MANUEL MARCHENA

La justicia AMENAZADA



ESPASA

Índice

PORTADA
PORTADILLA
DEDICATORIA
INTRODUCCIÓN
1. ¿DE QUIÉN DEPENDE EL FISCAL? PUES YA ESTÁ…
2. LA CLASE POLÍTICA: ¿UNA CASTA BLINDADA FRENTE A LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL? INVIOLABILIDAD...
3. LA LLAMADA A JUICIO: ENTRE EL PASEÍLLO Y EL ESCRUTINIO PÚBLICO. PUBLICIDAD Y PUBLICACIÓN...
4. LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER: DÓNDE ESTAMOS, DE DÓNDE VENIMOS
5. LA ACCIÓN POPULAR: UN INSTRUMENTO JURÍDICO FRENTE AL ABSTENCIONISMO INTERESADO DEL MINISTERIO...
6. EL DELITO DE ODIO: ¿ESTÁ PROHIBIDO ODIAR?
7. ENTRAN POR UNA PUERTA Y SALEN POR LA OTRA: LA NECESIDAD DE ENTENDER LOS LÍMITES Y REGULAR...
8. JURADO: LA JUSTICIA DE NUEVE HOMBRES SIN PIEDAD
9. PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE: ¿CADENA PERPETUA ENCUBIERTA?
10. IMPUTADO, INVESTIGADO, PROCESADO: DISTINTAS FORMAS DE ESTAR EMPAPELADO
11. INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ¿HACIA JUECES ROBÓTICOS?
12. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: RENOVARSE O MORIR

MANUEL MARCHENA

LA JUSTICIA AMENAZADA

Retos del derecho en una sociedad en conflicto

A Olivia.

INTRODUCCIÓN

La sensación de que la justicia española está amenazada se ha apoderado de buena parte de la opinión pública. Un repaso a los titulares de la prensa diaria o unos minutos de tertulia radiofónica son suficientes para convencerse de que el trabajo de los jueces no siempre se desarrolla en condiciones que garanticen su independencia.

La historia enseña que el poder político no ha superado la tentación de debilitar los mecanismos constitucionalmente concebidos para el control democrático de sus decisiones. La separación de poderes, nota definitoria de cualquier Estado constitucional, tiene que ser percibida como mucho más que una declaración puramente formal o programática. El equilibrio entre los poderes del Estado no puede limitarse a un enunciado normativo sin aplicación práctica. Antes, al contrario, debe ser la regla que defina y delimite las respectivas parcelas funcionales de cada uno de los poderes del Estado.

Cuando ese equilibrio se altera, la justicia se ve amenazada.

Precisamente por ello, con una perspectiva histórica que trasciende a los problemas conocidos por los que atraviesa en nuestro país el fiscal general del Estado, en el capítulo 1 se analiza qué modelo podría ser más efectivo para que su trabajo cotidiano no estuviera permanentemente bajo sospecha. Para ello, es indispensable que el Gobierno, al que constitucionalmente corresponde el nombramiento del fiscal general, no vea en el designado un instrumento para ejercer presión sobre los jueces.

La concepción del fiscal general del Estado como un delegado del Gobierno llamado a perseguir implacablemente los delitos cometidos por el partido político en la oposición y, al propio tiempo, condescendiente con los delitos atribuidos al equipo gubernamental que lo ha nombrado, pone en peligro la estabilidad de esa institución y, lo que es más grave, afecta a los presupuestos que legitiman el trabajo cotidiano de jueces y fiscales.

La justicia también se resiente cuando el Consejo General del Poder Judicial, órgano de gobierno de los jueces, se sume en una parálisis que impide los nombramientos de los cargos más relevantes en el organigrama de la administración de justicia. Una crisis como la que ha prolongado sus efectos durante varios años —a su análisis se dedica el capítulo 12— ha erosionado el trabajo de las distintas salas del Tribunal Supremo y perturbado de manera irreparable la celeridad en la respuesta que el ciudadano espera de la justicia.

Los jueces y magistrados han tenido que contemplar durante mucho tiempo, con la incredulidad que acompaña a los escenarios históricos insólitos e inexplicables, que sus expectativas de promoción profesional quedaban al albur del desacuerdo entre los principales partidos políticos que tenían que hacer posible la renovación del órgano de gobierno de los jueces.

El esfuerzo de los últimos meses para acabar con una situación inasumible de parálisis institucional y el empeño de las fuerzas políticas por iniciar un proceso de reforma legislativa que lleve a la consolidación de un modelo al servicio de la independencia de los jueces puede ser un primer paso, aunque, hasta ahora, no hay razones para el optimismo.

La justicia también se ve amenazada cuando la investigación y el enjuiciamiento de destacados responsables políticos involucrados en hechos indiciariamente delictivos se convierte en un debate público en el que la valoración jurídica de los hechos imputados se sustituye por la acalorada controversia que es propia del enfrentamiento político. De ahí la necesidad, reflejada en el capítulo 2, de poner límites a la situación actual, en la que el aforamiento ha

llegado a convertirse en una señal de distinción protocolaria que blinda al cargo público y lo diferencia del resto de los ciudadanos.

Del mismo modo, la justicia se siente amenazada cuando la acción popular, vehículo constitucionalmente garantizado para evitar la inhibición injustificada del Ministerio Fiscal en la persecución de hechos delictivos, se convierte en un instrumento al servicio de partidos políticos o sindicatos totalmente ajenos al objeto de la investigación, o cuando la personación en un proceso penal solo busca el acceso a fuentes de prueba que luego son filtradas a los medios de comunicación.

La necesidad de una modificación legal que afecte a esta forma de participación ciudadana en la administración de justicia es inaplazable. Así se proclama en el capítulo 5, pero la precipitación con la que se pretende abordar el nuevo régimen jurídico de la acción popular es más que preocupante. Silenciar a los órganos constitucionales que tienen que informar sobre la viabilidad del régimen proyectado no es el mejor camino para acertar. Proyectar efectos retroactivos para expulsar de procedimientos ya iniciados a acciones populares que, hasta ese momento, han venido impulsando la actuación judicial desprende el aroma de la flagrante inconstitucionalidad.

Hay otra forma de amenaza a la justicia mucho más imperceptible que la que se deriva del intento de control político de jueces y fiscales, pero que se vislumbra como un riesgo que puede socavar los cimientos del trabajo jurisdiccional tal y como ha venido siendo entendido a lo largo de los años. La inteligencia artificial —capítulo 11— ha extendido las ventajas de su empleo en la actividad administrativa de una forma mucho más acelerada de la que todos imaginábamos. La administración de justicia no puede —ni debe— mantenerse al margen del imparable avance hacia un horizonte en el que buena parte del trabajo cotidiano de jueces y fiscales es posible que sea sustituido por algoritmos que ayuden a decidir sobre la culpabilidad o la inocencia del sospechoso. La ciudadanía puede verse cautivada por un modelo de justicia en el que los jueces no

tienen rostro, no tienen ideología, no pertenecen a ninguna asociación profesional y, por si fuera poco, trabajan 24 horas al día durante 365 días al año.

El ciudadano que lamenta el tiempo de espera de un proceso en el que se ventilan sus derechos e intereses se sentirá necesariamente atraído por una forma de administración de justicia que responde sin demora a sus reclamaciones. Quienes deploran los efectos de la inseguridad ciudadana se verán identificados con un frío algoritmo que, alimentado con datos del historial que cada uno de nosotros va dejando tras de sí por el uso de dispositivos telemáticos, ofrecerá implacables sanciones a quien haya quebrantado las normas de convivencia. Y lo podrá hacer incluso de forma predictiva, anticipándose a la verdadera comisión del delito.

En cualquier caso, esa irresistible atracción hacia las soluciones impuestas por jueces robóticos corre el peligro de olvidar que el juez es mucho más que una máquina expendedora de sentencias. Los jueces conforman un poder del Estado que incluye entre sus funciones la lucha contra las inmunidades del poder. En ese escenario, el poder político que controla el algoritmo que administra justicia tiene también en sus manos el debilitamiento de cualquier mecanismo de fiscalización de su propia actividad.

La publicación de noticias vinculadas a procesos judiciales, exponencialmente multiplicada por el impacto de las redes sociales que transmiten en segundos una información no siempre contrastada, está despojando de su significado a una garantía propia de los primeros textos del liberalismo constitucional. La publicidad como garantía —capítulo 3— está dejando paso a la publicación como efecto perturbador para el justiciable. Pero los juicios paralelos no solo perjudican al acusado al que hay que presumir inocente, sino que amenazan el trabajo de unos jueces que, desde luego, no son ajenos al estrépito que genera el tratamiento informativo de hechos que, después de algunos meses, tienen que enjuiciar. Si el órgano de enjuiciamiento es un jurado popular, la influencia puede ser mucho más negativa.

