionarios dependientes del Ministerio de Justicia, del Ministerio de Trabajo y de los tres Ministerios militares, que en ella se habla de división de poderes, se afirman los principios de independencia e inamovilidad al disponer el artículo 117 que los Jueces y Magistrados integran el Poder Judicial y son independientes, inamovibles, responsables y sólo están sometidos al imperio de la Ley.

Afirma también nuestra Carta Magna que el Poder Judicial es un poder del Estado, lo hace sin establecer limitación, subordinación o dependencia alguna, por tanto incluso sin la connotación que el propio Montesquieu parecía darle en su clásica teoría de la división de poderes a la que antes me he referido.

De la lectura del Título VI resulta también que esa independencia no es solo un principio fundamental a la hora de aplicar e interpretar la norma, sino que lo es también a la hora de situar al Poder Judicial frente a los poderes políticos y las fuerzas sociales, lo que supone la necesidad de garantizar que los Jueces en su conjunto no estén al alcance de la influencia del Gobierno ni de los partidos políticos.

La idea de independencia no se refiere por tanto sólo a la que debe tener el juez a título personal a la hora de resolver los litigios con arreglo y sujeción a los principios a que me refería con anterioridad para que podamos hablar de jueces independientes individualmente considerados, sino que también es necesario adoptar las medidas que garanticen que el Poder Judicial se configure como un poder apto para asegurar la realidad de esos principios y una tutela judicial efectiva, para lo que es absolutamente indispensable que ni siquiera en hipótesis pueda el Poder Judicial resultar mediado para los otros poderes del Estado.

La Constitución en sus artículos 106 y 163 y la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 6, garantizan que los Tribunales ordinarios controlan la adecuación de las normas jurídicas que emanan del Legislativo y del Ejecutivo a los mandatos de la Constitución por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, o de su inaplicación y anulación, cuando de normas reglamentarias se trate, en tanto que el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que podrá articularse recurso de casación simplemente en base a una supuesta infracción constitucional. El artículo 53 de la Constitución, por su parte, prevé la existencia de un procedimiento preferente y sumario, ante los Tribunales Ordinarios, para la tutela de los derechos fundamentales y demás comprendidos en el art. 14 y sección 1ª del Capítulo 2º de la Constitución, relativo a Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.

Estos preceptos, al igual que los que establecen el derecho al Juez ordinario preordenado por la Ley, no son sino una manifestación de la voluntad del Constituyente y del legislador ordinario de garantizar esa independencia del Poder Judicial frente a los otros poderes del Estado.

Razón directa de esa garantía de independencia es la creación del Consejo General del Poder Judicial como órgano de autogobierno y la desaparición de las Jurisdicciones especiales.

La cuestión, no obstante, como decía, es la de si la realidad diaria responde escrupulosamente a esos principios o, si por el contrario, siguen existiendo zonas de sombra y, sobre todo, si el C.G.P.J. cumple efectivamente esa función esencial de garantía de independencia o, por el contrario, dejando esa función primordial en segundo plano, se ha convertido, al menos en parte, en un sustituto del Ministerio de Justicia. Si he de adelantar mi opinión baste decir ahora que quizás no es oro todo lo que reluce.

Es cierto que el juez deja de ser la boca que pronuncia la palabra de la ley y se convierte en garante de los principios y derechos constitucionales lo que se traduce en un incremento del número de litigios sometidos a los Jueces y, por otra parte, se ha producido un incremento del interés por la justicia y lo judicial, lo que justifica que las resoluciones judiciales pueden y

deben ser objeto de crítica, aún cuando el tema ha de ser tratado con extrema delicadeza, a fin de evitar la existencia de los denominados juicios paralelos.

Ahora bien las novedades que exige la implantación del régimen constitucional van mucho más allá, y exigen pronunciarse sobre otras que he ido enunciando, tales como: si el Poder Judicial es o no un poder en pie de igualdad con los otros poderes del Estado; si se dan los presupuestos económicos y sociales necesarios para que podamos hablar de un Poder Judicial realmente independiente; sea cual sea el papel que juegan las asociaciones judiciales en relación con esa idea de independencia; si el Consejo General del Poder Judicial es realmente un órgano garante de la independencia judicial o se ha convertido, al menos en parte, en un órgano de control; o, por último, para poner punto a una lista que quizá fuera demasiado larga, si la articulación del Poder Judicial responde o no a la idea de Estado complejo en que se articula la España de las Autonomías.

He de empezar recordando lo que antes decía sobre que en mi opinión la independencia del Poder Judicial no es algo que deba ni que pueda ser alcanzado por los jueces en una lucha solitaria. El Estado, por tanto los poderes Legislativo y Ejecutivo, viene obligado a crear las condiciones necesarias para que esa independencia sea efectiva, y aquí es donde precisamente empiezan los problemas.

No sólo debe hablarse de independencia interna, independencia de los jueces individualmente considerados, sino también de independencia del Poder Judicial en su conjunto.

Nuestra Constitución se refiere en su Título V a la independencia individual de cada Juez, habla de «jueces independientes» y al autogobierno (art. 117), quizá presuponiendo que de esa independencia individual habría de tener como consecuencia un Poder Judicial independiente, pero el razonamiento, decía antes, no es válido a la inversa. No es suficiente un órgano de gobierno teóricamente independiente para garantizar unos jueces y un Poder Judicial independiente, máxime si, como ocurre en nuestro caso, ese órgano de Gobierno no es Poder Judicial y se le convierte en su composición, al menos aparentemente, en una fotografía de la composición política del Parlamento.

Aquí es donde, en mi opinión, se encuentra el núcleo de la cuestión. Quizás debiéramos plantearnos la razón del peso específico que las fuerzas políticas tienen en la designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. En mi opinión aquella inicialmente se encuentra en el hecho de que no se ha superado en la práctica la vieja concepción de poder único, el político, y funciones separadas. Algunos han pretendido justificar esa presencia de las fuerzas políticas en el deseo de facilitar el asentamiento de los partidos políticos considerados nocivos en el antiguo régimen, pero ese argumento no es válido más de treinta y cinco años después de la aprobación de la Constitución y la realidad ha demostrado que lo que se buscaba no era otra cosa que una fórmula a través de la cual se pretendía por las distintas fuerzas políticas garantizarse su presencia en el órgano de gobierno del Poder Judicial.

De esta situación se deriva una situación que entiendo no se ajusta escrupulosamente a los principios constitucionales, no responde el principio de división de poderes ya que no sitúa al Poder Judicial en pie de igualdad con los otros poderes del Estado.

Por otra parte el Poder Judicial, entendido como el conjunto de Jueces y Magistrados que ejercen jurisdicción, así creo que se deduce del artículo 117 de la Constitución, aparece como un poder subordinado a los otros dos poderes del Estado, especialmente al Ejecutivo, desde el momento en que se le hace dependiente de éste desde el punto de vista económico y organizativo. La cuestión se plantea en otros términos en relación con el Poder Legislativo por cuanto encarna la Soberanía del Estado.

La independencia económica como presupuesto de la independencia de los distintos poderes, se plasma de manera expresa en el reconocimiento de autonomía presupuestaria, no sólo al Ejecutivo y al Legislativo, sino también a otros órganos constitucionales de los que se quiere afirmar su independencia en cuanto desempeñan funciones análogas a las del Poder Judicial, como ocurre en el caso del Tribunal Constitucional.

Tal independencia sin embargo no se le otorga al Poder Judicial, se le mantiene bajo el control del Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia, en tanto que se pretende salvar el contrasentido otorgando aquella autonomía al Consejo General del Poder Judicial, pero sólo

en cuanto a su propio funcionamiento y olvidando que no es Poder Judicial.

El Poder Judicial debe gozar al menos de la misma independencia económica que la reconocida a órganos constitucionales cuya independencia se pretende garantizar con esa medida, es por tanto necesario proceder a una objetivación del régimen económico del Poder Judicial mediante la fijación de su participación en el monte total de los Presupuestos Generales del Estado. No estoy demandando, como decía más atrás, un régimen de autonomía presupuestaria que podría resultar contraproducente para el adecuado equilibrio de las necesidades del Estado, sino simplemente la existencia de una partida presupuestaria propia del Poder Judicial cuya cuantía se determine con arreglo a parámetros objetivos. De no hacerse así surge la posibilidad de vías de mediatización a través de lo que antes he denominado tentaciones de Estado.

---

### **El Poder Judicial debe gozar al menos de la misma independencia económica que la reconocida a órganos constitucionales cuya independencia se pretende garantizar con esa medida**

---

La independencia económica debe ir acompañada de la capacidad de autoorganización para así modernizar las estructuras judiciales y los métodos de trabajo. La falta de independencia económica conlleva también una importante carencia de medios, y además genera un tratamiento, en todos los aspectos, no siempre acorde con el concepto de Poder del Estado que los Jueces integran.

Esta situación de poder subordinado tiene también su reflejo en otros ámbitos del ordenamiento jurídico. En el Campo del Derecho Penal la protección que se da a los titulares del Poder Judicial, los Jueces y Magistrados, frente a actuaciones externas no



es la misma que la que se otorga a los titulares de otras Instituciones y Poderes del Estado. Así, en el capítulo correspondiente a los delitos contra las Instituciones del Estado y la División de Poderes, artículos 492 y siguientes, para nada se refiere el Código al Poder Judicial salvo la referencia al Tribunal Supremo en el art. 504. Del mismo modo, en el capítulo correspondiente a los atentados, el plus de protección que se da en el artículo 551 a los miembros de los Poderes Legislativos, Ejecutivos, Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial y miembros de las Corporaciones Locales no se otorga a los únicos titulares del Poder Judicial que son los Jueces y Magistrados.

Esta situación no hace sino ayudar a configurar al Poder Judicial no como tercer poder sino como un poder de tercera o un poder subordinado.

Por otra parte no es infrecuente que el Poder Ejecutivo, sirviéndose en ocasiones del Legislativo, al que controla por el juego de las mayorías, establezca un sistema que permita la designación de Jueces en función de supuestas afinidades, no sólo para los cargos más relevantes del Poder Judicial y de su órgano de gobierno, sino también, lo que es más grave, para cargos de libre provisión por el ejecutivo ajenos a lo judicial, cargos a los que se da mejor trato y consideración institucional que incluso a los más altos cargos judiciales, permitiendo a la vez que el elegido conserve la plenitud de sus derechos como profesional de la justicia.

A lo anterior ha de añadirse el hecho de que quienes integran los cuerpos de Secretarios Judiciales y del personal al servicio de la Administración de Justicia dependa orgánica y funcionalmente

## **Queda pues un largo trecho por recorrer para adecuar el Poder Judicial a las exigencias constitucionales**

del Ministerio de Justicia y no del Poder Judicial y de sus titulares, circunstancia ésta que en mi opinión es especialmente grave ya que al hacer depender su carrera profesional del Ejecutivo se corre el riesgo de llegar a poner en peligro la independencia del Poder Judicial. En este punto comparto plenamente las conclusiones del Profesor Balaguer Calleja y su crítica a la distinción entre Administración de Justicia y Administración de la Administración de Justicia con las consecuencias que de ella extrae la Sentencia del Tribunal Constitucional 56/90.

Soy consciente de que este extremo así como el de la adecuación del actual sistema de gobierno del Poder Judicial a la concepción del estado de las autonomías no puede ser desarrollada en estos momentos so pena de extenderme en demasía, aunque si quiero afirmar que en este último extremo la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 abre puertas por las que en mi opinión quizás pudiera ser útil adentrarse, quizás por la vía de una modificación sustancial en la composición y competencias de las Salas de Gobierno, pero para ello sería necesario resolver previamente cuestiones esenciales que permitan que el Consejo General del Poder Judicial cumpla de forma más eficiente las funciones que constitucionalmente tiene encomendada.

Queda pues, en mi opinión, un largo trecho por recorrer para adecuar el Poder Judicial a las exigencias constitucionales. Lo que afirmo puede parecer duro pero no hace sino poner de relieve lo que, al menos desde mi punto de vista, constituye nuestra realidad actual y no cabe olvidar que la independencia del Poder Judicial es la mejor y única garantía de la libertad e igualdad de los ciudadanos.

# entrevista con el presidente del tribunal de justicia de la comunidad europea, vassilios skouris

## interview de M. le président vassilios skouris

Por Agustín Zurita Pinilla

1. Monsieur Skouris, après huit ans comme Président du Cour de Justice de l'Union Européenne, quel bilan pouvez-vous faire de cette étape ?

*Il est particulièrement difficile de dresser un bilan de ces huit années dans quelques lignes. Depuis 2003 la Cour de justice est en constante transformation. Elle a connu les conséquences des deux élargissements successifs de l'Union européenne et notamment le doublement de ses effectifs, la réalité de fonctionner en 23 langues, la création d'une nouvelle juridiction en son sein (Tribunal de la fonction publique) et l'élargissement de ses compétences avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, pour ne citer que les événements les plus importants. En d'autres termes, les dernières huit années étaient pleines de défis, défis que la Cour a su relever avec succès.*

1. Señor Skouris, tras estos ocho años en que lleva presidiendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ¿qué balance cabe hacer de esta etapa?

*Es particularmente difícil establecer un balance de estos ocho años en unas pocas líneas. Desde 2003, la Corte de Justicia está en constante transformación. Ella ha conocido las consecuencias de dos ampliaciones sucesivas de la Unión Europea y particularmente la duplicación de sus efectivos, la realidad de funcionar en 23 lenguas, la creación en su seno de una nueva jurisdicción (Tribunal de la Función Pública) y el incremento de sus competencias con la entrada en vigor del tratado de Lisboa, por citar sólo aquellos acontecimientos más importantes. En otros términos, los últimos ocho años han estado llenos de desafíos, desafíos que la Corte ha sabido hacer frente con éxito.*

2. M. le Président, une des fonctions de la Cour est de veiller à ce que les États membres respectent les obligations établies dans les Traités: est-ce que cela cause beaucoup de problèmes au Cour? A-t-on détecté des cas où les États membres ont essayé d'interférer ou de faire pression sur l'activité du Cour ?





*La Cour n'a jamais eu de tels problèmes dans l'accomplissement de sa mission. Les États membres respectent pleinement le rôle et l'indépendance de la Cour de justice.*

**2. Presidente, una de las funciones del Tribunal, la de velar por que los Estados miembros respeten las obligaciones establecidas en los Tratados, ¿trae muchos problemas al Tribunal? ¿Se han detectado supuestos de presiones o interferencias de los Estados miembros en la actividad del Tribunal?**

*La Corte nunca ha tenido estos problemas en el desempeño de su misión. Los estados miembros respetan plenamente el papel y la independencia de la Corte de Justicia.*

**3. Comment définiriez-vous le degré d'engagement des pays membres de l'UE en ce qui concerne l'affermissement de la Cour, son fonctionnement et l'exécution de ses résolutions ?**

*Comme j'ai déjà remarqué les États membres respectent pleinement la Cour et son rôle. Il en est de même s'agissant de ses arrêts. Il est très significatif de signaler à cet égard que ce n'est que dans des cas très rares que la Commission forme des recours sur la base de l'article 260, paragraphe 2, TFUE afin de solliciter l'imposition d'une sanction pécuniaire à un État membres qui ne s'est pas conformé à un arrêt de la Cour.*

**3. Cómo definiría el grado de compromiso de los países miembros de la UE respecto del fortaleci-**

**miento del propio Tribunal, de su funcionamiento y de la ejecución de sus resoluciones.**

*Como ya he señalado los estados miembros respetan absolutamente a la Corte y su función. Lo mismo ocurre respecto de sus sentencias. Es muy significativo señalar a este respecto que muy raramente la Comisión formaliza recursos al amparo del artículo 260, parágrafo 2, TFUE con el objeto de solicitar la imposición de una sanción pecuniaria a un estado miembro por no ajustarse a una resolución de la Corte.*

**4. Monsieur le Président, dans ces temps de grande crise économique, surtout dans les pays de l'Union Européenne, quel est le rôle que la Cour que vous présidez peut jouer ?**

*Je ne pense pas que la crise économique est susceptible de changer le rôle que la Cour est appelée à jouer conformément aux traités. En effet, comme vous le savez, la Cour n'a aucun contrôle sur les affaires qui sont portées devant elle. La mission principale de la Cour est d'assurer le respect du droit dans l'ordre juridiction de l'Union. Si dans un avenir plus ou moins proche la Cour est saisie d'une affaire ayant trait directement ou indirectement à la crise économique elle va accomplir cette mission aussi dans ce domaine.*

**4. Señor Presidente, en tiempos de una gran crisis económica que fundamentalmente está afectando a los países de la Unión Europea, ¿qué papel puede desempeñar el Tribunal de Justicia que usted preside?**

*No pienso que la crisis económica sea susceptible de cambiar el papel que la Corte está llamada a desempeñar conforme a los Tratados: En efecto, como usted sabe, la corte no tiene control alguno sobre los asuntos que son llevados ante ella. La misión principal de la Corte radica en asegurar el respeto al derecho en el orden jurisdiccional de la Unión. Si en un futuro más o menos próximo la Corte se ocupa de un asunto relacionado directa o indirectamente con la crisis económica, ella llevará a cabo su tarea también en este ámbito.*

**5. Considérez vous, M. le Président, qu'il y a un taux élevé de questions préjudicielles présentées par les juges des États membres, dans leur**

**condition de juges communautaires? Les juges espagnols, présentent-ils beaucoup de questions préjudicielles?**

*Lors des dernières années nous avons vu le nombre des renvois préjudiciels augmenter de manière très significative. La Cour accepte cette évolution avec grande satisfaction. L'augmentation des renvois préjudiciels témoigne de la confiance des juridictions nationales à cette procédure de dialogue institutionnel entre juges.*

*Quant aux juridictions espagnoles, la Cour a été saisie de 17 demandes de décision préjudicielles en 2007, de 11 en 2009 et de 22 en 2010. Au total, plus que 260 affaires préjudicielles espagnoles ont été introduites à la Cour depuis l'adhésion de l'Espagne. J'estime très pertinent de relever également que cette année la Cour constitutionnelle espagnole a saisi la Cour à titre préjudiciel pour la première fois.*

**5. ¿Considera, Presidente, que hay un elevado índice de cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces de los Estados miembros, en su condición de jueces comunitarios? ¿Presentan muchas cuestiones prejudiciales los jueces españoles?**

*En los últimos años hemos asistido a un aumento significativo del número de cuestiones prejudiciales. La Corte contempla esta evolución con una gran satisfacción. El aumento de las cuestiones prejudiciales acredita la confianza de las jurisdicciones nacionales en este procedimiento de diálogo institucional entre jueces.*

*Por lo que se refiere a la jurisdicción española, la Corte ha conocido de 17 cuestiones prejudiciales en 2007, de 11 en 2009 y de 22 en 2010. En términos globales, más de 260 cuestiones prejudiciales españolas han sido presentadas a la Corte desde la adhesión de España. Considero muy pertinente destacar, por otro lado, que este año el Tribunal Constitucional español ha presentado ante la Corte por vez primera una cuestión prejudicial.*

**6. Quels sont les aspects sociaux sur lesquels la Cour joue un rôle protagoniste plus marqué, c'est-à-dire, quel est le type de questions qui arrivent à la Cour qui ont une plus grande incidence sur la vie des citoyens de l'Union Européenne ?**

*Il est vrai que les affaires ayant, par exemple, trait à la sécurité sociale, les conditions de travail, les régimes nationaux d'assurance-maladie affectent directement la vie des citoyens. Néanmoins, les arrêts de la Cour qui sont susceptibles d'affecter substantiellement la vie des citoyens ne se limitent pas au droit social. Pour ne citer que quelques domaines, les affaires en matière de citoyenneté européenne, de droit fondamentaux, de protection des consommateurs, de protection de l'environnement ou d'indemnisation des passagers des compagnies aériennes affect sans aucun doute la vie quotidienne des citoyens.*

**6. Sobre qué aspectos sociales tiene un mayor protagonismo el Tribunal, es decir, qué tipo de cuestiones que se plantean ante este órgano tienen una mayor incidencia en la vida de los ciudadanos de la Unión Europea.**

*Es cierto que los asuntos que afectan, por ejemplo, a la seguridad social, condiciones laborales, planes nacionales de salud... afectan directamente a la vida de los ciudadanos. Sin embargo, los fallos de la Corte que son susceptibles de afectar sustancialmente a la vida de los ciudadanos no se limitan a los derechos sociales. Por no citar más que algunos ámbitos, los asuntos en materia de ciudadanía europea, de derechos fundamentales, de defensa de los consumidores, de protección del medio ambiente o de indemnización a los pasajeros de las compañías aéreas también afectan sin duda alguna la vida cotidiana de los ciudadanos.*

**7. Croyez-vous, Monsieur le Président, que les citoyens européens connaissent suffisamment le Cour de Justice de l'Union Européenne pour pouvoir évaluer son fonctionnement?**

*Je ne pourrais pas prétendre que tous les 500 millions des citoyens européens sont familiarisés avec les détails du fonctionnement de la Cour de justice. Cependant, tous les sondages démontrent que la Cour de justice est l'institution européenne qui bénéficie de la plus grande confiance parmi ceux-ci. Pour notre part, nous ne ménageons pas nos efforts afin que la Cour soit plus et mieux connue par les citoyens.*

**7. ¿Cree, señor Presidente, que los ciudadanos europeos conocen y así están en condiciones de valorar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea?**

No podría pretender que todos los 500 millones de ciudadanos europeos estén familiarizados con los detalles del funcionamiento de la Corte de Justicia. Sin embargo, todos los sondeos demuestran que la Corte de Justicia es la Institución europea que merece la mayor confianza entre ellos. Por nuestra parte, no escatimamos esfuerzos para que la Corte sea más y mejor conocida por los ciudadanos.

#### **8. Quels sont les problèmes principaux auxquels le Cour doit faire face en ce moment ?**

*Les juridictions de l'Union sont constamment confrontées à l'exigence d'un traitement efficace des affaires qui ne dépasse pas un délai raisonnable. En ce qui concerne la Cour de justice, le défi est particulièrement important dans le contexte des affaires préjudicielles, étant donné que la litispendance devant la Cour, entraîne la suspension de la procédure nationale. Pour le Tribunal, les droits et intérêts des particuliers sont presque toujours directement en cause.*

*Les mesures adoptées par la Cour et le Tribunal durant les 10 dernières années ont porté leurs fruits dans la mesure du possible. Néanmoins, le Tribunal se trouve aujourd'hui dans une situation critique avec un accroissement sans précédent du nombre d'affaires introduites, qui, en 2011, dépassera les 700. En ce qui concerne la Cour de justice, bien que la situation actuelle reste satisfaisante, il convient de prendre en compte les perspectives d'une augmentation constante du nombre des affaires introduites à la suite, notamment, des adhésions de 2004 et de 2007 et de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.*

*C'est dans cette perspective que la Cour de justice a très récemment soumis au législateur de l'Union un projet de modifications de son statut, comportant notamment une augmentation du nombre des juges du Tribunal et une proposition de refonte générale de son règlement de procédure.*

#### **8. ¿Cuáles son los principales problemas con los que se enfrenta el Tribunal en el momento actual?**

*Las jurisdicciones de la Unión están constantemente condicionadas por la exigencia de un tratamiento eficaz de los asuntos que no supere un plazo razonable.*

*En lo que concierne a la Corte de Justicia, el desafío es particularmente importante en el contexto de las cuestiones prejudiciales, teniendo en cuenta que la litispendencia ante la Corte conlleva la suspensión del procedimiento nacional. Para el Tribunal, los derechos e intereses de los particulares casi siempre están directamente involucrados.*

*Las medidas adoptadas por la Corte y el Tribunal durante los últimos diez años han dado sus frutos en la medida de lo posible. Sin embargo, el Tribunal se encuentra hoy día en una situación crítica, con un incremento sin precedentes del número de asuntos incoados, que, en 2011 han superado los 700. En lo que concierne a la Corte de Justicia, si bien la situación actual sigue siendo satisfactoria, conviene tener en cuenta las perspectivas de un aumento constante del número de asuntos incoados con posterioridad, especialmente, a las adhesiones de 2004 y de 2007, así como de la entrada en vigor del tratado de Lisboa.*

*Es en esta perspectiva desde la que la Corte de Justicia ha sometido recientemente al legislador de la Unión un proyecto de modificaciones de su estatuto, incluyendo, particularmente, un incremento del número de jueces del Tribunal y una propuesta de reforma general de sus normas de procedimiento.*

#### **9. Finalmente, Monsieur le Président, les pages de la REVISTA DEL PODER JUDICIAL, ce qui revient à dire les pages de la Justice espagnole, vous sont ouvertes pour ce que vous pourriez bien vouloir ajouter à cet entretien.**

*Je vous remercie de cette opportunité. Il n'est nul besoin de rappeler à vos lecteurs les apports de la procédure de renvoi préjudiciel à la pleine effectivité du droit de l'Union dans les États membres. Il est en effet notoire qu'elle constitue un instrument indispensable destiné à sauvegarder l'uniformité dans l'interprétation et l'application du droit de l'Union. La procédure de renvoi préjudiciel garantit que le droit de l'Union reçoit dans tous les États membres le même effet et la même portée et bénéficie ainsi de façon identique à tous les ressortissants de l'Union, quel que soit l'État membre dans lequel ils le font valoir.*

*Plus particulièrement, par les relations qu'elle a permis d'établir entre l'ordre juridique de l'Union et les ordres*



*juridiques nationaux, par l'accès au prétoire de la Cour qu'elle a ouvert aux particuliers, via les juridictions des États membres, par l'interprétation qu'elle a pu donner de l'effet direct des normes fondamentales, la technique du renvoi préjudiciel a complété efficacement le mécanisme de recours en manquement. Dans ce contexte, je tiens à relever, tout d'abord, que, dans le cadre du renvoi préjudiciel, la Cour travaille de concert avec les juridictions nationales, dans un climat de confiance mutuelle et de complémentarité.*

*Elle n'est donc pas concurrente des juridictions nationales et n'a pas d'inclinations hiérarchiques vis-à-vis d'elles. L'article 267 TFUE lui-même établit un mécanisme parfaitement respectueux de l'autonomie procédurale des États membres et de la volonté des juges nationaux. La Cour n'est donc appelée à intervenir pour fournir son aide que dans un nombre restreint d'hypothèses, dans lesquelles les juges nationaux en éprouvent le besoin, estimant que l'interprétation et l'application du droit de l'Union est à la fois indispensable à la solution du litige dont ils sont saisis et ambiguë.*

*L'on ne saurait en outre ignorer que c'est en grande partie grâce aux préoccupations et aux sollicitations des juridictions nationales que s'est forgée au fil des années la jurisprudence étendue que nous avons à l'heure actuelle, tendant à la réalisation des objectifs de l'UE et au renforcement de son caractère de communauté de droit.*

*La Cour est en effet reconnaissante, tant de la valeur et de l'ampleur de la collaboration des juges nationaux à l'élaboration de l'édifice jurisprudentiel de l'Union, que de leur engagement à la cause de la justice de celle-ci.*

**9. Finalmente, Presidente, las páginas de PODERJUDICIAL, en definitiva las páginas de la Justicia española, quedan abiertas para lo que usted desee exponer.**

*Yo les agradezco esta oportunidad. No creo necesario recordar a sus lectores las aportaciones de las cuestiones prejudiciales a la plena eficacia del derecho de la Unión entre los estados miembros. En efecto resulta notorio que representan un instrumento indispensable destinado a la salvaguardia de la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión. Las cuestiones prejudiciales garantizan que el derecho de la Unión recibe en todos los Estados miembros el mismo tratamiento y alcance y beneficia de manera idéntica a*

*todos los nacionales de la Unión, cualquiera que sea el Estado miembro en el que lo hacen valer.*

*Muy especialmente, por las relaciones que ha permitido establecer entre el ordenamiento jurídico de la Unión y los ordenamientos nacionales, por el acceso a la Corte que se ha abierto a los particulares, vía las jurisdicciones de los Estados miembros, por la interpretación que ha podido dar del efecto directo de las normas fundamentales, la cuestión prejudicial ha completado eficazmente el mecanismo del recurso por incumplimiento<sup>1</sup>. En este contexto me gustaría destacar, en primer lugar, que en el marco de la cuestión prejudicial la Corte trabaja de acuerdo con las jurisdicciones nacionales, en un clima de confianza mutua y complementariedad.*

*La Corte no entra en competencia con las jurisdicciones nacionales ni tiene inclinaciones jerárquicas respecto de ellas. El artículo 267 TFUE establece un mecanismo escrupulosamente respetuoso con la autonomía procedimental de los estados miembros y de la voluntad de los jueces nacionales. La Corte no está llamada a intervenir para proporcionar su ayuda más que en un número determinado de hipótesis, en las que los jueces nacionales consideran esta necesidad, estimando que la interpretación y la aplicación del derecho de la Unión es a la vez indispensable para la solución de la ambigua controversia de la que se han hecho cargo.*

*De otra parte, no podemos ignorar que es en gran parte gracias a las preocupaciones e iniciativas de las jurisdicciones nacionales que se ha forjado la amplia jurisprudencia que tenemos hoy día, dirigida al cumplimiento de los objetivos de la Unión Europea y al refuerzo de su carácter como comunidad de derecho.*

*La Corte está en efecto reconocida tanto por el valor y la amplitud de la colaboración de los jueces nacionales en la construcción del edificio jurisprudencial de la Unión como por su compromiso con la causa de esta justicia.*

<sup>1</sup> El recurso por incumplimiento forma parte de los recursos que pueden ser ejercidos ante el Tribunal de Justicia Europeo (TJUE). Permite al Tribunal de Justicia controlar que los Estados miembros cumplen las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión Europea.

El recurso por incumplimiento es un procedimiento jurisdiccional que se ejerce ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La Comisión o un Estado miembro pueden interponer este recurso contra un Estado miembro que no haya respetado el derecho de la Unión Europea (UE).

El recurso por incumplimiento se fundamenta en los artículos 258 a 260 del Tratado de Funcionamiento de la UE.



# la **gestión** del conocimiento **judicial:** el **CENDOJ**



## I. Introducción

El Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) es un órgano Técnico del Consejo General del Poder Judicial ubicado en la ciudad de San Sebastián, que fue creado en el año 1996.

Es un centro tecnológico cuya misión principal es, por un lado, la publicación oficial y difusión de la jurisprudencia de los tribunales españoles, y por otro lado, la gestión del conocimiento judicial desde todas sus perspectivas.

Ofrece a los miembros de la carrera judicial en especial y a la ciudadanía en general, una serie de servicios que vamos a intentar sintetizar.

A tal fin podemos dividirlo en cuatro secciones:

- Jurisprudencia.
- Análisis Jurídico de las resoluciones.
- Documentación, publicaciones, bibliotecas y derecho comparado.
- Entornos Web.

### 1.1 Jurisprudencia

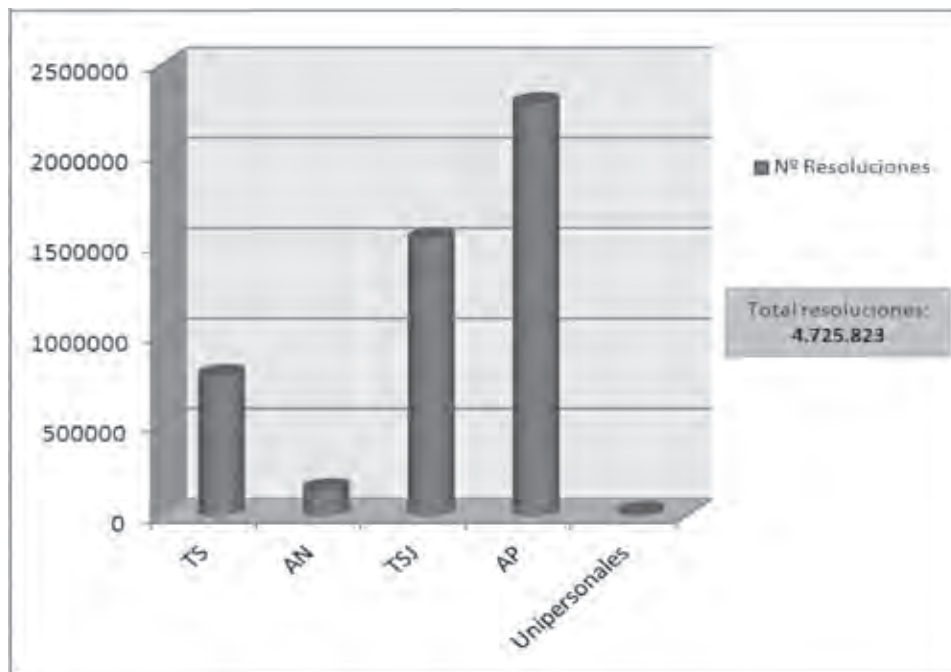
La Sección de *jurisprudencia* lleva a cabo la recopilación de las resoluciones judiciales de los órganos colegiados de toda

España y en número creciente de los órganos unipersonales, sometiéndolas a un tratamiento informático que elimina los datos personales de las partes intervinientes en los procedimientos a fin de que no puedan ser identificadas.

Tras ello se pasa a normalizarlas y digitalizarlas en un formato único que hace que todas las resoluciones se presenten de forma homogénea, conformándolas en un formato de fácil acceso para el usuario, permitiendo mediante el establecimiento de marcas informáticas en distintas partes del documento, que posteriormente se pueda acceder directamente a ellas, lo que supone que las búsquedas que se realicen sean más fáciles y acertadas, así como la posibilidad de vincular documentos y legislación relacionada.

En el presente año se han recibido, tratado y publicado 350.665 resoluciones.

En la actualidad el **fondo de jurisprudencia**, al que puede acceder vía web cualquier ciudadano de forma totalmente gratuita, tiene casi **cinco millones de resoluciones**.



Aparte de ello, durante el presente año se ha incorporado a la base de datos el fondo histórico de resoluciones del Tribunal Supremo desde el año 1852 hasta el año 1978 que cuenta con 194.363 resoluciones.

Asimismo en este año se ha añadido al buscador de jurisprudencia de la base de datos, tres nuevas funcionalidades con el objetivo de facilitar la búsqueda y obtener un resultado más acertado y específico:

1. La búsqueda se puede efectuar por norma y por artículo.
2. Cada juez puede acceder directamente a todas las resoluciones dictadas por el órgano del que forma parte, en el apartado «mis sentencias».
3. Se puede obtener una mayor delimitación de la búsqueda en el apartado «no cabe recurso».

En la actualidad se está realizando un gran esfuerzo para incorporar a la base de datos legislación consolidada, es decir la normativa aplicable en cada periodo de tiempo determinado. Para ello se ha formalizado un convenio con el BOE, y a lo largo de 2012 iremos integrando los textos más relevantes.

Además de la difusión pública de forma gratuita, podemos destacar otros tres entornos:

- A empresas y colectivos que están interesados en creación de bases de datos propias, a los que se cobra estrictamente el importe que supone el tratamiento de eliminación de datos personales y del formato de normalización XML.
- A entidades públicas o privadas mediante convenios de colaboración.
- A todos los jueces y magistrados de España, en un entorno restringido, a los que se ofrecen valores añadidos a las mismas, mediante el análisis jurídico, que pasamos a exponer.

## 1.2 Valores añadidos: análisis jurídico

Contando con la colaboración de magistrados y letrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo se realiza el análisis jurídico de todas las sentencias de cada Sala del Tribunal Supremo.

Asimismo, se realiza el análisis jurídico de las resoluciones de la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, que se consideran de mayor interés, para lo que se cuenta con la colaboración de magistrados de estos órganos.

Mediante una aplicación informática específica, los analistas examinan en detalle la resolución y ofrecen una serie de valores añadidos, que facilitan de modo considerable el conocimiento de los criterios jurisprudenciales, dando una visión rápida y concreta del contenido de cada resolución, contando además, lo que se estima de notable importancia, con la garantía de excelencia en el conocimiento, dado el perfil de los analistas.

Formulan la cuestión determinante, es decir, *titulan* la sentencia, realizan un *resumen* contemplando todas las cuestiones tratadas en la misma, proceden a su clasificación por voces, en base a un tesauro propio de más de 21.000 términos que ha sido creado y desarrollado por el CENDOJ, y que ha sido tomado como base por la Unión Europea para la creación de un vocabulario jurídico multilingüe.

Asimismo la labor de análisis posibilita ver de forma inmediata si el fallo *estima* o *desestima* la pretensión. Califican la resolución bajo tres criterios, determinando si es *innovadora*, si *desarrolla conceptos generales* o si *consolida jurisprudencia*.

También determina si la legislación que se cita en la misma se *aplica* o se *interpreta*, si la jurisprudencia que cita es *a favor* o *en contra*, vinculando informáticamente la misma, es decir, haciendo posible que el usuario pueda tener acceso directo a cualquiera de las sentencias o legislación citada en la sentencia analizada simplemente posicionándose encima de ellas.



El analista a su vez incluye otras resoluciones que puedan estar relacionadas con la analizada, así como publicaciones del CGPJ que traten temas similares.

En la actualidad **la base de datos CENDOJ contiene más de 100.000 resoluciones analizadas** que de manera fácil y sencilla pueden buscarse por diversos métodos como puede ser por el resumen.

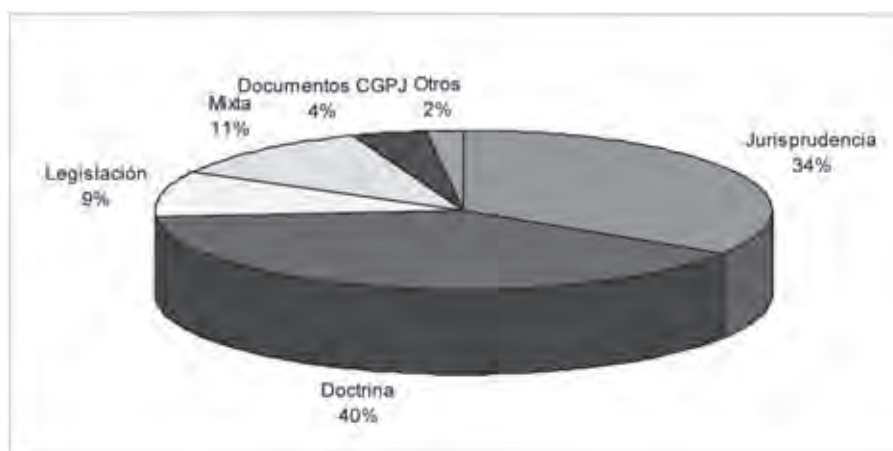
**En este último año se han analizado e incorporado a la base de datos 27.147 resoluciones**, correspondiendo 9.193 al TRIBUNAL SUPREMO, 1.639 a la AUDIENCIA NACIONAL y 16.315 a los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales.

### 1.3. Documentación, publicaciones, bibliotecas y derecho comparado

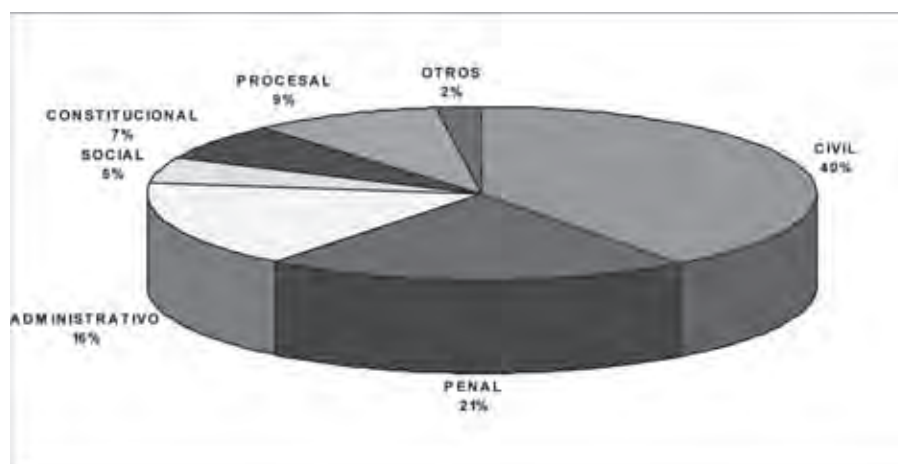
Entre sus funciones, la sección de Documentación, publicaciones, bibliotecas y derecho comparado realiza una labor de resolución de consultas de información jurídica, mediante atención personalizada a todos los jueces y magistrados.

La tipología y materia de las mismas es muy variada, como puede apreciarse en el siguiente gráfico:

**Tipología de los documentos solicitados**



**Materia de las consultas**



Con las resoluciones dadas a las consultas que se estiman de mayor interés, elabora dosieres que difunde online para que puedan ser utilizadas por el resto de la carrera judicial. Los que se estiman de interés más relevante se incorporan en el área personal del fondo documental.

Realiza también diversas actividades encaminadas a la obtención de información y documentación de calidad para su difusión vía web. Así, podemos destacar:

- Diseño y mantenimiento del sistema de gestión documental del sistema de publicación web del CGPJ ([www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)).
- Catalogación y descripción de los recursos jurídicos del portal [poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es) en los diferentes entornos web.



- Diseño de los servicios y productos documentales de acceso web de interés para la carrera judicial (ej.: el Pronuario de auxilio judicial internacional y la BD de cuestiones prejudiciales).
- Selección y contratación de fuentes de información jurídica para su difusión web a los miembros de la carrera judicial.

Asimismo gestiona la red de bibliotecas judiciales, que en la actualidad son 211.

Los datos más relevantes asociados al catálogo único para toda la red de bibliotecas judiciales, cuyo servidor se ubica en el CENDOJ, son los siguientes:

Nº de ejemplares en el catálogo a fecha de 09/12/2011:	449.628 ejemplares
Nº de títulos en el catálogo a fecha de 09/12/2011:	136.120 títulos
Nº de préstamos automatizados realizados durante el año 2011 hasta el 9 diciembre	11.715 préstamos

## 1.4 Entornos Web

El CENDOJ desarrolla un papel transcendental en la incorporación de las nuevas tecnologías (TIC) y modernización de la justicia, siendo responsable de las páginas web del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los 17 Tribunales Superiores de Justicia.

Se ha renovado la parte pública del portal y en breve plazo se procederá a poner accesible la parte privada (Extranet)





**Servicios del Poder Judicial**

 <p><b>Acceso a la Carrera Judicial: Jueces y Fiscales</b>                  Toda la información que necesitas sobre la carrera de Juez y Fiscal.</p>	 <p><b>Acceso a la Carrera Judicial: Magistrados</b>                  Toda la información que necesitas para la carrera de Magistrado.</p>	 <p><b>Acuerdos del CGPJ</b>                  Consulta aquí todos los acuerdos adoptados por el Consejo General del Poder Judicial.</p>
 <p><b>Atención Ciudadana</b>                  Rellena el formulario de reclamaciones on-line y consulta el directorio de oficios.</p>	 <p><b>Bibliotecas judiciales</b>                  Accede al catálogo colectivo y al directorio de bibliotecas judiciales.</p>	 <p><b>Buzón de sugerencias</b>                  Queremos saber tu opinión. Envíanos tus consultas y sugerencias a través de este formulario.</p>
 <p><b>Directorio de Organos Judiciales</b>                  Selecciona tu provincia y municipio y encuentra el Juzgado que estás buscando.</p>	 <p><b>Empleo Público</b>                  Trabaja en Justicia. Te mostramos las últimas ofertas de empleo.</p>	 <p><b>Jurisprudencia</b>                  Ponemos a tu disposición las últimas sentencias y resoluciones de los distintos órganos judiciales.</p>
 <p><b>Perfil del Contratante</b>                  Accede a la Plataforma de Contratación del Estado y consulta los últimos contratos publicados.</p>	 <p><b>Promoción y especialización</b>                  Consulta el régimen de provisión de destinos en esta sección.</p>	 <p><b>Publicaciones</b>                  Encuentra aquí toda la información que buscas sobre las publicaciones del CGPJ.</p>
 <p><b>Registro electrónico</b>                  Conoce la dirección, el horario y los teléfonos de la oficina de registro.</p>		

La nueva página puede consultarse además de en cualquiera de las lenguas cooficiales, en inglés y francés.

Asimismo podemos destacar la existencia de un buscador general, basado en una taxonomía jerarquizada en tres niveles, desarrollada igualmente por el propio CENDOJ.

Para una navegación más fácil, el nuevo portal se encuentra dividido en 4 secciones:

**Directorio de Temas tratados en el portal del Poder Judicial**

 <p><b>Compendio de Derecho Judicial</b>                  Toda la información que te interesa sobre el Compendio de Derecho Judicial.</p>	 <p><b>Documentación Judicial</b>                  Sentencias, documentación judicial y acceso al catálogo colectivo de bibliotecas a un solo clic.</p>	 <p><b>e-Justicia</b>                  En esta sección se muestra cómo las TIC que ha desarrollado el CGPJ ayudan a los Juzgados y Tribunales.</p>
 <p><b>Estadística Judicial</b>                  En esta sección puedes ver las últimas estadísticas e informes realizados por el CGPJ.</p>	 <p><b>Formación Judicial</b>                  Grupos de trabajo, prácticas tuteladas, seminarios... Todo lo que necesitas para la carrera judicial.</p>	 <p><b>Funcionamiento de los Tribunales</b>                  Las últimas monografías y encuestas nos revelan el estado de la Justicia.</p>
 <p><b>Igualdad de Género</b>                  Consulta los acuerdos, la legislación y la jurisprudencia española y europea en materia de igualdad.</p>	 <p><b>Inspección</b>                  Lo que siempre has querido saber sobre los métodos de control de la Administración de Justicia.</p>	 <p><b>Justicia y Discapacidad</b>                  Ponemos a tu disposición las actas de reunión y las actividades y tareas del Foro Justicia y Discapacidad.</p>
 <p><b>La Judicatura en la Escuela</b>                  Educando en Justicia. Consulta los folletos para alumnos y profesores.</p>	 <p><b>Mediación</b>                  Consulta los juzgados que ofrecen mediación y conoce las últimas sentencias y leyes en esta materia.</p>	 <p><b>Modernización de la Justicia</b>                  Encuentra aquí todo lo que quieras saber sobre la Nueva Oficina Judicial.</p>
 <p><b>Organización Judicial</b>                  Te damos las claves para conocer la organización de la Justicia española.</p>	 <p><b>Redes Judiciales</b>                  Analizamos el trabajo realizado por las redes judiciales europeas e iberoamericanas.</p>	 <p><b>Relaciones institucionales</b>                  Consulta aquí los convenios de colaboración firmados entre el CGPJ y las diferentes instituciones nacionales.</p>
 <p><b>Relaciones internacionales</b>                  Estas son las actividades y proyectos internacionales que desarrolla el CGPJ.</p>	 <p><b>Reutilización de la Información Pública</b>                  Lo que debes saber sobre la reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales.</p>	 <p><b>Violencia doméstica y de género</b>                  La orden de protección, guías y protocolos de actuación, directorio de oficinas de ayuda. Infórmate aquí.</p>

En la primera pestaña, bajo en nombre «Poder judicial» se ofrece la información acerca del Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia.