La justicia también se resiente —capítulo 4— cuando la violencia sobre la mujer se presenta como un fenómeno social fácilmente erradicable a golpe de sentencias, obviando que la implacable lucha contra este atavismo tiene que ir acompañada de otras medidas educativas y asistenciales que no siempre funcionan con la conveniente agilidad.

Por otra parte, la imagen de la justicia se deteriora cuando se analizan sin el necesario rigor jurídico decisiones que no implican el ingreso en prisión de un sospechoso y que acuerdan su libertad provisional. La prisión preventiva —capítulo 7— sigue siendo entendida por muchos como una condena anticipada que puede ser perfectamente aplicada a modo de instrumento para barrer las calles de delincuentes. De ahí la importancia de una reflexión que sitúe en sus justos términos el significado de una medida cautelar que no puede ser concebida como una solución que adelanta el ingreso en un establecimiento penitenciario de quien ha de ser considerado inocente antes del enjuiciamiento.

Hoy por hoy, Internet se ha convertido en un escenario habitual para la delincuencia. Los delitos de odio, que tanto contribuyen a menoscabar las bases de la convivencia, son solo una muestra de los numerosos casos en los que la red se pone al servicio del delincuente. El debate sobre la oportunidad de acabar con el anonimato en Internet —capítulo 6— pone sobre aviso de los obstáculos con que se encuentra la administración de justicia para llevar a cabo una investigación eficaz de los delitos cometidos en el entorno digital.

Estas dificultades están alentando la idea de que, frente a la delincuencia convencional, se ha consolidado una delincuencia que se vale de las redes telemáticas para enmascarar el delito. La falta de medios para perseguir eficazmente a quien se agazapa bajo el anonimato ayuda a enraizar la idea de una administración de justicia preferentemente centrada en la persecución de una delincuencia de corte histórico. La impunidad paralela de hechos delictivos cometidos con la cobertura de las nuevas tecnologías alienta la desconfianza

hacia jueces anclados en métodos de investigación muy alejados de la pujante sociedad digital.

La introducción del jurado como vehículo para la participación de los ciudadanos en la administración de justicia —capítulo 8— vino seguida de una profunda controversia acerca de los inconvenientes de un modelo histórico que había fracasado rotundamente en España. El actual modelo, después de superar momentos iniciales de desconcierto, se ha ido consolidando hasta integrarse en la rutina de nuestros juzgados. Queda, sin embargo, mucho por hacer. Algunos veredictos escandalosos —cada vez más excepcionales— no han contribuido precisamente a la valoración positiva de este reencuentro con un sistema de enjuiciamiento que ancla sus raíces en el siglo XIX. De ahí que se sugieran fórmulas para lograr que la intervención del magistrado que ha de encauzar técnicamente los debates no condicione el desenlace del juicio y, por supuesto, facilite el proceso de valoración de los ciudadanos convertidos en jueces por un día.

Tras un aparente debate nominal acerca de cómo ha de ser denominado el investigado, se esconde todo un esfuerzo legislativo para despojar el paso de un ciudadano por los juzgados de la carga peyorativa que acompaña a aquel que ha sido llamado a dar explicaciones ante un juez. En el capítulo 10, se reivindica la necesidad de disociar la absolución del acusado al que no se han encontrado pruebas incriminatorias con la idea de fracaso. No faltan casos en los que la absolución del imputado/investigado/ procesado al que socialmente se le ha adjudicado la condición de culpable se presenta como una anomalía originada por una justicia insensible al clamor social que solo se contenta con la condena de cualquier sospechoso.

El capítulo 9 trata de dar respuesta a la tradicional polémica acerca de si las penas privativas de libertad de larga duración son la solución más adecuada para atajar la criminalidad que está en el origen de la inseguridad ciudadana. Un recorrido por algunos modelos caracterizados por la dureza del sistema penitenciario pone

de manifiesto que la prisión permanente revisable —para algunos, una cadena perpetua encubierta— forma parte también del fracaso constatado que afecta a todos los sistemas penitenciarios.

1
¿DE QUIÉN DEPENDE EL FISCAL? PUES YA ESTÁ...

EL MINISTERIO FISCAL: ¿APÉNDICE TOGADO DEL GOBIERNO EN EL PROCESO PENAL?

La insatisfacción por el funcionamiento de la administración de justicia no es de ahora. En el año 1890, veinte años después de la aprobación de la primera Ley Orgánica del Poder Judicial, un sociólogo regeneracionista, Lucas Mallada, en el libro titulado *Los males de la patria*, proclamaba con su particular pesimismo: «... el odio, y cuando no odio prevención, y cuando no prevención reparo, y cuando no reparo asco a la administración de justicia han sido, son y serán proverbiales en el país».

Es seguro que tan demoledor diagnóstico no se corresponde con la percepción ciudadana acerca del trabajo que hoy en día llevan a cabo los jueces y fiscales. Sin embargo, la controversia que de forma recurrente acompaña a algunas decisiones judiciales o actuaciones del fiscal general del Estado vuelve a activar el escepticismo colectivo sobre la independencia de los tribunales.

Algunas imágenes que acompañan a las noticias sobre la exigencia de responsabilidades penales a un fiscal general del Estado, con independencia de cuál pueda ser el desenlace del procedimiento abierto, refuerzan la sensación de crisis institucional y alientan la idea de que algo tiene que cambiar.

«¿La Fiscalía de quién depende? (…) Pues ya está…». Esta frase, pronunciada por el presidente del Gobierno en respuesta a una pregunta formulada en una entrevista radiofónica, ha reactivado la polémica. El eco de estas palabras se hace presente cada vez que la opinión pública intuye que una decisión del fiscal general del Estado, alejada de la intuición ciudadana de imparcialidad, pudiera estar inspirada por el vínculo de dependencia que impone la gratitud por el nombramiento.

La suspicacia acerca de la capacidad de injerencia del poder ejecutivo en la administración de justicia no es, desde luego, cuestión novedosa. De hecho, las críticas de la ciudadanía frente a actuaciones del fiscal en procedimientos penales que interesan al Gobierno parecen formar parte de la naturaleza de las cosas.

No es de extrañar, pues, que esa generalizada desconfianza haya llevado a etiquetar al Ministerio Fiscal con calificativos que subrayan su histórica proximidad con el Gobierno que lo designa. Se ha dicho que el fiscal es lo más parecido a un «apéndice del Ejecutivo en la administración de justicia», al «ojo del Gobierno en el proceso penal» o a «una especie de máquina gubernativa destinada a ejercer presión sobre jueces y tribunales, a perseguir a los enemigos de los poderes constituidos y aun de los Gobiernos con arbitrarias acusaciones e injustos procedimientos».

La frase que da título a este capítulo, más allá de las derivadas políticas que ha provocado, es la mejor muestra de una concepción gubernamental que degrada el papel del fiscal general del Estado al de un órgano subordinado, obligadamente dispuesto a acatar la voluntad de aquel a quien debe su nombramiento. Pero esa forma de entender el papel institucional de la Fiscalía no afloró por primera vez en el marco de una entrevista radiofónica relativamente reciente. Es seguro que buena parte de los dirigentes políticos —si no todos— que han asumido responsabilidades de Gobierno a lo largo de los años de vigencia de la Constitución de 1978 han compartido esa visión, aunque nunca llegaran a exteriorizarla en una entrevista.

Un salto hacia atrás en el tiempo nos permite comprobar incluso cómo líderes gubernamentales de otra época también cayeron en la tentación de ver en el Ministerio Fiscal un órgano manejable a su antojo. En efecto, en el año 1871, el diario satírico *Gil Blas,* bajo el sugerente título de «El Poder caído» se expresaba en los siguientes términos: «Hace días que no se habla de otra cosa que el violento matrimonio entre el hasta ahora llamado poder judicial y el viciosamente llamado Gobierno de la Nación». Añadía el cronista:

> … el caso ha sido graciosísimo. El fiscal del Tribunal Supremo, el anciano D. Eugenio Díez, ha dirigido una circular a los fiscales de las Audiencias diciéndoles que la misión de los funcionarios es aplicar la ley, y nada más. Y un señor que se llama Colmenares, y que parece ser ministro, ha escrito un preámbulo de decreto diciéndole a D. Amadeo que la misión de los tribunales es obedecer al Gobierno. D. Eugenio Díez ha dicho que la moral pública es el Código, y el ministro dice que la moral es lo que él diga.

Los términos del conflicto están perfectamente descritos en el siguiente párrafo: «… en resumen. El poder judicial ha querido dar una prueba de su imparcialidad y el arriba nombrado Colmenares le ha cortado las alas». El tono satírico que respira todo el artículo se hace visible en el siguiente pasaje:

> … la verdad es, y pongámonos en lo justo, que ser ministro de Gracia y Justicia y no poder intervenir en las funciones judiciales, es fuerte cosa, ¡caramba! Pues que, cuando uno es ministro ¿no manda en todos? ¿No puede hacer lo que quiera? ¿No? ¿Dicen ustedes que no? ¡Ah! El Sr. Colmenares ha oído decir lo contrario, y hace porque se cumpla lo que ha oído decir. Para prueba está ahí su preámbulo: «Señor: el Ministerio Fiscal es la representación del Gobierno de S. M.», que dan ganas de decir: ¡A valiente Gobierno representan Vds.!