En la segunda sección denominada «servicios» están disponibles los propios servicios que ofrece la web. Podremos acceder a los contenidos de manera global o encontrarlos divididos entre los más consultados o entre diferentes perfiles de usuario (ciudadanía, Profesional o empresa)

En la tercera opción encontramos una pestaña titulada «temas». En ella podemos acceder a un amplio directorio de cuestiones tratadas en profundidad. En la actualidad está conformado por los siguientes:

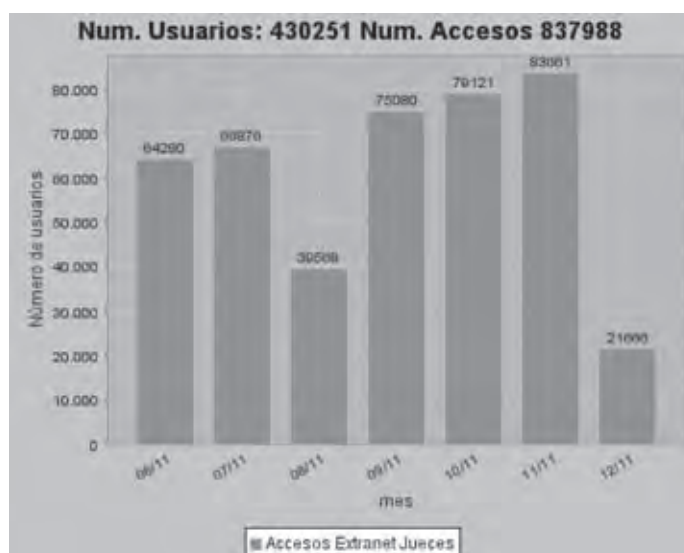
Por último la cuarta pestaña denominada «Canal Judicial» se divide a su vez en dos secciones: actualidad y canales. En actualidad podemos ver los videos y fotografías de los últimos acontecimientos relacionados con la justicia. Dentro de la sección de «canales» encontraremos distintas opciones tales como: actualidad, cursos y seminarios, conferencias, etc.

El acceso de usuarios al portal tanto público como privado crece exponencialmente de año en año. **En este último mes**, es decir desde el 8 de noviembre al 8 de diciembre de 2011 el portal público poderjudicial.es ha tenido **277.570** visitas, realizadas por **108.612** usuarios diferentes.

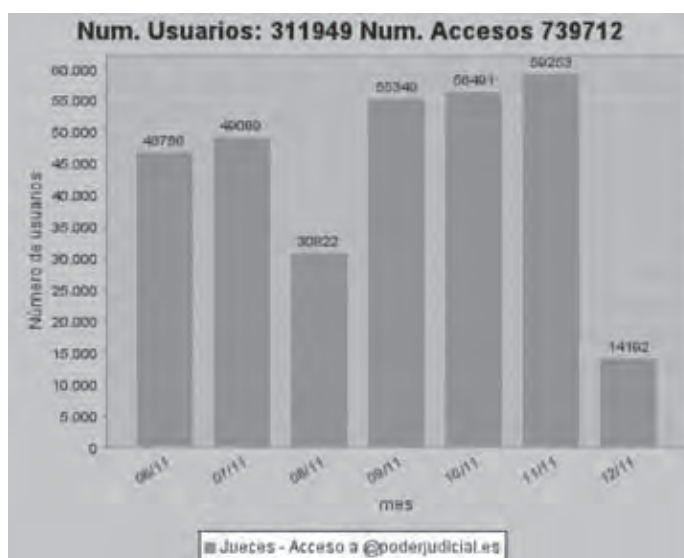


País/territorio	Visitas	% Visitas
Spain	266.111	95,87%
Perú	1.863	0,67%
Chile	1.360	0,49%
México	1.123	0,40%
United Kingdom	725	0,26%
Argentina	644	0,23%
Venezuela	640	0,23%
France	456	0,16%
United States	371	0,13%
Germany	330	0,12%

En el gráfico que figura a continuación podemos ver el nº de accesos mensuales a la parte de la web restringida a los miembros de la carrera judicial, es decir, a la extranet, desde junio hasta el 9 de diciembre de 2011:



En el siguiente gráfico podemos observar el número de usuarios mensuales del correo de @poderjudicial.es, desde el mes de junio hasta el 9 de diciembre de 2011:



A fin de que los miembros de la carrera judicial puedan acceder a todos estos recursos de la web del poderjudicial.es desde sus domicilios, el CENDOJ suministra a cada uno de ellos de forma gratuita, tras la pertinente contratación pública, un modem USB con acceso a internet.

En el presente reportaje se ha ofrecido una visión general y simplificada de los servicios que ofrece el CENDOJ, que tiene su máximo exponente en la base de datos de jurisprudencia, legislación, documentación y bibliotecas, así como el portal del poderjudicial.es a través del cual se difunde la misma.

En definitiva, el CENDOJ trata de optimizar la gestión del conocimiento judicial a través del empleo de las TIC.

# La investigación penal: ¿jueces o fiscales?

opina

Juan Montero Aroca

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Valencia

**SUMARIO.** I. Los puntos de partida: A) Las bases ideológicas, B) El conjunto de una determinada concepción política, C) El carácter interno del debate, D) La parcial libertad del legislador ordinario. II. La finalidad política a conseguir. III. Distinción entre investigación e instrucción. IV. Del sueño a la pesadilla con el ministerio fiscal actual.

## I. Los puntos de partida

El sistema español, diseñado en la Lecrim de 1882, consistió en atribuir a un denominado juez de instrucción la fase preliminar del proceso penal (llamada instrucción) y el juicio oral a un órgano judicial colegiado en el que no se integra el juez anterior. El fiscal asumió el papel de acusador en el drama que es siempre un proceso penal.

Ese sistema pretende ser modificado en los últimos tiempos y respecto de esa modificación deben quedar aclaradas algunas cuestiones previas. Lo vamos a hacer telegráficamente porque hemos escrito antes sobre esta cuestión (*Proceso penal y libertad*, Civitas, 2008) y no hemos cambiado de criterio.

### A) Las bases ideológicas

El sistema vigente y la propuesta que se hace, uno y otra, sin excepción, no son políticamente neutrales; responden a una manera política de entender las relaciones sociales.

a) La cuestión de a quién debe corresponder la instrucción en el proceso penal es una cuestión eminentemente política, y lo es en tal medida que se trata, nada menos, que de decidir si la misma debe seguir estando

atribuida al Poder Judicial o si debe confiarse al Poder Ejecutivo. Debe asumirse que cuando se sostiene que la instrucción debe corresponder al fiscal, lo que se está, en el fondo, diciendo, es que debe corresponder al Gobierno, por lo menos en el estado actual de la situación.

b) Lo que está en juego no es una cuestión de mera técnica jurídica, sino algo estrictamente político, por lo que los argumentos a utilizar, naturalmente en uno y otro sentido, no se basan en una pretendida interpretación de una norma u otra, sino en lo que se considera más adecuado para los fines que el Derecho y el proceso penal deben cumplir en la actualidad.

Los que propugnan un nuevo sistema y los que estiman que es más conveniente reformar el actual están sosteniendo posiciones políticas. Esto es algo manifiesto.

### B) El conjunto de la concepción política

La cuestión de a quién debe atribuirse la instrucción no se presenta sola, pues el intento de atribuir la instrucción al fiscal viene unida a otros intentos, de modo que debe atenderse al conjunto de la propuesta. Se trata, además, de:

a) Atribuir al ministerio fiscal el monopolio de la acusación penal, de modo que ello, bien supondría la desaparición de otros posibles acusadores (tanto particulares como populares), bien la reducción de estas otras acusaciones a lo mínimo que no choque frontalmente con lo dispuesto en los artículos 24.1 y 125 de la Constitución.

Frente a esa propuesta nuestro sistema constitucional se asienta en el reconocimiento de titularidad de la acción penal (de legitimación) a los particulares: 1)

En unos casos la atribución lo es de un derecho de rango fundamental, y 2) En otros la atribución es sólo de un derecho constitucional (aunque no fundamental). Ciertamente esto no podría dejar de reconocerse en cualquier reforma, pero ahora se está afirmando por algunos que todo esto es un simple obstáculo al ideal perseguido del monopolio público, obstáculo que debe vencerse con «medidas imaginativas» (esta frase no es, naturalmente, mía).

## **Frente al principio de legalidad lo sostenido ahora es que, dado que los insolentes son muchos y que no pueden perseguirse todas sus ofensas a quienes forman parte del cuerpo social, el Poder Ejecutivo tiene que tener la facultad de decidir, caso por caso, a quién y qué es lo que persigue**

Este es el momento apropiado para recordar a Solón. Según Plutarco (*Vidas paralelas, Solón, XVIII, in fine*): «Se preguntaba Solón: ¿Cuál es la ciudad mejor regida? Y se respondía: 'Aquella en que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos, los que no han recibido ofensa». Y añadía Plutarco: «Concedió indistintamente a todos el poder presentar querrela en nombre del que hubiese sido agraviado; porque herido que fuese cualquiera, o perjudicado o ultrajado, tenía derecho el que podía o quería de citar o perseguir en juicio al ofensor; acostumbrando así el legislador a los ciudadanos a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo». Parece claro que Solón se sentiría decepcionado por quienes pretenden, dos mil seiscientos años después, que la acusación la asuma en exclusiva el Poder Ejecutivo, apartando de ella a los ciudadanos, como si éstos hubieran de considerarse ajenos al cuerpo que ha sentido la ofensa de los insolentes.

b) Introducir el llamado principio de oportunidad, con más o menos garantías y con mayor o menor ex-

tensión, de modo que el Poder Ejecutivo, por medio del fiscal, decidirá qué acciones u omisiones previstas en el código penal se perseguirán y cuáles no.

Frente al principio de legalidad lo sostenido ahora es que, dado que los insolentes son muchos y que no pueden perseguirse todas sus ofensas a quienes forman parte del cuerpo social, el Poder Ejecutivo tiene que tener la facultad de decidir, caso por caso, a quién y qué es lo que persigue y a quién y qué, digamos, se olvida. La legalidad sería sustituida porque no se perseguirá a todos los que realicen acciones u omisiones previstas en el Código Penal; se perseguirá sólo a quienes el Gobierno considere «oportuno» llegados los casos concretos.

c) Permitir la introducción de un fuerte componente transaccional o pactista, por medio del que se pretende disminuir drásticamente el número de procesos penales, siempre con la vista puesta, desde luego no en la justicia (esto es, no en el cumplimiento de lo dispuesto en el código penal), sino en la eficacia formal del sistema penal. Naturalmente la posibilidad de acusaciones populares o particulares se ve aquí también como un obstáculo a superar.

El proceso penal, concebido constitucionalmente como garantía de las personas en la aplicación del Derecho penal, acabaría convirtiéndose en algo que debe ser preferentemente evitado, y ello atendiendo a razones de economía de esfuerzos personales y de medios materiales. De este modo el proceso mismo se convierte de hecho, no ya en garantía, sino en amenaza; el acusado no ve ya en el proceso la garantía básica de sus derechos, sino algo que utiliza la acusación como instrumento para la agravación de las penas, de modo que la persona es coaccionada para que prefiera una pena menor, impuesta administrativamente, a una pena mayor, aunque ésta se imponga con todas las garantías del proceso.

d) Atribuir la ejecución de la pena al fiscal, de modo que los jueces han de limitarse a realizar el juicio oral sólo cuando el fiscal así lo inste y, en su caso, a condenar (que es la vieja *iurisdictio*), pero una vez impuesta la condena su misión acaba, pues en la ejecución de las penas no hay ejercicio de jurisdicción. También aquí se choca con la Constitución, que en el artículo 117.3 incluye en la potestad jurisdiccional tanto el juzgar como



el ejecutar lo juzgado, pero se trata también de un obstáculo que ser salvado.

Todo lo anterior es una mera síntesis del cuadro de reformas perseguidas desde una política manera de entender el sistema de aplicación del Derecho penal. Lo esencial en la propuesta general es esto: 1) el proceso no será siempre necesario para imponer penas y 2) la aplicación del Derecho penal por los jueces y por medio del proceso se hará sólo cuando y de la manera que el Poder Ejecutivo, y por su instrumento que es en nuestro sistema el ministerio fiscal, estime oportuno.

### C) El carácter interno del debate

Desde esa visión política hay que empezar despejando algunas apariencias de argumentación:

a) La inexistencia de norma internacional: No existe norma internacional alguna, por lo menos de aquellas que obligan a España, que determinen la decisión que el legislador interno debe tomar sobre quién debe realizar la instrucción.

Bastará recordar las normas siguientes: 1) La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, 2) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (con las declaraciones que se han ido efectuando en los sucesivos congresos sobre Prevención de Delito y Tratamiento del Delincuente), 3) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950 (éste en la versión del Protocolo 11, de 11 de mayo de 1994) (con la serie de resoluciones, recomendaciones, decisiones y convenciones del Consejo de Europa) y, 4) También las sucesivas versiones de constitución y tratados de la Unión Europea, todavía sin tener una versión definitiva. Recordadas estas normas cabe hacer la afirmación siguiente: Nada obliga a España a modificar su sistema actual sobre la instrucción del proceso penal.

En las llamadas «Reglas de Mallorca», es decir, el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal de 1992, el apartado A), 2.ª, 1 lo que se dice es que «las funciones investigadora y

de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora».

b) La dispersión del derecho comparado: La apelación al llamado derecho comparado carece de utilidad a la hora de legislar sobre la instrucción penal y, de modo muy especial, cuando se trate de configurar las funciones del ministerio fiscal.

Es fácil recordar cómo en el llamado derecho comparado se encuentran argumentos para defender (casi) cualquier posición, pero lo preocupante es que cuando se quieren utilizar otros sistemas políticos de organizar el proceso penal como argumento para defender una determinada posición en España, esa utilización es siempre parcial, en el sentido de no completa. La alegación del derecho comparado en materias políticas es siempre oportunista.

### D) La parcial libertad del legislador ordinario

La decisión sobre el sistema procesal penal es naturalmente interna, y ahora lo que debemos preguntarnos es, ya dentro de nuestro sistema, cuáles han de ser las relaciones entre lo predeterminado por la Constitución y el ámbito de los poderes del legislador ordinario. A esta cuestión debe responderse de manera clara que, en principio, en la Constitución no existe norma alguna desde la que pueda calificarse de inconstitucional, ni el mantener la completa atribución de la instrucción a un llamado juez de instrucción (la denominación es indiferente), ni la solución de optar por conferir algunos elementos de la instrucción (no, desde luego, el conjunto de ella) al fiscal (bastará aquí citar las SSTC 45/1988, de 12 de julio, 32/1994, de 31 de enero, 41/1998, de 24 de febrero, y 87/2001, de 2 de abril y simplemente como meros ejemplos).

## II. La finalidad política a conseguir

A partir de aquí es preciso determinar cuál es la finalidad propia de todo el sistema, y lo es de modo especial porque no existe una única finalidad, sino que debe distinguirse entre las fases propias de cualquier sistema de aplicación del Derecho penal. Pues bien, desde

mi punto de vista, y dejando a un lado el debate entre sistemas político-jurídicos:

a) Las finalidades del sistema procesal penal son, por un lado, en la instrucción el descubrimiento de la verdad (naturalmente no a cualquier precio) y, por otro, en el juicio oral cómo deben garantizarse los derechos de las personas que intervienen en el proceso (esto en todo caso). Al servicio de esas dos finalidades deben disponerse los medios más adecuados para conseguirlas.

b) Las decisiones a adoptar por el legislador radican, pues, en cómo se articula la instrucción para que la misma se acerque lo más posible al descubrimiento de la verdad (siempre respetando los límites constitucionales) y en cómo se regula de la manera más respetuosa con las garantías propias del proceso la fase de juicio oral. Se distingue, pues:

1.<sup>a</sup> La fase de instrucción persigue básicamente la finalidad de acopiar los conocimientos necesarios para adoptar o no la decisión de abrir la fase segunda, o de juicio oral, y para ello es determinante alcanzar el conocimiento más completo posible de cómo realmente han ocurrido unos hechos. Esta fase presupone, además, algo esencial a la misma, como es, primero, que ese acopio de materiales no se hace de cualquier manera, sino siempre con respeto a las garantías constitucionales de los individuos y, después, que la finalidad no es hacer acopio de materiales para sostener la acusación, sino acopio de todos los elementos, los favorables y los perjudiciales, a la acusación y a la defensa, pues con ese acopio se trata de decidir si se abre o no el juicio oral. Al final el acopio de materiales puede servir para decidir que no se abre el juicio oral. Esta fase preliminar del proceso penal no debe estar al servicio de la acusación, sino de todas las partes.

2.<sup>a</sup> Abierto el juicio oral se tratará, no de alcanzar la verdad por su medio, sino, primero, de determinar si el o los acusadores alcanzan o no en el mismo a desvirtuar la llamada presunción de inocencia del acusado y, después, a si lo han hecho precisamente con todas las garantías propias del proceso. Éste es así un instrumento al servicio de los derechos y, especialmente, del derecho a la libertad.

### III. Distinción entre investigación e instrucción

Seguidamente la claridad exige distinguir entre la competencia para la investigación y la competencia para la instrucción. Esto es, una cosa es la realización material de la investigación (investigar) y otra la adecuación de los resultados de la misma a la preparación o a la exclusión del juicio oral (instruir).

a) Una cosa es la investigación como actividad material, la cual supone salir a descubrir lo que se desconoce, actividad que corresponde, en principio, y no puede dejar de corresponder, a la policía judicial. Esto no puede ser ni desconocido ni negado por nadie. Investigar es una actividad material y por ello policial.

b) Otra cosa es la instrucción, en la que se integran un conjunto muy variado de actuaciones que tienden a: 1) Preparar el posterior juicio oral, y 2) Impedir que llegue a abrirse el juicio oral. Instruir es una actividad jurídica y por ello que supone decisiones de esta naturaleza. Realmente cuando se habla de la investigación por el fiscal, lo que se está realmente sosteniendo no es que el fiscal investigue, sino que el fiscal instruya. En ese caso está implícito que:

1.º La instrucción tenderá únicamente a lo que determina la inculpación y no a lo que la excluye o condiciona. De modo que:

1.º La investigación se convierte de esta manera, desde luego, no en la búsqueda de la verdad en aras de una de las funciones de la instrucción, como es la preparación del juicio oral, sino en la preparación de la acusación, y no de cualquier acusación sino de la que importa al fiscal, y ni siquiera a los demás acusadores.

2.º Si la dirección en la realización de la actividad investigadora es monopolio del fiscal, el cual prepara sólo su acusación, no el juicio oral, ¿quién preparará el juicio oral desde el punto de vista de la defensa? Cualquier alusión a que la defensa puede realizar su propia investigación es mero sarcasmo. La pregunta elemental es ésta: ¿Cuántos imputados en España son defen-

didos por el turno de oficio? y entonces ¿quién realizará los actos de investigación que les sean necesarios?

Es inútil querer convencernos –tenemos experiencia judicial sobrada en sentido contrario– de que el fiscal, órgano dependiente del Poder Ejecutivo y en los asuntos que interesan a éste, va a tirar piedras contra su propio tejado realizando *motu proprio* los actos de investigación que sean contrarios a los intereses que defiende.

2.º La decisión atinente a la apertura o no del juicio oral quedaría en manos del fiscal y ello es inadmisibile. Una cosa es que el juicio oral no podrá existir si no existe acusación formulada por un acusador, pero otra muy diferente es que la existencia de acusación no será suficiente para la apertura del juicio oral.

Convendría, por todo ello, ser exigente en el uso de las palabras. En el sistema actual el juez de instrucción no investiga en el sentido estricto de la palabra; el juez instruye, si bien ello puede comportar ordenar a la policía realizar determinados actos de investigación, especialmente cuando se trata de realizar actos que la policía no ha realizado.

#### IV. Del sueño a la pesadilla con el Ministerio Fiscal actual

Pueden existir casos concretos que sean, en las exigencias de preparación del juicio oral, muy sencillos. En estos casos nada impediría teóricamente que la investigación la realizara la policía con la dirección jurídica del fiscal. El juez, llamemos de instrucción (o utilicemos el nombre que se prefiera) se limitaría a poco más que decidir que existen o no elementos para abrir el juicio oral, el cual se desarrollaría ante otro juez, naturalmente.

Ahora bien, incluso esta posibilidad teórica es muy difícil de admitir en la práctica española ante los evidentes peligros que comporta, por lo menos si atendemos a la realidad. No se pueden escribir quinientas páginas de un libro sobre esta cuestión sin atender a esa realidad.

Esta no es una cuestión teórica. En los últimos tiempos estamos viendo cómo el ministerio fiscal adopta actitudes de sumisión al Gobierno y toma decisiones, bien de no acusar o de pedir absoluciones, bien de insistir en la persecución de determinadas personas, que llegan a causar primero perplejidad y luego rubor a quienes habíamos creído de buena fe que la misión del fiscal era la que dispone la Constitución.

Visto lo que ha sucedido, no es difícil imaginar a qué cotas de negación del imperio de la ley podría llegarse, aunque por ahora estoy prefiriendo no deslegar la imaginación por razones de paz espiritual. Todas las consideraciones teóricas de los que defienden la instrucción por el fiscal acaban despeñándose en la dura realidad. Ha sido el ministerio fiscal el que con su comportamiento ha convertido el sueño de algunos sobre la instrucción por el fiscal en pesadilla de muchos.

Y la pesadilla no ha desaparecido, desde luego, con unos pocos retoques en la Ley 30/1981, retoques que no pasan de ser meros gestos dirigidos a la sociedad, caso de la Ley 24/2007 de 9 de octubre. Se ha tratado de un mero gesto, entendido éste en el sentido del Diccionario que lo define como «aderezarse y componerse para parecer bien», se entiende sin modificación de fondo de lo que se es. La nueva Ley quiere que el fiscal siga siendo lo que es, pero intenta aparentar lo que no es pues se trata, una vez más, aparentemente, de cambiar algo para que todo siga igual.

Desde que Don Fabrizio Corbera, Príncipe de Salina, dijera en *Il gattopardo* la frase: «*Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi!*» la han aprendido muchos y la han aplicado casi tantos. Nunca se pudo imaginar el autor de la novela, Giuseppe Tomasi, Príncipe de Lampedusa y Duque de Palma di Montechiaro (Palermo, 1806 – Roma, 1957), que su obra, rechazada por las editoriales más importantes de Italia, llegaría a ser manual de algunos gobernantes.

Por si acaso, aunque es obvio, es preciso añadir que la oposición a la instrucción por el fiscal, en la actual situación española, no es complacencia con lo existente, sino temor fundado a la perversión de nuestro sistema procesal penal. Con todo, si algún día el fiscal español dejara de ser lo que hoy es podría volver a suscitarse la cuestión de quién instruye.

## Introducción: La instrucción: debate y significado

La fase de instrucción (o de investigación) centra gran parte de la discusión en torno al proceso penal en la medida en que actúa de punta de lanza de modelos verdaderamente diferenciados y opciones de política legislativa de singular trascendencia. La investigación pone a prueba el marco y alcance que se quiere otorgar a muchas garantías en torno a los sistemas de referencia: un sistema oficialista, donde prime la persecución de los delitos, la realización del derecho penal y el control sobre el ejercicio de la acción, y otro adversativo en el que, articulado como proceso de partes, se preserve la viabilidad de la acción penal y con ella del proceso, la contradicción y la igualdad de armas (1). Entre uno y otro, diferentes sistemas multiplican las opciones atendiendo fundamentalmente a las variadas circunstancias sociales y jurídicas de cada nación, cuyo resultado sería prudente examinar para aprender de los aciertos y procurar evitar los errores (2).

Acometer la instrucción supone inicialmente definir su naturaleza y finalidad y su configuración. En dicho sentido las múltiples opciones posibles tienen que ver con una serie de combinaciones, orgánicas, estructurales y funcionales, cuyo resultado debe cuando me-

nos estar equilibrado. Entre éstas, en síntesis y gráficamente, cabe destacar dos:

a) La investigación tiene carácter administrativo, se ejecuta por la policía, y su resultado se entrega al fiscal quien discrecionalmente decidirá si ejerce o no la acción penal. La discrecionalidad del fiscal se equilibra con la legitimada democrática derivada de las urnas. El acusador oficial presenta la condición de parte en el sentido más noble del término, debiendo contrapesar su posición inicialmente dominante con el «discovery» o presentación de los resultados de la investigación de una u otra parte (3). La contradicción se articula en la fase preliminar para que cada parte fundamente la acusación y la defensa. El objetivo esencial es procurar la igualdad entre las mismas, lo que justifica que las partes acusadoras se reduzcan a una. En la variante del modelo italiana, la imparcialidad del juzgador se articula asignando a cada fase un juez distinto: de la investigación, de la acusación y del juicio.

b) La instrucción se encamina a averiguar los hechos y determinar la persona que conforman un tipo penal, bajo la dirección del fiscal, quien determinará si debe ejercitarse o no la acción penal, conforme al principio de legalidad, con algunas excepciones y mediante decisión controlada judicialmente. La posición dominante del fiscal en el ejercicio de la acción, actuando prácticamente en exclusiva, se equilibra con su independencia del ejecutivo (modelo Alemán). Este sistema admite variantes, como el francés o el español, en los que la dirección de la instrucción por un juez se reequilibra diferenciándolo del juez que juzga y no permitiendo su iniciativa para adoptar determinadas medidas cautelares de carácter personal (4). En todos la contradicción es menor y casi

(1) Tanto desde el punto de vista de poder sostenerse efectivamente cuanto de la inexistencia de vulneraciones de derechos que acarreen su ineficacia (*exclusionary rule*).

(2) Los estudios comparados son muchos. Entre ellos AAVV, VOGLER y HUBER (ed) «Criminal Procedure in Europe», Max-Planck Institute für ausländisches und Internationales Strafrecht», Band, S, 112, 2008, AAVV (JACKSON, LANGER y TILLERS (ed), «Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context», Hart Publishing, 2008; AAVV, G.M.BRADLEY (ed), «Criminal Procedure. A Worldwide Study», Carolina Academic Press, 2002; AAVV, «Sistemas penales europeos», PALOMO del ARCO (dir), Cuadernos de Derecho Judicial, 2002. Muy recientemente he publicado un ensayo donde se analizan y comparan los principales modelos europeos y americanos y que pueden ilustrar –con el necesario razonamiento– muchas de las cuestiones que se irán vertiendo en estas sucintas líneas, cfr. ARMENTA DEU, T, «Sistemas de proceso penal (La justicia penal en Europa y América)», Marcial Pons, 2012.

(3) Este modelo corresponde, en términos muy generales, al de los Estados Unidos de Norteamérica.

(4) Francia incorporó a tal efecto, el juez de la detención y de la libertad. En España se requiere la petición de alguna de las partes acusadoras.

inexistente a la hora de resolver sobre la acusación, en tanto el ámbito de la discrecionalidad es muy variable (absoluto en Francia, creciente en España) sin que pueda hablarse en estos últimos casos de independencia del fiscal.

La configuración de la investigación en los modelos mixtos (u oficialistas) enfoca prioritariamente la persecución de los delitos (mejor, la realización del derecho penal) lo que justifica primar la oficialidad, que rijan preponderantemente el principio de legalidad y que se otorgue a las víctimas una protección más allá de la mera indemnización económica. En el modelo adversarial se prioriza la configuración «de partes», la igualdad y la contradicción. De ahí que se rechace la intervención de otro acusador y que se acepten más fácilmente los diversos mecanismos de consenso. La investigación se centra en la «viabilidad de la acción» y en abrir la investigación a la defensa en condiciones de igualdad. El modelo oficialista cede más fácilmente a la incorporación de diligencias investigadoras al juicio y sobre todo tolera, aunque no fácilmente, otorgar eficacia probatoria a la confesión del imputado (acusado/investigado) (5). El sistema acusatorio/adversativo rechaza toda incorporación de lo efectuado en la investigación, que sólo sirve a los efectos señalados de fundar o no suficientemente el ejercicio de la acción (6).

Configurar la fase instructora encaminada únicamente a preparar la acusación, corresponde a una estructura adversativa, pero siendo así, aquella debe estructurarse como tal, esto es, contemplando al fiscal como parte, autorizando a los abogados defensores a que lleven a cabo sus propias investigaciones, preservando la igualdad con la parte acusada mediante instituciones como el «disclosure», y negando al juez que preside el juicio acceso a la información del expediente oficial de las investigaciones adelantadas al juicio (7).

(5) De ahí uno de los mayores reproches a los sistemas continentales europeos: utilizar al acusado como fuente de prueba.

(6) El modelo anglosajón es el requerido por aquellos que defienden la investigación como *actuación primaria y no actividad sustitutiva*, fuera del actuar jurisdiccional, actividad administrativa, en términos de VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal Penal II La reforma del proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1992, p.116.

(7) Cfr. M.E. CAMMACK, *Advance Criminal Procedure*, In a nutschell, 2006.

Decantarse por una o por otra, o incluso incorporar un modelo intermedio, precisa a mi juicio, cuando menos, despejar previamente las siguientes cuestiones:

## 1. Reformas relevantes para consagrar un sistema acusatorio y alcanzar un «debido proceso»

En contra de lo que se ha reiterado, que la instrucción (o la investigación) esté dirigida por el MF no es algo esencial o definitorio, ni para diseñar un sistema acusatorio (8), ni para proteger en mayor medida los derechos humanos (9). Siendo así, no se alcanza a comprender porque parece siempre el empeño más urgente. Como se ha señalado acertadamente no es tanto quien dirija la instrucción, sino cómo se configura y si así se atiende a las garantías que conforman un proceso debido (10). Exigencia –esta sí– que deriva de la Constitución, del compromiso adquirido con las instituciones europeas y del propio contenido de tal denominación. El título de este número especial es una muestra más del enfoque que centra en la dirección de la investigación y la figura del fiscal como su director, su núcleo y aspecto más determinante, cuando sin restarle importancia, no debiera ser sino la consecuencia de una modificación de mayor

(8) El profesor DAMASKA, invitado por el Centro de Justicia de las Américas, a partir de la comparación entre los modelos alemán, español y francés, y al hilo del relevante número de reformas que han atribuido la investigación al Ministerio Público en los CPP de los países latinoamericanos, señalaba: *La transición de las investigaciones judiciales a las fiscales se anuncian últimamente como un paso grande en la dirección del proceso penal adversarial (acusatorio). De hecho, sin embargo, el cambio poco tiene que ver con el incremento de los elementos de contienda en las primeras etapas del proceso penal continental (...) esta variación institucional apenas incide en la estructura «inquisitiva» de los procedimientos previa al juicio (...). La medida en la que un acusado y su abogado pueden aportar a las actividades de recolección de las pruebas es determinante.* DAMASKA, M., «Aspectos globales de la reforma del proceso penal», «Reformas de la Justicia Penal en las Américas» (Fundación para el Debido Proceso Legal), 1999. También en <http://www.dplf.org/uploads/1190596764.pdf>. Como conocedor privilegiado por su trayectoria vital –catedrático de la Universidad de Zagreb y posteriormente de la Universidad de Yale) de los dos modelos procesales de referencia, y autoridad reconocida del derecho procesal comparado, su valoración alcanza un significado digno de tener en cuenta.

(9) DAMASKA, M, ob.cit.loc.cit.

(10) Entre otros, GOMEZ COLOMER, J.L., «La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del derecho comparado» en «La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)», Colección «Estudios jurídicos», núm.2, p.491.



calado, precedida de otras modificaciones como algunas de las que se apuntarán después.

## 2. ¿Cuestión de principios o cuestión de modelos?

La recurrente invocación al sistema acusatorio o a la existencia de notas inquisitivas, es más un recurso dialéctico que un reproche fundado, orientado en realidad a conformar el proceso penal como un proceso de partes (adversativo). Resuelto que el fiscal director de la investigación no es la única forma de llevar el principio acusatorio a la instrucción (11). Y que tal exigencia no viene impuesta por los modelos europeos de referencia, la armonización europea o los parámetros que delimitan la CPI (12); la exigencia de imparcialidad que comporta tal apelación se traslada a la figura del fiscal, por una parte, y a la más pronta incorporación de

(11) GOLDSCHDMIT, J, al hilo de un análisis sobre la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en una serie de conferencias en la Universidad Complutense señalaba desde su autoridad: *tampoco el dominio aparente que corresponde al principio inquisitivo en el sumario puede perjudicar al predominio del principio acusatorio. Primeramente, el juez que instruye el sumario no es el que después ha de fallar (...). El Juez de Instrucción tiene que formar el sumario de los delitos bajo la inspección del Fiscal (art. 306 LECrim), es decir: el sumario es en último término una inquisición del acusador. (...). Es muy interesante el hecho de que las tendencias, que llevan a cabo el principio acusatorio, culminan en la petición de sustituir el sumario del Juez Instructor por la información propia del Fiscal. Un Proyecto alemán del año 1920 propuso esta regla. El poder de intervención que el art. 306 LECrim concede al Fiscal hace innecesaria una reforma como la propuesta, puesto que envuelve ya una realización del principio acusatorio con respecto al sumario.* «Categorías del Derecho procesal penal» en «Problemas Jurídicos y políticos del Proceso penal» (Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de Enero, Febrero y Marzo de 1935), Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1935. p.59.

(12) Si bien es cierto que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional se han pronunciado a favor de un modelo de enjuiciamiento penal que respete la esencia del sistema acusatorio, tal opción debe examinarse en el conjunto del sistema en que se integra, con los contrapesos adoptados para equilibrarlo y sin olvidar, que como el CPP francés y la propia LECrim ponen en evidencia no es la única opción posible. En el ámbito de las iniciativas comunitarias, acoger el modelo de investigación encomendada al fiscal puede ser fácilmente interpretado como un acto de puro pragmatismo, en la medida que constituye la única posibilidad material de articular una investigación centralizada, debiendo acudirse en caso contrario a un juez de garantías y a la imprescindible colaboración de los órganos jurisdiccionales del país implicado. Respecto al modelo de la CPI, adviértase que si bien la iniciativa –y no exclusiva– corresponde al fiscal, el ejercicio de la acción o incluso la decisión de no perseguir, se supedita al control directo de la Sala de Cuestiones Preliminares, órgano jurisdiccional de la CPI.

la contradicción, por otra, es decir, a la configuración adversativa del proceso y a la conversión del fiscal en parte en su sentido estricto, esto es, parcial. Una cuestión de sistemas en definitiva.

## 3. Sobre el fiscal instructor y el juez de garantías: en torno a la imparcialidad

Resulta un «lugar común» devaluar la figura del juez instructor por sus reminiscencias inquisitorias y simultáneamente enaltecer la del juez de garantías. La clave para el primer juicio enfatiza sus funciones en la fase investigadora y singularmente su afirmada falta de imparcialidad, se dice, al llevar a cabo funciones que incorporarían inevitablemente prejuicios. Valoración, que sólo resultaría cierta, si el juez instructor juzgara, lo que la convierte en irreconocible en los modelos europeos, tanto si dirige la investigación un fiscal (13), como un juez, ni desde luego en el de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (14). Y que, sin embargo, resulta fácilmente trasladable al fiscal que dirige la investigación y después resuelve sobre el ejercicio de la acción. En efecto, si se encomendara la dirección de la investigación al órgano oficial de la acusación, éste suscitaría dudas sobre la imparcialidad de su actuación, como ya se advirtiera hace un siglo y se reitera actualmente (15). Para eludir esta crítica, no cabe sos-

(13) De hecho, las condenas del TEDH han recaído sobre países como Francia, no porque en el ámbito de determinados delitos dirija la instrucción un juez, sino porque la «garde au vue» se encomienda a la policía y esta, naturalmente, carece de jurisdicción. En torno a esta cuestión, la revista *AJ Pénal*, dedica íntegramente el primer número de 2011 al Ministerio Público francés, desde diversas perspectivas, especialmente las exigencias europeas y su propio futuro.

(14) En primer lugar por las sucesivas reformas que han afianzado la división entre quién instruye y quien juzga, y en segundo lugar, por las figuras de la abstención y la recusación que velan por la salvaguarda de la imparcialidad en las actuaciones específicas. Y que, por cierto, no podría operar en el caso del fiscal director de la investigación por su especial configuración legal. Si cupiera alguna duda sobre la efectividad de la abstención y recusación como garantía de la imparcialidad, los diversos y sonados casos de sucesivas recusaciones en procesos de gran impacto mediático debieran borrarla de inmediato.

(15) Advertencia formulada hace ya muchos años por VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER «..el sistema de instrucción por el fiscal, que parece ser más ortodoxo con el acusatorio, oculta, en definitiva, si se refuerzan sus poderes, un sistema inquisitorio..(...) El fiscal acaba convirtiéndose en juez de instrucción, desapareciendo el acusatorio. Quien era sujeto impulsor ha devenido juez, cayen-

tener que la garantía de imparcialidad abarca la función acusadora y la enjuiciadora (quien acusa no juzga) pero no la investigadora (quien investiga no acusa). Admitido que el enjuiciador no puede estar prevenido a la hora de juzgar, garantía semejante debe informar la labor de quien decide, y por ende juzga, sobre la acusación (16); máxime cuando el ejercicio de dicha acusación es ineludible para la existencia misma del juicio y la imposición de una pena, y especialmente si se hace en régimen de exclusiva. Es más, cuando la investigación preliminar se atribuye al fiscal, como parte encargada de sostener la acusación, los elementos de prueba recabados deben carecer de fuerza probatoria para fundar la sentencia. De no ser así, el acusador se situaría en una posición en la que podría preconstituir, por su cuenta y al margen del contradictorio la prueba, transformando la actividad dirigida a la preparación del ejercicio de la acción penal en actividad de determinación de los hechos, función atribuida al juez. La citada atribución debe compensarse con la ineficacia probatoria de las diligencias de averiguación que él mismo dirige (17).

## No cabe sostener que la garantía de imparcialidad abarca la función acusadora y la enjuiciadora (quien acusa no juzga)

do el principio por tierra, cfr. «Curso de derecho procesal penal II, 1962, p.17ss. Y más recientemente, entre otros, ANDRES IBAÑEZ, P, «El Ministerio Fiscal entre «nuevo» y «viejo» proceso» en AAVV, «La reforma del proceso penal», Madrid, 1990; GOMEZ-COLOMER, J.L, «La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado», Revista del Poder Judicial, n.64, IV, 2001; MONTERO AROCA, «Proceso penal y libertad», Thomson-Civitas, 2008, p.104ss.

(16) Si, según se afirma, resulta un contrasentido que el mismo juez investigue y simultáneamente deba garantizar la legalidad, consideración semejante o más crítica aún puede formularse respecto de un fiscal que a iguales funciones de garantía en posición imparcial debe aunar la dirección de una fase encaminada a enjuiciar el fundamento de la acusación. Formula el primer juicio VIVES ANTÓN, T., *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal en «La libertad como pretexto»*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1995, p.102.

(17) ILLUMINATI, G, «El sistema acusatorio en Italia», Bachmaier (coord), «Proceso penal y sistemas acusatorios», Marcial Pons, 2008, p. 153.

Respecto a la figura del juez de garantías, si bien contribuye a dar una imagen más neutral a la hora de adoptar medidas, especialmente aquellas que inciden en bienes jurídicos sobre los que existe una sensibilidad más alta, y salvo la necesaria intervención jurisdiccional en actuaciones como la recepción y dirección de la prueba anticipada o la declaración de secreto del sumario, su incorporación ha de contemplarse sin olvidar al menos, dos cuestiones. Por una parte, la necesidad de que dicho órgano actúe paralelamente aunque sin inmiscuirse en la instrucción, ya que de otra manera difícilmente podrá adoptar las resoluciones que se le encomiendan con el necesario conocimiento de causa y evitando, simultáneamente, la duplicidad de actuaciones. Por otra, el notable incremento de una planta judicial, que crecería si se une a la correspondiente de fiscales, y a la necesidad de proveer tres tipos de jueces (de la instrucción, o de garantías, de la acusación y del juicio).

Superadas tales dificultades, resulta esencial que ni se prive al juez de sus funciones en el proceso, siempre encaminadas a la tutela de las diferentes garantías que conforman su complejo entramado, se denomine de una u otra forma, ni debe encomendarse a los fiscales otras funciones que aquellas contempladas en su Estatuto Orgánico, y mucho menos entrar en valoraciones maniqueas o en una suerte de confrontación entre partidarios de uno u otro órgano, ambos esenciales para el buen funcionamiento del Estado de Derecho. Sin perder de vista una tercera opción que abriría la puerta a reivindicaciones de agentes, no jurisdiccionales, como la policía, para asumir la dirección de una fase de la que son los verdaderos protagonistas (18), acogiendo un modelo de investigación meramente policial (19).

(18) En Alemania – país que incorporó desde 1929 la instrucción del fiscal y que suele utilizarse como modelo– se han detectado tres cuestiones a valorar. En primer término, cuestionar, al hilo de la creciente relevancia que está adquiriendo la fase instructora del proceso, recuperar el juez instructor, iniciativa finalmente rechazada. En segundo lugar, las voces de alarma frente a la tendencia a trasladar la función instructora a la policía (cfr. AMBOS, K, «Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción», *Tribunales*, n.3, marzo 2002. Y finalmente, las advertencias del TEDH en torno a la falta de contradicción en la fase inicial del proceso, aspecto ya denunciado por la propia doctrina alemana: SCHMIDT, K, «Anklageerhebung, Eröffnungsbeschluss, Hauptverfahren, Urteil. Betrachtungen zur Strafprozessreform», *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1963 y SCHÜNEMANN, B, «Reflexionen über die Zukunft des deutschen Strafverfahrens» en «Festschrift für Pfeiffer», 1988.

(19) Así lo propuso hace tiempo ILLERA SUÁREZ-BÁRCENA, «El modelo de investigación penal de la Constitución española de 1978: los papeles asignados al juez, al fiscal y a la policía judicial» en *Revista del Ministerio Fiscal*, n. 5, 1998.

Hipótesis o «realidad», que más allá de la teoría, se va abriendo paso a raíz de la importancia creciente que tiene la investigación policial en determinados ámbitos, como la criminalidad organizada, y por la relación orgánica y funcional entre policía judicial y fiscalía (20).

#### 4. Intervención de las partes en la investigación y ejercicio de la acción: monopolio oficial o intervención de otros acusadores. Intervención de la defensa y búsqueda de la igualdad.

El sistema de dirección de investigación judicial no ha requerido excluir al acusador particular ni al acusador popular, precisamente como una forma de equilibrio (21). Un modelo de dirección por el fiscal podría suscitar si tales posiciones deberían modificarse. En primer lugar, desde el punto de vista de las partes acusadoras, frente a las que parece requerirse el monopolio en el ejercicio de la acción penal (22), planteando incluso la conveniencia de excluir a la víctima como parte por la utilización torticera de su figura (23). En segundo lugar, respecto de la defensa, en cuanto el modelo adversativo no sólo requiere de la existencia de un único acusador frente al que la defensa debe obtener un trato igualitario que aminore e incluso elimine la posición ventajosa inicial de la parte acusadora ofi-

cial, sino que exige la existencia de «investigación de la defensa». Desde esta última perspectiva, resulta significativo que la búsqueda del modelo de dirección por el fiscal (acusatorio/adversativo) no vaya acompañado de la autorización a los abogados defensores para llevar a cabo sus propias investigaciones, alcanzando así una auténtica contienda entre partes, aún a pesar de reducir el control de la fase investigadora y del ejercicio de la acusación, procurando un sistema equitativo de revelación mutua de información pese al correlativo incremento de costos (24). En el mismo debería privarse al juez del acceso a la información del expediente oficial de la investigación y la determinación de los hechos quedaría en manos de las partes, convirtiendo a aquél en un auténtico evaluador de lo aportado por el acusador y el defensor y no en un buscador independiente de la verdad (25). En este sentido convendría ponderar el ejemplo italiano (26).

### 5. A modo de conclusiones

#### A) Sobre la instrucción

La instrucción debe contemplarse en el contexto del proceso penal en su conjunto y enfocado a una finalidad concreta y equilibrada. Desde esta perspectiva, entiendo que debe encaminarse a establecer lo sucedido de manera imparcial, acumulando tanto las pruebas de cargo como de descargo, para descartar un cierre anticipado o el sobreesimiento de la causa, o de no ser así, examinar la cualificación de la acusación y la consecuente apertura de juicio. Y siendo así, corresponde a un órgano que ostente las necesarias garantías de independencia e imparcialidad, general-

(20) Además del caso de Alemania acabado de citar, en Italia, se ha abierto un intenso debate al respecto. Cfr. LUPARIA, L, *La police judiciaire dans le procès pénal italien: Questions anciennes et scénarios inédits*, Archives de Politique Criminelle (Police et Justice pénale), nº.33, 2011, p. 164ss y anteriormente: CHIAVARIO, M, *Prospettive di organizzazione del pubblico ministero e della polizia giudiziaria*, Rivista di diritto processuale, 1981

(21) Más allá de la discusión en torno al acusador popular y hasta del acusador particular, e incluso de la honda tradición española, reconocida en el Anteproyecto de LECRim presentado en junio de 2011 (LXI).

(22) ¿Cuál será la posición del Fiscal con las acusaciones y las defensas y cómo se articularía esa relación? ¿Podrían las partes practicar pruebas y someterlas directamente al Juez? ¿Podrían participar en las actividades investigadoras de la Fiscalía, y de qué manera?

(23) Conviene alertar sobre la reciente tendencia a reprochar a la víctima constituir un mero instrumento para reforzar posturas punitivas, sin olvidar, por otra parte, que excluir a la víctima del proceso se corresponde con la estructura bipolar del «adversary system». Una explicación comparada en ARMENTA DEU, T, «Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América», pp. 100ss.

(24) Sobre la frustración del intento italiano en esta dirección, cfr. ILLUMINATI, G, «The Frustrated Turn to Adversarial Procedure in Italy», 4 «Wash U.Global Stud. L.Rev.», 2005 y del mismo autor: «El sistema acusatorio en Italia», Bachmaier (coord), «Proceso penal y sistemas acusatorios», Marcial Pons, 2008, p. 147, 151 y 156.

(25) Modificación mucho más real que la inmediatez y la necesidad de reproducir o producir la prueba en el juicio, como forma de minimizar el riesgo de que el juez que preside la investigación este familiarizado con el material investigador del expediente oficial.

(26) Cfr. PIZZI, William T., con MONTAGNA, M, «The battle to establish an adversarial trial system in Italy» en, Michigan Journal of International Law, vol.25, 2004. PIZZI, W, *Sentencing in the USA: An Inquisitorial Soul in an Adversarial Body* in «Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context» 65,66 (Jhon Jackson, Máximo Langer&Peter Tillers ed), (2008).

mente un juez, o un fiscal cuando como en Italia sea un magistrado. Las razones obedecen a que ya desde la admisión o inadmisión de la denuncia o querrela se producen toda una serie de juicios de incuestionable contenido constitucional (derecho al proceso y a no padecer indefensión) y otros derivados del derecho al proceso debido, cuya tutela corresponde a un órgano jurisdiccional, llámese juez de instrucción, llámese juez de garantías y que no se limita a las diligencias a las que se quiera otorgar eficacia probatoria: el eventual examen de la ilicitud probatoria o por supuesto la limitación de los diversos derechos fundamentales afectados por muchas iniciativas investigadoras. Esta fase no debe ser configurada como un «juicio de acusación» entre otras cosas porque en la misma no se ejercita acción penal alguna, ni ésta resulta propiamente su finalidad (27). De hecho, reducir la investigación al ejercicio de la acusación supone un riesgo al trasladar a la fase previa la también conocida como fase intermedia, acarreando consecuencias no deseables y en todo caso en el polo opuesto de un proceso más contradictorio (28).

## B) Sobre el fiscal investigador: valoraciones y reformas previas

Si tras éstas y otras reflexiones posibles la política legislativa se encaminara a encomendar la dirección de la investigación al fiscal, se requerirían a mi juicio dos órdenes de presupuestos: A) un juicio valorativo sobre dos aspectos relevantes: a) la incidencia en el cuerpo social, político y jurídico, y b) el efecto final que comportaría en unión de otras características ya incorporadas a nuestro modelo procesal, y B) Acometer previamente reformas orgánicas, funcionales y estructurales.

(27) STC 302/2000, en la que se señala claramente: *resulta posible la modificación no esencial de los hechos imputados desde que comienza la instrucción hasta que se fija definitivamente la acusación en los escritos de calificación o acusación definitiva* (FJ. nº3). Niegan, asimismo, que se ejercite la acción en tal momento DE LA OLIVA SANTOS, *El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal*, en «Tribunales de Justicia», n.1. Enero 1997, p.9ss; y MONTERO AROCA, J, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1997.

(28) Así, excluir la intervención de la defensa, como se quiso justificar a mi juicio erróneamente en la sentencia del TC, 186/1990 y se reiteró posteriormente en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 24 de octubre de 2002. Más en extenso, mi trabajo, «El nuevo proceso abreviado», Marcial Pons, 2003, pp. 106ss.

## A) Juicio valorativo sobre la incidencia de la reforma en el cuerpo social y en el conjunto del sistema jurídico

a) Las reformas afectan y deben encajarse en un cuerpo social y culturalmente complejo, heredero de una tradición histórica que incide, y no poco, en el resultado final, como la legitimación democrática, que fundamenta las instituciones en los Estados Unidos de Norteamérica, en relación con la figura y función del fiscal en el proceso, por ejemplo, en contraste con la confianza en la legalidad y la seguridad jurídica, que empapa el sentimiento continental europeo (29). O la tradición y el arraigo del acusador particular y popular, perceptible en los vaivenes en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores o el largo debate en torno a las restricciones de la acción popular (30).

## Reducir la investigación al ejercicio de la acusación supone un riesgo al trasladar a la fase previa la también conocida como fase intermedia, acarreando consecuencias no deseables y en todo caso en el polo opuesto de un proceso más contradictorio

Resulta imprescindible, además, ponderar el conjunto de líneas de actuación para el proceso penal desde el punto de vista del resultado final. O lo que es igual, cohesionando las reformas orgánicas, estructurales y funcionales que en seguida se apuntan en relación con otras tendencias con las que guardan íntima conexión y resultados significativos. Me refiero al ámbito cada vez más amplio del principio de oportunidad que hoy en día pa-

(29) DIEZ-PICAZO GIMENEZ, L.M, *El poder de acusar*, Ariel, 2000, pp.186ss.

(30) Unos y otros deberían ser objeto de reflexión previa al igual que lo acontecido recientemente en países de pareja tradición cultural, como las anunciadas reformas propuestas en Italia por el gobierno Berlusconi, o las habidas en Centro y Sudamérica, una vez incorporadas líneas de reforma semejantes a las últimas propuestas en nuestro país. Cfr. ARMENTA DEU, T, «Sistema procesales penales. La justicia...» cit. p.169 y pp. 193-231.

rece desbordar los cauces iniciales de una mal denominada «oportunidad reglada», para extenderse a la remisión a los llamados métodos alternativos, singularmente la mediación y la reparación, en el marco de tendencias como la justicia restaurativa, y que comportan un nuevo alejamiento de la realización del derecho penal a través del proceso penal, fenómeno que ha conducido a advertir de la progresiva desaparición del proceso (31).

## B) Reformas previas al fiscal investigador

En un plano más concreto, trasladar la dirección de la investigación al fiscal precisaría, además, acometer previamente las siguientes reformas legales (32):

1. Modificar el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de manera que se refuerce su distanciamiento del Ejecutivo por un lado y los cauces de disenso colectivos e individuales internos (33);

(31) R.P.BURNS alerta sobre «The Death of the American Trial» enumerando la pérdida de garantías que ocasionaría (The University of Chicago Press, 2009), entre las que se resalta una privatización del proceso penal que puede conducir a adoptar métodos inquisitivos en la justicia, incrementando la discrecionalidad judicial y abriendo la puerta a medios escritos que abandonen la confrontación oral ante el juez, S. LADSMAN, «So what? Possible implication of the vanishing trial phenomenon», 1, J.Empirical Legal Study, 973, 2004, p. 982.

(32) Recojo en buena medida las ya enumeradas, en primer lugar por TORRES-DULCE LIFANTE, E en su trabajo «La reforma de la instrucción en el proceso penal y el fiscal» en AAVV, «La posición del Fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Thomson-Civitas, Aranzadi, 2001 y que en parte figuraban en el Libro Blanco del Ministerio Fiscal, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996, que se aprobó por el Consejo Fiscal. Y más recientemente, en un completo listado, enviado a finales de 2010 a profesores, jueces, fiscales, abogados y otros juristas y estructuradas como «Libro Verde» utilizada por las instituciones de la Unión Europea para abrir procesos de consultas anteriores a reformas legislativas. En las mismas se abordaban interrogantes relativas, a los aspectos, orgánicos, constitucionales, de naturaleza de la instrucción, de relación entre las funciones de investigar y de acusar y las implicaciones del ministerio fiscal instructor respecto de otros sujetos acusadores, las repercusiones sobre la imputación formal y la defensa, las medidas cautelares, las diligencias de investigación, y su posible valor probatorio, la prueba preconstituida, sin olvidar la experiencia acumulada en países de nuestro entorno. Elaborado por los profesores PILAR PEITEADO y FERNANDO GASCÓN, está prevista su publicación en formato electrónico a inicios del 2012.

(33) Según señala TORRES DULCE, E, «la credibilidad de un Fiscal con amplios poderes en núcleos sensibles socio –ciudadanos como lo es sus nuevas facultades investigadoras y la proximidad de tales funciones a políticas criminales concretas gobernadas policialmente, va a estar permanentemente en tela de juicio», ob.cit.loc.cit.

2. La creación de una Policía Judicial dependiente funcionalmente de la Fiscalía, así como equipos de peritos y especialistas que colaboren directamente con aquella;
3. La dotación, al menos singularizada, y autogestionada, de un presupuesto propio del Ministerio Fiscal; y
4. Un nuevo diseño de las plantillas y despliegue de las mismas para con el Ministerio Fiscal y con los Jueces.

A las mismas se deberían unir el delimitar con claridad a qué llamamos actividad investigadora del Fiscal y si van a pervivir las diligencias de investigación existentes o se integrarán en las nuevas funciones. De igual modo si ello va a tener un entronque procesal, en qué momento y cómo se engarza con las facultades actuales del Juez, solapándose con éstas, sustituyéndolas o reservando su ámbito de competencias a determinadas funciones instructoras (pruebas preconstituidas, anticipadas, etc.).

Finalmente, habría que eliminar la presunción de autenticidad de sus actuaciones a efectos probatorios, con el efecto determinante que acarrearía sobre la eficacia probatoria de las diligencias, así como articular esa difícil posición de no actuar como parte y a la vez encaminar su quehacer a algo tan propio de una parte como ejercitar la acción, cuestión que si de un lado se justifica por su papel de defensor de la legalidad, pierde fuerza en la hipótesis de otorgarle facultades discrecionales a la hora de ejercitar la acción penal. Dar cumplida respuesta a éstas y otras cuestiones imposibles de desarrollar aquí, evitaría el riesgo inherente al monopolio, indeseado e indeseable, que derivaría de la conjunción de un MF dependiente del ejecutivo, con amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, cuyo ejercicio si le corresponde en exclusiva, equivale a disponer de la realización del derecho penal, distorsionando inevitablemente el cumplimiento de sus relevantes funciones en el proceso penal (34).

(34) Un indicio sobre el objeto de esta preocupación pudo percibirse a raíz de la redacción del art. 802,5 LECrim (reforma 2002) y las críticas suscitadas. Cfr. BARONA VILAR, S, «Derecho jurisdiccional. Proceso penal», Valencia, 2002, p. 582.



opina

Fermín Morales Prats  
Catedrático de Derecho Penal.  
Universidad Autónoma de Barcelona

Secularmente, en el ordenamiento jurídico español, se ha adoptado un modelo de instrucción en el proceso penal según el cual la dirección plena de las diligencias instructorias recae en el juez de instrucción.

El concepto investigación penal es más amplio que el relativo a la instrucción penal. La investigación abraza también las diligencias informativas, de las que emanan facultades indagatorias cuyo titular es el Ministerio Fiscal. Las reformas que se han producido en el pasado, enderezadas a otorgar un estatuto jurídico a las facultades de investigación del Ministerio Fiscal (diligencias informativas), no han supuesto una remoción o un replanteamiento del modelo procesal de instrucción penal en sentido estricto.

En los últimos decenios, se ha suscitado un debate interminable sobre la reforma en profundidad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no se ha visto reflejado ni culminado en reformas legislativas. Las modificaciones han sido parciales y, para lo que aquí interesa, no han puesto en tela de juicio el modelo instructorio históricamente implantado en España para el proceso penal.

Se han verificado múltiples propuestas tendentes a propiciar que el Ministerio Fiscal asuma la dirección de la instrucción penal en un sentido estricto, que en todo caso vaya más allá de las actuales diligencias informativas, que como es sabido conceptualmente son anteriores a la apertura de diligencias instructorias. En tal dirección se proyectan argumentos instalados tanto en criterios de legitimación como en criterios de eficacia. El principal bloque de argumentos atiende por los partidarios de tal reforma legislativa, a los designios del principio acusatorio en un Estado de Derecho, así como a la necesidad de imparcialidad o no contaminación del juez implicado en la fase instructoria, que devendría propiamente en un «juez de libertades»; ilustrativo al respecto son los trabajos y propuestas formuladas por un reputa-

do sector de la doctrina procesal y penal (así Víctor Moreno Catena, «El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos» y Tomás S.Vives Antón, «Sobre la imparcialidad del juez y la dirección de la investigación oficial del delito», trabajos ambos publicados en la Revista Teoría & Derecho 1/2007 monográficamente dedicada al tema «¿Ministerio Fiscal o Juez Instructor? La investigación penal a debate»).

Lógicamente en estas propuestas doctrinales, en las que el Ministerio Público aparece como el impulsor y director del devenir instructorio, el juez queda configurado como un árbitro imparcial que, en el decurso de la instrucción penal, solo debe intervenir y pronunciarse puntualmente para evitar y valorar la procedencia de determinados actos o medidas instructorias, principalmente las que sean restrictivas o limitativas de derechos fundamentales. Puede decirse que esta propuesta ha contado con el respaldo de la mayoría de los miembros integrantes del Ministerio Fiscal; en el ámbito judicial podría decirse que esta propuesta no goza de un respaldo mayoritario.

Frente a estos postulados de reforma, se ha objetado desde la magistratura y por parte de destacados representantes de los distintos colectivos en los que se asocian jueces y magistrados, que no existen razones constitucionales que justifiquen la reforma y mucho menos que la determinen, pues, en definitiva, indican que nadie mejor que un juez puede y debe dirigir la instrucción penal; la tesis por el mantenimiento del modelo histórico de la instrucción penal acoge múltiples argumentaciones y justificaciones, algunas entrelazadas con propuestas de reformas procesales que en ningún caso pasarían por otorgar el impulso y dirección de la instrucción penal al Ministerio Público (así pueden verse, entre otros destacados planteamientos, en esta dirección por parte de Perfecto Andrés Ibáñez, «El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal», Luis María Díez-Picazo, «Siete tesis sobre la idea del fiscal investigador»,

Juan Montero Aroca «Investigación e instrucción en el proceso penal; a favor del imperio de la ley de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral»; estos distintos trabajos se hallan incluidos en la Revista antes citada).

Junto a este debate ubicado en el plano de los conceptos y de las ideas, también se verifica una discusión de ideas en el ámbito de lo coyuntural, en atención a la situación de aguda crisis económica y a la escasez de los medios con que opera la Administración de Justicia; en este plano de debate se señala que un cambio de modelo a favor del otorgamiento de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal, supondría una inversión presupuestaria que no es asumible en estos momentos, que probablemente no son los más adecuados para remover el organigrama y las funciones institucionales y jurisdiccionales en el proceso penal. En este plano de argumentación las propuestas se orientarían a postergar la decisión sobre la necesidad o no de mantener el actual modelo instructorio.

A mi juicio, el referido debate, amén de estar influenciado en ocasiones por premisas corporativistas, hasta cierto punto orilla u olvida los problemas centrales y decisivos que tienen planteados actualmente la investigación instructoria de los delitos en España. Probablemente, el problema central no es dilucidar a quién corresponde dirigir e impulsar la instrucción, sino el propio modelo heredado del siglo XIX, que acoge la Ley de Enjuiciamiento Criminal, presidido por una notable componente burocrática en la gestión, dirección y desarrollo de la instrucción penal de los delitos.

El problema, pues, a mi entender, es de garantías, que en cualquier caso

**el problema central no es dilucidar a quién corresponde dirigir e impulsar la instrucción, sino el propio modelo heredado del siglo XIX, que acoge la Ley de Enjuiciamiento Criminal, presidido por una notable componente burocrática en la gestión, dirección y desarrollo de la instrucción penal de los delitos**

se ven resentidas por inercia ante un proceso instructorio lento y burocrático. En efecto, la dilatación en el tiempo de las investigaciones instructorias convierte, por ejemplo, la denominación de «procedimiento abreviado» en un sarcasmo. Los profanos en la materia, concernidos en algún momento de su vida por diligencias instructorias, no pueden llegar a entender la lógica de desenvolvimiento de las diligencias propias de esta fase del procedimiento penal.

Se trata, por tanto, de abordar reformas radicales en la materia, en tanto que acojan propuestas que se dirijan a la raíz del problema. Estas propuestas, en mi opinión, deben transitar indefectiblemente por la fijación de plazos para la instrucción ordinaria y de límites temporales extraordinarios para las instrucciones penales que revistan mayor complejidad. Solamente domoñando en términos temporales la instrucción penal, se está en condiciones de suscitar un ulterior debate sobre la dinámica instructoria al servicio del límite temporal legalmente establecido. Es en este contexto donde pueden aparecer propuestas de reforma que deben ser consiguientes y congruentes con esa limitación temporal. Y, lógicamente, son propuestas que deben enderezarse a dar en la línea de flotación del actual modelo burocrático de instrucción.

La primera medida que parece urgente se proyecta sobre la fase o momento de admisión de la querrela. Es preciso el desarrollo de un debate tendente a favorecer la creación de una «vistilla» para tal menester. Efectivamente la admisión de la querrela, como acto jurisdiccional, no debe suponer un mero trámite burocrático, se trata de un acto procesal de gran importancia, en el cual el órgano jurisdiccional debería expresar una primera

valoración que justifique y causalice la aperturación de unas diligencias instructorias penales o bien por el contrario la denegación de tal aperturación. Y ese acto procesal, a mi juicio, debería estar presidido por la audiencia de las partes, practicándose la inmediación, fomentando el principio de oralidad en una vista en la que el Ministerio Fiscal y/o la acusación particular aporten y expongan los indicios o el material de cargo de que dispongan, y que en todo caso alimenten la necesidad, pertinencia y oportunidad de aperturar una instrucción penal. Esta propuesta fomenta el principio de contradicción y el principio de igualdad de armas, por cuanto a la misma debería ser llamada la representación del querellado, que de este modo podría tomar conocimiento de que ha sido objeto de la interposición de una querrela criminal, con anterioridad a que se haya decidido sobre si se admite a trámite o no. La regulación actual permite que muchos ciudadanos hayan sido querrellados y no hayan tomado conocimiento de tal circunstancia, pues la querrela no fue admitida a trámite, y tal circunstancia no me parece constitucionalmente de recibo.

Con la propuesta de vista previa a la decisión sobre la aperturación o no de diligencias instructorias lógicamente se otorga robustez al derecho de defensa y otras garantías jurisdiccionales con rango constitucional.

Además, la referida propuesta de reforma sitúa la aperturación de unas diligencias penales contra un ciudadano en la órbita constitucionalmente correcta. Esto es, las diligencias aperturadas responderían a un acto jurisdiccional previo, revestido de un auténtico contenido de fondo. Solo así se plasma, en actos procesales concretos, el concepto constitucional relativo a la excepcionalidad de la condición de imputado en un procedimiento penal, puesto que efectivamente excepcional debe ser en la práctica el sometimiento del ciudadano a la investigación instructoria penal.

Probablemente, mediante una reforma de tales características se evitaría un gran número de diligencias instructorias inútiles, superficiales y, en algunos casos, debidas a planteamientos acusatorios espurios, que no han sido sometidas a un auténtico filtro judicial de partida. Señalo lo anterior consciente de que una muy elevada cifra de diligencias instructorias concluye nuestro país mediante autos de archivo. En efecto, es cierto que en muchos casos esos archivos se deben a situaciones

lógicas y comprensibles, tales como la no identificación del hipotético o potencial responsable del delito, o bien el desvanecimiento de indicios de criminalidad que a primera hora parecían sólidos y que luego se han desvanecido tras una esclarecedora acción instructoria.

Pero, a buen seguro, un gran número de diligencias instructorias archivadas no debió haberse aperturado jamás, por cuanto respondían a una admisión a trámite de querrela o denuncia que es reflejo de un mero ritualismo burocrático, que por inercia se produce a tenor de la regulación penal actualmente vigente. Y subrayo lo anterior por cuanto la instrumentalización del proceso penal se acrecienta en contexto de crisis económica, principalmente en el ámbito de los delitos socioeconómicos, por cuanto muchas veces la aperturación de unas diligencias instructorias es un escenario buscado por las acusaciones particulares para ulteriores negociaciones o transacciones desde una posición de cierta superioridad.

La propuesta de reforma suscitada debe ser sometida, lógicamente, a matizaciones, a reglas concretas o bien a la necesidad, en ocasiones, de diferir la referida audiencia de las partes en una vista, cuando la instrucción penal se aperture bajo el secreto de actuaciones.

A mi juicio, debe ser abordada otra reforma que alberga un contenido sustancial y que aparece como una medida necesaria en un modelo instructorio que fuera sometido a límites temporales de duración. Esta reforma debería proyectarse al periodo final de la instrucción y, más concretamente, al momento de conclusión de la misma, con anterioridad a la aperturación de la fase intermedia. En mi opinión, la conclusión de la instrucción reclama también una vista con la audiencia de las partes, en la que se ilustre al órgano jurisdiccional sobre la valoración que se efectúa sobre las diligencias practicadas y sobre el fundamento y necesidad de un futuro juicio oral sobre los hechos o, por el contrario sobre el fundamento y necesidad del archivo o sobreseimiento de las actuaciones.

Entre la primera vista con audiencia de las partes postulada, con anterioridad a la aperturación de las diligencias instructorias, y la relativa a la conclusión de la misma, sería preciso imaginar y concretar una dinámica instructoria garantista y eficaz que se desenvuelva en un periodo de tiempo racional.

Debe recordarse que las propuestas aquí suscitadas se enmarcan en el sometimiento de la fase instructoria penal a límites temporales. Esta medida ya era contemplada en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia (suscrito el 28 de mayo de 2001 por el Partido Popular y el PSOE) con carácter general, en la que se apostaba por un periodo estándar máximo de investigación judicial instructoria. En el borrador de dicho Pacto, se esgrimió la posibilidad de establecer un límite temporal, como plazo o techo máximo, para la investigación judicial de los delitos. Lógicamente puede discutirse el quantum temporal, que puede oscilar entre los nueve meses y los dieciocho meses (con independencia de plazos más prolongados para instrucciones extraordinarias por su complejidad), pero en cualquier caso la idea que aparece como indispensable queda cifrada en la fijación de un máximo de tiempo para impulsar y sustanciar las diligencias instructorias ordinarias, de modo tal que, transcurrido ese plazo, el juez instructor está obligado a dictaminar si archiva las actuaciones o bien las impulsa para que, procedimentalmente, lleguen a juicio oral.

Con la adopción de esta medida se desburocrataría la fase instructoria y se agilizaría el procedimiento, de modo que la fase instructoria estaría presidida en su inicio y en su final por vistas con audiencia de las partes, con independencia de que se pudiera abordar una reforma procesal en las que fuera posible otras vistillas en las que se fuera depurando el material instructorio. Asimismo, un modelo de tal tenor refuerza las garantías procesales del imputado, y sitúa la condición de éste como una situación excepcional, que es lo propio de un Estado de Derecho.

Como es lógico, la argumentación hasta aquí sostenida puede ser objeto de reproches, sobre todo centrados en la idea de que no se está respondiendo a la cuestión suscitada sobre quién debe ostentar la investigación penal. Ciertamente las anteriores reflexiones no pretenden ser «una faena de aliño» para eludir la respuesta; por el contrario, pretenden establecer los presupuestos de partida sobre los que debería transitar la discusión.

Ahora bien, prescindiendo del escenario de reforma que estimo constitucionalmente necesario y, además, cohonestable con la tradición histórica, amén

de asumible en la actual coyuntura socioeconómica, puede responderse a la pregunta ubicados en el «statu quo» procesal actual. A mi juicio, el otorgamiento de la dirección plena de la investigación instructoria del Ministerio Fiscal alberga múltiples problemas coyunturales de carácter organizativo y económico, y además exige el replanteamiento del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, pues se trata de un estatuto que establece unas funciones pensando en la condición de parte del Ministerio Público. Puede decirse que es una parte singular por las funciones institucionales que ostenta, pero parte en cualquier caso. Por otro lado, tampoco se identifican imperativos constitucionales que obliguen a la reforma; puede decirse, como señala Luis María Díez Picazo, que no hay razones constitucionales a favor o en contra de una reforma de tal calibre, de modo que el debate debe producirse en el plano de la oportunidad o conveniencia.

Los postulados tendentes a otorgar al Ministerio Público la dirección de la investigación criminal arrancan en ocasiones del concepto de imparcialidad de los jueces y tribunales, de manera que la referida reforma liberaría al juez de contaminaciones que derivarían de su implicación en la instrucción penal, quedando configurado como un juez de garantías que atiende principalmente a la protección de los derechos de todas las partes concernidas en el proceso penal (Tomás S.Vives Antón).

A mi juicio, la dirección de la instrucción penal debe seguir estando residenciada en la figura del juez instructor. Por definición el juez encarna un poder independiente, en tanto que el Ministerio Fiscal en su configuración orgánica actual presenta una dependencia del poder ejecutivo; este último dato, como ha subrayado Perfecto Andrés Ibáñez, es de gran relevancia sobre todo en un contexto y momento histórico en el que asistimos a la expansión del Derecho penal. Además, no me parece procedente la importación de modelos ajenos (Montero Aroca), pues lo importante es el perfeccionamiento del sistema, mediante la garantía plena de las garantías procesales. Si a lo anterior se adosa la reforma procesal en términos de agilización temporal y una dirección judicial de la instrucción más profunda, estaría expresando con carácter definitivo mi respuesta al interrogante suscitado al inicio de este escrito.

opina

Vicente C. Guzmán Fluja  
Catedrático de Derecho Procesal

En el mes de julio de 2011, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, ambos derivados de la Propuesta para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal elaborada por un grupo de expertos y entregada en mayo de 2011 al Ministro de Justicia. Es la primera vez, desde que está vigente nuestra actual Constitución, que se dispone de un texto que de manera íntegra a la vez que completa propone un modelo de proceso penal para tratar de responder a las exigencias de los textos internacionales garantes de los derechos humanos, de la legislación de la Unión Europea, así como incorporar los criterios jurisprudenciales decantados por los Tribunales internacionales y por nuestro Tribunal Constitucional.

Se trata de un modelo que sienta las bases sobre las que proceder a sustituir al enjuiciamiento criminal vigente desde 1882, a estas alturas más que remendado, muy insuficiente en determinados temas, obsoleto en muchos otros aspectos y parcialmente condenado por no responder a las garantías mínimas del proceso justo: valga como referencia las conocidas y públicas condenas del Comité de Derechos Humanos de la ONU en relación con la ausencia de doble instancia en los procesos por delitos graves, o del TEDH en materia de escuchas telefónicas (desde los famosos casos Valenzuela Contreras y Castillo Algar, que condujeron a algunos insuficientes retoques normativos del artículo 579 LECrim) pero sin olvidar la situación de «alegalidad» de determinadas medidas de investigación como, por ejemplo, las intervenciones corporales o la intervención de comunicaciones privadas. Además, la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal resulta claramente inadecuada para responder, desde la eficacia y el respeto a las garantías, a las exigencias de investigación y enjuiciamiento de la sociedad tecnológica del siglo XXI. Poco explicable si se tiene en cuenta que desde 1979 se han ido sucediendo reformas parciales, de mayor o menor calado, para ajustar el proceso penal a las exigencias de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, para dar cabida a nuevos instrumentos y técnicas de investigación, o para agilizar, por lo menos intentarlo, los tiempos de tramitación

de los procesos penales. Un cambio trascendental para el proceso penal que intenta solucionar las carencias y deficiencias legales y los problemas de la práctica diaria de los tribunales del orden penal y propone un proceso penal muy diferente del actual pero dentro de una razonable prudencia.

El modelo supone atribuir al Ministerio Fiscal la competencia para la investigación de los delitos, elemento debatido y polémico. Así, el Juez de Instrucción deja de existir como tal, es decir, como responsable y director de esa investigación y pasa a ser un juez de control, un juez de garantías. Pero el Anteproyecto no es sólo este cambio, pues el nuevo modelo de proceso penal propuesto además de poner el acento en los cambios subjetivos de rol lo pone también en el cambio objetivo: reforzar el respeto de los derechos fundamentales y a las garantías del debido proceso, fortalecer el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de defensa, como exigencias ineludibles del Estado de Derecho, así como regular un auténtico estatuto de la víctima a la que ese mismo Estado de Derecho debe saber proteger a lo largo del proceso penal. Lo que el Anteproyecto propone es, sobre todo, un nuevo escenario de garantías reforzadas que mira al investigado-acusado (desterrando así el peyorativo término de «imputado») pero que no olvida los derechos de quienes han sido víctimas del hecho delictivo.

Estas líneas se centran en justificar la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación del proceso penal, uno de los elementos clave sobre los que se asienta el Anteproyecto de LECrim de 2011. Esto se hará sobre tres líneas de argumentación: el contexto político-jurídico, el contexto institucional y el contexto normativo (en cuanto propuesta de regulación del cambio).

En el contexto político-jurídico, no cabe negar que en los últimos años del siglo XX se constató en bastantes ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, Alemania, Italia, Portugal, un cambio nuclear en el proceso penal consistente en atribuir la investigación de los hechos delictivos al Ministerio Fiscal y convertir al Juez de Instrucción, hasta entonces director de la investigación,



en un Juez de Garantías, aunque estas transformaciones se plasman bajo distintas configuraciones. El mismo camino, atribución de la investigación al Fiscal y conversión del Juez de Instrucción en Juez de Garantías, parece que seguirá Francia, conforme al anteproyecto de Código Procesal Penal de 2010 y siguiendo las recomendaciones del Informe Leger, aunque la reforma parece estancada en los últimos meses. Y no puede dejar de mencionarse, en el marco del espacio europeo de cooperación policial y penal (y sin olvidar elementos consolidados como OLAF, Eurojust, etc.), la ineludible creación del Fiscal europeo por efecto de la entrada en vigor en 2009 del Tratado de Lisboa, culminación de una larga serie de intentos que encuentra su punto más relevante en el proyecto de Constitución Europea, en el que se contemplaba igualmente esta figura. Aunque el Fiscal Europeo nazca con un ámbito delimitado y definido de actuación, y a salvo de lo que suceda en estos tiempos de crisis económica, en el entorno político-jurídico de los países de nuestro entorno y en el marco de la Unión Europea, todo apunta a la convergencia, en un escenario de armonización y homogeneización del proceso penal, en un modelo de Fiscal Investigador y de Juez de Garantías que puede admitir diversas formulaciones legales bajo unas premisas esenciales comunes. Parece lógico, en este escenario, hacer lo necesario para que nuestro proceso penal abandone el sistema «acusatorio-mixto» y encomiende al Ministerio Fiscal la investigación de los hechos delictivos, abandonando la figura del Juez de Instrucción y evolucionándola hacia un Juez de Garantías. No sería correcto ni sería inteligente que el proceso penal español quedara como último reducto del Juez instructor.

En segundo término, lo anterior no debe impedir que nos preguntemos si el contexto institucional de nuestro Ministerio Fiscal permite o resulta adecuado para atribuirle la investigación de las causas criminales. Tanto la Constitución como el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal someten al Ministerio Fiscal a los principios organizativos de unidad y dependencia jerárquica, y a los funcionales de legalidad e imparcialidad, sin perder de vista que en la cúspide de la institución está el Fiscal General del Estado que es nombrado a propuesta del Gobierno de turno. De este entramado institucional un sector doctrinal importante extrae la conclusión, expuesta de forma directa y resumida, de que la Fiscalía, toda ella, toda su organización, puede ser mediatizada y utilizada por el partido político que gobierne en cada

caso, por lo que es extremadamente peligroso dar el paso de atribuir al fiscal la investigación del proceso penal porque éste puede utilizarse con fines políticos a través del Fiscal General del Estado, de las órdenes o instrucciones (sobre todo concretas) que pueda dar a sus inferiores jerárquicos y de la llegada de las mismas hasta los fiscales «a pié de obra» vía cadena de mando. Esta teoría se sustenta, además, en determinados (pero también, no se olvide, contados) casos penales especialmente resaltados por los medios de comunicación y en los que hay implicados pertenecientes a partidos políticos. Teóricamente, se añade, esto sería imposible con jueces instructores que son independientes, imparciales, inamovibles y sometidos sólo al imperio de la ley (aunque no se alude a casos, igualmente contados y concretos, en los que algunos jueces de instrucción parecen movidos por un celo que no es sólo la de averiguar el caso penal). Por lo tanto, la garantía de un proceso penal justo e imparcial, de una investigación a salvo de sesgos ordenados por el Gobierno de turno vía Fiscalía General del Estado, está en reivindicar y mantener la figura del Juez instructor y evitar los riesgos y peligros inherentes a la atribución al Fiscal de la investigación penal. Así las cosas, sólo sería aceptable, si no hubiera otro remedio, encomendar la investigación de los delitos al Ministerio Fiscal si se reviste a éste de la correspondiente «independencia» respecto del Poder Ejecutivo, desvinculando al Fiscal General del Estado del Gobierno.

Sin espacio para entrar en el tema con más profundidad, entiendo que el planteamiento es injustificado e injusto con la Fiscalía como institución y con los fiscales que a diario ejercen sus funciones en el proceso penal. Ningún sistema está a salvo de usos concretos desviados y ajenos a la estricta impartición de justicia, y ello pese a todas las salvaguardas y garantías, o cortafuegos, que se quieran establecer. Sin perjuicio, si se quiere, de reforzar determinadas de esas salvaguardas que ya existen en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (o de aclararlas o hacerlas más explícitas, y cabe citar en este sentido las disposiciones de la Recomendación 19, de 6 de octubre de 2000, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la función del Ministerio Público en el proceso penal en la que se asume sin ningún problema, siempre que estas garantías se regulen, la existencia de sistemas en los que el Fiscal «conduce, dirige o supervisa la investigación»), hay que negar tajantemente que la

atribución de la investigación penal al Ministerio Fiscal, como hace el Anteproyecto de LECrim de 2011, vaya a suponer abrir la puerta a la politización (y sobre todo al uso partidista) de la justicia, aunque pueda haber casos patológicos puntuales tanto en este escenario como en el del juez instructor. Creo que se debe asumir con naturalidad que el Gobierno tiene derecho a establecer y desarrollar la política criminal y que uno de los instrumentos para hacerlo es el Ministerio Fiscal, y en el caso de España, aunque siempre es mejorable, la actual regulación es un marco razonable para dar el paso de atribuir al Fiscal la investigación penal.

---

## **Creo que se debe asumir con naturalidad que el Gobierno tiene derecho a establecer y desarrollar la política criminal y que uno de los instrumentos para hacerlo es el Ministerio Fiscal**

---

Marco razonable y casi envidiado por otros países de nuestro entorno en los que recientemente se ha efectuado este cambio o se prevé hacerlo próximamente. Podemos citar dos países en los que la Fiscalía goza de las mismas garantías que los jueces y magistrados, básicamente porque lo son, porque están integrados en la magistratura, Italia y Francia. En Italia el Fiscal es independiente y no recibe órdenes ni instrucciones de ninguna autoridad, pero doctrinalmente, incluso entre los propios fiscales, se reconoce que ello no deja al sistema fuera de problemas de politización o uso partidista de la justicia y casos relevantes, que afectan a altos cargos de esa nación, son sobradamente conocidos. En Francia, la magistratura de «parquet», la fiscalía, tiene una organización jerárquica pero también las garantías propias de jueces; en un modelo que todavía mantiene al juez de instrucción, el Informe Leger concluía que era posible mantener el modelo de fiscalía y atribuirle la función de la investigación penal, pero con algunas opiniones y matices en orden a plantear un incremento de su independencia. En Alemania la Fiscalía es jerárquica y está, tanto a nivel federal como a

nivel de Land, conectada con el correspondiente Poder Ejecutivo a través del respectivo equivalente a nuestro Fiscal General del Estado; hay intentos doctrinales importantes de construir la «independencia individual e institucional del Fiscal», también por el riesgo de politización, pero no hay unanimidad, ni mucho menos, sobre la necesidad ni la bondad de este cambio. Y en Portugal se puede decir que el Ministerio Fiscal tiene un Estatuto «polimorfo» que combina la conexión con el Ejecutivo, la jerarquía, y un estatuto que comparte garantías propias de los jueces y magistrados. Todos los modelos presentan problemas de politización o uso partidista de la investigación y del proceso penal, los de modelo de fiscalía independiente parecen anhelar una fiscalía jerárquica y vinculada con el Ejecutivo, y viceversa. Y nuestro modelo parece ser, en este contexto, uno de los más apreciados y de los que mejor parado sale (insisto, sin negar que es posible mejorarlo pero no necesariamente cambiarlo) en vistas de encomendar al Fiscal la investigación penal.

En tercer lugar, conviene analizar la propuesta concreta efectuada en el Anteproyecto de LECrim de 2011. Resulta delicado, visto lo expuesto, formalizar el cambio hacia la dirección de la investigación del proceso penal por el Ministerio Fiscal, y por ello se ha optado por un modelo que establece un conjunto de contrapesos y de controles en el marco de ese cambio. Conforme al texto de la propuesta, el Ministerio Fiscal asume la investigación del proceso penal y es quien decide sobre su apertura, sobre su desarrollo ordenando al efecto a la policía judicial la práctica de las diligencias que estime adecuadas y sobre su cierre. Básicamente se han ideado dos contrapesos o controles: control judicial, que se comprobará es un control fuerte, y el que se sigue del mantenimiento de las acusaciones particular y popular, y del refuerzo del papel de la víctima.

Por un lado, el dominio del Ministerio Fiscal sobre la investigación tiene un contrapeso muy importante encarnado en el poder de control atribuido al Juez de Garantías. Por supuesto, el Juez de Garantías es el competente para ordenar cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (con contadas excepciones en las que resulta competente el Fiscal en afectaciones o restricciones leves siempre con posterior control judicial), pero también es el competente para controlar la decisión del Fiscal sobre la apertura y cierre de la investigación, y, cerrada la investigación, si el Fiscal denegó la práctica de diligencias solicitadas por las partes pueden éstas

reiterarlas ante el Juez de Garantías para que decida si el Fiscal debe practicarlas o no. Y el poder de control del Juez de Garantías es todavía más amplio como revela la simple lectura del artículo 2 del Anteproyecto y algún ejemplo más se pondrá a continuación. Se propone, pues, un modelo en el que el Fiscal sea quien investigue pero con un juez que ejerce un control en momentos puntuales pero fuerte, esto es, un control que, sin convertirle en un investigador «paralelo» o «superpuesto» al Fiscal, le permita ser un auténtico garante del respeto a las garantías y derechos fundamentales del proceso penal y le permita supervisar decisiones críticas del Fiscal. Podría decirse que estamos ante un Juez que ha ganado relevancia material y que se ajusta más a sus pristinas funciones constitucionales.

Por otro lado, y sin olvidar que el Anteproyecto refuerza las garantías y el derecho de defensa del investigado, se regula el estatuto de la víctima, acusadores particulares (en su caso privado) y acusadores populares, además de partes civiles. En el modelo propuesto se mantiene el no monopolio de la acusación por el Fiscal y se da una amplia intervención a estos otros acusadores en la investigación (aunque reconociendo que con algunos límites). Destaca que se distinga entre víctima y acusador particular ya que no siempre la víctima (ofendidos o perjudicados directos del hecho delictivo) se constituye en acusador particular y así, cuando se es víctima pero no parte, se garantizan una serie de derechos básicos (entre otros, derecho a ser oído, derecho a aportar elementos relevantes). Se mantiene la acusación popular aunque limitando su ejercicio ante la irrazonable inflación que esta institución viene sufriendo, de modo que se prohíbe su ejercicio a las administraciones públicas, a los partidos políticos y a los sindicatos, y quien quiera ejercerla deberá acreditar, ante el Juez de Garantías que será el único que podrá admitir o rechazar esta acusación, que está defendiendo un interés legítimo y suficiente conectado con la defensa del interés público, vínculo que deberá permanecer a lo largo de todo el proceso penal pues en cuanto desaparezca perderá la legitimación el acusador popular.

Hay que insistir en esta idea subyacente a lo largo de todo el Anteproyecto para combinar la necesaria libertad del fiscal en la investigación con el imprescindible control y los oportunos contrapesos. Entre ellos, que la duración de la investigación no excedería, legalmente, de dos o tres años (investigaciones de la Fiscalía de la

Audiencia Nacional o de Fiscalías especiales), incluidas las prórrogas máximas que sólo pueden ser adoptadas judicialmente. El secreto es decidido por el Fiscal pero requiere de control judicial siempre para confirmar o revocar esa decisión, y su levantamiento conlleva la necesaria y completa puesta al día a las partes respecto de lo actuado restableciendo la contradicción y adoptándose las medidas precisas para evitar el perjuicio del derecho de defensa. Igualmente el Anteproyecto, como instrumento que puede servir para descongestionar el saturado sistema procesal penal, potencia la conformidad (cuyo límite punitivo desaparece), introduce el principio de oportunidad reglado y reconoce legalmente la mediación penal. Si nos fijamos en la oportunidad reglada, con tres modalidades básicas, archivo del procedimiento si la pena no excede de los dos años, suspensión del procedimiento si la pena no excede de cinco años, archivo del procedimiento por colaboración activa contra bandas criminales si la pena no excede de seis años, todas están condicionadas al cumplimiento de determinados requisitos los cuales tienen previsto un mecanismo de control judicial y están participados por los demás acusadores.

Otras medidas refuerzan el control de que el Fiscal investigará respetando el derecho de defensa en todo caso. Por ejemplo, no más se conozca quien es la persona sospechosa de cometer el hecho delictivo el Fiscal debe citarla sin dilación para su primera comparecencia con información de todos los derechos que le asisten. Pero si retrasa injustificadamente esta primera comparecencia y de ello se deriva una lesión irreparable del derecho de defensa del investigado, el juez de la audiencia preliminar deberá sobreeser el proceso penal, sobreesimiento que también se ordena si la acusación resulta insuficientemente fundamentada.

Se ofrece un marco concreto, justificado, razonable y creo que equilibrado, de atribución de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Con todo, es mejorable y el debate abierto, crítico, constructivo, profundo, por parte de todos los colectivos implicados permitirá consolidar de verdad el necesario cambio y afinar el imprescindible nuevo modelo de proceso penal con fiscal investigador. Ojala el debate sobre el nuevo modelo de proceso penal culmine pronto con una nueva LECrim nacida desde el esfuerzo, la reflexión, el respeto a las garantías y, si es posible, el consenso, lo que marcará, sin duda, un hito en nuestra reciente historia constitucional y procesal penal.

# comentarios jurisprudenciales

Sección coordinada por Fernando Román García.

Magistrado. Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo <sup>1</sup>

Texto completo de las sentencias en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

## SALA 1.<sup>a</sup>

**PONDERACIÓN DE LA COLISIÓN ENTRE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN Y EL DERECHO AL HONOR Y A LA INTIMIDAD PERSONAL, CUANDO SE TRATA DE PERSONA DE NOTORIEDAD SOCIAL NO DEDICADA AL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS, OBJETO FRECUENTE DE ATENCIÓN EN PRENSA O PROGRAMAS DE CRÓNICA SOCIAL O ENTRETENIMIENTO.**

**Francisco Manuel Bruñén Barberá**

*Magistrado. Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.*

*Sala Primera*

## I. Introducción

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2011, recurso de casación número 1933/2009, trata sobre diversos aspectos planteados en un supuesto sobre derecho al honor e intimidad personal en colisión con los derechos de libertad de expresión e información, estándose ante una demanda dirigida por persona muy conocida en el ámbito de la denominada prensa de entretenimiento o crónica social, contra una empresa televisiva y la invitada a un programa de televisión, en el que se trató sobre aspectos íntimos de la vida del demandante, en concreto sobre las relaciones de éste con dicha invitada y la infidelidad que ello suponía respecto de su entonces cónyuge, persona también de notoriedad pública en el mismo ámbito de la crónica social, con comentarios vertidos por dicha invitada y colaboradores del programa que pudieran entenderse como intromisiones ilegítimas en el derecho al honor y a la intimidad personal del actor.

<sup>1</sup> Nombrado, por RD de fecha 30 de diciembre de 2011, Secretario de Estado de Justicia.

Debe adelantarse que el interés de esta Sentencia viene determinado no tanto porque se trate de una resolución que aporte novedades jurisprudenciales, como porque resulta expresiva de una consolidada doctrina de la Sala en relación con los asuntos que presentan estas o similares características, donde suelen suscitarse cuestiones tales como la presencia de veracidad en la información, la propia conducta de la parte supuestamente ofendida en relación a la falta de preservación de su vida privada, o el interés general de la información. La Sentencia, por otra parte, es un fiel reflejo de la técnica ponderativa que viene aplicando la Sala Primera en un ya notable número de sentencias en las que se analiza el conflicto entre los derechos al honor e intimidad personal y familiar y a la propia imagen, con los de libertad de expresión e información, dando lugar con ello a una cierta sistemática en el análisis de los casos enjuiciados por la Sala, que proporciona una base metodológica y doctrinal al juicio ponderativo.