El pesimismo crítico sobre el futuro que esperaba a la administración de justicia en España está impecablemente descrito en los apartados que cierran el artículo periodístico al que me estoy refiriendo:

> ¡Trabajo le ha caído al poder judicial! Porque no se reducirá el Gobierno a remitirle órdenes en que se le diga: «Persiga Vd. a tal asociación, tolere Vd. tal abuso, no aplique Vd. el Código, considere nula la ley fundamental del Estado, que así lo quiero yo», sino que un día vendrá cansado el ministro de bailar en palacio y dirá: «que avisen al poder judicial para que me ayude a desnudarme» o «que digan al poder judicial que a las cuatro quiero el coche». ¡Oh! ¡Pobre poder judicial! ¡Dónde fueron a parar los humos de independencia!

La confianza en la rectitud del fiscal la hacía descansar el cronista decimonónico en «… el talento y la edad de D. Eugenio Díez», que son «… los más a propósito para recibir (…) aplausos como los que le envían todos los ciudadanos amantes de las leyes y de la justicia recta y severa».

Si sustituimos la identidad de los protagonistas del enfrentamiento —el ministro de Justicia y el fiscal del Tribunal Supremo en 1871, durante el efímero reinado de Amadeo de Saboya —, y lo despojamos de la intensa carga irónica que lo inspira, la tensión institucional que refleja podía integrar el contenido informativo de cualquiera de los periódicos que hoy en día dan cuenta de la actualidad política.

Pero si nos remontamos a algunos años antes, podría decirse incluso que la disputa y el conflicto político forman parte inseparable de la historia del Ministerio Fiscal.

Buena muestra de ello son las peripecias sufridas por Melchor de Macanaz, primer fiscal del Reino —entonces fiscal general del Consejo de Castilla—, designado en 1713 por Felipe V para asumir, entre otras funciones, la de informar al monarca acerca de «lo que más conviniera a su servicio y al bien del Estado». Poco tiempo después de su nombramiento, el flamante fiscal general sufrió la persecución de los tribunales de la Inquisición y hubo de huir de España para refugiarse en Francia, hasta poco antes de su muerte acaecida treinta años después.

Sus peripecias vitales y la influencia que tuvieron en su destino las luchas políticas por el control de la administración de justicia han

sido objeto de recientes estudios. Fue suficiente para precipitar su caída un dictamen jurídico en el que Macanaz consideraba que la jurisdicción ordinaria —sin perjuicio de los matices a los que esta expresión obligaría en el siglo XVIII— debía asumir la competencia para el conocimiento de un asunto. Su informe, en el que sostenía que la jurisdicción eclesiástica solo debía de ocuparse de aquello que tuviera que ver «… con la salvación de las almas» arruinó su carrera para siempre.

Eran tiempos en los que el conflicto de atribuciones entre los tribunales ordinarios y la jurisdicción eclesiástica podía provocar un exilio de varias décadas, como fue el caso del primer fiscal general del Reino. Cierto es que mucho ha cambiado desde entonces, pero la controversia sigue acompañando buena parte de las decisiones del fiscal general, aunque los efectos políticos de un informe o dictamen equivocado ya no se saldan con la huida del territorio nacional.

La historia demuestra que esa tendencia metastásica del poder político, que aspira a controlar la deseable funcionalidad de otros órganos constitucionales, ha definido la relación del fiscal general del Estado con el Gobierno que lo designa. Esa indisimulada búsqueda de la complicidad del fiscal general ha ocasionado crisis institucionales que se suceden una y otra vez. Basta asomarse a la hemeroteca para comprobar la existencia de etapas políticas en las que coexisten actitudes reactivas del fiscal frente al intento de injerencia y otras en las que vence la dócil aceptación del encargo gubernamental.

Así las cosas, el debate acerca de la independencia del fiscal general del Estado está condicionando incluso una reforma legal que acercara nuestro modelo de proceso penal al valor constitucional que representa la justicia. España es el único país de la Unión Europea en el que la investigación de los hechos delictivos se atribuye a un juez de instrucción.

Con la matizada excepción de Francia, en la que un reducidísimo número de asuntos de especial gravedad son

indagados por un juez, la primera fase del procedimiento penal, la que investiga la verosimilitud de los hechos denunciados, está siempre a cargo de un fiscal. Sin embargo, cada vez que el poder político, de uno u otro color, ha anunciado la reforma del proceso penal español para su homologación con lo que es común en el resto de los países europeos, la batalla política vuelve a activarse con estrépito. ¿Cómo va a investigar un órgano cuya cabeza jerárquica es designada por el Gobierno con absoluta libertad? ¿Cómo se garantiza que el archivo de una causa penal no responde al deseo de evitar cualquier erosión de los intereses gubernamentales a los que sirve el fiscal general del Estado?

Pero la controversia sobre la pérdida de imparcialidad del fiscal alcanza también a otros rasgos definitorios del proceso penal español. Los límites de la acción popular, esa singularidad del modelo español que permite a cualquier ciudadano, sin necesidad de que sea el ofendido o perjudicado por el delito, personarse en un procedimiento y ejercer la acusación contra cualquier imputado, constituye otro de los focos de discusión más recurrentes.

El régimen jurídico de la acción popular, cuya existencia es obligada por imponerlo así la Constitución de 1978, está reclamando una reforma que impida abusos y aleje de la rutina del proceso penal español un activismo procesal que, en no pocos casos, resulta más que perturbador. Pero también entonces surgen los interrogantes. ¿Con qué argumento se puede prescindir de la acción popular cuando esta es la garantía para evitar el interesado abstencionismo del fiscal general del Estado?

La situación actual advierte, por tanto, de la importancia de no abordar de forma precipitada reformas estructurales del proceso penal que pueden proporcionar al fiscal general del Estado, si a él se le otorgara el monopolio de la acusación penal, un arma con la que sueña el poder político, esto es, la llave para abrir o clausurar una investigación penal.

UN MINISTERIO FISCAL INDEPENDIENTE: ¿POSIBILIDAD REAL O SUEÑO INALCANZABLE?

La sensación de que «algo falla» en la administración de justicia planea sobre la tarea cotidiana de jueces y fiscales. La incredulidad colectiva que provocan algunas decisiones judiciales, la lentitud en el tratamiento jurisdiccional de los procesos y, en fin, las quejas sobre una excesiva politización en los órganos de gobierno de la administración de justicia transmiten la idea de una administración de justicia no siempre ajustada en su funcionamiento a los valores constitucionales que han de inspirarla.

Son muchas las cuestiones que sugieren un tratamiento crítico cuando se analiza ese panorama de insatisfacción. Por encima de todas ellas, nuestro interés se va a centrar en un aspecto que, desde hace ya muchos años, forma parte del día a día del debate político.

Hablamos de la politización del Ministerio Fiscal.

Prescindiendo de antecedentes lejanos y situándonos ya en nuestros días, resulta obligado tratar de dar respuesta a una serie de interrogantes: ¿nuestro modelo constitucional de fiscal general del Estado hace factible su independencia? ¿Es posible, sin necesidad de una reforma constitucional, facilitar la libertad de decisión del fiscal general del Estado?

El peso de la historia

Los debates de los constituyentes de 1978 reflejan la compartida voluntad política de superar un modelo histórico del Ministerio Fiscal. Hasta entonces, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 —vigente, pese a su confesada provisionalidad, hasta 1985 — y el Estatuto del Ministerio Fiscal de 1926 —alumbrado en la dictadura de Primo de Rivera—, despejaban cualquier duda cuando se trataba de conocer el significado institucional del Ministerio

Público. Ambos textos legales proclamaban sin ambages que las funciones del Ministerio Fiscal se ejercían «bajo la directa e inmediata dependencia del ministro de Gracia y Justicia».

Esa concepción gubernamental, de clara inspiración napoleónica, en la que la legitimidad política y los mecanismos de responsabilidad institucional del fiscal general se construían a partir de «la directa e inmediata dependencia» del ministro de Justicia, formaba parte de la esencia misma del modelo histórico. Y a esa concepción fue precisamente a la que quiso poner término el art. 124 de la Constitución de 1978. Sin embargo, pretendió hacerlo de una forma excesivamente rupturista que, en última instancia, no prosperó.

El examen de los debates parlamentarios es la mejor muestra de las dudas de los constituyentes acerca de un modelo de Ministerio Fiscal que fuera capaz, sin ataduras derivadas de su dependencia gubernamental, de promover la acción de la justicia.

Del Ministerio Fiscal se podía haber hecho un órgano concebido a la manera de comisionado parlamentario, con una legitimidad derivada del nombramiento por una mayoría cualificada y con unos mecanismos de fiscalización y responsabilidad ante el órgano legislativo.

De hecho, esta concepción —no sin ciertos correctivos que aproximaban el modelo a un criterio mixto— inspiraba la propuesta del entonces Grupo Parlamentario Socialista. De acuerdo con ella, el Ministerio Fiscal debía configurarse como órgano de relación de las Cortes y el Gobierno con los tribunales de justicia, el fiscal del Reino tenía que ser designado por el Gobierno, pero debía ser ratificado por el Congreso de los Diputados en votación secreta y, en todo caso, al comienzo de cada legislatura.

No faltaron propuestas extravagantes concebidas para un modelo de Estado que nada tenía que ver con la voluntad del poder constituyente. Así, por ejemplo, en la Cámara Alta, el senador Lluís Maria Xirinacs propugnó una enmienda (núm. 539), en la que se reconocía que la acción del Ministerio Fiscal en defensa de la

legalidad se produciría en «… el ámbito confederal», atribuyéndole la misión de defender la independencia del Tribunal Confederal, al tiempo que postulaba un sistema de elección del fiscal general del Tribunal Confederal con arreglo al cual sería nombrado por el presidente de la Confederación a propuesta del Senado de los Estados.

En cualquier caso, estas propuestas alternativas que no obtuvieron el respaldo mayoritario de las Cámaras se formulaban frente a la redacción inicial del texto que abrió los debates. En efecto, en el anteproyecto de la Constitución de 1978 se disponía que el nombramiento del fiscal del Tribunal Supremo —esa era la denominación inicial del fiscal general del Estado— se haría «en los mismos términos previstos para el presidente de dicho Tribunal». Se trataba, pues, de un modelo en el que el fiscal general del Estado y el presidente del Tribunal Supremo iban a ser designados del mismo modo, esto es, por el Consejo General del Poder Judicial.

Las consecuencias político-institucionales que se habrían derivado de la aprobación de tan inédito sistema de designación son perfectamente imaginables. De entrada, se habría optado por un modelo judicializado del Ministerio Fiscal que habría hecho posible la presencia del fiscal general del Estado —a imitación de otros países como Francia o Italia— en el Consejo General del Poder Judicial. Al propio tiempo, se habrían debilitado, con unas consecuencias políticas fácilmente previsibles, los vínculos políticos históricos con el Gobierno a través del ministro de Justicia.

A esa confesada voluntad de liberación del tradicional tutelaje gubernamental, se añadía una entusiasta proclamación de principios orgánico-funcionales, que convertían al Ministerio Fiscal en un guardián del sistema tan férreo como idealista. A él se atribuía, ni más ni menos, la defensa de la legalidad, la defensa de los intereses sociales, la defensa de los intereses públicos tutelados por la ley, la salvaguarda de los derechos ciudadanos y la garantía de la independencia de los tribunales.

Para hacer realidad esos principios —cuya enumeración no es ajena a un cierto aire de redundancia—, el Ministerio Fiscal habría de proceder conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

La imparcialidad que habría de inspirar sus decisiones y la delimitación de lo que, en cada supuesto, ha de entenderse como defensa de la legalidad o de los intereses públicos tutelados por la ley, se ponía en manos de una cabeza jerárquica que, no se olvide, iba a poder actuar con la independencia que proporciona un sistema de nombramiento y remoción totalmente desvinculado de la tormentosa coyuntura del caso concreto.

Pero no pudo ser.

Una enmienda de consenso dejó prácticamente intacta la proclamación de principios del Ministerio Fiscal, pero alteró el sistema de nombramiento de quien tenía que llevar a la práctica la vigencia de aquellos. El fiscal general del Estado habría de ser nombrado por el rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial (art. 124 de la Constitución).

Como puede apreciarse, se recurría a un sistema protocolariamente a tres bandas, pero que no disimulaba la dependencia gubernamental. Del modelo inicial —designación por el Consejo General del Poder Judicial— se volvió al modelo histórico —nombramiento por el Gobierno—. Excluida la capacidad regia para rechazar la propuesta gubernamental —por razones obvias inherentes a su propia configuración institucional— y proclamado el carácter no vinculante del dictamen del Consejo General del Poder Judicial, la soberanía decisoria del Gobierno para proponer y designar a su hombre de confianza tenía allanados todos los caminos.

Y es este, no otro, el origen de la discordia. ¿Puede un emisario gubernamental defender con absoluta imparcialidad la vigencia de la ley, incluso en aquellos casos en los que el infractor sea alguien del equipo de Gobierno que le ha nombrado?

Anticipo mi respuesta. Puede hacerlo, pero para despejar dudas han de existir mecanismos democráticos de control que le permitan hacer frente a la tentación que se manifieste en dirección contraria. Dicho con otras palabras. La honestidad personal del fiscal general del Estado, incluso cuando aquella se proclame como un referente suficientemente acreditado a lo largo de una trayectoria profesional impecable, puede no ser suficiente.

La cuadratura del círculo

Algunos han considerado imposible explicar la compatibilidad entre una defensa imparcial de los valores constitucionales encomendados y la gratitud gubernamental que al fiscal general le impone su nombramiento. Se ha dicho de forma bien gráfica que pretender la imparcialidad del Ministerio Fiscal es empeñarse en lograr la «cuadratura del círculo» (Carnelutti).

Incluso no ha faltado quien lamente el absurdo psicológico que representa someter al fiscal general a una permanente tensión estructural entre la fidelidad que debe a los grandes enunciados constitucionales que enmarcan su función y la tentación de expresar la obediencia debida a su benefactor político (Calamandrei).

Tal diagnóstico tiene como virtud llamar la atención acerca de las contradicciones de un sistema que puede situar al fiscal general al borde de la esquizofrenia institucional. Sin embargo, encierra un riesgo que no puede pasar desapercibido. Y es que esa tendencia a identificar la designación gubernamental con la fuente de todos los males conduce a una paulatina deslegitimación de quien está llamado a promover la acción de la justicia para la vigencia —ni más ni menos— de los valores constitucionales proclamados en el texto de 1978 que rige nuestra convivencia.

El nombramiento gubernamental no puede servir de base para la descalificación permanente del sistema. Esa estrategia es

contraria a los rasgos definitorios del modelo constitucional y, además, contribuye a erosionar las bases mismas de su funcionamiento.

La Fiscalía General del Estado no puede aspirar a convertirse en una distante atalaya, totalmente ajena a la atmósfera política y sustraída a todo debate ciudadano. La Fiscalía General del Estado será siempre vista por la ciudadanía como algo más que un órgano en el que solo rigen las inderogables reglas del razonamiento técnico. Pero lo que no puede transmitir es la idea de que su titular es un responsable institucional siempre dispuesto a aceptar con resignación su condición de mandatario gubernamental.

La designación por el Gobierno del fiscal general del Estado, no se olvide, es nota común —con alguna pintoresca excepción— a todos los Estados civilizados del mundo. Y no solo la designación. La dependencia respecto del Gobierno, por ejemplo, constituye un dato que no se oculta ni disimula. Hasta el punto de que en algunos de los países más próximos a nuestro entorno geográfico no se concibe un modelo alternativo.

Francia, sin ir más lejos, no conoce la figura del fiscal general del Estado. Es el ministro de Justicia quien asume la dirección del Ministerio Público y quien imparte a los fiscales las instrucciones encaminadas a lograr la unidad de criterio. En Bélgica, la dependencia gubernamental se bifurca históricamente entre los ministros de Justicia y de Trabajo, y este último entra en juego en aquellos casos en que los fiscales actúan ante la jurisdicción laboral.

En definitiva, la designación gubernamental del fiscal general del Estado es un hecho que forma parte de la tradición histórica del fiscal español y que, además, se repite en el panorama del derecho comparado. A la vista de ese dato, no cuestionable en cualquier examen sosegado de los perfiles de la institución, podemos llegar a una primera conclusión: el fiscal general del Estado ni es ni puede ser independiente.

La independencia es un atributo jurisdiccional. En un proceso solo puede ser independiente quien asume la condición de tercero

imparcial, el juez, el órgano jurisdiccional ajeno a la controversia suscitada y que la dirime mediante la declaración independiente de la solución jurídica que le es aplicable.

Es más, la independencia del Ministerio Fiscal puede degenerar en una peligrosa quimera. Un fiscal general del Estado, al amparo de su propia independencia, puede llegar a convertirse en un atípico e incontrolado «cuarto poder». Y ello no favorece el equilibrio de poderes sobre el que los constituyentes definieron nuestro sistema institucional.

Sin embargo, «no independencia» nunca debe entenderse como sinónimo de subordinación gubernamental. El fiscal general del Estado no puede ser el entusiasta asesor jurídico del partido que apoya al equipo de Gobierno. El nombramiento del fiscal general no degrada a este a la condición de vocero gubernamental. La sociedad tiene derecho a confiar en el Ministerio Fiscal como ese órgano dinámico, activo, con capacidad de supresión de cuantos obstáculos se opongan a la vigencia de los principios y derechos que hacen posible la convivencia democrática. Y en eso debe consistir la autonomía funcional del Ministerio Fiscal.