## II. Hechos

Los hechos sometidos al enjuiciamiento de la Sala Primera del Tribunal Supremo son, en síntesis, los siguientes:

1. El actor, persona de notoriedad pública en razón de su profesión y también por su ascendencia y haber estado casado con persona de notoriedad pública, formuló demanda de protección del derecho fundamental al honor y a la intimidad contra la sociedad gestora de una cadena televisiva y una invitada a un programa de la misma, de los dedicados a la crónica social (o "del corazón"), por las manifestaciones realizadas en dicho programa, y solicitó la condena de los demandados en la cantidad de 200 000 €, de los cuales 50 000 € deben ser satisfechos por dicha invitada y los restantes 150.000 € por la entidad televisiva.

2. El Juzgado estimó parcialmente la demanda fundándose, en síntesis, en que:

- De la prueba practicada tras la visualización del programa resulta que acudió, como invitada, la codemandada, mujer que se sometió a una prueba de detección de mentiras mientras se le formulaban preguntas sobre la supuesta relación que mantuvo con el demandante.
- Todas las preguntas fueron contestadas, indicándose si las respuestas eran ciertas o se mentía, vertiendo distintas opiniones al respecto los colaboradores del programa, la presentadora y la invitada.

Las preguntas efectuadas iban dirigidas a concretar si la invitada había tenido relaciones sexuales con el demandante, a lo que contestó afirmativamente, el tiempo durante el cual se prolongó la relación con el mismo (dos años), e incluso si se había sentido satisfecha, a lo que también contestó en sentido afirmativo, mientras la prueba de detección arrojaba que mentía sobre dicho extremo. Igualmente aseveró que aquél tenía al mismo tiempo otras amantes, negando que el actor profiriera ante ella faltas de respeto hacia su entonces cónyuge, a lo cual el detector interpretó que mentía, respondiendo la invitada a pregunta de la presentadora del programa que estaba de acuerdo con el detector, por lo que a continuación una colaboradora del programa afirmó "tú no lo querías hundir pero ahora acabas de hacerlo, la cantidad de veces que este señor ha salido en televisión engañando a la opinión pública diciendo que su mujer merecía todo el respeto del mundo y ahora se demuestra aquí que ha mentido".

- En los rótulos sobreimpresos en pantalla aparecían diversos comentarios, sobre el demandante "y sus mujeres" o "amantes" acompañadas de imágenes de la que fue su cónyuge u otras señoras que habían manifestado haber mantenido relaciones íntimas con él.
- En el programa se incide en los comentarios realizados por la invitada, a la que una colaboradora preguntó con quien había sido infiel mientras estuvo con ella.
- Los comentarios efectuados inciden en el mantenimiento de relaciones sexuales, y detalles del número de encuentros.

- El demandante fue calificado en el programa como infiel, prepotente, mujeriego y machista.

3. El Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, declarando la existencia de una intromisión ilegítima en los derechos constitucionales al honor y a la intimidad del actor, condenando a los demandados a indemnizar solidariamente, sin perjuicio de la cuota de responsabilidad ya fijada en la cantidad de 20.000 euros (5.000 euros la codemandada invitada al programa y 15.000 la entidad televisiva), debiendo abstenerse de persistir en conductas similares en prevención de intromisiones ulteriores.

4. El recurso de apelación interpuesto por la sociedad televisiva fue desestimado por entender la correspondiente Audiencia Provincial, en resumen, que: (a) los datos reservados difundidos no estaban amparados por la libertad de información y no se han ponderado erróneamente los derechos constitucionales; (b) el demandante es una persona de notoriedad pública por su actividad profesional; (c) la revelación de circunstancias sobre la vida privada del demandante no es materia de interés general que contribuya a la formación de la opinión pública, ni está justificada en función del interés público y, por tanto, se invadió la intimidad personal del demandante sin que sea obstáculo para ello que el demandante efectuara revelaciones a la prensa en ocasiones anteriores, pues más allá de esos hechos dados a conocer voluntariamente, el derecho a la intimidad prevalece y opera como límite infranqueable del derecho a la libre información; (d) no desaparece la intromisión en el derecho a la intimidad por la circunstancia de que con anterioridad se haya divulgado la existencia de esa supuesta relación, pues el programa se refirió a otros extremos distintos de los que se desprenden de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia; (e) según la demanda la intromisión en el derecho al honor del demandante se produjo al haberlo calificado de persona infiel, mujeriego, maltratador sin que de este último calificativo exista el menor refrendo probatorio como tampoco de que se atribuya al demandante un carácter violento; (f) el término mentiroso reiteradamente ha sido usado por una colaboradora del programa y la infidelidad del demandante y la calificación de mujeriego es el rasgo preeminente del mensaje difundido en el programa al figurar sobreimpresas las rubricas «F ...



y sus mujeres» y «F ... y sus amantes» con imágenes de otras mujeres, todo ello, acompañado de preguntas a la entrevistada en torno a quien le fue infiel el demandante mientras estaba con ella o si le confesó el demandante que la compartía con otras amantes y referencias al trato irrespetuoso a su anterior cónyuge; (g) no está probado que el demandante haya declarado que su matrimonio se rompió por su infidelidad; (h) el fin del programa fue suministrar información y aunque se admita a efectos dialécticos que respecto a alguno de los colaboradores se trataba de la libertad de expresión, el tono general del programa y varios de los términos dichos atentan contra el honor del demandante y no pueden entenderse amparados por la libertad de expresión; (i) no es aplicable la doctrina del reportaje neutral, pues el programa no se limitó a transmitir lo dicho por la codemandada sino que distorsiona y manipula dicha información con datos complementarios y manifestaciones de los colaboradores del programa e introduce textos e imágenes que quiebran la neutralidad del medio de comunicación en la forma de transmitir la información obtenida; y, (j) el daño moral se produjo y ha de ser indemnizado y la cantidad otorgada se atempera a la gravedad de las lesiones y coincide con la fijada en asuntos análogos.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la invitada codemandada, fundándose, básicamente, en que no existió error en la apreciación de la prueba, pues la codemandada utilizó expresiones que afectaron a la buena reputación del demandante y se han ponderado correctamente los derechos constitucionales en conflicto.

La Audiencia también desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandante, fundado en su discrepancia con la indemnización otorgada.

5. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la entidad televisiva codemandada, a través del cauce del artículo 477.2, apartado 1º, esto es, sentencias dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, alegando en un primer motivo infracción del artículo 20 b) y d) de la Constitución en relación con el artículo 18 de la misma, y en el segundo motivo la infracción del artículo 9.3 de la LO 1/1982, al no aplicar los criterios legales establecidos para fijar, en su caso, la indemnización.

### III. Las libertades de expresión e información y el derecho al honor y la intimidad

En la Sentencia objeto de comentario se subraya que el artículo 20.1.a) y d) CE, en relación con el artículo 53.2 CE, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el artículo 18.1 CE reconoce con igual grado de protección el derecho al honor.

La libertad de expresión, igualmente reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio y 139/2007, de 4 de junio), porque en tanto ésta se refiere a la narración de hechos, la de expresión alude a la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa (SSTC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, 77/2009, de 23 de marzo, FJ 3).

El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 12), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio, FJ 7).

El reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el res-

peto de su dignidad como persona (artículo 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, y 115/2000, de 10 de mayo), evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

#### IV. La técnica ponderativa

La limitación del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar por la libertad de expresión o de información, tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (respecto del derecho al honor, SSTS de 13 de enero de 1999, 29 de julio de 2005, 21 de julio de 2008, RC n.º 3633/2001, 2 de septiembre de 2004, RC n.º 3875/2000, 22 de julio de 2008, 12 de noviembre de 2008, RC n.º 841/2005, 19 de septiembre de 2008, RC n.º 2582/2002, 5 de febrero de 2009, RC n.º 129/2005, 19 de febrero de 2009, RC n.º 2625/2003, 6 de julio de 2009, RC n.º 906/2006, 4 de junio de 2009, RC n.º 2145/2005; respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, SSTS 16 de enero de 2009, Pleno, RC n.º 1171/2002, 15 de enero de 2009, RC n.º 773/2003, 6 de noviembre de 2003, RC n.º 157/1998). Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

La técnica ponderativa ha de partir de una doble valoración, en abstracto y relativa, de los derechos en conflicto:

1. Cuando se trata de la libertad de expresión y de información, la técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información sobre el derecho al honor y a la intimidad por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 11 de marzo de 2009, RC n.º 1457/2006).

La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, 29/2009, de 26 de enero, FJ 4). Este criterio jurisprudencial es hoy admitido expresamente por el artículo 11 CDFUE, el cual, al reconocer los derechos a la libertad de expresión y a recibir y comunicar información, hace una referencia específica al respeto a la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

La ponderación debe tener en cuenta que la libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 77/2009, de 23 de marzo, F 4 y 23/2010, de 27 de abril, F 3), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática (SSTEDH de 23 de abril de 1992, *Castells c. España*, § 42, y de 29 de febrero de 2000, *Fuentes Bobo c. España*, § 43).

2. La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva:

(i) La ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica se proyecta sobre personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008; SSTS 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, RC n.º 2313/1997, 19 de

julio de 2004, RC n.º 5106/2000, 6 de julio de 2009, RC n.º 906/2006), pues entonces el peso de la libertad de información y expresión es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. En relación con aquel derecho, la STS 17 de diciembre de 1997 (no afectada en este aspecto por la STC 24 de abril de 2002) declara que la proyección pública se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias; así, quien de un modo u otro hace de la exposición personal a los demás su modo de vida y acepta instalarse en el mundo de la fama no solo está contribuyendo a delimitar el terreno reservado a su intimidad personal, sino que también se somete al escrutinio de la sociedad. En tal sentido, el juicio acerca de la idoneidad de los personajes públicos y las opiniones relativas al merecimiento de su consideración pública entran dentro del ámbito protegido por la libertad de expresión en la medida en que no afecten innecesariamente a otros derechos fundamentales, en especial los referidos en el artículo 20.4 CE (STC 23/2010, de 27 de abril, F 3). En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado.

(ii) La prevalencia de la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información con el transcurso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007, 29/2009 de 26 de enero, FJ 5). Cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002 de 8 de abril), el cual exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se ponga en boca de personas determinadas responsables de ellas y que el medio informativo sea mero transmisor de tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni

reelaborarlas o provocarlas; en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración.

(iii) La protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con ella (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 3; 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 110/2000, de 5 de mayo, F. 8; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 7; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; y 148/2001, de 15 de octubre, F. 4, SSTC 127/2004, de 19 de julio, 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero).

(iv) Cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no solo al personaje público, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a éstas está justificada por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje público al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje público.

(v) La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de ésta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión (STS 19 de marzo de 1990).

(vi) La ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico (STS de 6 de noviembre de 2003, RC n.º 157/1998). Quien divulgue aspectos de su vida privada debe soportar el conocimiento e investigación o seguimiento de los aspectos divulgados y la crítica de los mismos (STC de 27 de abril de 2010).

## V. Aplicación de la doctrina y técnica ponderativa al caso concreto

En el supuesto enjuiciado la Sala Primera, aplicando la doctrina constitucional que se ha expuesto anteriormente, llegó a la conclusión de que debía prevalecer el derecho al honor y a la intimidad sobre la libertad de expresión e información, y, en consecuencia, apreció la existencia de una vulneración del derecho al honor y a la intimidad, conclusión que era conforme con el dictamen del Ministerio Fiscal.

Se parte, en el terreno abstracto, de la existencia de una colisión entre la libertad de información y el derecho al honor y a la intimidad, debiendo considerarse como punto de partida la posición prevalente que, como se ha expresado, ostenta el derecho a la libertad de información y, examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al derecho al honor y a la intimidad de la parte demandante.

El examen del peso relativo de ambos derechos en colisión deparó las siguientes conclusiones:

(i) El demandante es una persona con proyección pública, que goza de gran celebridad y conocimiento público, pero esta celebridad no deriva del ejercicio de funciones públicas o de la realización de actividades de especial trascendencia política o económica, sino por tener una profesión que proyecta fama pública, por la notoriedad de sus ascendentes, y por su matrimonio con una mujer también muy conocida por su pertenencia a una importante familia, y que igualmente goza de celebridad derivada de su posición social, así como por la asiduidad de ambos en los medios informativos dedicados a la crónica social.

El interés general de la información<sup>2</sup>, en consecuencia, deviene del interés que suscita el conocimiento de la

<sup>2</sup> La jurisprudencia de esta Sala viene reconociendo la legitimidad no solo del género informativo tradicionalmente conocido como "crónica de sociedad" sino también de la información frívola, de espectáculo o entretenimiento, que puede llegar a ser algo más ácida para los personajes afectados que aquel género tradicional pero que hoy debe entenderse admisible según los usos sociales que el art. 2.1 de la LO 1/82 toma como uno de los factores que delimitan la protección civil del honor, de la intimidad y de la pro-

vida de personas con notoriedad pública social. Y, por tanto, el interés suscitado en el presente caso es muy escaso y de naturaleza social por el hecho de que el programa en el que se hicieron las manifestaciones que el recurrido considera que suponen una intromisión en su derecho al honor y a la intimidad no tienen por objeto contribuir al debate político en una democracia, sino una finalidad netamente de esparcimiento y el interés suscitado es únicamente, el que pueda existir en el conocimiento de la vida privada de personas que gozan de notoriedad (SSTS de 3 de noviembre de 2010, RC n.º 1040/2007, 16 de diciembre de 2010, RC n.º 179/2008, 21 de marzo de 2011, RC n.º 1485/2008 y 25 de abril de 2011, RC n.º 2244/2008).

Desde la perspectiva del interés público del asunto, el grado de afectación de la libertad de información y de expresión es débil frente a la protección del derecho al honor y a la intimidad.

(ii) Veracidad.

Según la parte recurrente debía aplicarse la doctrina del reportaje neutral<sup>3</sup>. Esta posición es rechazada por

la imagen. Por eso la sentencia de esta Sala de 21 de marzo de 2011 (rec. 1539/08), reiterando la doctrina de las sentencias de 18 de noviembre de 2008 (rec. 1669/03) y 9 y 12 de junio de 2009 (recs. 2292/05 y 2451/05 respectivamente), puntualiza que "no toda información tiene que ser necesariamente política, económica, científica o cultural"; y por eso la referida sentencia de 9 de junio de 2009 explica más extensamente que no puede exigirse a toda información un interés informativo general en el sentido de que afecte a la colectividad, pues debe reconocerse la existencia de "un interés informativo específico o propio del género frívolo, no general en el sentido de concernir a los fundamentos políticos, sociales o culturales de la sociedad pero sí atendible y, además, normativamente considerado por la LO 1/82 mediante su explícita referencia a los usos sociales y al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia". En suma, como declaró la sentencia del Tribunal Constitucional 99/2002, con base en sentencias anteriores del mismo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "los denominados personajes que poseen notoriedad pública..., esto es, aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de esa relevancia pública, pueden ver limitados sus derechos con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad que adquieren su figura y sus actos" (STS, Sala 1ª, 27 de septiembre de 2011, recurso de casación número 805/2008).

<sup>3</sup> En esta materia el Tribunal Constitucional en Sentencia de 8 de abril de 2002 estableció que para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos: a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca

la Sala, pues el requisito de veracidad comporta que en el momento de verificar la información haya sido contrastada de forma diligente y se salvaguarde haciendo las reservas oportunas. Como así se indicó por la Audiencia Provincial, el medio informativo no se limitó a difundir el reportaje anterior sino que la intervención de la presentadora y de los colaboradores del programa televisivo provocó el contenido de gran parte de los hechos noticiados y aunque es cierto que fue la invitada codemandada quien realizó en el programa las manifestaciones objeto de litigio, sin embargo, el propio formato del programa con colaboradores que intervienen directamente y dan también su opinión sobre los hechos generando con sus preguntas, las respuestas y opiniones vertidas por la codemandada, excluye, el supuesto de reportaje neutral (STS 3 de noviembre de 2010 RC n.º 1040/2007).

Respecto el derecho a la intimidad el criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones, no es el de la veracidad, sino el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte necesaria en función de interés público del asunto sobre el que se informa.

En este punto en la ponderación de los derechos en conflicto debe prevalecer el derecho al honor y a la intimidad, sobre la libertad de expresión e información.

(iii) Proporcionalidad de las expresiones utilizadas. El límite a las manifestaciones protegidas por la libertad de expresión radica únicamente en el menosprecio personal, la vejación injustificada y el insulto.

La ponderación del carácter vejatorio y desproporcionado de las expresiones utilizadas lleva a considerar de mayor relevancia en este caso el derecho al honor so-

de personas determinadas responsables de ellas (Sentencia de 15 de febrero de 1994, 26 de marzo de 1996). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones. b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia. Si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido. Cuando se reúnen ambas circunstancias la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: si concurren ambas circunstancias el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad.

bre la libertad de expresión. Las expresiones empleadas agravan innecesariamente la dignidad o el prestigio del demandante y atentan contra su fama.

Estas expresiones no aparecen autorizadas por los usos sociales ni tampoco porque el afectado haya podido dar lugar a ellas consintiendo la publicación de aspectos relativos a su intimidad (STS de 21 de marzo de 2011, RC n.º 1485/2008).

Las circunstancias concurrentes en el caso no permiten, desde este punto de vista, invertir el carácter prevalente que la libertad de expresión ostenta frente al derecho al honor en relación con las personas con proyección pública. Por tanto, suponen un atentado a su honor por el público y notorio descrédito.

(iv) El demandante goza de celebridad social y no se ha puesto en cuestión la afectación de derechos de otras personas que hayan sido objeto con carácter accesorio de la información publicada. Este factor resulta, pues indiferente en la ponderación.

(v) Las declaraciones cuestionadas se encuadran en el ámbito del derecho a la intimidad. No es admisible la difusión de la existencia de relaciones sexuales entre el demandante y la codemandada y los comentarios sobre su frecuencia, duración y sobre la posible infidelidad del demandante. Se trata de cuestiones que afectan a lo más íntimo de cada persona que mantiene para sí y que debe sustraerse del conocimiento de terceros, en este caso, el público del programa.

Desde este punto de vista, en suma, la afectación del derecho a la intimidad es muy intensa frente a la protección del derecho a la libertad de información y expresión.

(vi) El demandante no consintió la revelación de los aspectos de su vida privada que fueron objeto de difusión<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Según declaró la Sala en Sentencia de 6 de noviembre de 2003, recurso de casación número 157/1998, los usos sociales no justifican indagar -fisgar- en los asuntos que pertenecen a la esfera exclusiva de otros y divulgar su resultado con el fin de satisfacer la curiosidad o el chismorreo de los consumidores de este tipo de revelaciones o comentarios. Por otra parte el que una persona tenga una notoriedad pública, en buena medida debida a los medios de comunicación, no autoriza a éstos a invadir su vida íntima o privada, cuando no fue la interesada, con su conducta pública, quien dio pretexto para la intromisión.



El goce de notoriedad pública, y el hecho que se hubiera podido consentir en ocasiones determinadas la revelación de aspectos concretos propios de su vida personal no privan al afectado de la protección de estos derechos fuera de aquellos aspectos a los que se refiera su consentimiento, pues «no existe constancia de su consentimiento a que sea de público conocimiento todo lo concerniente a su vida sentimental y sexual» (STS de 17 de junio de 2009, RC n.º 2185/2006) y solo tiene trascendencia para la ponderación en el caso de que se trate de actos de sustancia y continuidad suficientes para revelar que el interesado no mantiene un determinado ámbito de su vida reservado para sí mismo o su familia (artículo 2 LPDH). (SSTS de 8 de julio de 2010, RC n.º 1990/2007, 3 de noviembre de 2010, RC n.º 1040/2007 y 22 de noviembre de 2010, RC n.º 1016/2008). Esta circunstancia solo concurre cuando el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico (STS de 6 de noviembre de 2003, RC n.º 157/1998).

Las manifestaciones tienen entidad suficiente para considerar que se ha vulnerado el derecho al honor y a la intimidad del demandante, de modo que la Sala, ponderando el contexto en que se producen, consideró que son suficientes para estimar que exceden de las limitaciones que el ejercicio de la libertad de información impone sobre el derecho al honor y a la intimidad.

De todo ello se concluye por la Sala de casación que la libertad de información no puede en este caso prevalecer sobre el derecho al honor y a la intimidad del demandante, pues el grado de afectación de la primera es muy débil y el grado de afectación de los segundos es de gran intensidad (SSTS de 16 de diciembre de 2010, RC n.º 179/2008 y 30 de diciembre de 2010, RC n.º 240/2008), por lo que se desestima el recurso de casación.

## VI. Conclusión

La Sentencia comentada recoge los criterios ponderativos a tener en consideración cuando se ha de resolver el conflicto o colisión entre los derechos a la libertad de expresión e información, por una parte, y el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, por otra, en los casos de personas de notoriedad social no dedi-

cadas al ejercicio de funciones públicas, fruto de una ya consolidada doctrina del Tribunal Constitucional y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. La homogeneidad metodológica y la claridad de los razonamientos jurídicos contenidos en las sentencias dictadas por la Sala Primera en casos similares al analizado, de la que la comentada supone un reciente ejemplo, no sólo proporciona criterios sólidos a los órganos judiciales de instancia, sino también seguridad jurídica para las partes en potencial conflicto, esto es, los medios informativos o las empresas comunicadoras y personas que colaboran con ellas, y a las personas objeto de atención o comentario en los espacios o prensa de entretenimiento, al suponer una clara referencia para las mismas, pudiendo acomodar su actuación a estos ya claramente consolidados criterios.

**SALA 2.ª**

**PRUEBA DE ADN: DETERMINACIÓN DEL PERFIL GENÉTICO DEL IMPUTADO A PARTIR DE MUESTRAS DE CONTRASTE OBRANTES EN FICHEROS POLICIALES. ASISTENCIA LETRADA AL IMPUTADO DETENIDO (SSTS núm. 680/2011, de 22 de junio; 827/2011, de 25 de octubre; y 880/2011, de 26 de julio)**

**Ana Belén Alonso González**

*Letrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal*

## I. Introducción

Desde su descubrimiento en los años 40, el ácido desoxirribonucleico o ADN ha revolucionado no sólo las técnicas de investigación científica, sino muy especialmente las de investigación criminal, consiguiendo que dentro de la Ciencia Forense se haya abierto camino un nuevo campo basado en la prueba genética, mediante la obtención de marcadores de ADN del individuo, con muy diversos fines. El giro copernicano en esta materia se produjo en la Gran Bretaña de 1984, cuando Alec JEFFREYS halló los polimorfismos del ADN minisatélite y llegó a la conclusión de que si se cortan muestras de dos personas distintas utilizando las mismas

enzimas de restricción, el resultado serán siempre dos series diferentes de fragmentos de ADN de distinta longitud, tan exclusivas de cada individuo como lo pueden ser el iris o sus huellas dactilares, por lo que los «genetic fingers» o «dedos genéticos», por su propia inmutabilidad, permiten identificar a un individuo, vivo o muerto, entre millones de ellos a través de cualquier sustancia que contenga parte de su material genético (sangre, saliva, piel, cabellos u otros restos de tejidos o de sustancias corporales), en mínimas condiciones de conservación. Gracias a este importantísimo descubrimiento, la investigación de ciertos hechos de apariencia criminal que hasta entonces habrían tenido un difícil esclarecimiento puede resultar sensiblemente más sencilla, y no sólo en aras de lograr la identificación de los efectivos partícipes en la comisión de un delito, sino también de permitir la exculpación del presunto autor hacia el que erróneamente pudieren haber apuntado otros indicios de la investigación (v.gr. STS núm. 792/2009, de 16 de julio; recurso de revisión núm. 20410/2008).

La relativa sencillez con la que hoy en día se desarrollan estas pruebas, gracias a la férrea dedicación científica y a los avances tecnológicos, y su altísimo grado de fiabilidad actual –frente al dudoso pronóstico de etapas pasadas– han hecho que se deposite una considerable confianza, también judicial, en estas conclusiones analíticas. Paralelamente, ha ido creciendo su trascendencia como técnica médico-legal dirigida a la investigación de hechos de índole criminal, en particular de aquéllos relacionados con los delitos contra la vida o la integridad física, los delitos contra la libertad e indemnidad sexual o, incluso, con el terrorismo. Garantizar, por ello, que en la obtención de las muestras precisas para el cotejo y elaboración del análisis genético, así como en su custodia y aportación al proceso penal, se respeten las garantías y derechos fundamentales exigibles es una labor a la que tanto el Legislador como la jurisprudencia vienen dando respuesta.

## II. Interpretación jurisprudencial.

Desde la perspectiva jurisprudencial que aquí nos atañe, son numerosos los pronunciamientos que en estos últimos años ha emitido la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la materia, llegando incluso a dictar dos Acuerdos No Jurisdiccionales en sesión plenaria<sup>5</sup> dirigidos a interpretar

<sup>5</sup> El primer Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo al que nos referimos data del 03/10/2005, en el que, ante la

ciertas garantías que, al tenor de las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), deben ser respetadas en todo caso, en especial durante la toma de muestras capaces de proporcionar información genética. Entre las decisiones de casación más recientes, podemos destacar el elenco de garantías que prevé la STS núm. 685/2010, de 7 de julio, en referencia a la incautación de vestigios que puedan convertirse en muestras dubitadas de ADN y obtenidos bien en el lugar de los hechos, bien directamente de los propios sujetos implicados o de sus enseres, delimitando qué prevenciones son necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial, tal y como exigen, principalmente, los arts. 282, 326 y 334 y siguientes LECrim, en aras de asegurar que se trate de pruebas lícitas y válidamente obtenidas, hábiles para configurar la convicción de un Tribunal (art. 11.1 LOPJ). Han sido también numerosas las resoluciones casacionales que reflexionan sobre el cotejo de estas muestras dubitadas con otras indubitadas e, igualmente, las que analizan qué garantías fundamentales –procesales y sustantivas– deben quedar satisfechas para una adecuada custodia de las muestras, sin fisuras en la cadena de intervinientes en la aprehensión, análisis y obtención de resultados, así como en su aportación al proceso (v.gr. STS núm. 701/2006, de 27 de junio, y SSTS núm. 5/2011, de 25 de enero; 1027/2010, de 25 de noviembre; 891/2010, de 15 de octubre; 740/2010, de 6 de julio; 710/2010, de 15 de junio; 685/2010, de 7 de julio; 634/2010, de 28 de junio; 398/2010, de 19 de abril; 287/2010, de 26 de marzo; 251/2010, de 17 de marzo; 240/2010, de 24 de marzo; 229/2010, de 15 de marzo; 151/2010, de 22 de febrero; 127/2010, de 22 de febrero; ó 123/2010, de 18 de febrero, entre otras muchas).

Un ámbito que, no obstante, hasta hace poco tiempo se mantenía huérfano de pronunciamientos jurisprudenciales directos era el relativo a la posibilidad de vincular las muestras obtenidas en el seno de un proceso abierto con aquéllas que constan en ficheros previamente confeccio-

---

cuestión de si resulta suficiente la autorización judicial para extraer muestras para un análisis de ADN a una persona detenida a la que no se informa de su derecho a no auto-inculparse y que carece de asistencia letrada, se decidió que *"el art. 778.3 LECrim constituye habilitación legal suficiente para la práctica de esta diligencia"*. Posteriormente, con fecha 31/01/2006, la Sala Segunda adoptó otro relevante Acuerdo sobre esta materia, según el cual *"la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial"* (acogido por SSTS núm. 701/2006, de 27 de junio; 949/2006, de 4 de octubre; 1267/2006, de 20 de diciembre; y 1190/2009, de 3 de diciembre, entre otras).

nados. En concreto, nos referimos a la aplicación de la Ley Orgánica núm. 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. A esta cuestión han dado respuesta las recientes Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 680/2011, de 22 de junio (RC núm. 11074/2010), núm. 827/2011, de 25 de octubre (RC núm. 10579/2011), y núm. 880/2011, de 26 de julio (RC núm. 202/2011), en las que, por su novedad y considerable relevancia práctica, centraremos nuestro estudio. De entre las diferentes cuestiones que en ellas se plantean, dos son las que suscitan el mayor interés: 1) Si la obtención de muestras biológicas del imputado detenido requiere asistencia letrada; 2) Si resulta legítimo el cotejo del perfil genético del imputado con aquellos datos que obren en los ficheros policiales custodiados por el Ministerio del Interior, creados al amparo de la citada Ley Orgánica, datos que de este modo se toman como muestra indubitada de contraste.

## II.A. STS núm. 680/2011, de 22 de junio.

**Resumen del supuesto de hecho.** La Sentencia confirma la condena del procesado recurrente como autor de un delito de agresión sexual (violación), cometido sobre una víctima menor de edad que padece crisis epilépticas. Tal circunstancia fue aprovechada por el procesado para dirigir a la víctima, en el curso de una de esas crisis, hacia un lugar menos transitado, donde preparó el terreno sobre el que posteriormente ejecutó el acometimiento sexual, llegando a emplear la violencia para doblegar la oposición de la víctima cuando la misma recobró la consciencia.

**Posición jurisprudencial.** Recuerda esta Sentencia que la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, establece en su art. 3.1.a) que «[s]e inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos: a) Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual (...), para añadir en un inciso segundo que «[l]a inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que

*le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento». Y, según su apartado 2, «[i]gualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN, cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento». La Sentencia tiene asimismo en cuenta lo señalado en la Disposición Adicional Tercera de la citada Ley Orgánica, según la cual «[p]ara la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la LECrim».*

Se transcribe, asimismo, el contenido de los arts. 282 LECrim (según el cual la Policía Judicial... tiene la obligación de "recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial..."), 326, apartado tercero, LECrim ("Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el art. 282") y 363, párrafo segundo, LECrim ("Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad").

Y se afirma a continuación: "...Como nos recuerda la STS 7-7-2010, nº 685/2010, la controversia inicial acerca del alcance gramatical de los arts. 326, párrafo 3, y 363, párrafo 2, de la LECrim, ha sido ya resuelta por la jurisprudencia de esta misma Sala y definitivamente clarificada a raíz de la publicación de la LO 10/2007, 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN. En efecto, el acuerdo del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero 2006, proclamó que "la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad

*de autorización judicial". Esta idea fue ratificada por numerosos precedentes, de los que las SSTs 1190/2009, 3 de diciembre, 701/2006, 27 de junio, 949/20064 de octubre y 1267/2006, 20 de diciembre, son sólo muestras más que significativas."*

En el caso de autos, el Departamento de Biología del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil abrió expediente a petición de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Comandancia de la Guardia Civil, conforme a las diligencias que a su vez estaban ventilándose ante el Juzgado instructor de Estella/Lizarra. Se recibieron como evidencias dos hisopos impregnados con saliva indubitada del sospechoso, obteniéndose de los mismos las muestras a cotejar. Dicho perfil genético fue incluido en la base de datos de ADN de Interés Criminal de la Guardia Civil (ADNIC) e INT-SAIP de la Secretaría de Estado de Seguridad. El cotejo permitió determinar la coincidencia con el perfil genético obtenido de las muestras remitidas por la Brigada Provincial de Policía Científica de la Comisaría de Málaga unos meses antes en relación con un presunto delito de agresión sexual, por el que también se tramitaron diligencias policiales, judicializándose la investigación mediante la apertura de diligencias previas por el Juzgado instructor competente de Málaga. Por su parte, el informe emitido por el Departamento de Sevilla del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, ratificado en la vista por sus autores, confirmó la coincidencia entre los perfiles genéticos comparados del procesado y de la víctima.

Examinadas las actuaciones al amparo del art. 899 LECrim, el TS deja constancia de que la impugnación de aquel cotejo que la Defensa del acusado plantea en sede casacional es una "cuestión nueva", pretendiendo extemporáneamente la declaración de nulidad de una prueba obtenida en un procedimiento judicial distinto del enjuiciado sobre la presunción de que la misma se realizó de forma ilegal. Pero, desestimando tal pretensión, la Sala de lo Penal afirma que no se indica razón alguna que arroje una mínima sombra de duda sobre la pureza de la obtención de las muestras, por lo que la presunción que debe regir es justamente la contraria, esto es, que, en principio y hasta tanto no se demuestre lo contrario –y no se olvide que quien aduce una irregularidad debe probarla–, las actuaciones efectuadas en el curso de una investigación judicial deben reputarse legalmente efectuadas. Por tanto, no concurren razones para pensar que la extracción de muestras salivares del procesado no hubiese sido expresamente autorizada por el mismo o, en otro caso, decretada por el Juez actuante.

El verdadero fondo de la cuestión afecta a la aportación de datos provenientes de muestras utilizadas en los bancos o registros que la Administración ha ido creando desde 1999, y se reconoce que tal finalidad no puede servir de excusa para proceder de cualquier forma en la toma de datos e incorporación a los registros así creados; pero no lo es menos que las eventuales irregularidades en su ejecución deben denunciarse en la forma y manera que allí se establece. La Sentencia se hace eco a continuación de lo que ya afirmara la STS núm. 854/2010, de 29 de septiembre, en un supuesto similar, donde se dijo: *"frente a lo argumentado por la Defensa, ninguna ilicitud apreciamos en la diligencia de toma de saliva del ahora acusado mediante el uso de un hisopo a fin de realizar el oportuno cotejo de ADN. Debemos rechazar la impugnación genérica de las diligencias de prueba relacionadas por la Defensa en su escrito de conclusiones provisionales producidas en el oportuno trámite, dado que el principio de buena fe procesal que ha de regir cualquier actuación de las partes (art. 11 LOPJ) exigía especificar las concretas irregularidades. Además, aparte de los extremos analizados, no apreciamos irregularidad alguna en la práctica de ninguna diligencia...."*

Por todo ello, el motivo de queja basado en la obtención y cotejo de las muestras de ADN es desestimado en este caso.

## II.B. STS núm. 827/2011, de 25 de octubre.

**Resumen del supuesto de hecho.** En este caso, el TS mantiene la condena del procesado recurrente como autor de un delito de agresión sexual (violación), cometido sobre una joven, empleada de un establecimiento de ropa, en el interior del propio local de negocio, para lo cual, haciéndose pasar por un cliente, el procesado la retuvo en uno de los probadores y allí la acometió sexualmente, empleando un arma blanca de 15 cms. de hoja que en todo momento mantuvo sobre el cuello de ella, amedrentándola con usarla en caso de oponer resistencia.

**Posición jurisprudencial.** Cuestionado por la Defensa el resultado de las pruebas de ADN, al haberse obtenido de una prenda de ropa estudiada en otro informe distinto no realizado por los autores de la pericia y desconociendo, por consiguiente, las circunstancias de la intervención y el origen de la citada prenda, la Sala de lo Penal del Alto Tribunal afirma que el perfil genético con el que los peritos con-



trastaron las muestras dubitadas obtenidas en el presente procedimiento -cortina del probador y alfombrilla hallada en el lugar del hecho- no es otro que el que ya constaba en el archivo policial sobre identificadores de ADN, en el cual había sido incluido el perfil genético del procesado, condenado con anterioridad por un delito de agresión sexual para cuya investigación fueron obtenidas muestras biológicas de este tipo. En consecuencia, el contraste de las muestras dubitadas con los preexistentes indicadores genéticos del procesado no se realizó, como pretende la Defensa, tomando como referencia unas piezas de convicción procedentes de otro procedimiento, sino entre muestras dubitadas reveladas en el presente proceso y la secuencia genética obrante en el fichero de datos custodiado por el Ministerio del Interior, de conformidad con los arts. 1 y 2 de la LO 10/2007.

Se reconoce, en cualquier caso, que la pericial ejecutada se desvió parcialmente respecto de lo concretamente solicitado por el Juez instructor, en cumplimiento de lo previsto en el art. 475 LECrim, pues se había pedido el contraste entre los restos biológicos hallados en el habitáculo en el que se desarrollaron los hechos y las muestras de saliva obtenidas del procesado y, sin embargo, el informe elaborado por el Departamento de Biología del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil operó sobre el perfil indubitado que constaba en un informe relacionado con otras diligencias penales. Pero, dado que el propio Juez que había delimitado los términos del dictamen pericial aceptó sin reservas el contenido y metodología del informe pericial, dictando auto de conclusión del sumario y cerrando la investigación sin añadir ni interesar rectificación alguna respecto de la técnica empleada por los peritos de la Policía Científica, no puede ahora formular objeción alguna el propio Tribunal de Casación frente a la tácita aceptación por el Instructor ordenante.

Sobre el tema que nos ocupa, añade acto seguido esta Sentencia: "(...) *la metodología del análisis del ADN, a partir de la creación de la base de datos policial sobre identificadores genéticos, puede entenderse perfectamente ajustada a las exigencias impuestas por su propio significado científico cuando el perfil genético de contraste se consigue a partir de los datos y ficheros que obran en ese registro, sin necesidad de someter la conclusión así obtenida a un segundo test de fiabilidad, actuando después sobre las muestras de saliva del procesado. Es obvio que ningún obstáculo puede afirmarse a la práctica convergente de ambos contrastes, pero también lo es que la identificación genética que obra*

*en la base de datos, puesta en relación con los restos biológicos dubitados, normalmente hallados en el lugar de los hechos, permite ya una conclusión sobre esa coincidencia genética que luego habrá de ser objeto de valoración judicial. Es indudable también que el imputado puede rechazar de forma expresa la conclusión pericial sobre su propia identificación genética cuando ésta se logra a partir de los datos preexistentes en el fichero de ADN creado por la LO 10/2007, 8 de octubre. La posibilidad de que entre el perfil genético que obra en el archivo y los datos personales de identificación exista algún error es una de las causas imaginables -no la única- de impugnación. Sin embargo, ese desacuerdo, para prosperar, deberá expresarse y hacerse valer en momento procesal hábil. No se trata de enfatizar el significado del principio de preclusión que, en el fondo, no es sino un criterio de ordenación de los actos procesales y, por tanto, de inferior rango axiológico frente a otros valores y principios que convergen en el proceso penal. Lo que se persigue es recordar que la destrucción de la presunción «iuris tantum» que acompaña a la información genética que ofrece esa base de datos -así lo autorizan la fiabilidad científica de las técnicas de obtención de los perfiles genéticos a partir de muestras ADN y el régimen jurídico de su acceso, rectificación y cancelación, autorizado por la LO 10/2007, 8 de octubre-, sólo podrá ser posible mediante la práctica de otras pruebas de contraste que, por su propia naturaleza, sólo resultarán idóneas durante la instrucción". Resulta evidente, como continúa afirmando el Alto Tribunal, que la toma de muestras de saliva u otros fluidos dirigida a obtener el perfil genético de cualquier imputado o procesado debe realizarse con pleno respeto a las garantías impuestas por la intensa injerencia que un acto de esa naturaleza conlleva. Máxime teniendo en cuenta que su inmediata consecuencia va a ser la incorporación de esos datos al banco o registro policial, lo que no es, ni mucho menos, una cuestión menor.*

Esta Sentencia tiene su precedente en la antes citada STS núm. 685/2010, de 7 de julio, que por su parte conoció del recurso de casación interpuesto por dos de los acusados, condenados en la instancia como autores de sendos delitos de transporte de sustancias explosivas/incendiarias, en concurso ideal con delitos de daños, a través de la comisión de acciones relacionadas con el terrorismo callejero. Ambos recurrentes habían cuestionado aquí su condena, en tanto que sustentada con carácter exclusivo -según su criterio- sobre la prueba de ADN, insuficiente para formar una convicción incriminatoria al existir otras alternativas posibles. El TS, que rechaza la queja, estimó entonces que



ni la prueba genética se practicó en forma irregular, ni fue la única evidencia sobre la que la Audiencia Nacional construyó el juicio de autoría. La Sentencia núm. 827/2011 incorpora aquí las reflexiones de esta STS núm. 685/2010, haciendo suyo su contenido cuando, en lo referente a la toma de muestras, distingue tres posibles supuestos, con sus diferentes efectos: "a) *En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que, pudiendo pertenecer a la víctima, se hallaren localizadas en objetos personales del acusado.* b) *Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible a un detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.* c) *En aquellas ocasiones en que la Policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita -hoy por hoy, inexistente- que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) LOPJ colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados."*

Concluye el Tribunal de Casación sus observaciones insistiendo de nuevo en la exigible asistencia letrada al imputado detenido, previa a la obtención de muestras de saliva u otros fluidos necesarios para definir su perfil genético, lo cual no es sino lógica consecuencia del significado constitucional de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías (arts. 17.3 y 24. 2 CE, amén de lo dispuesto en el art. 767 LECrim). Señala, por último, que no es objeto de recurso determinar las consecuencias de la infracción del derecho de asistencia letrada respecto de los perfiles genéticos que hayan

podido incorporarse a la base de datos. El examen de los efectos que esa quiebra podría acarrear, desde el punto de vista probatorio, sólo podrá ser el resultado de la ponderación del caso concreto y de las circunstancias que lo individualicen.

## II.C. STS núm. 880/2011, de 26 de julio.

**Resumen del supuesto de hecho.** De nuevo se trata de un supuesto de terrorismo callejero, en el que el TS confirma el pronunciamiento de condena dictado sobre el procesado, en tanto que autor de un delito de tenencia de artefactos explosivos/incendiaris con fines terroristas, y del que únicamente se elimina la pertenencia a una organización de esta naturaleza, por cuestiones ajenas a las aquí examinadas.

**Posición jurisprudencial.** El recurrente combate el informe pericial genético, que estima irregular en cuanto al cotejo del perfil procedente de las huellas dubitadas y de aquéllas indubitadas extraídas de la base de datos policial que manejaron las Fuerzas del orden público actuantes.

Con remisiones expresas a las SSTS núm. 827/2011, de 14 de julio, y núm. 685/2010, 7 de julio, por sus notables similitudes, la Sala de lo Penal descarta aquí dichas irregularidades, afirmando que "...en la fecha de los hechos -6 de octubre de 2007-, y por medio de una llamada de un vecino, interviene la Policía Local, y más tarde la Policía Foral de Navarra, la que deriva la investigación a la Jefatura Superior de Policía de Navarra (CPN), quien analiza las huellas de ADN de los guantes de látex hallados debajo de un automóvil, junto a los explosivos (...), e introduce tales conclusiones derivadas de su análisis en la base de datos que comparte con la Guardia Civil, resultando entonces anónimas tales huellas genéticas, toda vez que, con la comparación pertinente, no se encuentra ninguna coincidencia entre las existentes en tal base de datos. Estas diligencias se instruyen por el Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional. Pero ocurre, sin embargo, que posteriormente, el Juzgado Central de Instrucción número 3 en el curso de las D.P. 230/08, en averiguación de otros delitos completamente diferentes a los seguidos en esta causa, obtiene de forma indubitada el perfil genético de (...),

y lo incorpora la Guardia Civil a tal base, saltando entonces -y solo entonces- la coincidencia, de manera que las huellas que resultaron en un principio anónimas, aparecen como correspondientes al ahora recurrente, lo que da lugar a la información al Grupo de la Jefatura Superior de Navarra (CPN) que investigó el hallazgo de los artefactos en Navarra, objeto de estos autos, y en suma, se llega al informe que lleva fecha de 7 de noviembre de 2008, que -como expusieron los funcionarios de la Guardia Civil, adscritos al laboratorio del Departamento de Biología-Criminología, que ratificaron y se sometieron a las preguntas de las partes en el juicio oral-, consistió en la elaboración de un informe simplificado, lo que fue puesto en conocimiento del Juzgado instructor (...). De los diferentes informes genéticos obrantes en autos, se obtiene la conclusión de que el perfil genético del aquí procesado coincide con el obtenido a partir de los guantes de látex, siendo las probabilidades de coincidencia con el indubitado alrededor de  $1,61 \times 10^{18}$  (con exponencial 18), lo que supone un margen de error infinitesimal, pues para que se repita el perfil se necesitaría una población de 1,6 billones de personas, lo que es prácticamente imposible.

Descrita por los funcionarios que acudieron al juicio oral la diligencia de obtención de muestras dubitadas, se constata que en ningún momento anterior al trámite casacional cuestionó la Defensa la falta de voluntariedad en su obtención; de hecho, tal alegato resultó desmentido en el acto del juicio oral a través de la declaración de los funcionarios que recopilaron esas muestras. En cuanto a las indubitadas, reconocida su procedencia de diferente causa penal, resalta el TS que este origen tampoco se cuestionó durante la instrucción, queriendo ponerse extemporáneamente en entredicho la exactitud de la base de datos, pese a contar con presunción de veracidad, como todos los registros. Retoma esta sentencia los argumentos de la STS núm. 827/2011, de 14 de julio, antes vista, en cuanto a la legitimidad del uso de la base de datos policial sobre identificadores genéticos para el método del análisis del ADN "... cuando el perfil genético de contraste se consigue a partir de los datos y ficheros que obran en ese registro, sin necesidad de someter la conclusión así obtenida a un segundo test de fiabilidad, actuando después sobre las muestras de saliva del procesado ..." (vid. ut supra).

En resumen, éstas son las conclusiones a las que llega el TS en el caso analizado: 1) El acceso a la base de datos no fue cuestionado en el momento procesal oportuno; 2) La huella de contraste fue obtenida con todas las garantías, dado que, según manifestaron los funcionarios actuantes, el procesado se prestó voluntariamente a tal análisis, sin que, en consecuencia, fueren necesarias las prevenciones del art. 363 LECrim (STS núm. 634/2010, de 28 de junio); 3) El registro policial de datos genéticos goza de presunción de exactitud «iuris tantum» respecto de los datos que se incorporen al mismo, en tanto en cuanto no se combatan en el momento procesal hábil para su contraste.