La falsa independencia del fiscal general, concepto inviable en la constelación de poderes en la que se sitúa el Ministerio Fiscal, debería ser sustituida por la más modesta aspiración a la «autonomía funcional». Se trataría, pues, de garantizar que sus decisiones, favorezcan o perjudiquen al Gobierno, sean el fruto de una valoración técnica, que no se parezcan a la artificial respuesta inducida desde el poder ejecutivo. De hecho, los funcionarios que integran el escalafón de la carrera fiscal asumen como nota definitoria de su trabajo el deseo colectivo de objetividad, de imparcialidad en el ejercicio de la acusación pública.

Cada mañana las salas de justicia diseminadas por la geografía española se convierten en el escenario en el que se celebran miles de juicios orales en los que un fiscal promueve con absoluta autonomía funcional —no incompatible con el acatamiento de las circulares e instrucciones dictadas por el fiscal general para asegurar

la unidad de actuación en la interpretación del derecho—, sin que su trabajo pueda ser cuestionado por nadie.

El día a día del Ministerio Fiscal está marcado por los principios constitucionales que han de informar su actuación. Y la percepción de que esto es así es compartida, estoy seguro de ello, por los jueces que han de resolver sus peticiones y por los abogados y procuradores que contemplan ese ejercicio profesional, que, acertado o equivocado, rinde tributo a la aspiración de objetividad.

El cuestionamiento del fiscal y la censura ciudadana por su politización no está vinculada al funcionamiento cotidiano de la institución. Cada año se inician más de tres millones de asuntos en la jurisdicción penal. El debate sobre la politización del Ministerio Fiscal no alcanza a más de una docena de ellos que, por la afectación a uno u otro responsable político, despierta el interés mediático y el consiguiente seguimiento ciudadano.

Creo que este ha de ser un punto de partida. Descalificar a los funcionarios del Ministerio Fiscal por esa docena de asuntos que suscitan la controversia política es tremendamente injusto. La objetividad del Ministerio Fiscal está garantizada. La compartida aspiración de imparcialidad de los fiscales es un dato fácilmente constatable por todo aquel cuyo trabajo se desenvuelva en la jurisdicción penal.

El problema no se sitúa ahí. La prueba de fuego del fiscal general del Estado está representada por ese número limitado de asuntos en los que su imparcialidad está en juego. Y es aquí, en este reducido espacio funcional, donde el fiscal general se juega su prestigio y, lo que es mucho más importante, el reconocimiento por la ciudadanía de su integridad profesional.

Llegados a este punto, estamos ya en condiciones de acotar la respuesta al interrogante que sirve de epígrafe a este capítulo. El nombramiento del fiscal general del Estado por el Gobierno nunca debe entenderse («… pues ya está») como generador de un deber personal e institucional de gratitud que se traduzca en la defensa incondicional de los intereses gubernamentales.

De hecho, esa respuesta distorsiona el papel constitucional del fiscal y transmite una visión contraria al recto funcionamiento de un órgano constitucional que debería estar encadenado, siempre y en todo caso, al principio de legalidad. Al poder político le resulta indiferente el desenlace de esos miles de juicios que se celebran cada día, pero tiene un inocultable interés en que esa docena de procesos penales que puedan afectar a sus intereses esté férreamente controlada por el fiscal general.

Es este limitado número de asuntos el que somete al fiscal general del Estado a un escrutinio ciudadano que evalúa su imparcialidad. Y es aquí donde se suscita el interrogante: ¿cómo garantizar esa deseable autonomía funcional del fiscal general del Estado?

Es indispensable asegurar que, en el caso en que surja la divergencia de intereses, el fiscal general del Estado no va a llevar a cabo una lectura parcial del alcance de los valores constitucionales que legitiman su actuación. Para ello es necesario articular un sistema de responsabilidad institucional. Y esos mecanismos de fiscalización existen, aunque en ocasiones den la impresión de que no se activan como debieran.

Pero no se olvide, la experiencia indica que la imparcialidad del fiscal general del Estado tiene mucho que ver con su talante personal. La sociedad española sigue instalada en una confianza mágica en las reformas legislativas. Se piensa, con un manifiesto error —cuando se hace visible genera importantes dosis de decepción ciudadana—, que una buena ley es la mejor forma de garantizar la imparcialidad del fiscal general.

Y esa creencia se extiende a buena parte de los problemas a los que tenemos que hacer frente. Las reformas legales, sometidas en los últimos años a un procedimiento de alta velocidad incompatible con el tiempo indispensable para alumbrar un buen texto legal, están demostrando que los problemas sociales exigen algo más que enunciados normativos.

La calidad técnica de las leyes resulta tan imprescindible como insuficiente. Además de un buen texto legal se precisa algo más. La sujeción del fiscal general a los principios de legalidad e imparcialidad no depende solo de que así se lo exija un texto legal. La cultura democrática de quienes asumen altas magistraturas de la nación y, por supuesto, de la ciudadanía que censura jurídicamente cualquier decisión del Ministerio Fiscal, es indispensable para que el control de esas decisiones de trascendencia jurídica pueda llegar a ser efectivo.

La imparcialidad del fiscal general del Estado a examen

En el ámbito del proceso penal, el acierto o la censura que merezca una decisión del fiscal general del Estado siempre podrá adivinarse a partir de la respuesta del órgano judicial ante el que el fiscal hace valer su petición. La resolución judicial que acuerde, por ejemplo, la no admisión a trámite de una querella promovida por el fiscal, la desestimación de un recurso o, en fin, el rechazo judicial a cualquiera de las pretensiones que expresen su criterio han de contemplarse como un poderosísimo instrumento de fiscalización del acierto o desacierto de la tesis esgrimida por el fiscal general.

Todos y cada uno de los jueces llamados a dar respuesta jurisdiccional a las peticiones del fiscal pueden ser considerados como implacables juzgadores de la imparcialidad con la que asumen una determinada lectura de la defensa de la legalidad. La experiencia enseña numerosos ejemplos en los que una iniciativa del fiscal general controvertida no encuentra el apoyo de los jueces que han de valorar su procedencia.

Cuando esas decisiones se producen en el marco de un proceso penal contra responsables políticos aforados ante el Tribunal Supremo, el rechazo a la tesis del fiscal general le sitúa ante el espejo de su propia responsabilidad.

Los jueces y tribunales, por consiguiente, son el mejor instrumento para valorar la actuación del responsable de la Fiscalía General del Estado. No faltan iniciativas adoptadas al calor de la intensa polémica mediática que luego, sin embargo, son avaladas por un órgano judicial. Aunque resulte una obviedad subrayarlo, no todo proceso penal que afecta directa o indirectamente al Gobierno que designó al fiscal general obliga a este a asumir una tesis que implique la exigencia de responsabilidades penales. La petición de archivo de una causa penal con repercusiones políticas puede resultar la solicitud más adecuada jurídicamente. Si a esa petición sigue un auto judicial que así lo acuerda, las críticas acerca de la sumisión del fiscal general a los dictados del Gobierno deberían quedar neutralizadas.

Por el contrario, el portazo judicial a una iniciativa del fiscal general que voluntariamente se ha apartado de elementales exigencias técnico-jurídicas y, lo que es más grave, que ha abdicado de su deber constitucional de imparcialidad servirá para dibujar una primera muesca en su trayectoria institucional. El distanciamiento voluntario de las premisas que legitiman su trabajo y la reiteración de una obediencia debida a quien está en el origen de su nombramiento colocarán al fiscal general en una posición marcada por la inestabilidad a la que conduce la reiterada desautorización judicial de sus peticiones.

La fortaleza de este control puede verse debilitada si, como hemos apuntado antes, el proceso penal español avanza hacia un modelo de investigación por el Ministerio Fiscal. En tal caso, sin las debidas reformas que alienten la confianza ciudadana en la institución, lo que se presenta como una reforma de vanguardia puede convertirse en un indeseable retroceso. El abstencionismo del fiscal a la hora de activar la investigación de un hecho con apariencia de delito o su anticipada clausura, ajena a cualquier control jurisdiccional, erosionarían de forma irreversible la confianza colectiva en la administración de justicia.

Por consiguiente, hoy por hoy, los jueces y los tribunales representan el más eficaz instrumento de control de las decisiones del fiscal general del Estado. Por eso, la sustitución del modelo vigente por un protagonismo del Ministerio Fiscal en la investigación de los hechos delictivos no debería adoptarse sin un reforzamiento de los mecanismos de control que alejaran la sombra de la sospecha.

La acción popular como contrapeso a la inhibición del fiscal general del Estado

Además del control jurisdiccional de la tentación de arbitrariedad del fiscal general del Estado, el sistema penal español cuenta con una singularidad que no tiene parangón en ningún país europeo. La acusación contra un ciudadano al que se considera indiciariamente responsable de haber cometido un hecho delictivo no se atribuye con exclusividad al Ministerio Fiscal. El perjudicado o la víctima de un delito pueden sumarse a un proceso penal para acusar a quien consideran responsable del delito que les ha causado un perjuicio. Pero no solo los directamente afectados pueden compartir con el fiscal la tarea acusatoria. También puede hacerlo cualquier ciudadano.

Esta forma de participación del ciudadano en la administración de justicia —como expondré en el capítulo 5— ha estado sometida en los últimos años a un extendido debate acerca de su conveniencia y, sobre todo, de sus límites objetivos y subjetivos. La experiencia demuestra la existencia de casos en los que este vehículo procesal de participación ciudadana se ha puesto al servicio de fines delictivos que han llevado a hablar, con acierto, de un «uso patológico» de la acción popular.

Sea como fuere, lo cierto es que el proceso penal español participa de la singularidad de no conferir al Ministerio Fiscal el

monopolio de la acción penal para la persecución de los delincuentes. La tentación abstencionista del fiscal general siempre podrá ser contrarrestada mediante el ejercicio de la acción penal por cualquier ciudadano, haya sido o no ofendido por el delito.

La presencia de un acusador popular en cualquier proceso por delito impide al fiscal, si así lo quisiera, silenciar al órgano jurisdiccional. Incluso, nuestras leyes procesales van más lejos. Permiten al juez instructor que considere improcedente la petición de sobreseimiento del fiscal llamar al proceso a quienes puedan tener interés en la persecución de ese hecho delictivo de cuya investigación el Ministerio Fiscal no parece mostrarse especialmente entusiasta.

La experiencia de los últimos años sugiere la conveniencia de poner límites al ejercicio de la acción popular. Son numerosos los ejemplos en los que el ejercicio obsesivo de la acción popular se llega a profesionalizar por parte de denunciantes que ven en ese hueco que ofrece el proceso penal español una vía para impulsar causas penales de gran impacto mediático. De hecho, los infructuosos proyectos de reforma de la ley de enjuiciamiento criminal así lo han entendido.

Pero lo verdaderamente importante, desde la perspectiva de nuestro análisis de la acción popular como elemento de fiscalización del abstencionismo del fiscal, es que cuando este siente la tentación de archivar un proceso penal que debería dar lugar a una investigación que esclareciera los hechos imputados, sabe perfectamente que su petición de archivo no conduce de forma necesaria a la clausura del procedimiento.

Es entonces cuando la acción popular se alza como un obstáculo frente a la interesada indiferencia del fiscal en relación con un hecho que, al menos en el plano indiciario, debería justificar una actuación proactiva del Ministerio Público. Un fiscal general que de forma contumaz postule el cierre de procedimientos activados por una acción popular, si luego desembocan en un pronunciamiento de

condena, estaría dibujando una segunda y comprometida muesca en su trayectoria institucional.

Lo dicho no es obstáculo para apuntar —como es objeto de análisis en el capítulo— la perturbadora disfunción que representa el ejercicio de la acción popular por partidos políticos, sindicatos o asociaciones que hacen del proceso penal el escenario interesado para el logro de fines que nada tienen que ver con la recta administración de justicia.

El proceso penal no puede seguir siendo el escenario en el que, con la excusa de postular el restablecimiento del orden jurídico alterado por el delito, los partidos políticos trasladan a los tribunales de justicia sus enfrentamientos. De hecho, una decisión judicial contraria a lo que promueve la acción popular así concebida nunca será explicada por el partido político como el resultado de la correcta aplicación del derecho. El portazo jurisdiccional a una querella anunciada a bombo y platillo en rueda de prensa convocada con el objetivo de lograr el impacto mediático de la iniciativa intentará siempre justificarse a partir de una crítica acerca de razones ideológicas del juez que no ha entendido la gravedad del asunto que es objeto de querella.

Sin embargo, la conveniencia de una reforma de los límites de la acción popular puede estar muy condicionada por el momento político en el que esta se activa. Una iniciativa legislativa encaminada a restringir el acceso del ciudadano al proceso penal nunca debería plantearse como la búsqueda de una solución para evitar que determinados responsables políticos o personas vinculados a ellos puedan responder de los hechos imputados.

Del mismo modo, la restricción de la fórmula arbitrada constitucionalmente como vía de participación del ciudadano en la administración de justicia no debería coincidir con un debate político en el que el papel del fiscal puede estar en entredicho.

Por consiguiente, la reforma de la acción popular, necesaria e inaplazable, no puede perder de vista que su existencia y viabilidad

para la investigación de determinados delitos es una garantía de limpieza y transparencia en el ejercicio de la acción penal.

El cierre de la investigación y el enjuiciamiento de un hecho sobre el que se proyectan indicios racionales de criminalidad no puede depender de la falta de una acción popular dispuesta a activar la investigación que el fiscal quiere dejar dormir. La exoneración de responsabilidad penal ha de ser siempre el desenlace de una resolución judicial que pondere los elementos de juicio que se pongan al alcance del juez y que sean necesarios para el esclarecimiento de los hechos, pero no puede conectarse a un obstáculo que provoque, si así lo acordara una futura reforma, un efecto de cierre.

A la vista de una petición en tal sentido deducida por el fiscal, decisiones judiciales que avalaran el archivo de una determinada causa penal por la ausencia de un ciudadano con interés en sostener la acción popular podrían conducir a una progresiva deslegitimación del sistema penal. Delitos como la prevaricación, malversación de caudales públicos, delitos contra la ordenación del territorio y terrorismo, por ejemplo, representan una ofensa a bienes jurídicos colectivos cuya integridad no debería quedar exclusivamente en manos de un fiscal general del Estado bajo la permanente sospecha de parcialidad.

La acción popular encierra un valioso instrumento de fiscalización de cualquier tentación abstencionista del Ministerio Fiscal. Lo impone el mandato constitucional que regula su propia existencia. De ahí que su permanencia ha de seguir siendo una nota definitoria de nuestro sistema penal.

La mejor definición de un espacio funcional, coherente con los delitos que ofenden bienes jurídicos colectivos, y la definición de límites que excluyan como sujetos de la acción a los partidos políticos, sindicatos y asociaciones no conectadas con la defensa del bien jurídico afectado por el delito, puede considerarse un objetivo plausible. Pero su eliminación, además de contraria al imperativo

constitucional, contribuiría a reforzar las sospechas sobre un fiscal general sometido a la gratitud derivada de su nombramiento.

La conciencia profesional del Ministerio Fiscal: el Consejo Fiscal y la Junta de Fiscales de Sala

Además de ese control a través del proceso, ejemplificado en la respuesta judicial a las peticiones del fiscal general del Estado y en la acción popular, existen dos órganos internos que forman parte de la estructura misma del Ministerio Fiscal y que están llamados a desempeñar un protagonismo decisivo cuando se trata de advertir al fiscal general de la improcedencia técnica de alguna iniciativa que pretenda adoptar en el ámbito de interés en el que se desenvuelve el Gobierno.

El Consejo Fiscal es un órgano integrado por once fiscales bajo la presidencia del fiscal general del Estado. Nueve de ellos son elegidos en un proceso electoral abierto en el que pueden votar todos los integrantes de la carrera fiscal. Otros pertenecen al Consejo por razón del cargo, como el teniente fiscal del Tribunal Supremo y el inspector fiscal jefe.

Se configura, pues, como un órgano de asesoramiento del fiscal general del Estado, preferentemente en aquellas materias ligadas al ejercicio de la función fiscal, así como en cuantas otras cuestiones quiera el fiscal general someter a su consideración. También puede «dirigir al fiscal general del Estado cuantas peticiones y solicitudes relativas a su competencia se consideren oportunas».

Sin embargo, esa previsión legal que hace del Consejo Fiscal un órgano consultivo ha dado paso, por la pura realidad de los hechos, a una verdadera revolución en el entendimiento de su significado funcional. Hoy nadie duda —ni siquiera sus propios integrantes— que el Consejo Fiscal ha asumido la voz de la carrera fiscal y que su

función no es ajena a una cierta actividad de control del fiscal general del Estado.

No han faltado episodios en los últimos años que se han saldado con sesiones del Consejo Fiscal en cuyas actas consta la petición de dimisión del fiscal general del Estado que lo preside. Y ello no deja de ser una subversión funcional. El órgano consultivo se ha transmutado en un genuino órgano de control llamado a fiscalizar a su propia presidencia.

Es innegable que de tal fórmula de control se pueden derivar efectos saludables a la hora de atajar cualquier tentación de clientelismo político. Si así fuera, habría que plantearse si la actual composición del Consejo Fiscal es la más idónea para el ejercicio de una labor de fiscalización con claras consecuencias políticas.