### III. Conclusiones.

La principal novedad jurisprudencial dimanante de las sentencias analizadas y que representa, por ello, un salto respecto de los iniciales Acuerdos Plenarios también vistos estriba en la afirmación, clara y rotunda, de la necesidad de prestar asistencia letrada al detenido a quien hayan de tomársele muestras biológicas para su ulterior análisis de perfil genético, con el fin de que pueda conocer anticipadamente las consecuencias que pudieran derivarse tanto de su consentimiento como de su oposición. Esta afirmación supone, indudablemente, un afianzamiento de las garantías procesales derivadas del derecho de defensa, más allá del deber general de recabar autorización judicial en la práctica de intervenciones corporales que, requiriendo la colaboración del imputado, cuenten con su oposición, que ya había afirmado la jurisprudencia.

La segunda cuestión de relevancia que también examinan estas Sentencias se sitúa en el ámbito de la utilización de los bancos de datos de perfil genético dependientes del Ministerio del Interior, a través de su Secretaría de Estado de Seguridad, creados al amparo de la Ley Orgánica núm. 10/2007, de 8 de octubre. Aquí la conclusión a la que cabe llegar es doble: 1) Los datos que proporcionan tales archivos gozan de presunción «iuris tantum» sobre su contenido, lo que no impide que puedan ser impugnados en legal forma, dentro de los plazos procesales oportunos; 2) Su incorporación al procedimiento como prueba que pueda valorar el órgano judicial encargado del enjuiciamiento, dentro del conjunto del acervo probatorio, es plenamente aceptable.

SALA 3.<sup>a</sup>

## LA RECIENTE JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO DE ASILO Y LA PERSECUCIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO

Pedro Escribano Testaut

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

## I. La inclusión de la «violencia de género» entre las causas de asilo en la L.O. 3/2007 y la Ley 12/2009. El final de un camino iniciado y recorrido por la Jurisprudencia

Con ocasión de la tramitación del proyecto de Ley de lo que luego sería la Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, los debates parlamentarios y los medios de comunicación resaltaron la trascendencia que revestía la incorporación, entre las causas de persecución que dan lugar al asilo, de la llamada "violencia de género". Realmente, esa consideración de la violencia contra la mujer a efectos del asilo y refugio había sido ya anticipada por una norma anterior, la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, que en su disposición adicional vigésimo novena modificó la entonces vigente Ley de Asilo 5/1984, incluyendo entre las persecuciones protegibles a la sufrida por "las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género". Ahora bien, como en tantas otras ocasiones, en una y otra ley el legislador no actuó sobre el vacío, pues no hizo más que dar cobertura legal expresa a lo que ya había adelantado y consolidado la jurisprudencia, en una labor interpretativa y aplicativa de la entonces vigente legislación de asilo (la Ley 5/1984), la cual, aun cuando no preveía de forma explícita esa modalidad de persecución, proporcionaba bases suficientes para dar cuerpo a un sistema de protección de las mujeres perseguidas, que la jurisprudencia detectó y aplicó, y luego el legislador terminó de consolidar.

La construcción de este sistema resultó fruto de una evolución jurisprudencial que, aun partiendo del carácter marcadamente casuístico de esta materia (que

exige siempre una valoración circunstanciada de las peculiaridades de cada caso), desembocó en una doctrina jurisprudencial que ha afirmado sin ambages que esa modalidad de violencia contra la mujer puede encontrar amparo en la institución del asilo.

## II. La progresiva afirmación de la violencia de género como causa de asilo en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

En un principio, el Tribunal Supremo entendió que la violencia doméstica no se incluía dentro de las persecuciones protegibles, considerando que los casos entonces examinados versaban sobre comportamientos delictivos comunes, que, se decía, deben ser denunciados ante las autoridades del país correspondiente. Así lo puso de manifiesto una sentencia de 25 de mayo de 2004 (RC 3020/2000), que señaló lo siguiente en relación con una solicitante de asilo de nacionalidad ecuatoriana:

**"Los hechos en que la solicitud se funda son unos sucesos de violencia doméstica, ciertamente impresionantes, pero que no son de aquellos que, según el artículo 1º del Convenio de Ginebra de 28 de Julio de 1957 pueden fundar el derecho de asilo [...] En el presente caso, no existen ni siquiera indicios serios de que los malos tratos que la demandante ha sufrido de su compañero tengan su origen en su negativa a afiliarse o a prestar ayuda o colaboración a un grupo guerrillero subversivo, pareciendo más bien por determinadas manifestaciones de la interesada que todo se reconduce a problemas de criminalidad doméstica (con resultados delictivos de todo punto)"**

El mismo criterio fue sostenido en la sentencia de 29 de abril de 2005 (RC 830/2002), en relación con una solicitante de asilo nigeriana que había sufrido agresiones sexuales reiteradas por parte de un hombre.

Sin embargo, esta inicial reticencia a abordar la violencia de género en sede del derecho de asilo fue cediendo, desde el momento que la Sala comenzó poco después a reconocer la posibilidad de que unos hechos inicialmente no incardinables entre las causas de asilo

podieran cualificarse y adquirir los caracteres de una persecución protegible, en la medida que la mujer que sufriera una situación de violencia contra ella no pudiera encontrar protección suficiente y adecuada por parte de las autoridades de su propio país.

Así, una sentencia prácticamente coetánea, de 31 de mayo de 2005 (RC 1836/2002), referida al caso de una solicitante somalí que decía haber sufrido agresiones sexuales reiteradas por parte de los soldados que custodiaban el campo de refugiados de Kenia al que se había desplazado huyendo del conflicto de su país, incidió en esta misma línea, al estimar el recurso en el sentido de ordenar que la petición de asilo fuera admitida a trámite y estudiada por la Administración, señalando que

*"basta la lectura del relato expuesto en la petición de asilo, ampliado en la ulterior petición de reexamen, para constatar que aquélla describió una situación de grave y continuada persecución por razón de sexo, (encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales)*

Otra sentencia cercana en el tiempo, de 7 de julio de 2005 (RC 2107/2002), aun cuando, valorando las circunstancias del caso, desestimó el recurso promovido por la solicitante, sentó una doctrina general sobre la inabundancia de la persecución por razón de género entre las causas de asilo, en la que luego profundizarían las resoluciones posteriores de la Sala:

*"aun admitiendo que la mujer en numerosos países no haya podido alcanzar un nivel de equiparación en sus derechos cívicos y sociales respecto de los hombres, el solo hecho de ser mujer, sin más consideraciones, no puede dar lugar a la concesión del asilo salvo que se asocie a una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica en el país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos o le impida continuar su vida en ese país. La recurrente ni siquiera expuso en su solicitud de asilo encontrarse en ese caso; sin que pueda admitirse como "hecho notorio" que las mujeres de Camerún, como tal colectivo, tan solo por el hecho de ser mujeres, o por ser mujeres y divorciadas, estén institucionalmente discriminadas o desprotegidas en términos tales que se vean obligadas a abandonar su país y solicitar asilo en terceros Estados";*

pronunciándose en términos similares la sentencia de 8 de septiembre de 2005 –RC 3428/2002–, recaída en relación con un caso prácticamente idéntico al examinado en el RC 1836/2002:

*"En efecto, basta la lectura del relato expuesto sucesivamente en la solicitud de asilo y en la ulterior petición de reexamen para constatar que ya al pedir la concesión del asilo indicó expresamente que en los campos de refugiados donde subsistía, las mujeres eran atacadas y no había seguridad. Más adelante, al pedir el reexamen de la resolución de inadmisión a trámite, relató los horrores de la muerte en su presencia de tres de sus hijos, de 14, 15 y 17 años, alegó que en el campo donde se refugió al huir de Somalia, los soldados keniatas violaban a las mujeres, y a ella misma, aunque no la llegaron a agredir sexualmente por ser mayor, la pegaban por intentar defender a las jóvenes, a quienes decían que no tenían derechos y "no eran nadie". Así las cosas, se vio obligada a huir hacia otro campo de refugiados donde las condiciones de salubridad eran pésimas, con muchas personas enfermas de malaria y tifus, por lo que decidió abandonarlo y pedir asilo. En su demanda llegó aún más lejos, y adujo que había sido violada en diversas ocasiones, no habiendo declarado este extremo ante el instructor del expediente por la vergüenza que le daba relatarlo ante un traductor que era hombre y más joven que ella. De este relato fluye con evidencia que la solicitante del derecho de asilo, en contra de lo que afirma la Administración, adujo, para impetrar ese derecho, una causa prevista en los aludidos instrumentos internacionales ratificados por España para que se le reconozca la condición de refugiada, expuesta en términos suficientes para que, al menos, se tramite su solicitud, pues del tenor de su relato se desprende que su huida vino dada por la necesidad de escapar de un campo de refugiados donde –según expone– las mujeres –y ella misma– eran objeto de malos tratos y vejaciones graves y constantes.*

A lo largo de los años posteriores se fueron dando más pasos en la apertura de este cauce de protección. La sentencia de 28 de febrero de 2006 –RC 735/2003– estudió el caso de una solicitante de asilo nigeriana que



decía haber huido de su país por las presiones y amenazas para contraer un matrimonio indeseado. Una vez más, la Sala estimó el recurso en el sentido de ordenar la admisión a trámite de la solicitud, señalando que

**"basta repasar el relato de la solicitante de asilo para constatar que en él se expuso una persecución por razón de sexo, plasmada en hostigamiento y amenazas de un hombre que pretendía obligarla a casarse con él, que en principio reviste carácter protegible (por resultar encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales). Ciertamente es que la recurrente no denunció los hechos ante las Autoridades y Fuerzas de Seguridad de Nigeria, pero ella misma aclara que lo hizo por miedo a las consecuencias que la denuncia pudiera tener para ella misma y para sus padres, siendo esta una alegación que no cabe descartar apriorísticamente como inservible o inverosímil; más aún visto que un informe del ACNUR obrante en las actuaciones -del que podemos hacer uso en esta sentencia conforme a la posibilidad prevista en el artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción- señala expresamente que "según la ONG Human Rights Watch los derechos de las mujeres se violan de un modo rutinario. El Código Penal establece explícitamente que la violencia ejercida por un hombre dentro del matrimonio no son ofensas si están permitidos por la costumbre o no se infringen daños corporales graves. Los matrimonios infantiles continúan siendo algo común sobre todo en el norte de Nigeria. Las mujeres no poseen derechos en derecho hereditario de las propiedades y se estima que el 60% de las mujeres nigerianas son sometidas a mutilación genital en todo el país."**

Por su parte, la sentencia de 15 de febrero de 2007 (RC 99036/2003) concluyó que un relato de persecución en que se expresaba una situación de discriminación y postergación laboral por ser la solicitante una mujer soltera y madre de dos hijos, pudiera ser constitutivo de una persecución protegible, por lo que ordenó que la solicitud se admitiera a trámite y se estudiara por la administración:

*"Afirma la interesada que por el hecho de ser mujer soltera y madre de dos hijos ha sufrido en su país de origen discriminación social y postergación laboral, hasta el punto de que pese a haber denun-*

*ciado su situación ante los Poderes públicos de su país, las denuncias no han servido de nada, y se ve abocada a una situación de desempleo continuado y prolongado que le hace imposible procurar su subsistencia y la de sus hijos. A la vista de este relato, pudiéramos hallarnos ante una persecución por razón de género, incardinable entre las persecuciones sociales a que se refiere el artículo 3 de la Ley 5/1984, por lo que no resulta de aplicación la causa de inadmisión a trámite contemplada en la letra b) del artículo 5.6 de dicha Ley"*

Y la sentencia de 31 de enero de 2008 (RC 4773/2004), de nuevo referida a una solicitud de asilo motivada en la huida frente a la persecución por negarse la solicitante a contraer un matrimonio no deseado, sistematizó esa doctrina jurisprudencial que se había afianzado a lo largo de los años anteriores, al decir que

*"Esta Sala Tercera ya ha tenido ocasión de declarar en distintas ocasiones que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo (SSTS de 7 de julio de 2005, RC 2107/2002), que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales (SSTS de 31 de mayo de 2005 -RC 1836/2002-, 9 de septiembre de 2005 -RC 3428/2002- y 10 de noviembre de 2005 -RC 3930/2002), y más concretamente, que una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entre esas persecuciones sociales (SSTS de 28 de febrero de 2006 -RC 735/2003-, 6 de octubre de 2006 -RC 6597/2003-, y 15 de febrero de 2007 -RC 9300/2003-)"*

Sin embargo, otra sentencia de la misma época, de 4 de julio de 2008 -RC 2005/2005-, aun situada en la misma perspectiva de estudio del caso, desestimó el recurso interpuesto por una mujer que decía provenir de Nigeria y haber huido de su país por temor a sufrir la mutilación genital femenina. Fue una valoración casuística de los hechos concurrentes la que llevó al Tribunal Supremo a rechazar la pretensión de la actora:

*"En definitiva, la actora se limita a decir que procede de Nigeria y que la quisieron someter a una*



*práctica, la de la ablación del clítoris, frente a la que las mujeres de Nigeria están desprotegidas, pero no estando acreditada esa nacionalidad, y siendo su relato impreciso y contradictorio, además de carente de la menor prueba (ni siquiera indiciaria) que lo respalde, es claro que el recurso no puede prosperar, pues aun cuando el "temor a ser perseguido" es, sí, un criterio básico para la concesión de asilo, no es menos cierto que ese elemento subjetivo no es suficiente si no va acompañado de datos objetivos que puedan explicar la existencia del temor. Siendo, pues, el temor una realidad puramente subjetiva, y, por lo tanto, de difícil demostración, el problema se traslada al ámbito objetivo de los hechos en que aquél tiene su origen, y esos hechos son los que no han quedado mínimamente acreditados en este caso".*

Quedaba, así, evidenciado una vez más que la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la incardinación en el asilo de la persecución por razón de género no se afirmaba en ningún caso de forma general y acrítica, sino que se vinculaba en todo caso a la contemplación de cada litigio y de sus concretas circunstancias.

La sentencia de 11 de mayo de 2009 (RC 3155/2006), llegó más lejos que las anteriores, pues si, hasta entonces, a lo más que la Sala había llegado era a ordenar a la Administración que admitiera a trámite y estudiara las peticiones de asilo en que se alegaba una persecución por razón de género, esta sentencia, por primera vez, reconoció directamente el derecho al asilo en España de la recurrente, al considerar debidamente acreditado (con el carácter indiciario que resulta suficiente a estos efectos según jurisprudencia constante) que había huido de su país frente a un contexto familiar y social en el que se le había obligado a someterse a la ablación genital como paso previo para un matrimonio no deseado

### **III. En particular, la violencia doméstica por malos tratos en el hogar familiar como causa de asilo. Las sentencias de 15 de junio y 19 de septiembre de 2011.**

Una reciente sentencia de 15 de junio de 2011 –RC 1789/2009– ha avanzado aun más sobre las anteriores, al desestimar el recurso de casación promovido por la

Administración del Estado contra una sentencia de la Audiencia Nacional que reconoció el derecho de asilo a una mujer que había sufrido en su país de origen – Argelia– malos tratos graves y reiterados por parte de su cónyuge. Por primera vez, la Sala afirmó el derecho al asilo por la llamada "violencia doméstica" en sentido estricto, es decir, por los malos tratos infringidos a la mujer en el seno de su hogar y por su marido, con unas consideraciones que merecen ser examinadas de forma detenida.

Así, esta sentencia de 15 de junio de 2011, después de transcribir la cuidada fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, recoge el marco normativo y jurisprudencial aplicable, y luego lo proyecta sobre el caso, en términos que por su claridad y precisión conviene transcribir:

*"[...] como acertadamente advierte la Sala de instancia, el legislador español ha manifestado su designio inequívoco de incluir en los supuestos de persecución a que alude el artículo 3.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, «a las mujeres extranjeras que huyen de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género», al introducir en la disposición adicional vigésima novena de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, una disposición adicional tercera a la referida Ley 5/1984, con el siguiente tenor: «Se añade una nueva disposición adicional tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, en los siguientes términos: «Disposición adicional tercera. Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género».».*

*De este modo, la regulación legal del derecho de asilo, a que se refiere el artículo 13.4 de la Constitución, en desarrollo de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 9.2, 10.1, 14 y 15 de la Constitución, se integra con el reconocimiento del derecho de asilo respecto de ciudadanas de otros países que sufren persecución por razón de género, con la finalidad de proyectar en éste ám-*

bito el valor esencial de la dignidad humana y los principios jurídicos de igualdad de mujeres y hombres y de protección del derecho de la mujer a desarrollar libremente su personalidad, que proscribe toda clase de tratos inhumanos o degradantes procedentes de los poderes públicos o de particulares.

Asimismo, estimamos que la decisión de la Sala de instancia es acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que ha estimado en las sentencias de 15 de febrero de 2007 (RC 9036/2003) y de 11 de mayo de 2009 (RC 3155/2006), que en aquellos supuestos en que se acredite la existencia de «indicios suficientes», según las circunstancias de cada caso, de que una mujer sufre persecución por su pertenencia al género femenino, que le ha supuesto la imposición de prácticas contrarias a la dignidad humana, como el matrimonio forzoso o la mutilación de un órgano genital, y que el régimen legal del país de origen no ofrece una protección jurídica eficaz, procede la concesión del derecho de asilo a la luz de lo dispuesto en los artículos 3 y 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

[...] Por ello, la tesis argumental que postula el Abogado del Estado en la formulación del motivo de casación, de que el criterio de la Sala de instancia supone una aplicación indebida del artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, en la medida en que «entiende que todas las mujeres maltratadas tienen derecho de asilo en España», al no contemplarse este supuesto como pertenencia a un grupo social en las fuentes aplicables del Derecho internacional, no puede ser compartida, pues la persecución por motivos de género resulta incardinable en las persecuciones sociales, en referencia a la «pertenencia a un grupo social», a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y merece protección al amparo, de esta disposición, cuando se evidencia que la tutela dispensada por las autoridades nacionales del país de origen se revela inútil o ilusoria, de modo que se perpetúa la situación de padecimiento.

En este contexto normativo, la reforma de la Ley española de asilo, introducida por la Ley Orgánica

3/2007, permite identificar como sujetos protegibles a aquellas personas pertenecientes al género femenino que sufren violaciones de sus derechos humanos inderogables, y, concretamente, a aquellas que padecen una grave discriminación en su país de origen, derivada del reconocimiento de un estatuto legal de subordinación, contrario al principio de igualdad de mujeres y hombres, y que no gozan de protección jurídica eficaz frente a actos graves de violencia sexual o de violencia doméstica, atentatorios contra la dignidad y la integridad física y moral.

De acuerdo con lo expuesto, compartimos el criterio de la Sala de instancia, que, con base en una interpretación de la legislación española de asilo, sostiene que es procedente la concesión del derecho de asilo a Doña..., nacional de Argelia, porque, una vez que se ha acreditado que fue forzada a casarse con su esposo, por un acuerdo familiar, y ha sido objeto de continuas agresiones y vejaciones caracterizables de continuos malos tratos físicos y psíquicos, que ha repercutido en los hijos, víctimas también de malos tratos, lo que no es controvertido por la Administración, y, teniendo en cuenta que las autoridades del país de origen, en este supuesto, no les han dispensado tutela jurídica ante las denuncias formuladas, se revela la necesidad de protegerla de forma efectiva del fundado temor y el riesgo real de continuar padeciendo tratos degradantes, no siendo por ello suficiente, en estos términos, la decisión del Ministerio del Interior de autorizar la permanencia en España por razones humanitarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

En este sentido, cabe consignar que la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar de 21 de diciembre de 2003, destaca que los Estados tienen la obligación de actuar con la diligencia debida para impedir, investigar y castigar a los autores de actos de violencia contra la mujer en el hogar y dar protección a las víctimas, y subraya también que no hacerlo constituye una violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales, e impide total o parcialmente el disfrute de esos derechos y libertades.

*Asimismo, cabe referir que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en la Guía de Protección de las Mujeres Refugiadas, promulgada en 1991, sostiene que las mujeres que temen ser perseguidas o sufrir discriminación debido a su sexo deben ser consideradas como miembros de un grupo social a los efectos de determinar el estatuto de persona, y promueve la aceptación del concepto de "que la violencia sexual contra la mujer es una forma de persecución", y el reconocimiento de que "puede existir una base para conceder el estatuto de persona refugiada cuando un gobierno no pueda o no quiera proteger a las mujeres que son objeto de malos tratos por transgredir normas sociales".*

*Y por ello, cabe entender, de acuerdo con el Comité Ejecutivo de ACNUR, que los individuos que ven negado el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como consecuencia de los motivos enunciados en la Convención de 1951 y esta negación de sus derechos les genera un daño grave en donde la vida diaria se convierte intolerable puedan solicitar el estatuto de persona refugiada.*

Cuando se publicó esta sentencia, se suscitó un fuerte debate social sobre el alcance y trascendencia del derecho así reconocido, y así, mientras que la opinión mayoritaria se congratuló por el avance que significa la extensión de la protección internacional a las mujeres víctimas de esta clase de violencia, no faltaron quienes manifestaron su temor a un uso fraudulento de este cauce mediante peticiones de asilo basadas en una violencia doméstica simulada o realmente inexistente, que pudiera dar lugar a un desbordamiento de la capacidad de acogida de España. Lo cierto es, sin embargo, que esos temores carecen de justificación y sólo se explican desde el desconocimiento de la jurisprudencia que aquí se ha reseñado, que, lejos de abrir la puerta de forma indiscriminada a cualesquiera casos en que se invoque la persecución por violencia doméstica, ha efectuado siempre un examen pormenorizado de cada solicitud de asilo y ha requerido, para dar lugar al reconocimiento del derecho a obtener esta protección, la concurrencia de tres requisitos: *primero*, que el relato de persecución aportado por la solicitante sea detallado y coherente, en sí mismo y con la situación del país de procedencia; *segundo*, que se aporte prueba al menos indiciaria sufi-

ciente de la veracidad de ese relato; y *tercero*, que la información sobre el país de origen corrobore lo expuesto por la solicitante de asilo, de manera que pueda llegarse a la conclusión de que, ciertamente, la solicitante, en sus circunstancias personales, no pudo obtener protección de las autoridades del mismo.

Que esto es así, esto es, que las decisiones jurisprudenciales sobre el reconocimiento del asilo en estos casos siempre parten de la base de una apreciación singularizada y casuística de cada solicitud, se pone de manifiesto en otra reciente sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 19 de septiembre de 2011 (RC 4293/2010), también referida a una solicitante de asilo proveniente de Argelia que invocó como motivo de su solicitud una situación de malos tratos continuados por parte de su cónyuge. Esta sentencia, tras repasar de forma minuciosa las circunstancias específicas del caso, y recordar la doctrina jurisprudencial sobre la posibilidad de caracterizar estos malos tratos como una persecución protegible, matiza, no obstante, que

*"estas declaraciones generales tienen que ser puestas en relación con las concretas circunstancias de cada litigio, dado que en una materia tan casuística como esta del asilo lo que procede en definitiva es determinar si efectivamente la mujer solicitante de asilo ha sufrido o no una situación de violencia doméstica en su país de origen de suficiente gravedad como para plantear la protección internacional; si ha obtenido o no una protección eficaz por parte de las autoridades de dicho país, o si por cualquier razón fuera imposible, inútil o ilusorio confiar en obtener tal protección. Para responder a estos interrogantes se hace ineludible, por tanto, una valoración pormenorizada y singular de cada caso";*

y situada en esta perspectiva casuística de análisis del litigio, concluye la Sala que

*"de los datos obrantes en el expediente y en autos, que la sentencia recoge, se desprende que aun cuando la recurrente sufrió de forma continuada graves actos de violencia por parte de su entonces marido, no es menos cierto que, habiendo denunciado los hechos, el marido fue condenado en vía penal por las agresiones a su mujer, tras lo cual ésta obtuvo una sentencia de divorcio no-*

*toriamente favorable a sus intereses (entendida esta apreciación en el peculiar contexto social de Argelia). Por tanto, en este concreto caso no puede decirse que la recurrente hubiera quedado desprotegida frente a la violencia de su marido" [...] En definitiva, como señala el Tribunal de instancia, la recurrente obtuvo protección adecuada de las autoridades de su país frente a los ataques de su marido, y tras ser éste condenado por tales hechos, no hay ninguna prueba sólida de que la recurrente continuara siendo amenazada y acosada por aquél ni de que fuera imposible o inútil confiar en una protección por parte de las mismas autoridades frente a esos hipotéticos actos de hostigamiento, ni de que por esta razón se encontrara en una situación de grave desprotección. Desde esta perspectiva, acertó la Sala de instancia al concluir que no procedía la concesión del asilo ni la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, al no existir una verdadera persecución protegible ni haber razones para apreciar la posibilidad contemplada en el artículo 17.2 de la ley de Asilo 5/1984, visto que, como hemos dicho, la interesada ha obtenido en su propio país una protección razonable, que excluye la aplicación del precepto citado.*

Debiéndose advertir, con todo, que la decisión de la Sala no fue unánime, pues se formuló un voto particular por dos Magistrados de la Sección, quienes entendieron que aun cuando la protección otorgada a la recurrente en su país tenía suficiente nivel como para determinar la denegación del asilo, aun así, existían razones suficientes para autorizar la permanencia en España de la recurrente y su hija por razones humanitarias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984 en relación con el artículo 31.4 de su reglamento de aplicación aprobado por Real Decreto 203/1995.

Finalmente, cabe citar otra reciente sentencia, de 31 de mayo de 2011 (RC 5784/2008), que resolvió el recurso de una mujer que decía pedir protección frente a una red de delincuentes que la había traído a España e introducido por la fuerza en el mundo de la prostitución. Habiéndosele denegado el asilo, se le concedió sin embargo la permanencia en España por razones humanitarias, y la recurrente acudió a la vía jurisdiccional en petición de reconocimiento del derecho a la concesión del asilo, insistiendo en la persecución que decía sufrir

por su negativa a trabajar en esa red de prostitución. No obstante, la Sala desestimó el recurso precisamente por no estar debidamente acreditado, ni siquiera de forma indiciaria, que efectivamente hubiera sufrido una persecución por tales razones.

## IV. Conclusión

En definitiva, este apresurado recorrido por la más reciente jurisprudencia sobre la protección de la mujer en sede del derecho de asilo constituye un ejemplo de la sensibilidad casuística y el rigor con que se analizan estos casos, y lo infundado de los temores manifestados por quienes de forma apresurada, y sin conocer realmente el verdadero sentido de la jurisprudencia, han apercibido sobre un posible desbordamiento de la capacidad de asistencia y protección por parte del Estado español.

De cualquier modo, lejos de manifestar recelos, deberíamos felicitarnos por el hecho de que el marco normativo y jurisprudencial de la protección de las mujeres en España, frente a una situación tan intolerable para la dignidad humana como es la llamada "violencia de género", haya adquirido uno de los niveles más elevados de la comunidad internacional.

**SALA 4.ª**

### **EL CONTROL DEL EMPRESARIO SOBRE LA APARIENCIA FÍSICA DEL TRABAJADOR: UNIFORMES DE TRABAJO. A PROPÓSITO DE LA STS 4.ª DE 19 DE ABRIL DE 2011 (R. Casación Ordinaria 16/2009)**

**Juan Manuel San Cristóbal Villanueva**  
*Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El supuesto de hecho. 3. El control del empresario sobre la apariencia física: 3.1. Planteamiento de la cuestión. 3.2. Supuestos



posibles. 3.3. La posición del TS en un caso precedente: la STS 23 de enero de 2001 (R. 1851/2000). 3.4. La doctrina en la STS de 19/04/2011: ¿un cambio de criterio?

## 1. Introducción

La Sala Cuarta del TS ha dictado una interesantísima sentencia (STS 19/04/2011, R. Casación Ordinaria 16/2009) al respecto de las facultades de control que el empleador tiene sobre sus trabajadores en lo atinente al aspecto físico cuando están prestando servicios, en particular, sobre si se tiene o no la obligación de vestir un determinado uniforme que, por sus características, pudiera ser cuestionado desde la perspectiva de la no discriminación por razón de sexo.

Dicho pronunciamiento configura la segunda vez que el TS debe resolver sobre tan compleja cuestión, siendo el precedente la STS de 23 de enero de 2000 (R. 1851/2000), en la que se resolvía sobre la obligación de las azafatas del AVE de llevar falda, y pareciera que en la sentencia que vamos a comentar se ha producido un ligero cambio de criterio.

## 2. El supuesto de hecho

Una empresa dedicada al sector de la sanidad y que explota varios hospitales tiene establecido como práctica empresarial el asignar a la categoría profesional de enfermera y auxiliar de enfermería que prestan servicios en planta y consultas externas una concreta ropa de trabajo, que consiste en falda, delantal, cofia y medias, como prendas obligatorias, sin posibilidad de opción por el pijama sanitario (compuesto por dos piezas : pantalón y chaqueta), pijama que usan no sólo el personal masculino, sino también el femenino que no presta servicios en la misma categoría o en los mismos departamentos. Es de relevancia resaltar los siguientes hechos declarados probados: 1) la citada ropa que hoy se cuestiona lleva usándose por lo menos 15 años sin queja o denuncia alguna hasta el momento, 2) Dicha ropa no presenta diferencias respecto del pijama sanitario en lo que toca a higiene y seguridad en el trabajo, ni tampoco desde el punto de vista ergonómico (dificultad para moverse, comodidad, manipulación de carga o posiciones posturales), siendo el largo de la falda por debajo de la rótula.

El sindicato CCOO formuló demanda de conflicto colectivo ante el TSJ de Andalucía (Sala de Málaga) postulando la inconstitucionalidad de la citada práctica, por atentar al principio de no discriminación y al de la propia imagen e intimidad, y el TSJ en S. de 27/11/2008<sup>6</sup> desestimó la demanda por entender que la obligación que impone el art. 5. a) del ET sobre el cumplimiento de las obligaciones concretas del puesto de trabajo, entre ellas la derivada de la uniformidad, es una facultad de regulación que está dentro de las facultades de dirección empresarial a que se refiere el art. 20 del ET, sin que se considere que ello atenta al principio de no discriminación por entender que el "uso de la citada vestimenta no responde a un problema sexista o de aprovechamiento singular del sexo en beneficio de la empresa y detrimento de las mujeres sino a consideraciones organizativas empresariales (...) con el fin de dar a la clientela una buena imagen de empresa a través de una adecuada uniformidad en el vestir"; y así mismo tampoco se considera que exista infracción del art. 18.1 de la CE en relación con los derechos fundamentales al honor y la intimidad personal, ya que el uso de una falda por debajo de la rodilla limitado al ámbito exclusivo de su actividad laboral no vulnera los citados preceptos.

Interpuesto recurso por la Federación de Sanidad del citado Sindicato, el TS –tras rechazar las alegaciones de falta de legitimación para recurrir y de incongruencia de la sentencia recurrida así como las modificaciones fácticas pretendidas– estima el mismo, al considerar que, aunque en principio la iniciativa empresarial consistente en exigir un determinado uniforme en la prestación de servicios se encuentra dentro de las facultades de su poder de dirección, existe un límite, cual es la existencia de trato distinto según si se trata de mujeres u hombres, concluyendo que aun siendo un uniforme el exigido que es totalmente digno –lo que justificaría que pudieran llevarlo las trabajadoras que personalmente opten por él–, sin embargo resulta discriminatorio en tanto responde a un cierto componente tradicional o antiguo, que se vincula con una posición no equilibrada de la mujer en relación con la de los hombres.

<sup>6</sup> La citada sentencia del TSJ tuvo cierto eco doctrinal, dado lo interesante del asunto, y varios artículos doctrinales hicieron un análisis crítico de la misma, como por ejemplo Ivan Antonio Rodríguez Cardo en "Reglas de uniformidad diferentes en función del sexo : de faldas pantalones y otras prendas de vestir" en Aranzadi Social 2/2009 ( Presentación ), o Pablo Aramendi Sánchez en "Con falda... ¿se trabaja mejor?", en Aranzadi Social 18/2008.



### 3. El control del empresario sobre la apariencia física

#### 3.1 Planteamiento de la cuestión

Cabría pensar que, en principio, el trabajador como cualquier otra persona, puede decidir libremente cada día antes de ir a trabajar qué ropa ponerse, qué estilo de pelo llevar, si se maquilla más o menos y de qué forma, o si adorna alguna parte de su anatomía con tatuajes, pendientes o *piercings*. El sentido común pone sobre aviso de que como en todas las facetas de la vida, habría unos límites que imponen un cierto y mínimo decoro en la higiene personal, y en el aspecto físico, pero fuera de ahí parece que en principio cualquier persona está facultada para decidir sobre todos esos aspectos.

Es lo que podríamos llamar la "libertad estética"<sup>7</sup>, que desde luego, no tiene reconocimiento constitucional, pero parece indudable que forma parte de algunos aspectos de otros derechos fundamentales clásicos, como podrían ser el derecho a la dignidad personal (art. 10.1 CE), y el derecho a la intimidad y la propia imagen (art. 18 CE).

Sin embargo, parece comúnmente aceptado que el empresario, en determinadas situaciones puede condicionar qué aspecto físico debe ofrecer el trabajador que tiene contratado, ya imponiendo un determinado uniforme, o simplemente fijando unas pautas en dicho aspecto físico<sup>8</sup>. Lo que parece claro es que esas decisiones empresariales afectantes al aspecto físico deberán superar el llamado "juicio constitucional de proporcionalidad" para ser aceptables como respetuosas de los derechos fundamentales comprometidos, y desde luego, no podrían esconder tratamiento discriminatorio alguno, en particular, siendo como es un tema el de la apariencia física tan vinculado al género, por razón de sexo.

<sup>7</sup> En este sentido Ivan Antonio Rodríguez Cardo en op. Cit., pág. 1.

<sup>8</sup> Recientemente se publicó en los diarios digitales que una conocida cadena de supermercados a nivel nacional había incluido el maquillaje entre las obligaciones de sus cajeras, para que éstas lucieran un aspecto elegante y cuidado. Al parecer se precisaba que el maquillaje debiera ser "ligero, sin pasarse con las sombras ni el color", ya que en opinión de la empresa "en el comercio, de cara al público, hay que tener un buen aspecto". Para los empleados varones esa misma cadena había decidido que debían mostrar un aspecto atractivo, para lo cual no podrían lucir barba de dos o más días, y en el caso de tener barba ésta debía estar bien cuidada. Ni hombres ni mujeres podrían llevar *piercings* ni tatuajes. ( así en [www.libertaddigital.com](http://www.libertaddigital.com) de 27/06/2011)

En principio, podría afirmarse que el derecho fundamental comprometido por este tipo de decisiones es el derecho a la dignidad y el derecho fundamental a la intimidad, no tanto –en sentido estricto– el derecho a la propia imagen<sup>9</sup>, en la medida en que, en palabras del TC, dicho derecho tiene un alcance que se ciñe a la representación pública de la imagen personal, esto es a la captación de la imagen y su publicación posterior. En palabras de la STC 23/2010 – R. Amparo 4239/2006– "En diversas ocasiones hemos definido el derecho a la imagen como derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde ( SSTC 81/2001, de 26 de marzo [ RTC 2001\81] , F. 2; 139/2001, de 18 de junio [ RTC 2001\139] , F. 4; 83/2002, de 22 de abril [ RTC 2002\83] , F. 4; 14/2003, de 28 de enero [ RTC 2003\14] , F. 5 y ATC 176/2007, de 1 de marzo [ RTC 2007\176 AUTO] , F. 2). Sin embargo, por razones teleológicas, la garantía constitucional de esta facultad de disposición ha de entenderse «ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas» (STC 81/2001, de 26 de marzo, F. 2)."

Sea como fuere, no podemos olvidar que el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18. 1. CE., se configura como un derecho vinculado a la propia personalidad, derivando sin duda de la dignidad de la persona que consagra el art. 10. 1 C.E., y ello implica que "existe un ámbito propio y reservado frente a la acción y reconocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana" (SSTC 170/ 97 de 14 de octubre, y 202/99 de 8 de Noviembre, entre otras) y por ende, este derecho a la intimidad es aplicable a las relaciones laborales (STC 98/2000 de 10 de abril). No obstante, como ningún derecho fundamental es absoluto, puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes siempre que el recorte que haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo, y en todo caso, que sea respetuoso con el contenido esencial del derecho

<sup>9</sup> En sentido contrario Pablo Aramendi Sánchez, op.cit, siendo cierto que el derecho a la propia imagen abarca hoy algo más que el derecho a limitar el uso de las imágenes captadas por otro, para alcanzar el derecho a la elección del propio atuendo y apariencia física.

(SSTC 57/94 y 143/94). Teniendo ello presente, podríamos afirmar que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (art. 20 ET.), le atribuye la facultad de adoptar medidas sobre el aspecto o apariencia física de los trabajadores que tiene contratados pero esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto de la dignidad del trabajador.

Y el control jurisdiccional para determinar si una determinada medida empresarial que afecta al aspecto físico de sus empleados ha sido adoptada con violación de un derecho fundamental debe partir del análisis de lo que el TC llama el "Juicio de Proporcionalidad"<sup>10</sup>: la medida adoptada para su obtención debe ser idónea (juicio de idoneidad), esto es debe ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto, debe ser necesaria (Juicio de necesidad) es decir, que no exista otra media más moderada para obtener igual objetivo con idéntica eficacia, y finalmente la medida debe ser ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad estricto).

No obstante lo anterior, y como señala algún autor, las fronteras en este terreno siguen siendo difusas<sup>11</sup>. Del repaso de los diversos pronunciamientos de los diversos TSJ y de los escasos del TS podríamos establecer las siguientes reglas:

1. Aunque el trabajador es en principio libre para decidir la apariencia física que desea mostrar en el puesto de trabajo, no puede negarse que el empresario tiene entre sus facultades de control (art. 20 ET) la de determinar los límites de esa apariencia, incluso obligando a vestir uniforme.

<sup>10</sup> Como tuve oportunidad de recordar en otro trabajo ("*El control del ordenador por parte del Empresario: la consolidación del criterio doctrinal iniciado por el TS. A propósito de la STS 8 de marzo de 2011 - R. 1826/2010*", en Revista Poder Judicial nº 90) la doctrina ha destacado también cómo el TC utiliza a veces una segunda modalidad del canon de proporcionalidad, que es el criterio de la ponderación, donde se prescinde del test de adecuación e imprescindibilidad: para ello se comprueba que se esté en el ejercicio de un derecho fundamental, no en un abuso del mismo, en segundo lugar se constata la magnitud del conflicto y los efectos que produce en los derechos de los afectados, y finalmente se establece un canon de prevalencia condicionada: un criterio aplicable en exclusiva al caso concreto. Igualmente otro método argumental utilizado por el TC en estos casos es el conocido como de "concordancia práctica", donde los criterios son los de acomodación razonable de derechos y el criterio del gravamen excesivo.

<sup>11</sup> A. Rodríguez Cardo en "Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador", CES del Principado de Asturias, Oviedo 2009, pág. 55 y ss.

2. Para que esa decisión pueda ser considerada lesiva del derecho fundamental a la intimidad, a la propia imagen o a la dignidad del trabajador es preciso que la medida no fuera necesaria (esto es no responda a un legítimo interés empresarial mejor que cualquier otra medida), o que no sea idónea (no se ajusta al fin para el que ha sido concebida o no es la menos lesiva posible de esa libertad individual) o que no fuera proporcionada en sentido estricto (esto es, que no fuera una medida ponderada o equilibrada entre los intereses en juego).

3. Así pues, se admite con naturalidad la decisión empresarial de vestir uniforme o modular la apariencia física del trabajador (peinados, ropa, tatuajes,) cuando el trabajo se realiza de cara al público y el empresario pretende ofrecer una imagen diferenciada de los clientes –vgr. en grandes almacenes– para que éstos puedan localizarlos o para diferenciarse de la competencia, o para ofrecer una imagen de marca en parámetros de elegancia, higiene, etc. o cuando las exigencias de seguridad lo aconsejan o hacen imprescindible.

4. Eso sí, la medida empresarial que modula, matiza o altera la apariencia física que el trabajador ofrece en el puesto de trabajo no puede ser –por más que responda a las anteriores exigencias– discriminatoria (en particular por razón de sexo) o atentatoria a la dignidad del trabajador. A este respecto debe reconocerse que no había hasta hoy grandes dificultades para aceptar las diferencias en las exigencias externas de apariencia física y de uniformidad entre trabajadores y trabajadoras<sup>12</sup>, partiendo de la base de que, vgr., de ordinario determinadas prendas y adornos estéticos siguen siendo predominantemente –cuando no exclusivamente– usadas por el género femenino (faldas o maquillaje y máscara de ojos y labios). Ahora bien que los trabajadores masculinos no usen falda no significaría que la imposición de la falda a las trabajadoras no pudiera ser

<sup>12</sup> A. Arias Domínguez y F. Rubio Sánchez en "*El Derecho de los trabajadores a la intimidad*", Thomson Aranzadi. Pamplona 2006, pág. 61 y ss; González de Biedma en "*La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema*" en M.E. Casas Baamonde, F. Durán López y J. Cruz Villalón "*Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*", La ley, Madrid, 2006, pág. 686 y ss; Ballester Pastor en "*Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral*", Tribuna Social, núm. 169, 2005, pág. 29; A. Pedrajas Moreno y T. Sala Franco en "*La indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo (miscelánea jurisprudencial)*", A. Laboral num. 12, 2008 pág. 1456 y ss.

una medida discriminatoria si, por las características de ésta, pudiéramos percibir un trato discriminatorio por su condición de mujer.

### 3.2 Supuestos posibles

Si hacemos repaso por la doctrina de los TSJ encontraremos una riqueza inaudita de supuestos, que años antes ya se habían producido en los ordenamientos jurídicos anglosajones<sup>13</sup>. Así, uno de los primeros casos tuvo lugar en 1980 en EEUU (EEOC vs. Sabio Realty Corp.) en un supuesto en el que la empleada estaba obligada a usar una vestimenta o uniforme sexualmente revelador y provocativo, resolviendo el tribunal que el requisito de uniforme no tenía ninguna relación con los deberes de su trabajo, y que era una condición onerosa e irracional impuesta sobre ella, lo que constituía una discriminación sexual. Las medidas de seguridad han justificado en los tribunales americanos la adopción de ropas diferentes entre mujeres y hombres bomberos, cuando a éstas se les exigía utilizar la misma que a aquéllos, que no se les adaptaba bien por las lógicas diferencias de tamaño, lo que ponía en riesgo su seguridad (así caso *Wedow v. Kansas City* – 8º Cir., 2006). Otras veces han sido razones de tolerancia de diversos estándares de apariencia entre hombres y mujeres, como por ejemplo la obligación de una trabajadora de un Casino de llevar maquillaje y un estilo concreto de pelo, medida empresarial respaldada por el tribunal dado que pueden admitirse exigencias distintas entre hombres y mujeres siempre y cuando las "cargas" de cada género fueran relativamente iguales (en el caso, a los hombres, que obviamente no se les exigía maquillarse, sí se les pedía acudir con pelo corto, bien peinado sin vello facial, y uñas cortas, -*Jesperson v. Harrah Operating Co* (9th Cir., 2004)). Cuando en la vestimenta concurren razones religiosas los tribunales americanos han reconocido que concurre más peso en la decisión del trabajador y en ocasiones ello puede alterar el código de vestimenta de un empleador. Al respecto de la joyería religiosa (llevar una cruz colgada en el pecho), se ha resuelto que el empleado puede llevarla pues es admisible cierto grado de expresión de la religión en el trabajo, siempre y cuando no se esté usando para interferir con los demás y no se esté participando en la "promoción" de la religión en el lugar de trabajo (*Draper v. Logan County* ( Kentucky

WD, 2003)). Finalmente, los tribunales americanos suelen respaldar la imagen de empresa como elemento que justifica la adopción de medidas sobre la apariencia física del trabajador, como ocurrió en el caso *SAM'S Club, Inc. v. Madison EOC* (Winconsin Ct. AOL, 2003) en el que el tribunal resolvió que el deseo del empresario de tener una imagen en particular puede constituir un "objetivo comercial razonable" que le permita establecer un código de vestimenta particular, incluida la prohibición de "joyería facial", o en el caso *In re hotel Bancroft* (2004) en el que el tribunal aceptó la decisión empresarial de un hotel de prohibir -en base a su política empresarial de imagen profesional- a los empleados que trabajan en el vestíbulo, el uso de vaqueros, zapatillas y camisetas o sudaderas.

En nuestro país los diversos TSJ han abordado los supuestos más variados<sup>14</sup> al respecto de los conflictos entre el poder de control del empresario y la apariencia física del trabajador, casi siempre efectuando su análisis desde la perspectiva inaugurada por la STC 170/1987 de 30 de octubre, conocida sentencia que denegó el amparo al trabajador empleado de hostelería con categoría de primer barman que se negó reiteradamente a rasurarse la barba, argumentando el Tribunal que "no es la decisión personal sobre su apariencia física lo que se discute en este proceso, sino si esta decisión puede o no limitarse en virtud de las relaciones laborales en que desarrolla su actividad profesional", destacando que "el punto crucial del litigio consiste en determinar si la orden del empresario excedía o no de sus facultades directivas; y apreciando como hecho probado el uso local en el sector de hostelería de que los empleados que tengan contacto con los clientes deben permanecer afeitados, debe considerarse legitimado el empresario para dar dicha orden (art. 20 del ET) y procedente el despido por el reiterado incumplimiento del trabajador (art. 54.2 del ET)." Las desavenencias "capilares" fueron también el núcleo de la cuestión debatida en la STSJ de la comunidad Valenciana de 29/05/1996<sup>15</sup>, con motivo de una perilla poco o nada poblada que se había dejado el trabajador empleado en actividad de manipulado de alimentos frescos, y donde otros trabajadores llevaban barba y no se les había hecho reproche alguno. Otras

<sup>13</sup> Todos los casos que aquí se relatan han sido localizados a través de la página web [www.findlaw.com](http://www.findlaw.com).