Que la voz de la carrera fiscal tiene que estar presente mediante un sistema electivo no parece cuestionable. Sí puede discutirse, en cambio, en qué proporción y, sobre todo, si a ese Consejo habrían de incorporarse otros juristas designados por el Congreso, el Senado, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo General de la Abogacía. Una reforma en tal dirección no tendría que interpretarse como una extravagante «apertura de puertas» del Ministerio Fiscal. De hecho, Portugal abordó una modificación rupturista en la composición del Consejo Fiscal que fue validada por el Tribunal Constitucional, contribuyendo su funcionamiento actual a la estabilidad del Ministerio Público portugués.

La Junta de Fiscales de Sala, un órgano que agrupa a lo que se ha llamado el «generalato de la carrera fiscal», contribuye a la formación de un criterio profesional en las decisiones de mayor trascendencia que ha de adoptar el fiscal general del Estado.

Su régimen jurídico como órgano de asesoramiento está fuera de cualquier duda. La Junta asiste al fiscal general del Estado —así lo expresa su ley reguladora— en materia doctrinal y técnica, en orden a la formación de los criterios unitarios de interpretación y actuación legal, la resolución de consultas, la elaboración de las memorias y las circulares, la preparación de proyectos e informes

que deban ser elevados al Gobierno y cualesquiera otras, de naturaleza análoga, que el fiscal general del Estado estime procedente someter a su conocimiento y estudio.

Sin embargo, al igual que viene sucediendo con el Consejo Fiscal, el papel de asesoramiento no se detiene ahí. Cuando la controversia política se instala en la sede de la Fiscalía General, el criterio técnico-jurídico expresado mayoritariamente por la Junta de Fiscales de Sala puede «dar vida» al fiscal general cuestionado por su proximidad al Gobierno o puede desautorizar su tesis, con los consiguientes efectos asociados a la adopción de un criterio no avalado por el órgano técnico por excelencia y, sin duda, el de mayor autoridad para pronunciarse sobre la viabilidad de una u otra iniciativa institucional.

De la importancia política de la Junta de Fiscales de Sala habla el hecho de que en los últimos años el número de sus componentes prácticamente se ha doblado mediante la creación de fiscalías especiales dirigidas por un fiscal de sala, cuya misma existencia no se percibe como necesaria. Con el indisimulado objetivo de «reequilibrar ideológicamente la carrera fiscal», la promoción a la primera categoría está ofreciendo ejemplos de nombramientos en los que la ausencia de una incuestionable trayectoria profesional ha impedido el reconocimiento de todos.

Y todo ello contribuye a desgastar institucionalmente al fiscal general del Estado. La tentación de dominar y someter a este órgano de tanta trascendencia institucional es perfectamente comprensible. No se olvide que, de acuerdo con la ley reguladora de la actividad del Ministerio Fiscal, el Gobierno puede solicitar al fiscal general del Estado que promueva ante los tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público. No es difícil ver en esta vía de comunicación un instrumento para controlar políticamente al Ministerio Fiscal. Pues bien, cuando esa iniciativa se produce, el fiscal general del Estado ha de oír a la Junta de Fiscales de Sala antes de pronunciarse sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas.

El desenlace de esa audiencia se presenta como decisivo para definir el criterio institucional del Ministerio Fiscal, ajeno o coincidente con los intereses gubernamentales. De ahí la importancia de que en la Junta de Fiscales de Sala acaben integrándose no aquellos que solo han demostrado lealtad al líder, sino los más preparados técnicamente y, si es posible, aquellos cuya cualificación haya sido reconocida por todos.

¿Y si el candidato propuesto por el Gobierno como fiscal general del Estado no es considerado idóneo por el Consejo General del Poder Judicial o el Parlamento?

Conforme a la fórmula constitucional, el fiscal general del Estado es nombrado por el rey a propuesta del Gobierno, tras oír al Consejo General del Poder Judicial. La intervención regia —ya lo hemos dicho— solo confiere mayor dignidad protocolaria al nombrado.

Cuestión distinta es la relevancia que pueda tener un informe contrario a la idoneidad del candidato emitido por el Consejo General del Poder Judicial. Si a ello añadimos que a raíz de la reforma de 2007 el candidato es también «examinado» por la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, podrá concluirse con facilidad la importancia de este trámite previo al nombramiento.

En ambos casos, se trata de valorar los méritos e idoneidad del candidato. Este pase de la propuesta gubernamental por el órgano de gobierno del poder judicial y por la sede de la soberanía popular convierte al fiscal general en el único nombramiento constitucional en el que participan los tres poderes del Estado. Conocido este mecanismo de designación, todo debería apuntar a que el definitivamente nombrado siempre reunirá los requisitos de un buen candidato. Quien supere con éxito el doble examen de los dos

poderes del Estado —legislativo y judicial— habrá demostrado su idoneidad para el cargo.

El plácet del órgano legislativo no será difícil, en la medida en que la propuesta del Gobierno contará siempre con el respaldo de los grupos políticos que lo sostienen. Cuestión distinta es el informe del Consejo General del Poder Judicial. El periodo de duración del mandato de los vocales —no digamos nada en una situación de tanta gravedad como la que se ha vivido por el enfrentamiento político para la renovación del órgano de gobierno de los jueces— hará posible, incluso frecuente, que el color político de uno y otro poder no coincida. Es entonces cuando surge la polémica. Y, de hecho, así ha acontecido.

El debate gira en torno al alcance que puede tener el informe del Consejo General del Poder Judicial. Sostienen algunos que su juicio de idoneidad ha de limitarse a examinar si el candidato propuesto es español, jurista de reconocido prestigio y con más de quince años de ejercicio profesional. Estos son los requisitos que el estatuto del Ministerio Fiscal exige para el nombramiento. No podría, así, abarcar un juicio político o ideológico de idoneidad.

Lo cierto es que no han faltado ejemplos —no siempre mayoritarios— en los que el Consejo General del Poder Judicial ha desautorizado el perfil de un candidato, e incluso ha sido recurrido en vía judicial el nombramiento de aquel a quien no se le ha reconocido idoneidad.

Lo verdaderamente decisivo, a mi juicio, es que los informes del Consejo General del Poder Judicial y de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados no sean vistos como un simple trámite que se debe agotar en la propuesta-decisión del Gobierno, concebida desde el principio como irreversible. La Constitución de 1978 y la reforma de la ley en 2007 no querían añadir mayor burocracia a la cadena administrativa del nombramiento del fiscal general del Estado. Lo que buscaban era lograr, sin caer en la desnaturalización del esquema constitucional de nombramiento, el acierto en la idoneidad de un candidato, actuar como primera

premisa para el legítimo ejercicio de su cargo. Se trataría, al fin y al cabo, de reforzar su legitimidad de origen.

Aun cuando no se diga de forma expresa, parece claro que un juicio de inidoneidad expresado por los grupos parlamentarios o el Consejo General del Poder Judicial no alteraría la capacidad del Gobierno de mantener y llevar adelante su propuesta de nombramiento. Participo de la convicción de que admitir el carácter vinculante de la aceptación o rechazo de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados forzaría más de lo tolerable la elasticidad del sistema de nombramiento que quisieron los constituyentes de 1978.

Recientemente la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo ha desestimado una demanda promovida por una asociación profesional de fiscales que postulaba la ilegitimidad del nombramiento del fiscal general del Estado. Entendían que la revocación judicial de varios de los nombramientos hechos por el fiscal general en su anterior mandato —los tribunales estimaron que esos nombramientos eran arbitrarios y una clara expresión de «desviación de poder»— era una causa legal de cese del fiscal general que, por consiguiente, viciaba e impedía su renovación para un nuevo mandato.

Lo que resulta incuestionable es que el hipotético juicio de inidoneidad del candidato propuesto debería servir de señal de alarma para que, a partir de ese momento, quien está llamado a ocupar la cúspide jerárquica del Ministerio Público no alimente las sospechas de parcialidad que sobre él se ciernen.

No se trata, desde luego, de deslegitimar un nombramiento que corresponde al Gobierno y no al Consejo General del Poder Judicial o a la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados. Pero si el fiscal general del Estado quiere verse reconocido por todos aquellos fiscales subordinados que hacen de la defensa de la legalidad su tarea diaria, si quiere no dinamitar su prestigio y, en fin, si desea actuar conforme a los principios constitucionales que delimitan su actividad, será indispensable que la inspiración de sus

decisiones la obtenga después de ponderar serenamente el criterio ofrecido por los órganos de asesoramiento, únicos capaces de valorar el problema jurídico debatido con mayor profesionalidad y tecnicismo.

Decir esto no significa abogar por un modelo corporativo o asambleario del Ministerio Fiscal. El diseño constitucional lo impide.

La dependencia jerárquica constituye una de las piezas definitorias del esquema de organización del Ministerio Público. Pero esa dependencia jerárquica —que nunca lo es respecto del Gobierno, sino respecto del criterio del fiscal general del Estado y solo pretende lograr la unidad de actuación de todos los fiscales en la interpretación de las leyes— únicamente se legitima cuando el criterio que se impone es el que dicta el rigor jurídico, no la gratitud por el nombramiento para un cargo que no puede ejercerse, como lo haría un apéndice togado del poder ejecutivo.