<sup>14</sup> Puede consultarse el interesante repaso a la doctrina judicial que efectúan A. Pedrajas Moreno y T. Sala Franco en "*La industria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo (miscelánea jurisprudencial)*", A. Laboral num. 12, 2008 pág. 1456 y ss.

<sup>15</sup> AR. 1615. El mismo debate en STSJ Madrid 18/04/2001, AS 2341.

veces los problemas han derivado de la negativa a usar el uniforme<sup>16</sup>, o la gorra<sup>17</sup> que forma parte de éste; o al respecto de las instrucciones de la empresa sobre el maquillaje a utilizar<sup>18</sup>, o sobre el uso de prendas quizá "poco serias" (en el caso de un pantalón corto) para acudir al trabajo que se realizaba sin contacto alguno con el público<sup>19</sup>.

En cualquier caso uno de los supuestos de mayor relevancia fue el resuelto por el TS en la S 23 de enero de 2001 (R. 1851/2000), donde el Alto Tribunal tuvo que afrontar la constitucionalidad de la exigencia empresarial consistente en que las empleadas del AVE llevaran un uniforme con falda de una determinada extensión. Este supuesto es el precedente de la sentencia que hoy comentamos, y merece un repaso algo más detenido para apreciar los argumentos utilizados por el Tribunal, y así comprobar luego si en la última sentencia dictada al respecto del uniforme de las empleadas del hospital se ha producido o no una alteración de la doctrina.

### 3.3 La posición del TS en un caso precedente: la STS 23 de enero de 2001 (R. 1851/2000)

Como es conocido, en esta sentencia el TS tuvo que afrontar el estudio de la legalidad y constitucionalidad de la medida empresarial adoptada por RENFE consistente en exigir a las empleadas adscritas a la unidad de negocio del AVE a utilizar como prenda de uniforme la falda, mientras a los hombres se les exigía el uso de pantalón y calcetines. En efecto, con fecha 30 de septiembre de 1992 la Dirección comercial del AVE publicó el denominado Manual de uniformidad del Personal de Atención al Cliente de AVE, en el que, entre otras prendas se exigía al personal masculino el uso de pantalón y calcetines y al personal femenino el uso de falda larga, de 2 cm. por encima de la rótula. En el recurso de casación el sindicato recurrente sostenía, aparte de unas alteraciones fácticas

que no fueron aceptadas, la infracción del art. 587 de la normativa Laboral de RENFE del X Convenio colectivo, así como la interpretación errónea de los art. 5 y 20 del ET, y finalmente del art 14 de la Constitución Española en relación con los art. 4. 2 c) y 17.1 del ET y 18.1 de la CE.

El TS en la sentencia que nos ocupa desestimó el recurso planteado. Descartó la infracción el art. 587 de la normativa Laboral – que en el caso se esgrimía para pretender que la media de uniformidad no podía adoptarse hasta que una Comisión Mixta estableciese el Reglamento de Uniformidad- y al respecto de los art. 20 y 5 a) del ET, recordó que éste último precepto impone al trabajador la obligación de cumplir con las obligaciones concretas del puesto de trabajo, y entre estas obligaciones se incluyen las derivadas de la uniformidad, que es facultad de decisión del empresario al amparo del art. 20 ET, salvo, naturalmente, que la decisión patronal atente a la dignidad y honor del trabajador ( art. 4, 18 y 20 ET) o a cualquiera de los derechos fundamentales o libertades públicas reconocidas en la Constitución. Llegados a este punto el tribunal efectúa una primera conclusión: "no parece que las reglas e uniformidad adoptadas por Renfe sean atentatorias a derechos fundamentales dignidad del trabajador, siendo de resaltar que medidas singulares sobre el traje a utilizar en el desarrollo del trabajo se suelen adoptar con respecto al personal en ciertos sectores laborales, como hostelería, compañías aéreas, compañías de publicidad, etc."

Quedaba por analizar la posible vulneración del art. 14 de la CE, en la media que la exigencia empresarial de llevar falda a las empleadas del Ave podría considerarse atentatoria del derecho a la no discriminación por razón de sexo, ya que -como sostenía el sindicato recurrente- en España está socialmente aceptado que la mujer vista indistintamente con pantalón o falda uniformados, y en tanto que mal se puede dar al varón una opción de uso de falda que no se da en la costumbre social, el no conceder a las mujeres esa opción sí acorde con la citada costumbre social podría considerarse discriminatorio, porque no parece perseguir otra cosa que potenciar el atractivo femenino, que pertenece a la propia imagen de cada empleado y no está disponible a la empresa. El Fiscal se opuso a esta argumentación afirmando que la exigencia de falda al personal femenino del AVE responde a un trabajo de determinado nivel en la empresa, que ha de efectuarse de cara al público, tales como azafatas de aviación o

<sup>16</sup> STSJ Cataluña 8/01/1998, AR 156; STSJ Baleares 5/02/2001, AR 1348.

<sup>17</sup> STSJ Cataluña 3/12/1999, AR2522; STSJ Madrid 10/07/2001, AR 3724.

<sup>18</sup> STSJ Canarias 20/12/2001, AR 159624.

<sup>19</sup> STSJ Madrid 7 /05/2002, AS 2002/2042. Sobre esta sentencia puede consultarse el artículo de Raquel Aguilera Izquierdo titulado " Necesidad de acudir a la empresa con "indumentaria adecuada" y actitud públicamente rebelde del trabajador", en Aranzadi Social

congresos, camareras de restaurantes de alto nivel y otros muchos servicios, por lo que, tomando en cuenta que en RENFE se han suscrito múltiples convenios y protocolos relativos a la igualdad de oportunidades y que de los hechos probados se desprende que la repetida vestimenta no obedece a problema sexista o de aprovechamiento singular del sexo en beneficio de la empresa y detrimento de la mujer, sino a consideraciones organizativas empresariales. Para dar una buena imagen de la empresa a la clientela, visto además que en otros servicios de RENFE la mujer uniformada sí puede vestir pantalones, interesó la desestimación del recurso. Y el TS concluyó, a la vista de todo lo anterior, que si bien es cierto que la presentación de las empleadas del Ave es igualmente correcta en pantalón o falda uniformada y que en ambas modalidades cabe una manifestación de moda o elegancia, lo cierto es que RENFE lo que pretende es dar una imagen de calidad a través de sus empleadas que trabajan de cara al público en un novedoso y moderno medio de transporte, lo que supone la existencia de una justificación objetiva y razonable que priva a la uniformidad del carácter discriminatorio, siendo además que una falda por encima de las rodilla dos centímetros no afecta en modo alguno el derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen.

Como es sabido, esta sentencia del TS fue recurrida ante el TC en amparo, y en STC 84/2006, de 27 de marzo, que no se pronunció sobre el fondo del asunto por considerar acontecida la desaparición sobrevenida de su objeto, ya que entre tanto la empresa había alterado las normas sobre vestimenta, permitiendo la opción entre falda y pantalón a las trabajadoras del AVE.

En cualquier caso, la doctrina del TS estaba clara y podría resumirse en los siguientes puntos:

1. El empresario tiene derecho a imponer determinado uniforme a sus trabajadores.
2. El uniforme a utilizar no puede atentar al derecho a la dignidad personal, el honor, la intimidad o la propia imagen.
3. No hay discriminación por razón de sexo cuando la razón de la imposición de un uniforme a las mujeres distinto del de los hombres – uniforme que ha de ser respetuoso de la dignidad de las trabajadoras – responde a la intención de ofrecer una imagen de calidad en los servicios que presta la empresa.

### 3.4 La doctrina de la STS de 19/04/2011: ¿un cambio de criterio?

Como ya anticipamos más arriba, en el caso de las trabajadoras del Hospital, el TS concluye que el uniforme al que se ven obligadas es atentatorio del derecho fundamental de no discriminación, y ello en atención a que responde a un componente tradicional o antiguo que se vincula con una posición no equilibrada de la mujer en relación con la de los hombres, y ello pese a admitir el propio Tribunal que el uniforme exigido es totalmente digno, lo que justificaría que pudieran llevarlo las trabajadoras que personalmente opten por él.

En la Sentencia que nos ocupa, el Tribunal Supremo, tras aceptar que la iniciativa empresarial de imponer el discutido uniforme se encuentra dentro de las facultades de su poder de dirección, se cuestiona si la diversa indumentaria exigida a hombres y mujeres es respetuosa del derecho fundamental contenido en el art. 14 CE así como en el art. 2 de la ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la Igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Y este razonamiento tiene que superar un obstáculo palpable, cual es que no se exige a todas las mujeres tal indumentaria consistente en falda, delantal cofia y medias, sino sólo a las que prestan sus servicios de cara al público en planta y consultas externas, pudiendo el resto vestir el pijama sanitario que también visten los hombres. Y es en este punto donde el Tribunal recurre a los usos sociales y a la realidad social actual para concluir que la decisión empresarial no resulta objetivamente justificada por no superar el juicio de proporcionalidad ya referido: esa diferencia en la indumentaria pretende proyectar hacia el exterior una determinada imagen de diferencias entre hombres y mujeres que no se corresponde con una visión actual que el usuario pudiera percibir de los servicios sanitarios, por lo que no resulta proporcional en relación con el derecho de igualdad y no discriminación, ni tampoco necesaria, en tanto permitirles vestir el pijama sanitario materializaría también la respetable finalidad de uniformidad en los empleados para poder ser identificados en todo momento por los usuarios.

Ahora bien el Tribunal no despeja si el delantal y la cofia proporcionan un aspecto de mayor calidad en el servicio, que es algo también pretendido con la uniformidad, aunque se presupone que en tanto para el Tribunal esos elementos de la vestimenta responden a unos paráme-



tros de –podríamos decir– “moda anticuada”, está descartando la identificación con la calidad, aunque acepta que se trata de un uniforme objetivamente respetuoso de la dignidad de la mujer, pues se trata del uso de falda de dimensiones normales, cosa absolutamente corriente incluso vinculada –dice el tribunal– con tradicionales o históricas ideas de elegancia femenina, siempre que no haya exhibición física inadecuada o excesiva.

Pese a todo, el TS se ve en la necesidad de abordar el supuesto resuelto en la sentencia de las trabajadoras del AVE, para justificar el distinto pronunciamiento, destacando que en aquél caso la exigencia de falda se producía en un contexto de instauración de un *sistema novedoso y moderno de comunicación* en una empresa pública, que había de competir en igualdad de condiciones con otras empresas de semejante actividad y en las que la equivalencia del vestuario hombre/mujer no existía. Parece que en definitiva, la modernidad justificaba una falda dos centímetros por encima de la rodilla para las azafatas del AVE, y lo anticuado de la vestimenta no permite que las enfermeras tengan que llevar falda, delantal y cofia, en lo que, pese a los esfuerzos del Tribunal parece un cambio de criterio.

En efecto, parece que el TS ha superado la dicotomía falda vs. pantalón que en la STS del año 2001 se concluía como favorable a la falda en términos de elegancia y calidad de servicio, para, utilizando criterios de modernidad –en el caso quedó probado que no concurrían criterios de seguridad en el trabajo, éstos sí hubieran sido determinantes– concluir que la empresa no puede obligar al uso de falda, delantal, medias y cofia cuando pueden prestar servicios usando el pijama sanitario (pantalón y camisa), más moderno y funcional y no por ello “menos elegante” o representativo de una menor calidad del servicio sanitario desde una perspectiva social actual, siendo que el elemento comparativo es un uniforme arcaico que se remonta, como algún autor recordó<sup>20</sup>, a los tiempos de Florence Nightingale, célebre enfermera británica del siglo XIX considerada una de las pioneras de la enfermería moderna.

Así también lo ha visto parte de la doctrina<sup>21</sup>, destacando que en el fondo, la obligatoriedad del uso de falda no pretende en definitiva otra cosa que subrayar la exclu-

siva feminidad de las tareas de las enfermeras, cuestión nada acorde con la realidad social actual, y de esta forma se insiste por la empresa en el mensaje tradicional y correspondiente a épocas en que las tareas de las mujeres se ceñían a funciones secundarias o accesorias de otras más principales, reproduciendo así en el mundo laboral la división doméstica del trabajo que asigna esas tareas de cuidado y atención personal a las mujeres, como tareas secundarias de otras más técnicas o especializadas.

Pero en definitiva ello es un paso más sobre el que ya dio la STS del año 2001 (caso AVE), o en definitiva, un cambio de criterio sobre el alcance potencialmente discriminatorio por razón de sexo de la obligación de llevar uniforme, en tanto que para el TS en la sentencia que comentamos, no es sólo ya la concreta prenda a vestir la que determinaría tal trato discriminatorio, sino su carácter antiguo o arcaico, su falta de modernidad o adecuación a los usos del vestir actual, en tanto la feminización del vestuario sin razones sólidas que lo apoyen –si existiera alguna– suele ser expresiva de una concepción de la mujer y de su papel social ya afortunadamente superado.

## SALA 5.<sup>a</sup>

### REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR CONSEJOS DE GUERRA TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE LA MEMORIA HISTÓRICA Especial referencia a la condena a muerte – luego conmutada–, impuesta por un Consejo de Guerra al poeta Miguel Hernández

Carlos Balmiza García-Serrano

Letrado sala 5.<sup>o</sup>

### El proceso de revisión ante la Sala Quinta

Como ha señalado la Sala de lo Militar en numerosas resoluciones, mediante el recurso de revisión se persigue la revisión por motivos tasados de una

<sup>20</sup> Así Santiago González Ortega en “Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19 de abril de 2011)”, en Aranzadi Social núm. 4/2011 ( Firma Invitada).

<sup>21</sup> Santiago González Ortega, *op. cit.*, en el apartado 3.4.

sentencia firme debido a que la condena resulta manifiestamente injusta. En orden a su naturaleza existen diversas posiciones doctrinales: a) Se trata de un recurso extraordinario y excepcional de carácter, por ello, restringido. Supone, pues, una derogación para el caso concreto del principio preclusivo de la cosa juzgada y persigue fundamentalmente mantener, en la medida de lo posible, el necesario equilibrio entre las exigencias de la justicia y las de la seguridad jurídica. b) Más bien consiste en un remedio para subsanar errores judiciales palmarios en contra del reo. c) Debe entenderse como un proceso autónomo en el que se ejercita una acción nueva, es una exigencia de la justicia, tal y como la entiende el legislador constituyente, estrechamente vinculada a la dignidad humana y a la presunción de inocencia, por cuanto el factor por el que resultó neutralizada ésta en la Sentencia cuya revisión se pide, resulta a su vez anulado por datos posteriores que la restablecen en su incolumidad.

La fase de promoción del recurso o de previa autorización para su interposición no tiene otro objeto que la constatación de la seriedad de la pretensión, superado tal filtro queda expedito el camino a la interposición del recurso promovido por quien tenga reconocida legitimación al efecto. Así se ha otorgado a la Sala II o V del Tribunal Supremo, según los casos, la facultad de examinar y resolver in limine litis si la revisión que se intenta se encuentra amparada, al menos en principio y sin perjuicio de lo que pueda resultar de un más profundo estudio del asunto, en alguna de las limitadas causas que dan lugar al recurso, y, que no son otras que las enumeradas en el art. 328 de la Ley Procesal Militar.

Situados en esa primera fase de promoción del recurso o de previa autorización para la interposición del mismo -tendente a verificar la apariencia o verosimilitud y razonabilidad de los presupuestos para la aplicación de la revisión-, y no en la fase final del proceso -es decir, en el llamado "iudicium rescindens" o fase de sustanciación del recurso-, hemos de tener presente que, la revisión de Sentencias firmes al amparo del artículo 328 de la Ley Procesal Militar queda sometida, en virtud de lo dispuesto en el artículo 336 del mismo texto legal, a los trámites establecidos en los artículos 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que determina que, por impera-

tivo del artículo 957 de esta última Ley, la Sala deba realizar un control de admisión del recurso siendo preceptivo su pronunciamiento sobre la procedencia de autorizar o no su interposición con la finalidad de mantener el equilibrio entre la tutela judicial a la que tiene derecho el penado y la seguridad jurídica, impidiendo que se interpongan recursos infundados sobre la base de alegaciones carentes de contenido o apoyadas en elementos de prueba que ya fueron considerados y valorados por el Tribunal Sentenciador. El correcto ejercicio de dicho control, en esta primera fase de la tramitación del recurso de revisión, implica que la Sala deba examinar, por este orden, las siguientes cuestiones: en primer lugar, la concurrencia de los presupuestos indispensables, objetivos y subjetivos, materiales y procesales, necesarios para promover la acción rescisoria; en segundo lugar, la apariencia de verosimilitud y razonabilidad del propio fundamento revisorio en relación con el motivo o causa que se alegue, sin prejuzgar el resultado final del proceso de revisión, debiendo necesariamente excluirse aquellas pretensiones que no tengan encaje en los motivos legalmente establecidos para la revisión, que tienen carácter taxativo.

## Actividad parlamentaria

Desde mediados de los años 90 se han sucedido diferentes proposiciones no de ley -orientaciones políticas- en relación con la solicitud y/o anulación de los Consejos de Guerra habidos durante la dictadura, así:

- Proposición no de ley en 1996 relativa a la solicitud, que no anulación, de consulta pública, 60 años después, del Consejo de Guerra contra Lluís Companys.
- En 2002 presentada sin éxito, por el Grupo Parlamentario Socialista, proposición no de ley relativa a la anulación de los juicios sumarios de la dictadura franquista.
- El Parlamento de Cataluña, el día 15 de junio de 2004 decidió por unanimidad reclamar la nulidad de los juicios y sentencias dictadas al amparo de la denominada instrucción de la causa general y de la del Tribunal de honor y Jurisdicciones Antimasónicas y Anticomunistas durante el franquismo.

- Como consecuencia de la anterior, es la proposición no de ley relativa a la anulación del Consejo de Guerra sumarísimo a que fue sometido el Presidente Lluís Companys (aprobada con modificaciones).
- Proposición no de ley aprobada en junio de 2004 relativa a la realización de un estudio jurídico sobre la anulación de fallos injustos emitidos en los juicios sumarios realizados al amparo de la legislación franquista. Esta proposición es el antecedente inmediato de la Ley 52/2007, pues el Congreso instó al Gobierno a realizar un estudio de carácter general para sistematizar los derechos reconocidos a las víctimas.
- A raíz de esta proposición no de ley, el 10 de septiembre de 2004 el Gobierno crea la "Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y el franquismo", presidida por la Vicepresidenta Primera del Gobierno Sra. Fernández de la Vega.
- Igualmente en junio de 1994, proposición no de ley relativa a la revisión de sentencias y restitución moral de los españoles fusilados durante el franquismo por motivos políticos y de conciencia. Tal iniciativa fue presentada ante el pleno, dado que tres años antes se había presentado ante la Comisión y fue rechazada. Ante el pleno la iniciativa caducó.
- En octubre de 2004, proposición no de ley sobre revisión de sentencias y anulación de Consejos de Guerra y juicios sumarios ejecutados por motivos políticos durante la dictadura franquista. La iniciativa caducó.
- Ya en 2005, proposición no de ley sobre revisión de sentencias y anulación de Consejos de Guerra y juicios sumarios ejecutados por motivos políticos durante la dictadura franquista. Es distinta a la anterior pese a la identidad del título. Caducó.
- Proposición no de ley por la que se insta al Gobierno a que adopte medidas para la anulación del Consejo de Guerra sumarísimo a que fue sometido Manuel Carrasco i Hormiguera. El texto fue aprobado.
- El 28 de julio de 2006, la Comisión Interministerial antes citada remite su informe con los resultados de los trabajos de dos años.

El informe se refiere a las condenas penales en procesos sin garantías tal como sigue: "*Cabe preguntarse, pues, si después de treinta años de convivencia*

*democrática, existen fórmulas alternativas que, sin reabrir el ayer, permitan declarar la profunda ilicitud de aquellas condenas, reconociendo así, pública y personalmente, a los ciudadanos que tan injustamente las padecieron mediante un merecido gesto de estracita amistad cívica [...] como bien se sabe, jurídicamente, toda apertura al pasado corre el riesgo de confrontar con el principio de seguridad jurídica (art. 9 CE) y, particularmente, con el respeto a la cosa juzgada[...]. Para reparar el daño moral padecido y reconocer el honor de cuantos vieron vulneradas sus libertades fundamentales como consecuencia de condenas impuestas en procedimientos punitivos celebrados durante la guerra civil y la dictadura".*

No recomienda tal estudio la anulación de las referidas sentencias, recordando al respecto la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la *débil eficacia retroactiva de la Constitución*, haciendo mención también de los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica. En concreto señala: "*La doctrina constitucional es, en este punto, tan clara como inequívoca: no cabe proyectar la eficacia de la Constitución sobre situaciones surgidas al amparo de leyes, disposiciones o actos preconstitucionales que hayan agotado ya su virtualidad jurídica, porque sólo así es posible encontrar un punto de equilibrio entre dos realidades que necesariamente han de ser conjugadas: la justicia material y la seguridad jurídica".*

El dictamen sigue exponiendo que "*la anulación que se demanda no puede ser acogida en sus propios términos, por así impedirlo la Constitución, ni tampoco resulta factible alcanzar este objetivo a través de los recursos actualmente existentes en nuestro ordenamiento jurídico".* Luego añadirá que solamente cabría pensar en el establecimiento por ley de un "*cauce judicial ad hoc de carácter excepcional y extraordinario*" a los efectos de llevar a cabo la revisión de las sentencias, no obstante añadir que no es aconsejable.

Ahondando en la voluntad mayoritaria política, añádase la respuesta que el Presidente del Gobierno ofertara a pregunta formulada por el Grupo IU-IPC en sesión de control al Gobierno celebrada el 13 de septiembre de 2006 al señalar que "*con los informes jurídicos en la mano, y también como una decisión política, el Gobierno no tiene intención de anular las sentencias de los juicios sumarísimos del franquismo*

ya que esta anulación supondría una ruptura del ordenamiento jurídico". En definitiva concluyó el Presidente, la opción del Gobierno es una "opción moral y simbólica, pero no jurídica", debido al respeto que en ella se da al principio de seguridad jurídica y de continuidad del estado.

En el mismo sentido se pronunció D. Ramón Jáuregui, diputado a la sazón y portavoz socialista en la Comisión Constitucional del Congreso preguntándose retóricamente lo siguiente: "¿podemos hacerlo [anular las sentencias] sin cuestionar todo el entramado de seguridad jurídica de cuarenta años de franquismo?".

## El cambio de escenario: la Ley de la Memoria Histórica

Es publicada en el BOE núm. 310 de 27 de diciembre de 2007, la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, conocida popularmente como de "Memoria Histórica".

En el artículo 2º.1º de dicha Ley, en el que se realiza un "reconocimiento general", se establece expresamente que:

*"Como expresión del derecho de todos los ciudadanos a la reparación moral y a la recuperación de su memoria personal y familiar, se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura".*

Y el artículo 3º en el que se contiene una "Declaración de ilegitimidad", declara que:

*"1. Se declara la ilegitimidad de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la Guerra Civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de*

*creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la de sus resoluciones.*

**2. Por ser contrarios a Derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo, se declara en todo caso la ilegitimidad del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los Tribunales de Responsabilidades Políticas y Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la presente Ley.**

**3. Igualmente, se declaran ilegítimas, por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución".**

En la Exposición de Motivos de la Ley, se señala expresamente que con estos dos preceptos se pretende subrayar, de forma inequívoca, **la carencia actual de vigencia jurídica de aquellas resoluciones contrarias a los derechos humanos**, contribuyéndose a la rehabilitación de quienes sufrieron tan injustas sanciones y condenas.

Durante su tramitación, tras la presentación del inicial Proyecto de ley por el Gobierno y la consiguiente apertura del plazo de enmiendas, el grupo IU-ICV presenta su enmienda nº 195, conteniendo una explícita declaración de nulidad de las sentencias condenatorias del franquismo. Por su parte, ERC hace lo propio en la enmienda nº 340.

De fecha posterior es la Proposición de ley nº 122/000214, relativa al reconocimiento de la nulidad de las sentencias de los tribunales de la dictadura. Tal iniciativa presentada por los Grupos Izquierda Republi-

cana, Izquierda Unida e Iniciativa per Catalunya Verdes, tomando como suyo el dictamen de la Junta de Fiscales de Sala de 22 de marzo de 2010 que en relación a las sentencias dictadas contra Lluís Companys declara nulas de pleno derecho por aplicación directa de la ley 52/2007, solicita se modifique el apartado tercero de su artículo tercero con el siguiente tenor: **"igualmente, se declaran ilegítimas y en consecuencia, nulas de pleno derecho..."**.

Finalmente, el 8 de septiembre de 2010, el diputado Joan Tardà interpelaba en el Congreso al Ministro de Justicia acerca del laberinto jurídico-procedimental que el Estado ha puesto en pie para evitar la anulación de las condenas franquistas. Francisco Caamaño respondió: "en un sistema democrático, no hay mayor sanción que la declaración de ilegitimidad. (...) Jurídicamente, no existe declaración con más valor en nuestro ordenamiento". Entonces -replicó el diputado Tardà-, si, según el Gobierno, "la ilegitimidad es un plus de sanción frente a la nulidad", la solución no puede ser más simple; modifíquese el artículo 3 de la Ley de la Memoria y que esta recoja explícitamente lo dicho por el ministro: que, siendo ilegítimas, las sentencias de los tribunales represivos de Franco son también "nulas de pleno derecho". Caamaño deja claro que la petición de anulación de juicios es un "imposible jurídico" porque la Ley de Memoria Histórica ya privó de efectos jurídicos las sentencias políticas dictadas por los tribunales franquistas. "La nulidad es la privación de efectos jurídicos y no cabe volver a privar de efectos jurídicos aquello que el legislador ya ha dicho que no tiene efectos jurídicos", explicó Caamaño, recalcando que ese mismo argumento es el que utiliza la Fiscalía para rechazar la revisión de esos procesos judiciales.

El martes 14 de septiembre, la moción presentada en este último sentido por Ezquerria fue objeto de una enmienda por parte del Grupo Parlamentario Socialista. Subterfugio, porque insistía en el "carácter radicalmente injusto" (que es una categoría moral, no jurídica) de las condenas en general y, en cuanto a la de Companys, sostenía la falsa nulidad sobre el criterio expresado en marzo por la Fiscalía General del Estado, al no gozar este instituto público competencia para anular sentencia alguna. Al fin, la moción de ERC fue rechazada con 312 votos en contra, los del PP, los del PSOE y el de UPyD.

## Pretensión de revisión en relación con el Consejo de Guerra a Miguel Hernández

En el **Auto de fecha 21-02-2011 (Rc 102/54/2010)**, con el escenario representado con anterioridad, la Sala Quinta aborda por primera vez la incidencia de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, conocida como de "Memoria Histórica", sobre las pretensiones de revisión de sentencias condenatorias dictadas por Consejos de Guerra durante la Guerra Civil y la Dictadura.

### Los hechos

Los antecedentes del caso se contraen a la sentencia de fecha 18.01.1940 dictada por el Consejo de Guerra Permanente nº 5, de Madrid, en que se condenó a D. Miguel Hernández Gilabert a la pena de muerte -luego conmutada-, como autor de un Delito de Adhesión a la Rebelión.

En julio de 2010, un familiar en línea directa del condenado, promovió solicitud de autorización para interponer Recurso de Revisión frente a la expresada sentencia. Como fundamento de la petición se adujo la causa prevista en el art. 328.6ª de la Ley Procesal Militar, esto es, "*Cuando después de dictada sentencia condenatoria se conociesen pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo por ignorancia de las mismas*". Tales "*pruebas indubitadas*" estarían representadas por dos avales personales de buena conducta cívica de que disponía el procesado y que entregó en otra causa que se le seguía en el Juzgado Militar de Orihuela, documentos que no llegó a conocer el Consejo de Guerra Permanente nº 5 de Madrid, que le condenó. El segundo motivo se basó en la aparición de un hecho nuevo, representado por la entrada en vigor de la Ley 52/2007.

### El representante de la legalidad

El Ministerio Fiscal interesó que, en aplicación de las previsiones contenidas en la expresada Ley, se declarara la nulidad de pleno derecho de la sentencia con desestimación de la pretensión por la doble razón de que los documentos invocados no eran pruebas



de ningún hecho, ni mucho menos, tenían el carácter de indubitados para evidenciar el error de la condena, y, en segundo lugar, porque siendo nula la sentencia según la Ley 52/2007, la solicitud para interponer Recurso de Revisión frente a la misma carecía de objeto.

## Valoración de la Sala

La Sala al denegar la autorización para recurrir, que constituía el objeto de la pretensión deducida, sostiene que la sentencia de que se trata se encuentra incluida dentro de las previsiones de la ley 52/2007 por el carácter inequívocamente político e ideológico de la condena (delito de adhesión a la rebelión previsto en el artículo 238.2º del entonces vigente Código de Justicia Militar, de 27 de Septiembre de 1890).

La naturaleza política de la condena resulta evidente, atendido el escueto relato de hechos en el que se incluyen hasta cinco expresiones que dotan a la Sentencia de un manifiesto sesgo político e ideológico: 1º) Que el procesado tenía antecedentes izquierdistas; 2º) Que se dedicaba a actividades literarias; 3º) Que era miembro activo de la Alianza de intelectuales antifascistas; 4º) Que publicaba poesías, crónicas y folletos de propaganda revolucionaria; y 5º) Que se hacía pasar por el poeta de la revolución.

Todos estos elementos evidencian que la referida Sentencia es un caso paradigmático de aquellos a los que deben serle aplicadas las prescripciones contenidas en los artículos 2º y 3º de Ley 52/2.007. Concorre el presupuesto procesal (fue dictada por un Consejo de Guerra), el presupuesto temporal (se dictó en la Dictadura, en un momento inmediatamente posterior a la Guerra Civil) y el presupuesto material (son patentes las razones políticas e ideológicas de la condena).

Resulta pues aplicable la Ley de la Memoria Histórica tanto en lo que se refiere al "*reconocimiento general*" del carácter radicalmente injusto de la condena (art.

2º.1), como en lo relativo a la "*declaración de ilegitimidad*" establecida por su art. 3º. Conforme a este último precepto se declaran ilegítimos los Consejos de Guerra constituidos durante la Guerra Civil y la posterior Dictadura, por motivos políticos e ideológicos, y, asimismo, se declara la ilegitimidad de las condenas dictadas por estos Tribunales por motivos políticos e ideológicos.

De manera que según la reiterada Ley, la sentencia en cuestión al haber sido declarada ilegítima y haber sido expulsada del mundo jurídico, carece actualmente de vigencia. No obstante, la Sala considera que no puede efectuar la declaración de nulidad de pleno derecho que solicitó la Fiscalía Togada, primero porque ello sería incongruente con el procedimiento seguido, cuyo objeto se contrae a decidir si se autoriza o deniega la interposición de Recurso extraordinario de Revisión; y en segundo lugar porque la ley 52/007 no prevé una declaración individualizada de nulidad de las resoluciones a que se refiere, sino que efectúa un pronunciamiento general del carácter injusto de todas las condenas producidas por motivos políticos e ideológicos durante la Guerra Civil y la posterior Dictadura, y de ilegitimidad de los Tribunales que las dictaron, "por ser contrarios a derecho y por vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo", subrayando así, como señala la Exposición de Motivos, la carencia actual de vigencia jurídica de dichas resoluciones.

Esta declaración o pronunciamiento general se complementa con la previsión de un procedimiento especial para obtener una Declaración personal de contenido rehabilitador y reparador, que se abre como un derecho a todos los perjudicados y que podrán obtener ellos mismos o sus familiares. Declaración individualizada de reparación, que se ha encauzado, conforme a la voluntad del Legislador, a través de una vía administrativa (art 4º de la Ley), como es frecuente en Derecho comparado, encomendándose su emisión al Ministerio de Justicia.

La carencia de vigencia jurídica actual de la sentencia determina la ausencia del presupuesto mismo de la Revisión, representado por la existencia de una sentencia condenatoria vigente.

# resumen de noticias

Información desplegable en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

**Público**

27.09.2011



Margarita Robles

## Siete vocales del CGPJ urgen un pacto por la Justicia

**Público**

27.09.2011



El Ministro de Justicia, Francisco Caamaño, en el pleno del Congreso, Marta Jara

## Los jueces quieren que su paso a la política los penalice

El último cambio legislativo les permite no perder antigüedad ni escalafón.

**EL PAÍS**

05.10.2011

## El CGPJ «entiende las críticas»

**EL MUNDO**

07.10.2011

## El Tribunal Supremo arropa a los guardias civiles frente a Interior

Cree que han sufrido indefensión en sus expedientes por manifestarse uniformados.

**elEconomista**

07.10.2011

## El Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía critican la «Ley Sinde»

Ponen en duda algunas de las exigencias previstas para las páginas web de enlaces.

**EL PAÍS**

11.10.2011

## El Supremo avala difundir la identidad del maltratador

La justicia falla que la información sobre los juicios y sus sentencias «es de interés para la comunidad».

**LA RAZON**

11.10.2011

## Los jueces piden que los políticos que vayan a juicio dejen sus cargos hasta el fallo

Creen que se evitaría «la confusión entre responsabilidad política y judicial».

**el Periódico**

12.10.2011

## Reacciones tras la operación en la ciutat de la Justicia El CGPJ respalda las críticas del TSJC a la irrupción de los Mossos

- La cúpula judicial califica también la actuación policial de «desproporcionada»
- El juez Velasco deja en libertad a 17 indignados que se niegan a declarar.

**EL PAÍS**

27.10.2011

**El Poder Judicial archiva el caso del juez que escribió en verso una sentencia**

Por unas instituciones libres  
**Unos jueces independientes del poder**

**Decisiones bajo sospecha**

«Caso Rumasa». Diciembre 1983

El Tribunal Constitucional ratifica, gracias al voto de calidad de su presidente, Manuel García Pelayo, la legalidad de la expropiación de Rumasa.

Mesa de HB. Julio de 1999

El TC concede el amparo a 23 miembros de la «Mesa Nacional» de HB, que salen de prisión pese a haber sido condenados por el Supremo por colaborar con ETA.

Listas de ANV. Mayo de 2007

El Supremo anula la mitad de las listas de ANV, las únicas impugnadas por Fiscalía y Abogacía, permitiendo su presencia electoral. ANV sería ilegalizada 14 meses después.

Estatut. Junio de 2010

Tras infinidad de presiones, el TC avala el Estatut por seis votos a cuatro, aceptando la definición de Cataluña como nación sin efectos jurídicos.

Bildu OK. Mayo de 2011

Por un solo voto de diferencia, el TC avaló la legalidad de Bildu y su presencia en las urnas, pese a que el Tribunal Supremo considera a la coalición una candidatura de ETA.

**LA RAZON**

24.10.2011

**El CGPJ reprocha a las Cortes que le obvie al allanar el regreso de los jueces de la política****El Supremo avala el blindaje de los directivos en las cajas de ahorros**

Sentencia pionera/ El tribunal defiende el mantenimiento de las indemnizaciones de la alta dirección en procesos de nueva configuración o reestructuración empresarial, como el de las entidades financieras.

**CincoDías**

03.11.2011

**Los jueces plantean la gestión estatal del turno de oficio**

El vicepresidente del CGPJ propone que una agencia asuma el papel de las regiones.

**el Periódico**

04.11.2011

**La modernización de la administración de justicia  
El Gobierno edita un manual para que los jueces escriban con claridad**

- El primer libro de estilo de la judicatura advierte contra los párrafos farragosos y mal puntuados.
- Los autores del brevario constatan defectos de lenguaje y sintaxis en las resoluciones judiciales.

**ABC**

15.11.2011

**El «caso Nóos» no recibirá un «tratamiento diferente»**

Conde-Pumpido aclara que Urdangarín no goza de ninguna protección especial.

**Expansión**

22.11.2011

**Dívar lamenta la precariedad de medios de la Justicia****ABC**

24.11.2011

**Jornadas en Pamplona**

Los jueces avisan: agilizar la Justicia es un «objetivo común prioritario»

**EL MUNDO**

25.11.2011

**El Supremo ordena retirar la placa que repudia la bandera española**

La Diputación de Guipúzcoa hizo un «cumplimiento simulado» del fallo sobre la enseñanza.

**LA RAZON****01.12.2011****Tribunales**

El CGPJ avala al Supremo para evitar recusaciones como las de Garzón.

**EL PAÍS****04.12.2011****El Supremo condena al Opus y le hace borrar los datos de una ex miembro.****Expansión****07.12.2011****Rechazo de jueces y fiscales a las filtraciones de los sumarios**

Diversos representantes de la esfera judicial reclaman medidas más contundentes que sirvan para poner fin a las continuas revelaciones de procesos que se encuentran bajo secreto en los tribunales.

**elEconomista****09.12.2011****El Poder Judicial orienta a jueces y autoridades en caso de catástrofe.**

aprueba un «Protocolo de Actuación» para evitar interferencias y apoyar a los Juzgados de Guardia.

**Público****13.12.2011****El TS aparta a cinco magistrados del juicio a Garzón por las escuchas de «Gürtel»**

Estima por segunda vez una recusación presentada por el juez de la Audiencia Nacional.

**Juran sus cargos ante el Rey los nuevos ministros del primer Gobierno de Rajoy**

El primer gobierno de Mariano Rajoy ha jurado sus cargos ante el Rey en una ceremonia celebrada en el Palacio de la Zarzuela. El titular de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, ha sido el primero en jurar su cargo, para



poder dar fe del juramento de sus compañeros, dada su condición de Notario Mayor del Reino.

**Nombramientos del Ministerio de Justicia**

El Consejo de Ministros ha aprobado los nombramientos de un segundo grupo de altos cargos, entre los que figuran seis secretarios de Estado, y propone que el nuevo fiscal general del Estado sea Eduardo Torres-Dulce.

El ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, se ha inclinado por Torres-Dulce, actual fiscal de Sala del Tribunal Supremo, y es miembro del Consejo Fiscal, del que fue elegido vocal con el mayor número de votos dentro de la candidatura de la Asociación de Fiscales.

Igualmente ha nombrado Secretario de Estado al magistrado **Fernando Román García**. Especialista de lo Contencioso-Administrativo, Román era desde 2004 director del Gabinete Técnico del Supremo. Antes lo fue del Consejo General del Poder Judicial.







Con la designación de Marta Silva de Lapuerta como abogada general del Estado; Joaquín Silguero Estagnan como secretario general de Modernización y Relaciones con la Administración de Justicia; Ricardo González Conde Díez como director general de Relaciones con la Administración de Justicia y Ángel José Llorente Fernández de la Reguera como director general de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones se completa un equipo que el propio ministro calificó de «reducido pero operativo».

En el mismo acto de su toma de posesión, juraron su cargo la nueva Secretaria General Técnica, D.ª Mireya Corredor Lanás, el Subsecretario de Justicia, D. Juan Bravo Rivera, la Directora del Gabinete del Ministro, D.ª Cristina Coto del Valle, y el Director General de los Registros y del Notariado D. Joaquín José Rodríguez Hernández.



## viñeta

ABC

MARTES, 13 DE DICIEMBRE DE 2011 ABC  
abc.es/opinion





# bibliografía

**El ACOSO: tratamiento penal y procesal / dirección, M<sup>a</sup> Isabel Martínez González; autores, Galán Muñoz, Alfonso... [et al.].** Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. 190 p.

*RESEÑA: El concepto de acoso es amplio y ambiguo, solo en relación con la descripción típica de los correspondientes delitos que se suelen incluir bajo este nombre se puede delimitar el concepto penalmente relevante. Si algún elemento hay común a estos delitos es el de maltrato o perturbación psicológica en la vida cotidiana por parte de una o varias personas que tienen algún tipo de relación laboral, profesional, docente o afectiva con la víctima, y que realizan sus acciones con una cierta permanencia o continuidad en el tiempo. A partir de ahí el concepto de acoso se va perfilando según el ámbito en el que se da: privado, laboral, docente, relaciones de vecindad, etc.; y adquiere diversas manifestaciones según el tipo de los sujetos intervinientes, agresores y víctimas, y las formas de conductas a través de las que se manifiesta el acoso. El resultado es casi siempre un grave daño moral o psicológico en las víctimas que les provoca miedo, confusión, estrés, sentimientos de culpabilidad e inferioridad, desequilibrios emocionales, mal rendimiento laboral, depresión e incluso a veces el suicidio.*

**La APLICACIÓN de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada / Julia López López [et al.], coordinadora.** Albacete: Bomarzo, 2011. 309 p.

*RESEÑA: I. La transnacionalidad de derechos sociales en el contexto europeo.- II. El principio de igualdad y no discriminación en los convenios de la OIT.- III. Las normas de la OIT y las condiciones de trabajo.- IV. Normas de OIT y derechos colectivos.- V. Convenios de la OIT y protección social.- VI. Marco comparado en la aplicación judicial de los convenios de la OIT*

**ARROYO APARICIO, Alicia. La relevancia de la prueba en el derecho de autor de las obras: estudio de**

**jurisprudencia comparada / Alicia Arroyo Aparicio, José Bellido Añón, M<sup>a</sup> del Mar Gómez Lozano.** Madrid: Trama: Fundación Arte y Derecho, 2011. 220 p.

*RESEÑA: «De la Ley ciega a la necesidad de ver». Con tan sugerente título se abre este libro que narra la historia de la visión y el reconocimiento de la obra plástica en la casuística del derecho de autor. Trata del paso de la «acción» a la «puesta en acción», de la alegación de hechos a su prueba concreta, y aquí los sentidos –en particular, la vista– y la perspectiva que éstos adopten se constituyen en pieza crucial. No es casual que el libro comience con una escena en un despacho de abogados. Esta secuencia, previa al proceso, muestra que existe una «primera mirada» en la configuración del ver de la creación o la infracción de la obra intelectual. Es la aproximación preliminar, la del profesional que busca una respuesta legal que dé cobijo a los hechos que se le plantean a fin de convertirlos en un «caso» jurídico. Esa perspectiva inicial genera un modo de ver la realidad que se irá completando o debatiendo –ya en el proceso– con la versión de los hechos que pueda ofrecer el demandado. Miradas retrospectivas, todas ellas, sometidas a la prueba –relevante– en búsqueda de la objetividad: «De la necesidad de ver la Ley ciega».*

**BOTO ÁLVAREZ, Alejandra. La administración instrumental en el proceso / Alejandra Boto Álvarez; prólogo de Leopoldo Tolivar Alas.** Madrid: Reus, 2011. 493 p.

*RESEÑA: Esta obra ofrece un completo estudio de la Administración instrumental como elemento subjetivo del proceso judicial. Con espíritu crítico-constructivo, y el apoyo del análisis histórico y comparado, la autora afronta el reto de ofrecer una definición actualizada del fenómeno instrumental en el ámbito de la Administración General del Estado y estudia con detalle la legitimación, postulación y posición procesal de los entes, organismos, entidades, agencias, consorcios, fundaciones y sociedades a él reconducibles. La obra ha sido puntual-*

mente actualizada conforme a las últimas innovaciones introducidas por la Ley de economía sostenible, la Ley de arbitraje institucional o la nueva Ley de la ciencia.

**CALDERÓN CUADRADO, María Pía.** *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada: Sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de la inmediación* / M<sup>a</sup> Pía Calderón Cuadrado. Las Rozas (Madrid) : La Ley, 2011. 473 p.

*RESEÑA:* Una reciente modificación normativa ha impuesto la grabación de la imagen y el sonido de las audiencias, vistas o comparencias que tengan lugar durante la tramitación del proceso, de cualquier proceso, consecuentemente, con independencia de su naturaleza civil, penal, administrativa o laboral y/o de su caracterización como de declaración, ejecución o cautelar. La apuesta por esta técnica o, si se quiere, por su generalización y conversión en regla había sido defendida por muchos desde la seguridad que rodea a semejante instrumento al plasmar de forma fiel el propio desarrollo del juicio oral y además desde su posible contribución a la solución de una antigua problemática, avivada en los últimos tiempos por el Tribunal Constitucional y relativa a la ausencia de inmediación en el segundo grado del litigio.

En sede de proceso penal, el trabajo que se presenta analiza rigurosa y pormenorizadamente las tres instituciones en cuestión para, de este modo, dar respuesta a los múltiples interrogantes que suscita, en la práctica diaria de nuestros órganos jurisdiccionales y a la luz de la garantía de la inmediación, el nuevo sistema de protocolización de las vistas y su reproducción en la etapa de apelación.

El estudio tiene en cuenta las últimas tesis doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia. Combina así teoría y práctica e incorpora los principales pronunciamientos tanto de las Audiencias y el Tribunal Supremo como, principalmente, del Tribunal Constitucional. Y todo ello sin olvidar el importante papel que en los últimos años y en tema del derecho al recurso en el proceso penal ha tenido el Comité de Derechos Humanos de la ONU y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**CALDERÓN GONZÁLEZ, Jesús María.** *La ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo tributario* / Jesús M<sup>a</sup> Calderón González. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2011. 305 p.

*RESEÑA:* La ejecución de sentencias en todos los sectores del ordenamiento jurídico constituye una prescripción esencial de la tutela judicial efectiva. Y en el ámbito contencioso tributario, donde cada día se enjuician pretensiones de mayor importancia, la ejecución plantea una especial dificultad a los jueces y tribunales encargados por mandato constitucional de hacer ejecutar lo juzgado, dificultad acrecentada porque la misma se lleva a cabo por una de las partes del proceso, la propia Administración. Ello comporta que, en algunos casos, la ejecución sea incluso de mayor complejidad que la resolución del litigio origen de aquella.

Por eso surge este libro, en el que se tratan, en primer lugar, los rasgos generales propios de toda ejecución en el orden contencioso-administrativo y, a continuación, se examinan ya cuestiones propias de la ejecución tributaria a la vista de las resoluciones dictadas en este ámbito por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en concreto por su Sección Segunda, y por el Tribunal Supremo; si cabe incidente de ejecución en sentencias desestimatorias o que aún no son firmes, la no exigibilidad de intereses de demora sobre las sanciones tributarias, La imposibilidad de girar intereses suspensivos, en caso de estimación parcial del recurso, aunque sea insignificante la estimación, doctrina matizada en casos regidos por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Se recoge también la doctrina del Alto Tribunal sobre la inaplicación en general de la Ley 58/2003, a incumplimientos anteriores a la entrada en vigor de dicha Ley y un breve resumen de los votos particulares a dicha doctrina.

Igualmente se analizan otras cuestiones de interés como la relativa al «dies ad quem» de las liquidaciones de intereses a girar y la tesis reconocida por algunas resoluciones de la Audiencia Nacional que, en supuestos excepcionales, ha apreciado en las nuevas liquidaciones giradas por la Administración, tras una inicial estimación a favor del particular, un agravamiento de la situación de éste. La prescripción, también es objeto de análisis, así como la ejecución provisional de sentencia y sus requisitos.

Asimismo, se estudian otras cuestiones suscitadas diariamente tanto a los Tribunales como a los abogados, profesores, profesionales de la Justicia y ciudadanos en general.

**CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel.** *Videocámaras y prevención de la delincuencia en lugares públicos:*

**análisis jurídico y criminológico / Ana Isabel Cerezo Domínguez, José Luis Díez Ripollés.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. 174 p.

*RESEÑA:* El uso de cámaras de vigilancia en lugares públicos para prevenir la delincuencia es un fenómeno en expansión en nuestro país, al igual que en otros países de nuestro entorno.

Su generalizada implantación, sin embargo, plantea numerosos interrogantes en relación con los derechos individuales afectados y con la eficacia de sus prestaciones. El presente estudio realiza un análisis crítico de la regulación existente sobre su instalación y empleo. A continuación, expone los resultados del primer estudio empírico riguroso llevado a cabo en España sobre sus reales efectos en la prevención de la delincuencia y en los sentimientos de seguridad de la población. Las conclusiones obtenidas moderan significativamente las expectativas puestas en estos instrumentos técnicos.

**CÓDIGO Civil comentado / Directores Ana Cañizares Laso...[et al.].** Cizur Menor (Navarra): Cívitas, 2011. 4 v.

*RESEÑA:* La necesidad de unos Comentarios al Código Civil se pone de manifiesto cuando, como ocurre ahora, hay cambios consolidados en las convicciones sociales y una mayor litigiosidad que acompaña siempre a los momentos de crisis, sea ésta económica, cultural, familiar o de otra índole. Sin duda, nos toca vivir hoy una de esas etapas críticas cuyo resultado puede ser la puesta en cuestión de normas jurídicas que antes pasaban inadvertidas, su interpretación forzada, el predominio de la equidad con menoscabo de la seguridad jurídica o, lo que es peor, incluso modificaciones legislativas apresuradas e irreflexivas.

Es pues conveniente hacer en el actual contexto una exposición e interpretación seria sobre las normas del Código que permita valorarlas razonablemente, tanto para su aplicación en la práctica cuanto para una reforma futura, en no pocos aspectos aconsejable pero que debe ir precedida de la imprescindible reflexión que tenga en cuenta los nuevos problemas, la doctrina y la jurisprudencia más recientes, nuestra tradición jurídica y el Derecho comparado.

Todo ello es lo que pretende abordar y conseguir este Código civil comentado, para cuya redacción se ha contado

con juristas especializados en cada una de las materias, sean éstos académicos o profesionales competentes.

**COMENTARIOS a la Ley de Propiedad Horizontal / José María Miquel González, Director; José Miguel Rodríguez Tapia, Remedios Aranda Rodríguez, Coordinadores.** Cizur Menor (Navarra): Cívitas, 2011. 845 p.

*RESEÑA:* La Ley de propiedad horizontal posee extraordinaria trascendencia en la sociedad. Su gran vitalidad se manifiesta en la abundancia de decisiones judiciales, opiniones doctrinales e incluso en la frecuente intervención legislativa para reformar y actualizar sus preceptos con el fin de resolver los problemas que se van suscitando en su aplicación. En este comentario se ofrece un estudio riguroso y detallado de cada uno de los preceptos de la Ley orientado a su mejor aplicación práctica y combinado siempre con un cumplido análisis de jurisprudencia y doctrina.

**COMENTARIOS a la parte especial del derecho penal / Gonzalo Quintero Olivares (director); Fermín Morales Prats (coordinador); José Manuel Valle Muñiz ... [et al.].** 9ª ed. -- Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2011. 2440 p

*RESEÑA:* Esta nueva edición de los Comentarios a la Parte Especial en Derecho Penal incorpora las últimas reformas penales y recoge la evolución de la legislación extra penal que complementa los tipos penales. Asimismo, se incorpora la evolución de la jurisprudencia y de la doctrina en la materia.

**COOPERACIÓN judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa / Coral Arangüena Fanego (Coordinadora); [autores Jorge A. Alves Costa.. et al.].** Granada: Comares, 2011. XV, 301 p.

*RESEÑA:* Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre del 2009 y la adopción por el Consejo Europeo del 10 y 11 de diciembre del mismo año del denominado «Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia alcanza su rango de madurez y de consolidación legal, política e institucional dentro de las políticas centrales de la Unión Europea, en tanto competencia compartida (artículo 4.2.j del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), esto es, una competencia en la que «la Unión y los Estados

*Miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya» (artículo 2.2 del TFUE).*

*Grado de madurez debe entenderse en el sentido que una política cuya acta de nacimiento viable es la de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999, viabilidad además hecha posible gracias al pacto político decidido por los Jefes de Estado y de Gobierno en el Consejo Europeo de Tampere del 15 y 16 de octubre de 1999, en el que se adoptó el primer programa quinquenal de desarrollo del espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, ha conseguido en apenas 10 años su «droit de cité». Con cinco primeros años (1999-2004) en el que se pusieron las bases para crear un «espíritu de familia de la Unión», pasando del método de la «cooperación intergubernamental» al de la «cooperación interinstitucional», con la adquisición por la Comisión de un papel central de motor y la entrada gradual en escena del Parlamento Europeo y del sistema de toma de decisiones por mayoría cualificada en el Consejo y otros cinco (2004-2009) en los que, bajo el impulso del Programa quinquenal de La Haya, adoptado por el Consejo Europeo el 5 de noviembre de 2004, se desarrolla de manera exponencial el acervo de la Unión en estas áreas y los actores institucionales adoptan un aire y una metodología de trabajo similares a las de los otros ámbitos de acción material de la Unión, abandonando su espíritu «pionero» de los cinco primeros años.*

**CORDERO LOZANO, Carlos. Intereses, costas y reclamación de honorarios en el proceso penal / Carlos Lozano Cordero.** Barcelona : Bosch, 2011. 95 p.

*RESEÑA: Dentro de los cuantiosos gastos que motiva el proceso penal, las costas procesales constituyen la parte susceptible de ser reintegrada a quien los ha soportado indebidamente. La resolución procesal que contiene el pronunciamiento en costas (Sentencia, Auto o Decreto, según los casos) es un título ejecutivo ilíquido, que precisa un ulterior procedimiento de liquidación para fijar definitivamente su cuantía y posibilitar su ejecución. Los trámites necesarios para practicar la tasación de costas, se recogen tanto en la LECrim como en la LEC, por remisión normativa. En la presente obra se hace especial hincapié en las particularidades de la reclamación de*

*honorarios en el proceso penal, partiendo de la confusa regulación de las costas en este ámbito y sin olvidar que, tanto la doctrina procesalista actual como la jurisprudencia, coinciden en destacar su naturaleza procesal, cuyo fundamento no es el punitivo sino el resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados.*

**CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús María. El procedimiento abreviado en la jurisdicción contencioso administrativa/ Jesús María Chamorro González, Juan Carlos Zapata Híjar ; prólogo Segundo Menéndez Pérez.** 3ª ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2011. 256 p.

*RESEÑA: Nació «El Procedimiento Abreviado en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», junto con la Ley 29/1998 que lo creaba y pretendió desde el principio ser un libro de reflexión y ayuda tanto para los profesionales de la especialidad, como para los que se enfrentaban por primera vez con este novedoso procedimiento. De ahí que fuese necesaria una segunda edición que adaptase el libro a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria y que ahora sea también necesario presentar una tercera edición que actualice la obra y adecue los contenidos de la misma a las últimas reformas procesales y de forma ineludible a la Nueva Oficina Judicial, donde los protagonistas del proceso van a ser en mayor medida los Servicios comunes de tramitación y ejecución.*

**CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo L. La reforma de la Ley Orgánica del régimen electoral general / Ricardo Chueca Rodríguez, Juan Carlos Gavara de Cara; presentación y coordinación Emilio Pajares Montolío.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2011. 134 p.

*RESEÑA: Cambios, reformas y adaptaciones. La reforma de la LOREG: expectativas y alcance.*

**La DEFENSA de los consumidores y usuarios: (comentario sistemático del texto refundido aprobado por el Real decreto legislativo 1/2007): adaptados a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009 / Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo Carrasco (directores) ; autores María Dolores Adam Muñoz... [et al.].** Madrid: lustel, 2011. 2088 p.

*RESEÑA: Aunque aprobado en el año 2007, el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias ha*



sido afectado por dos reformas normativas de amplio calado con la finalidad de adaptarlo a la Directiva de Competencia Desleal y a la Directiva Servicios. Ambas reformas se incorporan a este trabajo, que constituye así la primera obra editorial de estas características que recoge esos cambios.

El lector encontrará aquí unos comentarios a dicho texto normativo ordenados por bloques temáticos, donde no solo se analiza todo su articulado, sino que también se avanza un paso más, acudiendo a la extensa legislación autonómica de protección al consumidor e incluso a otra legislación sectorial sin la cual ese estudio quedaría incompleto. Y todo ello rematado con un exhaustivo análisis doctrinal y jurisprudencial sobre cada una de las materias tratadas.

Para este ambicioso proyecto se ha contado con la colaboración de más de 20 especialistas en Derecho Administrativo, Derecho Civil, Derecho Internacional Privado, Derecho Mercantil y Derecho Procesal, con una dilatada trayectoria en el ámbito del Derecho del Consumo. Ese carácter multidisciplinar es una muestra más de que la legislación de protección de los consumidores es una pieza clave para comprender instituciones jurídicas esenciales como la responsabilidad civil o el régimen de la contratación y que además incide sobre asuntos de una especial trascendencia socio-económica, como la retirada de productos no seguros del mercado.

**DERECHO internacional de los derechos humanos / Carlos Fernández de Casadevante Romani (coordinador); Francisco Javier Quel López... [et al.].** 4ª ed. Madrid: Dilex, 2011. 892 p.

*RESEÑA:* Los Derechos Humanos no son teóricos ni ilusorios, sino concretos y efectivos. Tampoco son realidades estáticas sino que evolucionan con los nuevos tiempos y, en este sentido, nadie puede negar la relevancia actual que ha adquirido el Derecho internacional de los derechos humanos. Tales premisas constituyen el objetivo de esta monografía que no se limita a la exposición de los distintos convenios internacionales sobre derechos humanos sino que indaga y presenta la dinámica activa de los mismos inferida de los informes estatales sobre su grado de cumplimiento así como de los resultados de los distintos controles internacionales, incluidos los jurisdiccionales, que han generado una importante «jurisprudencia internacional» sobre la materia. Especial

énfasis se hace a la situación de España en este contexto, pues no sólo nuestro país es Estado parte en todos ellos sino que además por mandato constitucional los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos se han de interpretar conforme a este Derecho internacional de los derechos humanos.

**DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. V, La responsabilidad civil extracontractual.** Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2011. 514 p.

*RESEÑA:* Cualquier estudio que se acometa de la responsabilidad civil extracontractual tiene necesariamente que arrancar de lo dispuesto en el art. 1.902 CC, que dice que el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. Se trata de un precepto que se repite en los ordenamientos jurídicos y en los códigos civiles de la mayor parte de los ordenamientos actuales. Se aborda en la obra el Derecho de daños y de la responsabilidad civil extracontractual como una parte del Derecho de obligaciones, como viene siendo tradicional, caracterizado por funcionar en él una fuente de obligaciones distintas de las que aparecen en los demás, como pueden ser los contratos y los cuasi-contratos. No se discutirá que Derecho de daños sea parte del Derecho de obligaciones, pero nos inclinamos también al reconocerle una cierta dosis de autonomía.

**ESTUDIOS sobre la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la reforma continua y discontinua / Enrique Álvarez Conde, Alicia López de los Mozos Díaz-Madroñero, directores; Francisco Javier Sanjuán Andrés, coordinador.** [Madrid]: Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos, 2011. 406 p.

*RESEÑA:* La presente obra encierra una serie de trabajos centrados en la reforma de la Ley Orgánica de 5/1985, aunque sin que se haya producido una auténtica modificación de los elementos nucleares del sistema electoral español.

**ESTUDIOS sobre la sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña / Enrique Álvarez Conde, Cecilia Rosado Villaverde, directores; Francisco Javier Sanjuán Andrés, coordinador.** [Madrid]: Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos, 2011. 553 p.



*RESEÑA: La publicación no pretende ser un análisis global del Estatuto ni tampoco un estudio exhaustivo de las diferentes resoluciones judiciales producidas. Tan solo intenta ser una contribución más, dentro de las muchas que han aparecido o que surgirán en los próximos meses, de las principales cuestiones que se planteaban.*

**GÓMEZ DE LIAÑO Y GONZÁLEZ, Fernando.** *Ley de enjuiciamiento civil: notas y doctrina de Tribunales / Fernando Gómez de Liaño González, Rosa Gómez de Liaño Diego; con la colaboración de Paula Cienfuegos García...* [et al.]. 2ª ed. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2011. 3001 p.

*RESEÑA: Obra realizada analizando más de cinco mil sentencias, del Tribunal Constitucional, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales en torno a problemas de interpretación o integración del Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 para seleccionar las más interesantes, que han sido colocadas al lado de cada artículo para su mejor consulta, siendo además precedidas de un título que anuncian su contenido.*

*Algunos artículos contienen también una nota de los autores, todos profesionales del derecho, que aportan su experiencia, en la síntesis de toda una doctrina de los tribunales, surgida de la nueva legislación -todas las sentencias son posteriores al año 2000-, que viene a facilitar el enfoque de las cuestiones que se plantean con mas frecuencia en la práctica forense, y que suponen con excesiva frecuencia soluciones dispares según los diferentes tribunales. Las razones y fundamentos que en cada caso se manejan proporcionan al intérprete instrumentos de trabajo de máxima utilidad.*

**LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel.** *Delitos contra la Hacienda Pública / Luis Manuel Lombardero Expósito.* Barcelona: Bosch, 2011. 180 p.

*RESEÑA: La presente obra ofrece una completa y precisa aproximación al delito fiscal y sus «satélites» (delito contra la Seguridad Social, contable, etc.). Se trata de un estudio sobre los delitos contra la Hacienda Pública claramente encaminado a su aplicación práctica. Por todo ello, no estamos ante una publicación al uso en la que se debaten posiciones doctrinales sino ante un detallado estudio de las soluciones ofrecidas por los órganos judiciales partiendo del tratamiento y encuadre jurisprudencial de los problemas concretos.*

**LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo.** *Los límites de la vida y la libertad de la persona / Jacobo López Barja de Quiroga.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. 239 p.

*RESEÑA: La existencia o no de libertad respecto a la determinación de los límites de la vida constituye un tema permanentemente polémico y sujeto a muy diversas influencias (ideológica/religiosas). Por ello, la materia precisa de un necesario debate en el que se examinen y se reflexione sobre las diferentes opiniones formuladas al respecto y, al tiempo, se conozca la posición mantenida por los Tribunales, pues tanto el aborto como la eutanasia han dado lugar a casos muy discutidos. En el libro, además de exponerse las opiniones del autor, éste examina las resoluciones más importantes que se han dictado sobre la materia tanto por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos, para de esa manera contribuir a un debate absolutamente necesario y urgente en nuestra sociedad del siglo XXI.*

**LORCA NAVARRETE, Antonio María.** *¿Es constitucional el juicio verbal? ¿Es realmente la sumariedad un modelo de garantismo procesal? ¿ Son posibles los juicios sumarios civiles?: algunas concretas indicaciones al «problema» del «problema del juicio verbal» / Antonio María Lorca Navarrete.* San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2011. 59 p.

*RESEÑA: Los problemas que en la práctica forense plantea el denominado «juicio verbal» son de tan intensidad y complejidad que habría que preguntarse acerca de la conveniencia de seguir manteniendo el concepto de sumariedad aplicado a los mismos y, al propio tiempo, interrogarse si los juicios sumarios civiles como son los denominados juicios verbales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son constitucionales.*

**MAGRO SERVET, Vicente.** *Mediación penal: una visión práctica desde dentro hacia fuera / Vicente Magro Servet, Carmelo Hernández Ramos y J. Pablo Cuéllar Otón.* San Vicente (Alicante): Club Universitario, [2011]. 130 p.

*RESEÑA: Poder Judicial patrocina un programa piloto de mediación penal, al que se han adscrito más de treinta juzgados de instrucción y de lo penal a lo largo de toda la geografía hispana.*

*Es necesario reflexionar acerca de la mediación como instrumento perfectamente aplicable de justicia res-*

taurativa; en primer lugar, porque en estos momentos es indudable que la mediación penal vive un momento de creciente expansión en España; en segundo lugar, porque favorece la práctica de la mediación penal, es el único camino adecuado para lograr el convencimiento sobre su bondad y utilidad y, en tercer y último lugar, para concretar las posibilidades de implantación de la mediación en las distintas fases del proceso penal de acuerdo con la legislación vigente.

*Esta monografía sobre mediación penal tiene una vocación eminentemente práctica porque somos plenamente conscientes de que la mediación penal ya figura en España en la hoja de ruta de la modernización de la justicia elaborada por el Consejo General del Poder Judicial con el ánimo de reducir la litigiosidad de los juzgados penales.*

*Como parte de esa experiencia piloto del CGPJ, los autores de esta monografía ofrecen, de manera pormenorizada, cada uno de los elementos significativos del proceso de mediación penal para que los futuros mediadores penales encuentren un adecuado soporte práctico a la hora de poder aplicar la teoría disponible.*

**MARTINEZ GARCÍA, Elena. Esquemas sobre procesos por violencia de género / Elena Martínez García, Andrea Planchadell Gargallo, Ana Montesinos García.** Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. 118 p.

*RESEÑA: La presente obra pretende tener un sentido práctico y ágil en la comprensión del tratamiento de la violencia de género en sus diferentes etapas procesales. Cualquier profesional o persona interesada en conocer el proceso punitivo de la violencia sexista encontrará en estos esquemas una explicación ordenada y completa sobre el sentido y alcance introducido por la LO 1/2004, y otras normas de implementación posterior. Los presentes esquemas abordan las cuestiones esenciales suscitadas tras la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, muchas de ellas hoy plenamente superadas por la jurisprudencia, tanto las referidas a la delimitación de los tipos delictivos, la competencia de los Juzgados, sistema de garantías de imputado y víctima, realización de atestado, materia probatoria, medidas cautelares y ejecución de penas, temas acompañados de la jurisprudencia más consolidada. Este trabajo es fruto de años de estudio, seguimiento y colaboración con los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de Valencia, Fiscalía y la Oficina de la Víctima del Delito (FAVIDE).*

**MATE, Reyes. Tratado de la injusticia / Reyes Mate.** Rubí, Barcelona: Anthropos, D.L. 2011. 317 p.

*RESEÑA: La memoria es justicia. Con este lema el autor expresa: «porque la justicia ha pasado de virtud cardinal a fundamento moral de la sociedad. Ese cambio de lo «bueno» a lo «justo» ha sido saludado como un salto cualitativo pues hemos pasado de una justicia doméstica a otra capaz de plantearse criterios aceptables por todos de lo que es justo o injusto. Lo que pretendo es revisar críticamente este planteamiento señalando lo que se pierde en el paso de la justicia de los antiguos a la de los modernos y llamando la atención sobre un «equivoco originario» que malicia la calidad de los planteamientos modernos. Me refiero a la confusión entre desigualdad e injusticia. Se las toma por lo mismo cuando no lo son.»*

**MERELO ABELA, José Manuel. Urbanismo y justicia: cautelar y ejecutiva / José Manuel Merelo Abela.** Las Rozas (Madrid): El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), 2011. 744 p.

*RESEÑA: Esta obra aborda la respuesta jurisprudencial a las medidas cautelares que, con ocasión de la impugnación en vía contenciosa de actos y disposiciones de naturaleza urbanística, se plantean por las partes interesadas, así como a las múltiples y diversas cuestiones que surgen en la ejecución de las resoluciones judiciales sobre urbanismo, derivadas en buena medida de la difícil, cuando no imposible, reversibilidad de los procesos de transformación física y jurídica del suelo que ponen en marcha los actos y disposiciones impugnados.*

*Los criterios jurisprudenciales en materia de medidas cautelares pretenden alcanzar el siempre difícil equilibrio entre la efectividad de la resolución judicial que en su día se dicte y el interés público en no paralizar o demorar los desarrollos urbanísticos. La justicia ejecutiva, por su parte, se encuentra con la dificultad de conciliar el cumplimiento de las resoluciones judiciales con la realidad física y jurídica ya alterada por los actos y disposiciones en su día (a veces muchos años atrás) impugnados.*

*El autor, que cuenta en su haber con diversas obras sobre derecho urbanístico y posee un profundo conocimiento de la práctica procesal, por su condición de abogado en ejercicio, ha sabido extraer el contenido más relevante de la extensa y más actualizada jurisprudencia existente sobre ambas materias (justicia cautelar y ejecutiva*

sobre urbanismo), procediendo a su clasificación en muy detallados y útiles epígrafes, destacándose siempre el contenido esencial de las resoluciones judiciales estudiadas. Siempre que se ha estimado oportuno, se incluyen los comentarios que explican la inserción de la resolución examinada en una línea jurisprudencial determinada o contribuyen a precisar y valorar su alcance.

**MONTESINOS GARCÍA, Ana.** *El tratamiento procesal de las reclamaciones de escasa cuantía en Europa y Estados Unidos* / Ana Montesinos García. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2011. 268 p.

*RESEÑA:* Los obstáculos en la obtención de una sentencia rápida y poco costosa aumentan considerablemente en los asuntos transfronterizos, llegando a resultar excesivos cuando nos hallamos ante controversias que implican cantidades pequeñas de dinero. Es por ello que en el seno de la Unión Europea se ha aprobado el Reglamento (CE) nº 861/2007, por el que se regula un proceso europeo de escasa cuantía, que constituye un cauce procedimental común para todo el territorio de la Unión Europea, a través del cual se pretende proporcionar una tutela rápida y eficaz del crédito, permitiendo la obtención inmediata de un título ejecutivo que facilite el cobro de este tipo de deudas en los diferentes Estados miembros. Nuestro ordenamiento jurídico ha sido recientemente adaptado a este instrumento, por medio de la Ley 4/2011, de modificación de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos monitorio y de escasa cuantía. La presente monografía realiza un análisis comparado de las reclamaciones de escasa cuantía en Europa y en Estados Unidos, país pionero en la regulación de este tipo de reclamaciones. Ello garantiza al profesional un extensivo estudio de los aspectos más importantes a tener en cuenta en este proceso, con una visión estratégica sobre la litigación en Europa para la protección de las reclamaciones de escasa cuantía, tan presentes en la práctica forense y no siempre resueltas desde los Tribunales. En conclusión, el proceso de escasa cuantía supone un cambio en el paradigma de la protección del ciudadano en España.

**La NUEVA oficina judicial : ¿una oportunidad para la justicia?** Madrid: Fundación Antonio Carretero, 2011. 187 p.

*RESEÑA:* El día 5 de mayo de 2010 entraron en vigor las reformas procesales que permiten la implantación de la

nueva oficina judicial (NOJ). La trascendencia de esa reforma justificaba un libro como éste aunque lo cierto es que esa nueva oficina todavía no es una realidad implantada en todos los juzgados y tribunales ya que para su desarrollo son necesarios planes específicos destinados a la efectividad de la reforma, planes que están sometidos a la programación de medios humanos y materiales que depende del Ministerio de Justicia y de las Comunidades Autónomas que tiene asumidas estas competencias.

*Es una obra hecha por jueces pero no puede decirse que se trate de una obra «judicialista» ya que los análisis y propuestas que surgen de estas páginas no toman como punto de referencia al juez, ni siquiera al juzgado, sino que su referencia es el ciudadano, sobre el que debe pivotar cualquier reforma.*

**ORDÓÑEZ SOLÍS, David.** *Privacidad y protección judicial de los datos personales.* Barcelona: Bosch, 2011. 238 p.

*RESEÑA:* La privacidad no es una reliquia del pasado como puede llevar a pensar la expansión de Internet, el auge de las tecnologías de la información o la proliferación de las nuevas redes sociales. El derecho a la vida privada y a la protección de los datos personales se erige en una de las manifestaciones más significativas y sensibles de los derechos fundamentales en la sociedad contemporánea. La originalidad de esta obra, galardonada por la Agencia Española de Protección de Datos Personales, radica en mostrar cómo todas las vías de protección de la vida privada y de los datos personales convergen finalmente en los jueces. A tal efecto, la obra examina de qué modo se ejercen las potestades judiciales de anulación de las sanciones administrativas impuestas por agencias u organismos de supervisión, las sanciones impuestas en el ámbito penal y las indemnizaciones por los daños sufridos como consecuencia de injerencias en la vida privada o por el uso ilegítimo de los datos personales de los ciudadanos.

**PENAS comunitarias en Europa / Elena Larrauri y Esther Blay (Eds.).** Barcelona: Trotta, 2011. 123 p.

*RESEÑA:* En un intento de conseguir que la prisión no fuera la principal respuesta a la delincuencia, el Código penal español de 1995 aumentó el elenco de penas alternativas a la prisión. A pesar de ello y de posteriores reformas en la materia, desde la década de los ochenta la población reclusa en España no ha cesado de aumen-

tar. Ello es debido en parte a que las penas alternativas no parecen ser una respuesta convincente para determinado tipo de delincuentes.

*Este libro aborda los aspectos normativos de las penas comunitarias desde una perspectiva europea, algunos problemas relacionados con la supervisión judicial de las mismas y con la formación de los profesionales responsables de su aplicación, así como el contenido de estas sanciones penales tal como es vivido por los propios penados. Se intenta trasladar así la experiencia europea de que las penas alternativas provistas de una adecuada supervisión por parte de la Administración y los jueces pueden ser una respuesta a muchos delincuentes hoy innecesariamente encarcelados.*

**QUÍLEZ MORENO, José María. El proceso monitorio: estudio doctrinal, jurisprudencial y futura realidad de la e-Justicia / José María Quílez Moreno.** Madrid: La Ley, 2011. 620 p.

*RESEÑA: La protección del crédito tuvo un hito especialmente relevante en el Derecho español con la regulación del proceso monitorio en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Tras varios años de aplicación, el proceso monitorio se ha situado en la actualidad como procedimiento previo de más de una tercera parte del total de las ejecuciones del orden civil.*

*La presente obra, adaptada a las modificaciones producidas en la LEC por la Ley 13/2009 y la reciente Ley 4/2011, ofrece al lector un recorrido por los aspectos más significativos de nuestro proceso monitorio: su fundamento y naturaleza jurídica; el concepto y caracteres de la «deuda monitoria», y sus vicisitudes; los diferentes modos de acreditación de la deuda y sus peculiaridades; el órgano jurisdiccional y los problemas de competencia; el procedimiento y los diferentes modos de finalización, etc. Todo ello recogiendo las posturas doctrinales más relevantes sobre cada aspecto particular junto con referencias de numerosos pronunciamientos de Juzgados, Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores y/o Tribunal Supremo.*

*Como novedad, el autor introduce, además, unos capítulos dedicados a la incidencia progresiva que dentro del proceso monitorio comienzan a tener las nuevas realidades tecnológicas, y cómo se está produciendo un avance hacia los denominados contratos electrónicos, la factura electrónica y la firma electrónica, anticipan-*

*do aspectos que pudieran propiciar en el futuro la tramitación telemática de dicho procedimiento, en consonancia con el actual impulso de modernización de la Administración de Justicia para acercar la misma a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC).*

**REDES sociales y privacidad del menor = Social Networks and children's privacy / José Luis Piñar Mañas, director.** Madrid: Reus, 2011. 335 p.

*RESEÑA: No cabe duda, que la nueva forma de relacionarnos en los inicios del siglo XXI, con las infinitas posibilidades que hoy en día nos ofrecen las tecnologías de la información, resultan inquietantes por la dificultad de evaluar a la misma velocidad sus consecuencias. La calidad y cantidad de información acumulada sobre «todo» y «todos» en Internet supera cualquier concepto de privacidad que la sociedad moderna haya conocido hasta hoy, y si ya de por sí plantea problemas en los adultos, en el caso de los llamados nativos digitales, esa nueva generación que vive en internet, se hace todavía más patente.*

**La REFORMA del mercado de trabajo de 2010 / directores, Fernando Valdés Dal-Re, Elías González-Posada Martínez; autores, Milagros Alonso... [et al.]; Coordinador Alberto Valdés Alonso.** Madrid: Reus, 2011. 751 p.

*RESEÑA: El marco general de la reforma. Las medidas para reducir la dualidad y la temporalidad del mercado de trabajo. Las medidas para favorecer la flexibilidad interna negociada en las empresas y para fomentar el uso de la reducción de la jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo. Las medidas para favorecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas. Las medidas para la mejora de la intermediación laboral y sobre la actuación de las empresas de trabajo temporal.*

**RIVERA MORALES, Rodrigo. La prueba: un análisis racional y práctico / Rodrigo Rivera Morales.** Madrid [etc.]: Marcial Pons, 2011. 439 p.

*RESEÑA: Administrar justicia y despejar las situaciones de incertidumbre se realiza a través de un complejo proceso de conocimiento y de toma de decisiones, en las cuales intervienen activamente las partes y el juez. Obviamente, para obtener una decisión justa se requiere la combinación democrática y garantista de la actividad de las partes y el juzgamiento correcto del juez.*



*El problema mayor para la obtención de una sentencia justa deriva de la prueba y su conformación con la realidad. Debe reconocerse que los abogados no estamos suficientemente preparados en materia probatoria, ni la ciencia del Derecho se ha preocupado por la valoración racional garantista de los resultados. Esta obra mira la prueba desde la perspectiva de los hechos y hace un estudio desde la teoría científica factual y desde la psicología del conocimiento. Expresa que el proceso es y debe ser un medio eficaz y efectivo de conocimiento del caso, para lo cual se debe adelantar una actividad probatoria previa y dentro del proceso. En segundo lugar, se acomete el trabajo analítico de estudiar las reglas procesales y la forma de instrumentación de los medios probatorios en las que se opera el traslado de las fuentes de prueba al proceso para reproducir imaginariamente los hechos. En tercer lugar, se intenta establecer qué debe interpretarse por verdad material y la forma de alcanzarla en el proceso, desde una reflexión de la epistemología, la psicología del conocimiento y la metodología judicial de conocimiento. Finalmente, desde el garantismo se examina y postula la teoría de la valoración racional de la prueba como el sistema más acorde para lograr una auténtica administración de justicia y proferir un fallo justo sobre la base de la verdad o la probabilidad de la misma.*

**RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro.** Igualdad tributaria y tutela constitucional: un estudio de jurisprudencia: (Igualdad tributaria del art. 31.1 CE e igualdad ante la ley del art. 14 CE: el problema del recurso de amparo en materia tributaria). Madrid [etc.]: Marcial Pons, 2011. 253 p.

*RESEÑA: El libro del Prof. Rodríguez Bereijo es un ensayo sobre la aplicación del principio de igualdad tributaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular, aunque no únicamente, la recaída en los recursos de amparo. Dado que nuestra Constitución, además de la enunciación del principio general de igualdad ante la ley en el art. 14 CE, se refiere también a la igualdad tributaria, de manera específica, en el art. 31.1 CE, dicha aplicación ha resultado controvertida, sobre todo en las demandas de amparo constitucional en que los ciudadanos, apelando directamente a la Constitución, invocan los citados preceptos. El resultado es una línea jurisprudencial no siempre clara, en la que no es difícil advertir algún titubeo o vacilación del propio Tribunal Constitucional respecto*

*del entendimiento, desde el punto de vista dogmático, del principio de igualdad tributaria. Estas vacilaciones se deben tanto a la indeterminación y especial apertura del canon empleado (capacidad económica, igualdad) como a la deferencia, a veces excesiva, a la legítima libertad de opción del legislador en materia tributaria que reduce el juicio de igualdad a un juicio de mínimos: el mero control de la arbitrariedad de la diferencia de trato por medio de un criterio tan hábil como el de la razonabilidad. Después de examinar, de manera exhaustiva, la jurisprudencia tributaria en los recursos de amparo en que se invoca el principio de igualdad, se analizan los casos más relevantes de la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad tributaria: el impuesto sobre actividades económicas; la exención tributaria de las Cajas de Ahorros; el problema de la imputación de rentas en el IRPF; la tributación en el IRPF de las rentas y cargas familiares en los distintos tipos o situaciones de familia; las ventajas fiscales sólo para los residentes en territorios forales; el tratamiento fiscal de las rentas irregulares en el IRPF o la ficción legal de existencia de una ganancia patrimonial a título gratuito a los efectos tributarios de los distintos impuestos implicados.*

**RUBIO LARA, Pedro Ángel.** Las medidas de seguridad tras la reforma de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, del Código Penal: perspectivas doctrinales y jurisprudenciales. Problemas y soluciones / Pedro Ángel Rubio Lara. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2011. 138 p.

*RESEÑA: Las medidas de seguridad han sufrido un extenso debate en la doctrina científica, no sólo española, sino también en la extranjera. La jurisprudencia ha contribuido a perfilar algunos de sus aspectos.*

**RUIZ DE LA FUENTE, Consuelo.** Las intimaciones judiciales en el proceso civil / María Consuelo Ruiz de la Fuente. Barcelona: Atelier, 2011. 363 p.

*RESEÑA: Las intimaciones judiciales son una herramienta legal, efectiva y económica de la que disponen los litigantes y los tribunales de justicia para hacer cumplir las obligaciones procesales que pueden surgir en las diversas etapas de un proceso civil. Son necesarias para la eficacia del mismo y, en definitiva, para garantizar la tutela judicial efectiva y el cumplimiento de las resoluciones judiciales. A pesar de que los jueces y tribunales cuentan con facultades más que suficientes para hacerlas exigir*



bles, las intimaciones no siempre se han utilizado con todo el rendimiento que se podría obtener de ellas. La presente obra explica con el debido detenimiento cómo sacar provecho de este instrumento de factura sencilla, coste nulo y largo alcance operativo. En esta monografía se estudian de forma unitaria y sistemática todas las intimaciones judiciales del proceso civil desde una perspectiva práctica y creativa. Para ello se analiza en primer lugar el contenido, desarrollo y objetivos de las intimaciones judiciales existentes en forma dispersa y fragmentaria en todo el ordenamiento jurídico procesal civil. Posteriormente, se configuran los principios generales de esta categoría procesal y se determina la estructura básica que ha de contener toda intimación judicial para ser efectiva. Se llega así a configurar una institución de alcance general en el proceso civil, se abren vías para ampliar su ámbito de aplicación y se facilita e incentiva su utilización por los operadores jurídicos.

**SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. Justicia constitucional y procesos constitucionales.** Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2011. 512 p.

*RESEÑA:* El presente estudio «justicia constitucional y procesos constitucionales» analiza desde una perspectiva práctica el sistema de justicia constitucional español y los diferentes procesos que se siguen ante la jurisdicción constitucional. La obra intenta conciliar el estudio teórico y sustantivo riguroso, con el análisis procesal práctico del proceso jurisdiccional previo y los diferentes procesos constitucionales, dando una visión completa de la justicia y los procesos constitucionales en el ordenamiento español. Dadas las singularidades del Derecho Procesal Constitucional, en el estudio se realiza un análisis técnico preciso, en tanto que esencial para una buena práctica procesal en la jurisdicción constitucional. Partiendo de la definición del modelo de jurisdicción constitucional en España, los demás capítulos de la obra se dedican al estudio singular de cada uno de los procesos constitucionales, profundizando especialmente en los procesos de control de constitucionalidad y en el proceso de amparo.

En el ámbito de los procesos de inconstitucionalidad, se analiza el control de constitucionalidad de las normas y los procesos de inconstitucionalidad, en los cuales se incluyen tanto el procedimiento «a quo» seguido ante la jurisdicción ordinaria, como los procesos constitucio-

nales en sentido estricto, esto es, el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley.

En el proceso de amparo, se incluye un estudio sustantivo y procesal de los recursos de amparo por violación de los derechos y libertades públicos relacionados en el artículo 53.2, de la Constitución, con un estudio específico del recurso de amparo electoral.

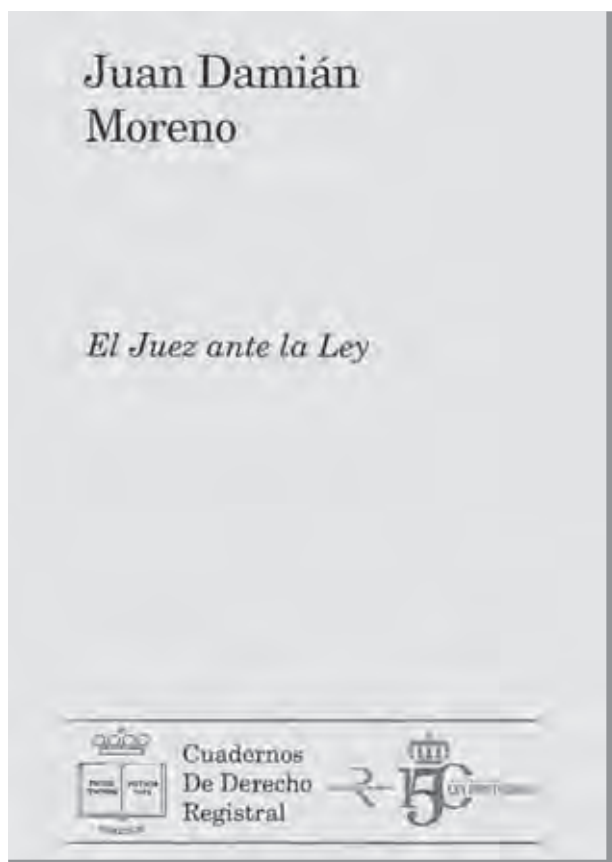
Finalmente, se analizan los procesos constitucionales de conflicto, el de impugnación de disposiciones sin fuerza de ley a que se refiere el art. 161.2 de la Constitución y el control previo de constitucionalidad de los Tratados. El texto se completa con un anexo de formularios, lo cual responde a la vocación práctica de esta obra, la cual pretende servir de instrumento útil y eficaz a quien interviene en el proceso constitucional. Por este motivo, se han incluido unos formularios de orientación de la práctica procesal constitucional, seleccionando los escritos que se han considerado más relevantes desde el punto de vista de la práctica procesal, con esta finalidad de ser una herramienta de utilidad en la práctica de los procesos constitucionales.

**VALLESPÍN PÉREZ, David. Aspectos procesales de los delitos contra la seguridad vial / David Vallespín Pérez.** Barcelona: Bosch, 2011. 181 p.

*RESEÑA:* La «delincuencia vial» (arts. 379 a 385 ter. del Código Penal) constituye uno de los ámbitos en los que se advierte con mayor nitidez la llamada «expansión del Derecho penal». El presente estudio monográfico examina, desde una perspectiva interdisciplinaria, los delitos contra la seguridad vial. Tras una exposición general de los ilícitos penales y, en base a la reciente reforma operada por la LO 5/2010, se aborda el estudio de sus aspectos procesales: las especialidades de los juicios rápidos en materia de seguridad vial; los problemas prácticos que plantean los tests de alcoholemia y de drogas; las presunciones, de difícil encaje constitucional, que incorporan los arts. 379.2 y 380.2 del Código Penal; la «sobreutilización» de la conformidad; y los problemas que caracterizan la ejecución penal, con especial referencia, desde un punto de vista criminológico, a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, la asistencia a «cursos de reeducación vial», y el comiso del vehículo. Y todo ello, completado con un índice bibliográfico y un amplio anexo jurisprudencial sistematizado por artículos y voces.

# el juez ante la Ley

Juan Damián Moreno



**J**uan Damián Moreno, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid, con epílogo de Valentín Cortés, presenta en la colección Cuadernos de Derecho registral este libro en el que se condensan las grandes cuestiones que llevan preocupando a los estudiosos del derecho en lo que se refiere a la posición que tienen los jueces en un Estado de derecho a la hora de aplicar la ley, con las consecuencias que las diferentes perspectivas han extraído de ese cometido: creación judicial del derecho, realismo judicial, el juez ante el derecho injusto, entre otras.

El libro consta de dos partes, el epílogo y la relación de la bibliografía citada. La primera parte lleva por título «una aproximación al proceso de formación de

las decisiones judiciales», la segunda «justicia, derecho y proceso».

El libro presenta dos notas singulares. En primer lugar destaca que el autor, siguiendo a Franz Kafka en su obra «Informe para una Academia», expone sus ideas bajo el formato de un informe o conferencia imaginarios, que conforma, a su vez, la primera parte del libro. La segunda nota singular es que en vez de prólogo tiene epílogo, lo que permite apreciar al lector el vigor de una visión diferente a la del autor sobre el tema analizado en el libro.

La primera parte, «una aproximación al proceso de formación de las decisiones judiciales», se presenta, como se ha indicado, en forma de informe a una Academia en el que el autor, al igual que el protagonista de la obra de Kafka (el simio que describe la transformación de su vida hasta convertirse casi en ser humano) manifiesta su transformación paulatina en el entendimiento de la función judicial, en la apreciación del modo en que se construyen las decisiones judiciales. Destaca que en el anticuado formalismo legalista la labor del Juez cuya labor se resumía en un solo término: la subsunción, dado que estaban sometidos exclusivamente al derecho promulgado por el legislador, consolidándose la corriente positivista. En esta fase, la actividad jurisdiccional es secundaria, sustitutiva de la conducta que debió ser observada por los sujetos de la relación material controvertida. Entiende el autor que la sistemática vulneración de los derechos humanos del nacionalsocialismo alemán dejaba inermes a los juristas alemanes cegados por el positivismo, cuyo cometido sólo tenía la referencia de la norma legal establecida por el órgano político competente, produciéndose una degradación de lo judicial a lo administrativo. ¿Debió venir la solución de manos del iusnaturalismo?

Se detiene el autor en el estudio del efecto que tiene Hans Kelsen en la ciencia del derecho, a la que despojó de cualquier consideración ética o ideológica, contra-

rrestando, a veces a su pesar, los excesos de la aplicación a ultranza de los postulados iusnaturalistas, intentando evitar el riesgo de que los Jueces eludieran el cumplimiento de la ley al socaire de una determinada concepción de la justicia.

Seguidamente, el autor expone al auditorio de la ficticia Academia el proceso intelectual que bebe de las opiniones de selectos intelectuales, prestando oídos a sus sabias enseñanzas, aceptando que la labor judicial es algo más y diferente a la mera aplicación mecánica de la ley, pero que ello no debe llevar a entender que el juez disponga de un margen de apreciación tan amplio que le lleve a convertirse en un creador del derecho.

A continuación el autor se detiene en la influencia del realismo jurídico americano, escuela que centra su estudio en la forma en que los jueces desarrollan su función jurisdiccional en una suerte de búsqueda de predicciones sostenibles que termina en lo contrario: la impredecibilidad de las decisiones de los tribunales y el escepticismo en los órganos creadores del derecho. Destaca el autor que, a diferencia de Inglaterra o Estados Unidos, nuestros jueces están sometidos a un régimen normativo dominado por un sistema en el que la ley constituye la fuente primaria del derecho. El juez es libre para elegir entre varias soluciones jurídicas, pero sus decisiones exigen un considerable esfuerzo para ajustarse a la legalidad.

Destaca que uno de los principios que caracterizan a las democracias de origen liberal es el haber establecido una nítida creación entre los órganos de creación normativa y los encargados de su aplicación, de manera que, tras un periodo de adaptación del derecho a la nueva realidad constitucional, no es extraño que, frente a criterios de justicia material, se reclame un esfuerzo para volver al rigor por parte de los jueces en la aplicación de un núcleo de leyes generales y coherentes con la Constitución. En este punto trae a escena a Dworkin, quien niega a los jueces la posibilidad de elegir entre varias opciones, debiendo el juez (*Hércules*) obtener la solución adecuada mediante la obtención dentro del ordenamiento jurídico de la regla o principio adecuados. Un paso más se da cuando aparece Zagrebelsky, que sin negar a la ley el valor que le corresponde, admite que el juez pueda crear derecho a partir de los principios constitucionales cuando dicha creación sea necesaria para satisfacer pretensiones fundadas en

derecho reconocidas por normas constitucionales. Matiza el autor que la preeminencia de la Constitución y su eficacia directa no debe llevar a inaplicar la ley por considerarla inconstitucional, pues para ello ha de acudirse al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Lo decisivo es que la sentencia se reconozca como una consecuencia lógica de la aplicación de los principios del derecho positivo y no como el fruto de la arbitrariedad del juez.

Concluye el autor esta primera parte con la reflexión de considerar que nuestra Constitución dispone de mecanismos para que ningún juez se vea jamás en la tesitura de tener que aferrarse a la legalidad para eludir su responsabilidad ante el terror y la barbarie, evitando así el miedo al derecho injusto, y que la subordinación de los jueces a la ley que es la expresión de la voluntad popular legitima el valor del derecho, si bien entiende que no debe desperdiciarse la experiencia acumulada en la aplicación judicial del derecho.

La segunda parte «justicia, derecho y proceso» permite al autor disertar sobre si el proceso es mecanismo de garantía de la observancia del derecho objetivo, o de tutela de derechos subjetivos, la necesidad de cerrar el conflicto o controversia en la cosa juzgada, los medios alternativos para resolver los conflictos jurídicos, el valor del cumplimiento de las normas, el valor también del derecho subjetivo y de otros ámbitos más amplios intereses, así como de la necesidad de su protección y tutela. Señala que no existen garantías jurídicas allí donde no existen garantías políticas, que la defensa del Estado no es algo ajeno a los individuos. Destaca la importancia del principio dispositivo, del que es manifestación en cierta manera el acudir a las vías alternativas de la resolución de los conflictos. También analiza el concepto de acción. Termina esta parte llamando la atención sobre el riesgo de la nueva cultura en la resolución de los conflictos por medios alternativos en los que queden atrapados los ciudadanos a modo de una red de la que quizás no puedan salir si no es sacrificando alguno de sus derechos o simplemente renunciando a su ejercicio.

Cierra el libro el epílogo de Valentín Cortés en el que se destaca la sumisión del juez a la ley, la necesidad de huir de la arbitrariedad y el respeto a la seguridad jurídica. Tras este epílogo se recoge una nutrida y selecta bibliografía.

# conflictos entre conciencia y ley

## Las objeciones de conciencia

Rafael Navarro-Valls  
Javier Martínez-Torrón



Este libro no es una ampliación del opúsculo dedicado a las «Las objeciones de Conciencia en el derecho español y comparado» (McGraw Hill, Madrid, 1997) en el que los profesores Navarro-Valls y Martínez-Torrón presentaban una sintética a la vez que muy completa panorámica sobre la objeción de conciencia. Es mucho más. Si aquél se destinaba al mundo universitario y pretendía básicamente hacer

asequible al estudiante las conclusiones de los estudios que sobre esa materia llevaban realizando los autores, este libro es más ambicioso, ya que tiene cierto afán, dentro de lo posible, de exhaustividad. Y- sirva la paradoja- una de las conclusiones que el lector extrae tras su lectura, y que no es ajena a la concepción de los autores, es que en materia de objeción de conciencia no cabe la exhaustividad. La aproximación a la materia ha de ser «calectoscópica»: cada imagen tiene sus singularidades y no es homologable a ninguna de las anteriores, ni de las posteriores. Eso implica un continuo e inacabable ir desde el principio al caso concreto; desde el caso concreto al principio. Recetas simples, axiomas incontestables, reglamentismos que traen tanta seguridad y uniformidad como injusticia, son inoperantes en este mundo. Todo necesita matizaciones y modulaciones: cada situación y cada contexto presenta peculiaridades.

Esa realidad justifica la opción metódica de los autores. Es algo más que una elección de sistemática tan válida como cualquier otra: con ella se quiere transmitir esa idea. No se encuentra en el libro lo que se podrá denominar una «parte general» de la teoría de la objeción de conciencia. Los dos primeros capítulos —«Libertad de conciencia y objeción de conciencia» y «La tutela jurídica de las objeciones de conciencia»- que ocupan tan solo setenta de las más de quinientas páginas del libro no pretenden serlo. Constituyen un somero acercamiento al tema, en el que, junto a un recordatorio de las ideas más generales y unas referencias básicas, queda enunciada ya una de las tesis principales del libro: precisamente por su versatilidad los conflictos entre ley y conciencia se resisten a un régimen legal global. Su abordaje requiere más bien un tratamiento jurisprudencial.

dencial. A partir de ahí cada uno de los capítulos se dedica a los diversos campos en los que han aparecido fenómenos de objeción de conciencia: servicio militar, obligaciones tributarias, aborto, bioética, tratamientos médicos, educación, uso de símbolos religiosos, jurado, juramentos, celebración de matrimonios del mismo sexo, relaciones laborales...

Destaca que, en cada capítulo, la exposición es muy viva: viene conformada por el relato de un buen número de supuestos reales que han dado lugar a la correspondiente respuesta de los tribunales. El sustrato de conflictos concretos surgidos de la posibilidad de ajustar el comportamiento a los dictados del propio código moral pese a suponer un apartamiento de la ley positiva, y la solución que han alumbrado los tribunales se recogen con profundidad pero a la vez con una agilidad y viveza que hacen muy fluida la lectura. Al hilo de cada supuesto, el lector, va oteando algunas conclusiones o, más bien, formando las suyas propias; reflexiones que irán confirmándose, variándose o completándose a medida que se van desgranando

Aunque, obviamente, a lo largo del texto se va reflejando el pensamiento de los autores, en la redacción se huye de todo aire «adoctrinado» o «dogmatizador». En efecto, no elaboran unos capítulos conclusivos ni plasman una especie de vademécum de soluciones o de principios, renunciando a verter bases teóricas o unos sistematizados y extractados postulados. En todo caso debe significarse que se proporciona una riquísima información de resoluciones de muy diversos tribunales, lo que se hace de modo crítico, sin esconder sus opiniones que obedecen a una línea

**Si alguien quiere saber cómo tratan la objeción de conciencia los Jueces y Tribunales, no solo de España sino de los principales países occidentales le bastará la lectura de esta monografía para formarse una idea muy completa**

de pensamiento coherente que se va perfilando a medida que avanza la exposición, pero predominando el tono informativo.

Si alguien quiere saber cómo tratan la objeción de conciencia los Jueces y Tribunales, no solo de España sino de los principales países occidentales le bastará la lectura de esta monografía para formarse una idea muy completa. Se prima la visión jurisprudencial. Lo que no redundo en menosprecio ni de las referencias legales ni del aparato bibliográfico. Son muy completas aquéllas, e ingente, el segundo, aunque están puestos al servicio de las resoluciones judiciales a través de las cuales se va engarzando el hilo argumental.

Todo ello no significa en absoluto que el libro constituya una mera recopilación erudita, ordenada y bien sistematizada de casos y jurisprudencia. Esa forma de exponer y ese tono en el que se premia la transmisión de los argumentos esgrimidos por el Tribunal en cada caso, no es una mera estrategia metódica, ni un tributo que pagar a la amenidad expositiva (que se logra indirectamente); es en el pensamiento de los autores, si no una necesidad, sí la mejor forma de abordar teóricamente esta realidad. Eso supone apostar por la ponderación, la valoración de todas las circunstancias de cada caso, el sopesar los distintos factores en juego en cada supuesto para llegar a soluciones prudenciales pegadas al terreno y a la persona, pero siempre congruentes con los principios y criterios de solución. «Ponderación», «razonable», «proporcionado», «mínimo posible», «equilibrio» ... y palabras y locuciones concomitantes, aparecen con frecuencia a lo largo del discurso. «El derecho no es entomología, y menos aún en el terreno de los derechos humanos, donde el entrecru-



zamiento y yuxtaposición de las libertades es la regla y no la excepción». Ante ese entrecruzamiento la técnica de la ponderación (*balancing process*) es la mejor de las herramientas.

La fuerte impronta de derecho comparado que marca el trabajo es otra de sus señas de identidad. Asomarse al otro lado del Atlántico, detenerse en Estrasburgo o viajar por, es una manera irrenunciable de abrir horizontes para «huir —como explican los autores— de ese doble defecto típico de una concepción provinciana del derecho: la arrogancia, que se precipita en descalificar lo que resulta extraño, y la ignorancia que aclama eufóricamente y sin sentido crítico las soluciones jurídicas extranjeras». La realidad contemplada es la misma. La forma de abordarla presenta muchas variantes que en ocasiones tienen mucho que ver con realidades sociológicas, culturales y también políticas. No se omite cuando resulta pertinente descubrir esos telones de fondo contextuales metajurídicos a los que frecuentemente no son impermeables —para bien o para malas decisiones o argumentaciones judiciales.

Además de la jurisprudencia española (tanto la del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional o la denominada «menor»), destaca el profundo conocimiento de la jurisprudencia recaída en Italia, Francia, Portugal, Alemania, Reino Unido, U.S.A, Canadá..., sin que falten referencias, aunque ya en apartados concretos, a Tribunales Iberoamericanos, de la India, Filipinas... Todos los pronunciamientos significativos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (también los emanados de la Comisión antes de la reforma de la institución) están comentados.

Si locativamente la panorámica es muy amplia, desde la perspectiva temporal es completa: algunos de los casos de que se da cuenta son de fechas muy próximas al momento —diciembre de 2010— en que los autores han puesto el punto final.

En esta obra los teóricos encontrarán abundante información y sugerentes ideas y reflexiones. Los operadores jurídicos no van a descubrir «la solución para su problema», pero sí una forma de razonar y de encarar el problema que le permitirá llegar a una solución ponderada, razonable que sea «buen derecho»; que no parta de un recelo o desconfianza inicial hacia lo que es la manifestación de un derecho fundamental, pero que sepa ubicarla y equilibrarla para salvaguardar todo el entramado de intereses y valores en juego.

Los jueces y tribunales utilizan con naturalidad la técnica de la ponderación en materias como el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor; o los derechos fundamentales individuales y la investigación de delitos. A la hora de decidir una intervención telefónica *a priori* no podrá decirse que en un caso es obligada y en otro inviable. Cumplidos unos mínimos presupuestos, será imprescindible conocer el contexto, sopesar si hay otros medios menos invasivos que sean igualmente eficaces; constatar si el sacrificio guarda correspondencia con el fin perseguido... Toda esa labor ha de reproducirse en cada caso. Algo esencialmente semejante es lo que proponen los autores en materia de objeción de conciencia: un protagonismo del poder judicial en aquellas concreciones a las que la ley no podrá nunca llegar.

## Presidencia

### Actividades relacionadas con la Función Judicial

- El 2 de noviembre el Presidente asistió a la presentación de la nueva Sede de la Audiencia Nacional en la C/ Goya de Madrid.
- El 21 de noviembre inauguró la «Reunión de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia en el Salón de Actos Solemnes del Palacio de Justicia de Pamplona.



- El 24 de noviembre clausuró, en un acto celebrado en el Salón de Plenos de este Consejo General, las Jornadas sobre Jurisdicción Militar que se celebraban en el mismo.
- El 28 de noviembre, en Vitoria, inauguró las XXI Jornadas de Jueces Decanos de España.

### Actividades con otras Instituciones

El 15 de diciembre el Presidente asistió a la Conferencia General de la Abogacía y a la entrega de Premios Derechos Humanos que otorga esta institución.

### Actividad institucional de Ámbito Internacional

- Entre los días 1 a 9 de octubre el Presidente asiste en Iberoamérica a diversos actos. Concretamente en la República Dominicana los allí organizados por la Cor-

te Suprema de Justicia para conmemorar el V Centenario de la Real Audiencia de Santo Domingo. En Colombia asiste y pronuncia una conferencia, en el «XVI Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria» que la Corte de Justicia de este país organizó en la localidad de Ibagué. En Panamá mantuvo un importante encuentro con miembros de la Corte Suprema de Justicia.

- Los días 13 y 14 de octubre, el Presidente asiste en Sofía (Bulgaria) a la Conferencia de Presidentes de Supremas Cortes de Justicia de la Unión Europea, donde es nombrado miembro del Consejo de Administración de esta Red.
- Los días 25 y 26 de octubre el Presidente asiste en Estambul al «Congreso Sobre Reformas en el Sistema Judicial Turco».
- Entre los días 28 a 31 de octubre el Presidente asiste en Asunción (Paraguay) a la cumbre de Jefes de estado Iberoamericanos, en calidad de observador como titular de la Secretaría Permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana.
- Dentro del ámbito de trabajo de la Cumbre Judicial Iberoamericana, el Presidente inauguró el 14 de noviembre la Ronda de Talleres de trabajos preparatorios de la próxima reunión.
- El 17 de octubre Carlos Dívar recibió al Presidente de la Corte Suprema de Justicia y al Procurador General de Panamá.
- El 4 de noviembre, recibió la visita del Magistrado del Tribunal Supremo de Japón Katsumi Chiba.

### Otros actos

- El 10 de octubre de 2011, presidió los actos celebrados por la Guardia Civil en honor de su Patrona en el Cuartel de la Batalla del Salado de esta capital, donde fueron impuestas condecoraciones del citado Benemérito Instituto a distintas autoridades judiciales, civiles y militares.
- El Presidente asistió el 12 de octubre a los actos celebrados con motivo del Día de la Hispanidad, desfile militar en el Paseo de la Castellana y posterior recepción ofrecida por SSMM los Reyes en el Palacio Real.

### Observatorio de Violencia doméstica y de género

Durante los días 16 y 17 de noviembre tuvo lugar, en el Salón de Plenos antiguo del Senado, el IV Con-

greso del OVDyG, que se celebra cada dos años, en el que participaron representantes de las Instituciones que forman este órgano cuya sede se encuentra en el Consejo General del Poder Judicial, y del que además son miembros el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, la Fiscalía General del Estado, el Consejo General de la Abogacía Española y las comunidades autónomas con competencias transferidas, este año representadas por la CCAA de Madrid.

Durante la celebración del Congreso se expusieron y debatieron cuestiones de trascendencia en la lucha contra esta lacra social ofreciéndose una panorámica de la violencia de género en el ámbito internacional, un análisis de las víctimas especialmente vulnerables de la violencia de género, como son los hijos e hijas menores, las mujeres inmigrantes, discapacitadas y personas mayores; asimismo se expusieron cuestiones relativas a la prevención y gestión del riesgo. La Presidenta del Observatorio, Inmaculada Montalbán, junto con la Fiscal de Sala Delegada Soledad Cazorla y el Delegado del Gobierno para la Violencia de Género, Miguel Lorente, expusieron la visión institucional en la conferencia inaugural titulada «violencia de género y justicia: ideas para un futuro cercano». (<https://picasaweb.google.com/116228736517462588630/IVCONGRESODELOBSERVATORIOCONTRALAVIOLENCIADOMESTICAYDEGENEROPRIMERDIA#>)

Además la Presidenta del Observatorio ha participado en las siguientes actividades:

- 25 de octubre. Clausura del curso organizado por el CGPJ sobre Lenguaje Jurídico y Género, en el que se expusieron las características del lenguaje sexista invitando a los participantes a debatir sobre la cuestión.
- 26 de octubre. Ponente en el Panel I: «La Configuración de la Vida Laboral, Personal y Familiar: La configuración del Derecho Constitucional a su tutela jurídica desde la crisis» en las Jornadas «Igualdad y Conciliación de la vida laboral, familiar y personal» organizadas por el Instituto de la Mujer, Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, Junta de Andalucía.
- 28 de octubre. Celebración de la sesión de constitución de la Comisión Mixta de Seguimiento en ejecución del Convenio de Colaboración entre las Consejerías de Gobernación y Justicia, y para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia para la actuación coordinada y la plena operatividad del Punto de coordinación de las órdenes de protección en violencia doméstica y de género en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- 23 de noviembre. Asistencia a la entrega de los VIII Reconocimientos contra la Violencia de Género organizado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.
- 25 de noviembre. El Pleno del CGPJ aprobó su declaración Institucional contra la Violencia de Género con ocasión de la conmemoración del Día Internacional para la eliminación de la Violencia contra las Mujeres.

### Actividad internacional

- Durante los días 5 y 6 de diciembre la Vocal Inmaculada Montalbán, participó como ponente en el I Encuentro Internacional sobre Violencia de Género Brasil-España 2011 organizado por la Escola da Magistratura do Estado do RJ (EMERJ) y por la Escuela de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados (ENFAM).
- El Observatorio, asimismo, ha recibido a Delegaciones Extranjeras, como a la Delegación de la República de Macedonia, presidida por la Presidenta del CGPJ Macedonia, Alexandra Zafirovska (<https://picasaweb.google.com/116228736517462588630/PRESIDENTADEL->



CONSEJODELAMAGISTRATURADEMACEDONIA-ALEXANDRAZAFIROVSKA?feat=email#); así como a una Delegación de Uruguay de expertos y expertas en Violencia de Género, y ha participado en diversas conferencias, como la que tuvo lugar el día 23 de noviembre en el Ayto. de Madrid sobre buenas prácticas frente a la victimización secundaria, y el 28 de octubre fue invitada por el Ateneo de Mahón para difundir la actividad de este organismo.

## Otros actos

- Firma del convenio marco de colaboración entre el Excelentísimo Ayuntamiento de Cádiz y el CGPJ de cometidos relativos al carácter constitucionalista de la ciudad de Cádiz y la conmemoración del Bicentenario de la Constitución de 1812.
- Además la Presidenta, a fin de difundir la actividad y objetivos del OVDyG, ha ofrecido entrevistas a diversos medios siendo las más destacables en la revista Yo Dona y en TVE.

## Mediación

- Los días 26 a 28 de octubre se celebró en Cádiz, el Congreso Nacional de la Abogacía, que en su décima edición abordó entre otros, el tema Abogacía y Administración de Justicia, con la intervención de la Vocal Delegada para la Mediación en la Mesa «Medios alternativos para la solución de conflictos».
- La clausura del III Master de Mediación de la Universidad de Granada, el pasado 10 de noviembre, estuvo a cargo de la Vocal Margarita Uría con la ponencia «La Mediación en el ámbito judicial». Organizado por la Fundación General UGR-Empresa y Escuela de Posgrado y con la colaboración de MEDIARA, Fundación Pública Andaluza «Centro para la Mediación y el Arbitraje de Andalucía, tiene por objeto dotar de una completa formación teórico-práctica en materia de Mediación en diferentes áreas: familiar, social, laboral, penal y está dirigido a licenciaturas y diplomaturas relacionadas con estas materias.
- I Congreso Nacional de Mediación y II Encuentro Nacional de Asociaciones de Profesionales de la Mediación. El acto de inauguración, tuvo lugar el pasado 17 de Noviembre en Málaga y contó con la presencia de la Vocal Delegada para la Mediación.
- El Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del día 24 de octubre de 2011, acordó la suscripción de un Convenio de Colaboración entre el CGPJ y el Excmo. Ayuntamiento de Badajoz, con el objeto de establecer el marco de colaboración para la puesta en marcha y desarrollo de una experiencia piloto de Mediación Intrajudicial Familiar en los Juzgados de Badajoz. Dicho acuerdo se materializó el pasado 1 de Diciembre en Badajoz, actuando por delegación y en representación del CGPJ, los Vocales Margarita Uría y Antonio Dorado, y en representación del Excmo. Ayuntamiento de Badajoz, su Alcalde, Miguel Ángel Celdrán Matute.
- La Universidad Carlos III de Madrid organiza, junto al Instituto Universitario Alonso Martínez de Justicia y Litigación, los días 12 y 13 de diciembre en el Iltre. Colegio de Abogados de Madrid, unas Jornadas sobre Justicia Restaurativa y Terrorismo, que llevan por título «El Estado de Derecho a Prueba: Seguridad, libertad y terrorismo». Presentan las Jornadas Margarita Uría, Ángel Juanes Peces, Presidente de la Audiencia Nacional, Angeles Amador Millán, Diputada de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid, y Víctor Moreno Catena, Secretario General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) y Director del Proyecto de Investigación las Privaciones de Libertad en los Procesos de Terrorismo.
- El Consejo General del Poder Judicial ha suscrito con la Fundación de Derechos Civiles, un Convenio de Colaboración para la creación de un servicio de Mediación Intrajudicial en los Juzgados de lo Social de Madrid, en virtud del Acuerdo adoptado por el Pleno del CGPJ en su sesión del día 28 de septiembre de 2011. El acto tuvo lugar el pasado 12 de Diciembre, en la sede del CGPJ en Madrid, siendo firmantes del Convenio los Vocales Margarita Uría y Antonio Dorado, por delegación y en representación del CGPJ y por el Patronato de la Fundación de Derechos Civiles, Carlos García Álvarez, Presidente de la Fundación. El acto contó con la asistencia del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid y el Decano de los Juzgados de Madrid.
- El pasado 19 de diciembre se entregaron los Premios Calidad de la Justicia 2011, que en esta 2ª edición de-

dica un especial reconocimiento a la labor mediadora, otorgando el «Premio 2011 a la Justicia más accesible», al Juzgado de Instrucción nº 73 de Madrid.

### Foro Justicia y Discapacidad

- Durante los días 20 de septiembre y 29 de noviembre de 2011 se han llevado a cabo reuniones para estudiar la repercusión de la crisis económica en el sector de la discapacidad: Propuestas y mecanismos de respuesta en el ámbito legislativo, judicial, Políticas sociales; los tratamientos forzados y los internamientos involuntarios; la Valoración crítica de la Ley 26/2011 y RD 1276/2011 y adaptación de la normativa de la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad y estudio sobre los derechos personalísimos de las personas con discapacidad: temas a tratar y ponentes.

### Jueces de Familia

- El 29 de octubre de 2010 tuvo lugar una reunión al objeto de preparar las próximas «VIII Jornadas de Magistrados/as de Familia», regulación de la mediación, propuestas concretas; la protección de los menores y la elaboración de un protocolo de mediación en el ámbito de tutelas.

### Relaciones con las Asociaciones Profesionales

- Los días 4 de julio y 13 de diciembre de 2011, se han mantenido dos reuniones con las Asociaciones Profesionales en las que se han debatido los siguientes temas: Estado de tramitación de la retribución variable; dación de cuenta de la ejecución del Reglamento de Carrera Judicial: reducción de Jornada y otras cuestiones; reunión con los nuevos Técnicos para diseñar la política en materia de prevención de riesgos profesionales.

### Estudios e Informes

Durante este trimestre se han aprobado los siguientes Informes:

- Informe al Proyecto de Real Decreto por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual (aprobado por la Comisión de Estudios e Informes de 22 de septiembre de 2011 y por el Pleno de 28 de septiembre de 2011).
- Informe sobre las implicaciones de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera), de 22 de junio de 2011, relativa al nombramiento de Magistrados Eméritos ante el Tribunal Supremo, en orden a la provisión de plazas en ese órgano y la dimensión de la planta judicial (aprobado por la Comisión de Estudios e Informes de 22 de septiembre de 2011 y por el Pleno de 28 de septiembre de 2011).
- Informe al Proyecto de Decreto que regula la composición y el funcionamiento de la Comisión de Codificación y del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña (aprobado por la Comisión de Estudios e Informes de 22 de septiembre de 2011 y por el Pleno de 28 de septiembre de 2011).
- Modificación de la Instrucción 1/2002, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 5 de noviembre de 2002, por la que se aprueban los impresos normalizados para su presentación directa por los ciudadanos en los supuestos previstos por la Ley de Enjuiciamiento Civil (aprobada por la Comisión de Estudios e Informes de 22 de septiembre de 2011 y por el Pleno de 28 de septiembre de 2011).
- Informe sobre las facultades de inspección del Consejo General del Poder Judicial y del Ministerio de Justicia en el ámbito de la Nueva Oficina Judicial (aprobado por la Comisión de Estudios e Informes de 22 de septiembre de 2011 y remitido a la Comisión de Inspección en tanto Comisión peticionaria).
- Informe al Proyecto de Decreto por el que se regula el Servicio de Asistencia a Víctimas en Andalucía (aprobado por la Comisión de Estudios e Informes de 13 de octubre de 2011 y por el Pleno de 24 de octubre de 2011).
- Alegaciones al Proyecto de Reglamento de la Carrera Fiscal (aprobadas por la Comisión de Estudios e Informes de 13 de octubre de 2011 y por el Pleno de 24 de octubre de 2011).
- Informe y Protocolo de Actuación Judicial para supuestos de grandes catástrofes (aprobados por la Comisión de Estudios e Informes de 15 de noviembre de 2011 y por el Pleno de 23 de noviembre de 2011).
- Informe sobre aspectos relativos a la aplicación del régimen de protección de datos personales en el ámbito judicial (aprobado por la Comisión de Estudios e Informes de 15 de noviembre de 2011 y remitido a las distintas unidades peticionarias).



## Relaciones Internacionales

### Cumbre Judicial Iberoamericana

En relación con la Cumbre Judicial Iberoamericana, de la que el CGPJ ostenta la Secretaría Permanente, los días 5 y siguientes de octubre tuvo lugar, en la ciudad de Managua, la segunda reunión preparatoria. Además del 14 al 16 de noviembre se celebró la III Ronda de Talleres, en Cádiz, organizada por el Servicio de Relaciones Internacionales. La última reunión preparatoria, antes del Plenario que tendrá lugar en abril en Buenos Aires, se celebrará en la ciudad de Quito a finales de febrero o principios de marzo.

### Red Europea de Consejos del Poder Judicial

En el ámbito de la Red Europea de Consejos del Poder Judicial, cuya Presidencia la ostenta el Vocal Miguel Carmona, han seguido celebrándose las reuniones de los diferentes grupos de trabajo, de los cuales, el CGPJ por medio del Vocal Antonio Monserrat ha venido coordinando el de «Development of Minimum Judicial Standards». Es de destacar la reunión que hubo en La Haya, a mediados de septiembre y cuyo objetivo era presentar y dar inicio a la actividad de los grupos de trabajo.

### Marruecos/ España

Finalmente el VI Encuentro hispano-marroquí, debido a las elecciones que tuvieron lugar en Marruecos, se ha pospuesto hasta 2012 y tendrá lugar en la ciudad de Madrid a finales de enero, estando en ese momento tramitándose su organización

### América

En el marco de los PIFTE (Programa Iberoamericano de Formación Técnica Especializada), se han celebrado, en los meses de Octubre y Noviembre, dos cursos en el Centro Iberoamericano de Formación de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) sobre los temas del Jurado y el Acceso a la Justicia, respectivamente. Estos cursos vienen financiados por la AECID y son coordinados por el CGPJ.

Asimismo, a finales de noviembre tuvo lugar en Quito, el encuentro de Magistradas de Altos Órganos Judiciales, en el que participaron, en representación del CGPJ, la Vocal Gemma Gallego y del TS, la Magistrada Milagros Clavo.

### Eurosocial II

Dentro del marco de Eurosocial II, en la semana del 7 de noviembre, ha tenido lugar en la ciudad de Bogotá el I Encuentro cuyo objetivo era la elaboración de los futuros perfiles de proyectos sobre el área temática de acceso a la justicia. Se va a realizar un proyecto con tres componentes, de los que el relativo a los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, va a ser ejecutado conjuntamente por el CGPJ y la COMJIB.

### Hermanamientos

Durante el último trimestre del año, han seguido las conversaciones y reuniones para elaborar el contrato relativo a la ejecución del proyecto twinning de la Comisión Europea en Croacia sobre «Professional Development of Judicial Advisors and Future Judges and State Attorneys through Establishment of Self Sustainable Training System». Este proyecto viene liderado por el CGPJ y participan en calidad de socios juniors Italia y Finlandia. Se prevé que el proyecto pueda iniciarse a mediados de abril de 2012

### REJUE-REDUE

En el mes de Octubre se ha celebrado en Águilas (Murcia) los encuentros anuales de los miembros de la REJUE (Red Judicial Española) y de la REDUE (Red de Expertos en Derecho Comunitario).

## Relaciones Institucionales

### Convenios

Durante este trimestre se han aprobado los siguientes Convenios:

## Pleno de 28 de septiembre de 2011

- Convenio de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y la Universitat de València. Estudio general. Para el establecimiento de un marco de actuación para la colaboración entre la UV y el Consejo General del Poder Judicial en actividades de estudio, formación y desarrollo de la modernización de la justicia, a desarrollar conjuntamente por la UV, a través de sus Departamentos e Institutos, y por el Consejo General del Poder Judicial.
- Acta de adhesión al Convenio de colaboración entre la Comunidad Autónoma de Madrid, la Fiscalía General del Estado, el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Trabajo e Inmigración para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y la ejecución de las sentencias condenatorias.
- Convenio marco de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y el Excmo. Ayuntamiento de Cádiz, de cometidos relativos al carácter constitucionalista de la ciudad de Cádiz y la conmemoración del Bicentenario de la Constitución de 1812.
- Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Consorcio para la conmemoración del II Centenario de la Constitución de 1812 con motivo de los actos de celebración del II Centenario de la Constitución de 1812.

## Pleno de 24 de octubre de 2011

- Convenio de colaboración entre el Excmo. Ayuntamiento de Badajoz y el Consejo General del Poder Judicial, actuando por delegación el Decanato de los Juzgados de Badajoz. Cuyo objeto es establecer un marco de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, a través del Decanato de los Juzgados de Badajoz, y el Ayuntamiento de Badajoz para la regulación, desarrollo y funcionamiento de un programa piloto de mediación intrajudicial.

## Pleno de 23 de noviembre de 2011

- Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y la Diputación de Cádiz para la celebración en

Cádiz de la III Ronda de Talleres de Cumbre Judicial Iberoamericana.

- Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ayuntamiento de Cádiz para la celebración en Cádiz de la III Ronda de Talleres de Cumbre Judicial Iberoamericana.
- Acuerdo marco de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España y la Corte Suprema de Justicia de la República de Paraguay. Cuyo objeto es «regular de manera genérica la colaboración en materia de justicia entre ambas instituciones».
- Acuerdo de cooperación en ejecución del proyecto «Derechos Humanos en el marco del proceso penal: «Un laboratorio penal sobre la aplicación de los instrumentos comunitarios» con la Escuela Nacional de la Magistratura Francesa. Para establecer los derechos y las obligaciones de las partes con la intención de implementar el Acuerdo de Subvención nº JUST/2010/JPEN/AG/1607 – Los Derechos Humanos en el marco del proceso penal: Laboratorio Penal para la implementación de los instrumentos legales de la UE», firmado entre la Comisión Europea y L'École Nationale de la Magistrature (ENM) en el programa JLS 2010 –Justicia Penal– el 29 de abril de 2011».
- Acuerdo entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo e Inmigración, el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio Fiscal para la implantación del protocolo marco de protección de las víctimas de trata de seres humanos. Pretende dar una atención integral a las personas víctimas del delito de trata de seres humanos, sin discriminación alguna por razón de sexo, nacionalidad o situación administrativa en el caso de supuestas víctimas extranjeras, en los términos establecidos en el Protocolo Marco de protección de las víctimas de trata de seres humanos. Este Acuerdo y Protocolo están publicados en la pág. Web. Del CGPJ.

## Reuniones

- Jornadas de Presidentes de Audiencias Provinciales en La Rioja, los días 3, 4 y 5 de octubre de 2011.
- VIII Encuentro de Magistrados Especialistas de lo Mercantil en Sevilla, los días 2 a 4 de noviembre de 2011.

- Jornadas de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia en Pamplona, los días 20 a 23 de noviembre de 2011.

*Las conclusiones de estas reuniones están publicadas en la página Web del Consejo.*

## Calificación

### Comparecencias

El 20 de septiembre de 2011 tuvo lugar la entrevista de los aspirantes a la Jefatura de Área de Informática Judicial.

El 30 de noviembre de 2011 comparecieron los aspirantes a la Presidencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede en Málaga-.

Ese mismo día tuvo lugar la entrevista de los aspirantes a la Presidencia de la Audiencia Provincial de Cuenca.

Así mismo, el 30 de noviembre de 2011, compareció el aspirante a la Presidencia de la Audiencia Provincial de Lleida.

### Nombramientos

#### Pleno del 28 de septiembre de 2011

- Eduardo Espín Templado, nombrado en propiedad, Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, correspondiente al turno de juristas de reconocida competencia.
- Vicente Magro Servet, Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante.
- José Luis Seoane Spiegelberg, Presidente de la Audiencia Provincial de A Coruña.
- Antonio Alcalá Navarro, Presidente de la Audiencia Provincial de Málaga.
- Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate, Presidente de la Audiencia Provincial de Soria.
- Antonio Reinoso Reino, Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla.

- María Pía Calderón Cuadrado, Magistrada de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, turno de juristas.
- María del Mar Martínez Sánchez, Jefa de Área de Informática Judicial.
- Francisco Sospedra Navas, Jefe de Sección de Régimen Disciplinario.

#### Pleno de 24 de octubre de 2011

- José Manuel Maza Martín, nombrado en propiedad, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.
- Enrique Alday Figueroa, Jefe de Sección de Prevención de Riesgos Laborales (Medicina del Trabajo) del Servicio de Personal Judicial.
- Marta Elena Fernández de Frutos, Jefa de Sección de Formación Inicial en la Escuela Judicial.
- Carmen Renedo Juárez, Jefa de Sección de Prevención de Riesgos Laborales (Ergonomía y Psicología Aplicada) del Servicio de Personal Judicial.

## Modernización e Informática Judicial

### Premio Calidad de la Justicia 2011

El jurado de los Premios a la Calidad de la Justicia 2011 ha decidido otorgar los galardones de esta segunda edición a siete iniciativas, de un total de 21 proyectos presentados:

- **Experiencia para conseguir una Justicia más eficaz**
  - Órganos Judiciales: Oficina de Presentaciones del Juzgado de Guardia de Valencia.
  - Entidades públicas: Dirección General de Modernización de Cataluña. Sistema de Gestión de las Piezas de Convicción.
- **Experiencia para conseguir una Justicia más transparente**
  - Órganos Judiciales: Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
  - Entidades públicas: Consejería de Educación de Murcia y Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Figura del Juez de Paz Educativo.



- **Experiencia para conseguir una Justicia más accesible**

- Órganos Judiciales: Juzgado de 1ª Instancia 73 de Madrid. Proyecto piloto de Mediación intra-judicial.
- Entidades Públicas: Cuenta Depósitos y Consignaciones de Banesto y Expediente electrónico en la Justicia Gratuita del Consejo General de la Abogacía Española.

La entrega de premios tuvo lugar en Madrid el pasado día 19 de diciembre en el salón de actos del Consejo General del Poder Judicial, en una ceremonia presidida por Carlos Dívar, presidente del Consejo y del Tribunal Supremo.

Los Premios a la Calidad de la Justicia se convocan para distinguir a los órganos jurisdiccionales, oficinas judiciales, entidades y organismos relacionados con la Administración de Justicia, que hayan destacado por sus actividades de mejora de la calidad del servicio público y por la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos mediante buenas prácticas de gestión.

Se otorgaron dos premios en cada una de estas tres modalidades: Justicia más eficaz, Justicia más transparente y Justicia más accesible.

El jurado de esta edición ha estado compuesto por Fernando de Rosa, vicepresidente del CGPJ y los vocales Antonio Dorado y Miguel Carmona, así como

por Juan Carlos Estévez, presidente del Consejo General de Procuradores de España, y Victoria Ortega, secretaria general del Consejo General de la Abogacía Española.

### Punto Neutro Judicial

Más de dieciséis millones de consultas y 25.000 usuarios. El Punto Neutro Judicial cerrará este año con estas cifras récord. Esta plataforma de consulta y de conexión de redes celebrará en 2012 una década de existencia, aunque hay que remontarse a 1995 para localizar sus orígenes: fue cuando se produjo la primera conexión entre un centro de petición de datos judiciales con la Agencia Tributaria.

El Punto Neutro Judicial es un instrumento útil para el trabajo diario de los Juzgados y Tribunales. Permite encontrar con facilidad la información asociada a todas las partes implicadas en un proceso judicial.

Toda consulta se realiza bajo resolución judicial, el acceso es restringido y las peticiones se abordan desde un entorno seguro de identificación.

El Punto Neutro Judicial permite las comunicaciones entre las distintas Redes Judiciales de las Comunidades Autónomas, Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Proporciona servicios de consulta a los Juzgados y Tribunales, sobre datos de interés para el mejor funcionamiento de la Administración de

Justicia, que son responsabilidad de diferentes instituciones, aislándoles de la complejidad de uso.

En estos diez años, el Punto Neutro se ha convertido en una pieza fundamental de la Administración de Justicia. Creado en 2002 por el CGPJ, que es responsable de su gestión, cuenta con casi 25.000 usuarios.

Esta plataforma aporta 34 servicios de consulta e intercambio de información a disposición de los órganos judiciales y, por ende, al servicio de la función jurisdiccional. Desde bibliotecas judiciales, a las bases de datos de la Agencia Tributaria, Seguridad Social, INE, Archivo de Poderes de Representación Procesal, Dirección General de Tráfico, directorios de profesionales jurídicos, Cumplimiento Pena de Trabajos Comunitarios, Gestión de Biblioteca FGE, Catastro, INEM, Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior, Policía, DNI, Registro Mercantil Central, Registro Central Sentencias Firmes de Menores, Registro Central de Rebeldes Civiles, Consulta de Estadística Judicial, Gestión gubernativa, Infraestructura de Partidos Judiciales, Área de Secretarios de Gobierno, Cuentas Depósitos y Consignaciones Judiciales, Juicios rápidos...

En el año 2008 existían sólo 18 servicios y casi dos millones de consultas. Pero en estos tres años transcurridos, el Punto Neutro Judicial ha dado un salto, al convertirse en una herramienta útil y de fácil acceso con crecimientos del 249 por ciento en 2010 y del 75 por ciento en 2011.

Está previsto incrementar el número de servicios prestados a los órganos judiciales, a un ritmo de uno o dos cada seis meses. Por ejemplo, se están iniciando los pilotos de nuevos servicios de embargos automatizados de los saldos en cuentas corrientes a la vista en las entidades financieras, de comunicaciones seguras, o el de itineraciones de exhortos.

Diez años y dieciséis millones de peticiones anuales para el mayor punto de consulta judicial de España.

## Servicio de Embargos Telemáticos

El servicio de embargos telemáticos sobre «cuentas bancarias a la vista» es un nuevo servicio accesible a través del Punto Neutro Judicial (PNJ) que proporciona

a los órganos judiciales un automatismo para facilitar la realización de embargos de cuentas a la vista de forma más rápida, fácil y completa. Realiza varias tareas simultáneamente: averiguación patrimonial, solicitud de embargos, traba y desbloqueo de cuentas, y transferencia a las cuentas de consignación. Y todo ello sobre las más de 200 entidades financieras del país.

Este proyecto comenzó su andadura en noviembre de 2007 con la firma de un convenio entre la Asociación Española de Banca (AEB), la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA), la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC) y el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) que tenía como objeto agilizar la transferencia telemática, entre las entidades financieras y los órganos judiciales, de datos de carácter bancario, órdenes de embargo y bloqueo de cuentas bancarias sobre aquellos sujetos que se encuentren incurso en un proceso judicial.

En febrero de 2011, cada una de las entidades financieras españolas formalizó su adhesión al servicio de embargos con la firma de un escrito de adhesión que las comprometía a aportar los recursos humanos y técnicos necesarios para el desarrollo del servicio de embargos telemáticos. Actualmente el 90% de las entidades españolas han firmado dicho convenio de adhesión con el CGPJ, lo que demuestra la trascendencia e importancia de este proyecto.

El 18 de octubre del presente 2011, se han iniciado los primeros envíos reales desde los órganos judiciales elegidos y con 28 entidades financieras que ya están plenamente integradas con el Punto Neutro Judicial. Hasta la fecha han sido un éxito y el sistema responde a los objetivos esperados. Con objeto de desplegar el nuevo servicio con la prudencia que requiere unas operaciones de esta importancia se ha considerado una incorporación controlada de órganos judiciales y entidades financieras, hasta conseguir completar el conjunto del estado, algo que se prevé conseguir en el primer semestre del año 2012.

Este servicio supone un gran ahorro de tiempo y recursos y, a su vez, ayuda de forma decidida a la consecución del interés público superior de agilización de la justicia, redundando en el reforzamiento del derecho fundamental de todos los ciudadanos a una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos.



## Unidad de Atención al Ciudadano

Por parte de la Unidad de Atención al Ciudadano se han llevado a cabo las siguientes actividades:

- Participación activa en el Proyecto de Presentación Oficial y Jornadas de Divulgación a nivel nacional de la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia de Panamá. Se trata de un Proyecto dirigido por el Fondo Mixto Hispano Panameño de Cooperación y en el que el Consejo General del Poder Judicial presta su colaboración. Lo que se busca es la elaboración e implantación de una Carta de Derechos de las Personas ante el Sistema Judicial panameño (a semejanza de la Carta de los Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia de 16 de abril de 2002 que existe en España).
- Participación en la formación impartida por la Escuela Judicial (Magistrados del 4º turno el 21 de septiembre y 63ª promoción jueces los días 22 y 23 de septiembre).
- Actividades de formación en materia de «Atención al Ciudadano y Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia» en el ámbito del Convenio suscrito entre el Centro de Estudios Jurídicos / Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial. Curso a Fiscales de la 51ª promoción (30 de septiembre), 3ª promoción funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa el (27 de septiembre de 2011) y 37ª promoción de Secretarios Judiciales (20-21 de octubre y 24-25 noviembre).
- Actividades de formación a funcionarios en colaboración con la Junta de Andalucía y en el ámbito del Plan de Formación del IAAP para el año 2011 (cursos en materia de atención e información a la ciudadanía en todas las capitales andaluzas, salvo Almería, a realizar durante los meses de octubre y noviembre de 2011).
- Elaboración Folletos informativos en materia de procedimiento monitorio en la jurisdicción social (Ley 36/2011).

- Colaboración con la Sección de Estudios e Informes en la elaboración de un Borrador de Reglamento de Quejas (en fase de estudios y discusión).

## Escuela Judicial

### A) Selección

#### Categoría Juez

Los seis tribunales calificadoros que evalúan el segundo ejercicio de la oposición 2011 (proceso selectivo convocado por Acuerdo de 31 de enero de 2011, de la Comisión de Selección) comenzaron a examinar el 19 de septiembre, estando prevista la finalización de las sesiones en febrero de 2012.

#### Categoría Magistrado

El 25 de noviembre concluyó la segunda y última fase del proceso selectivo convocado por Acuerdo de 23 de septiembre de 2010, del Pleno del CGPJ. El nombramiento de los 56 nuevos magistrados, 30 correspondientes a la especialidad civil-penal, 16 a la social y 11 a la contencioso-administrativa, magistrados que conforman la Promoción 18ª de esta vía de acceso, se produjo por Real Decreto 1770/2011, de 25 de noviembre (BOE del 14 de diciembre). El 19 de diciembre, el Presidente del CGPJ, Carlos Dívar, presidió el acto solemne de entrega de despachos.



## Especialistas Civil y Penal

El Pleno del CGPJ designó el pasado 23 de noviembre los integrantes de los Tribunales calificadores de estos procesos selectivos (convocados por sendos Acuerdos de 30 de junio). La presidencia de los mismos recayó en los Presidentes de las Salas 1ª y 2ª del Tribunal Supremo, D. Juan Antonio Xiol y D. Juan Saavedra.

## B) Formación

- VI Jornada entre Magistrados/as de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y la Abogacía del Estado (7 de noviembre).
- Encuentro de Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo (14 y 15 de noviembre).
- V Jornadas sobre Jurisdicción Militar (22 a 24 de noviembre).

## Cendoj

### Tercera Ronda de Talleres de la XVI Cumbre Judicial Iberoamericana

Se ha celebrado en Cádiz, entre los días 14 y 16 de noviembre, la Tercera Ronda de Talleres que ha reunido a sesenta y dos personas en representación de veintitrés poderes judiciales de habla hispana y portuguesa. El Centro de Documentación Judicial ha participado en este encuentro dentro del grupo de trabajo del Portal Iberoamericano del Conocimiento Jurídico, cuyo objetivo principal es el de contar con una herramienta que permita el acceso a las fuentes de información jurídica y legislativa a escala iberoamericana.

### Reunión anual de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia

Entre los días 20 y 23 de noviembre, se reunieron en Pamplona, dieciséis de los diecisiete Presidentes de





los Tribunales Superiores de Justicia. Con ocasión de este encuentro que se celebra con una periodicidad anual y en el que se abordaron, entre otros, temas como el papel constitucional del Poder judicial, su efectividad, el desarrollo de la Nueva Oficina Común, así como el estudio de sus principales necesidades y posibles reformas, el Cendoj participó en el mismo presentando el nuevo entorno de la extranet para jueces y magistrados.

En dicho encuentro se volvió a tratar de la importancia de acomodarse, por parte de todos los Tribunales Supremos, al sistema europeo de identificación unitario de la jurisprudencia (ECLI). Si bien, España sigue siendo el único país que ofrece la jurisprudencia en abierto para todos los ciudadanos y que por lo tanto la tiene en disposición de compartir. Por lo que una vez más, cada representante de los Estados Miembros participantes, fue exponiendo la situación en la que se encuentra la difusión de la jurisprudencia y los pasos a dar para conseguir ponerla en común.

### **XXI Reunión Nacional de Jueces Decanos de España**

En el seno del XXI encuentro anual celebrado en Vitoria los días 28, 29 y 30 de noviembre y al que asistieron Jueces Decanos de cuarenta y tres ciudades españolas en representación de mil ochocientos sesenta y cuatro magistrados, se presentó por el Centro de Documentación Judicial, el nuevo entorno de la extranet entre cuyos objetivos se encuentra el de reforzar la participación y colaboración entre usuarios a fin de facilitar y mejorar la labor desempeñada por jueces y magistrados.

### **Reunión Informativa del Portal Europeo de Jurisprudencia**

El día 8 de diciembre el Cendoj acudió a la reunión informativa del Portal Europeo de Jurisprudencia organizado por la red de Presidentes de Tribunales Supremos y que tuvo lugar en Bruselas.



## En el próximo número:

- Entrevista al Ministro de Justicia, D. Alberto Ruiz Gallardón.
- Tribuna: Magistrado Presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.
- Reportaje: la Escuela Judicial.
- Foro de Opinión: «El modelo de selección de jueces».