¿HAY QUE REFORMAR EL NOMBRAMIENTO DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO?

Como ya he señalado a lo largo de estas páginas, la historia del Ministerio Fiscal es la historia de un órgano integrado por profesionales con una inderogable aspiración de objetividad e imparcialidad. Pero es también la historia de un fiscal general del Estado que, pese al abandono del modelo tradicional que pretendieron los constituyentes de 1978, no ha podido sustraerse a la polémica.

Su definición como el órgano que «… promueve la acción de la justicia en defensa de la legalidad» no ha sido suficiente. Buena parte de la sociedad sigue viendo en él a un mandatario gubernamental. La designación por el Gobierno de quien ha de encarnar la cabeza jerárquica del Ministerio Fiscal ha degradado el valor de otros fines, como la defensa del interés público tutelado por la ley, de los intereses sociales y de los derechos ciudadanos.

Esos principios y valores que forman parte del enunciado constitucional que define al Ministerio Fiscal no pueden ser defendidos —se argumenta— por quien nace con el estigma de la designación gubernamental y, por tanto, con un deber de agradecimiento que enturbiará siempre su trabajo y hará sospechar de sus decisiones.

El descontento generalizado con la labor del fiscal general del Estado —probablemente ninguno de ellos ha logrado esquivar las suspicacias— explica las recurrentes propuestas de modificación de su régimen jurídico, algunas de ellas de alcance constitucional. Se habla, así, de una reforma que atribuyera al Parlamento la capacidad legal para el nombramiento del fiscal general del Estado. Esta tesis —que llegué a suscribir en otro tiempo y a la que no falta cierto atractivo— puede implicar un salto al vacío. Prescinde de la historia del Ministerio Fiscal y, por si fuera poco, se aleja del panorama del derecho comparado, en el que la vinculación con el poder ejecutivo es una nota constante.

Al comienzo de este capítulo ya aludí a la abstención histórica del constitucionalismo español al regular o simplemente referirse al Ministerio Fiscal. El paso de los años me ha llevado a concluir que quizá tenían razón aquellos que en el debate constituyente de 1978 sugirieron no regular la figura del fiscal general del Estado y remitir sus aspectos normativos a una futura ley orgánica del poder judicial. En efecto, con la excepción del Estatuto de Bayona —cuyas circunstancias históricas desaconsejan enfatizar su valor como precedente— y la Constitución de 1931 —cuyo sugerente enunciado quedó sin desarrollo legislativo—, el Ministerio Fiscal ha carecido de un referente constitucional que contribuyera a clarificar su verdadera dimensión jurídica. La Constitución republicana decía del Ministerio Fiscal que «… velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social». Y añadía: «… constituirá un solo cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de la justicia».

Quizá hubiera sido mucho más práctico no cerrar el modelo de designación del fiscal general del Estado en la Carta Magna. De hecho, en los debates que sirvieron para alumbrar el vigente art. 124, no faltaron voces que estimaron improcedente su constitucionalización. La aceptación de ese criterio es seguro que habría permitido una mayor elasticidad a la hora de reglar el espacio funcional del Ministerio Fiscal y sus principios rectores.

Pero nuestro análisis no puede prescindir de la realidad. La reforma del sistema de designación del fiscal general del Estado exigiría ahora una reforma de la Constitución. No parece que el clima político que respira nuestra sociedad sea el más adecuado para abordar una modificación de ese alcance. Mientras tanto, sería conveniente que quien está llamado a convertirse en la máxima jefatura de un órgano jerarquizado luche cada día por lograr una legitimación que solo puede venir dada por la toma de decisiones ajustadas a los principios constitucionales que han de definir su trabajo.

Cuando los controles jurisdiccional e intraorgánico den repetidas muestras de distanciamiento de esas fuentes de legitimación, el fiscal general deberá entender el mensaje de que no todo vale para imponer su agradecido criterio en defensa de los intereses gubernamentales. El sucesor de figuras históricas como Melchor de Macanaz, Eugenio Silvela, Joaquín Francisco Pacheco, Sánchez-Román, Covián y Junco o Galo Ponte, por citar solo algunos fiscales generales —todo hay que decirlo, tampoco ellos se vieron aliviados de la controversia política—, no puede contribuir conscientemente a la erosión del Ministerio Fiscal, un órgano constitucional que debería siempre estar al servicio de la defensa de los intereses generales.

2

LA CLASE POLÍTICA: ¿UNA CASTA BLINDADA FRENTE A LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL? INVIOLABILIDAD, INMUNIDAD Y AFORAMIENTO

> La igualdad es la identidad de atribuciones entre seres semejantes, y el Estado no podría vivir de un modo contrario a las leyes de la equidad (…). Sin embargo, es incontestable que debe haber alguna diferencia entre los jefes y los subordinados. ¿Cuál será esta diferencia y cuál el modo de dividir el poder? Tales son las cuestiones que debe resolver el legislador.
>
> ARISTÓTELES, *La Política*, cap. XIII (Espasa-Calpe, págs. 132 y 133)

Es más que probable que una encuesta que planteara al ciudadano si percibe que la condición de político confiere un privilegio ante la jurisdicción penal arrojaría un altísimo número de respuestas afirmativas.

Forma parte de una sensación generalizada que quien goza de un aforamiento cuenta con una prebenda. La opinión pública percibe que el político —ministro, diputado o senador— disfruta de un blindaje frente a investigaciones que a cualquier ciudadano le exponen al largo y tortuoso camino del proceso penal. La idea de que hay dos clases de justicia, una implacable con el sospechoso de haber cometido un delito y otra contemporizadora y benévola con el responsable político, está más que extendida.

De hecho, son recordadas las palabras de un presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial que en un discurso pronunciado en un acto público llegó a afirmar que «la ley penal está hecha para los "roba gallinas", no para los grandes defraudadores».

¿Hay verdaderas razones para suscribir este análisis?

Como en tantas otras ocasiones, no se puede dar respuesta a ese interrogante con un monosílabo. Llegar a una conclusión, en uno u otro sentido, exige valorar datos que no siempre son tenidos en cuenta a la hora de pronunciarse sobre este debate. Quizá por eso resulte conveniente empezar por sentar las premisas más básicas, sin las que el análisis puede desenfocarse.

Si por privilegio entendemos una derogación de las reglas generales a las que se somete el resto de los ciudadanos, habrá que concluir que, en efecto, los políticos —no todos— están rodeados de un cuadro de garantías que individualiza su estatuto jurídico cuando se trata de comparecer ante un juez o tribunal.

Pero no todas esas singularidades tienen la misma naturaleza, no todas producen los mismos efectos y, por supuesto, cada una de ellas tiene distinto fundamento.

Vamos a detenernos en el análisis de la inviolabilidad, la inmunidad y el aforamiento, conceptos que no siempre se distinguen con la precisión necesaria. Solo su examen permitirá avalar o rechazar la idea de que el político es un privilegiado cuando tiene que rendir cuentas ante los tribunales de justicia.

LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA: EL DERECHO A EXPRESARSE SIN LÍMITES EN LA BATALLA POLÍTICA Y A VOTAR EN LIBERTAD SIN CONSECUENCIAS PENALES

La Constitución Española reconoce a los diputados y senadores inviolabilidad por las opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones.

Esta prerrogativa hunde sus raíces en el constitucionalismo liberal y nace en España en una circunstancia histórica muy concreta. La ausencia forzada de Fernando VII y las dificultades de implantación de la monarquía bonapartista generaron un vacío de poder que pretendió ser colmado por un mosaico de Juntas Populares que, tras distintas peripecias, desembocaron en la convocatoria de Cortes Generales y extraordinarias, cuya reunión, como es sabido, tuvo lugar en Cádiz.

La mejor manera de explicar el origen de esta singularidad y de valorar su vigencia en el siglo XXI es la transcripción literal de un decreto que sirvió de base para definir el alcance de las prerrogativas parlamentarias:

> … Y hallándose ya formalizado y aprobado el reglamento, y teniendo en consideración las Cortes, que jamás debe molestarse ni inquietarse a los diputados por las opiniones y dictamen que manifiesten, para que tengan la libertad que es tan indispensablemente precisa en los delicados negocios que la Nación confía a su cuidado, y sin la que no podrían explicarse los gravísimos asuntos del Estado a que tienen que atender: han confirmado en la sesión pública de ayer la inviolabilidad de las personas de los diputados, y declaran: Que no podrá intentarse contra los mismos acción, demanda ni procedimiento alguno en ningún tiempo, y por ninguna autoridad, de cualquier clase que sea, por sus opiniones y dictámenes: Que ninguna autoridad, de cualquier clase que sea, pueda entender o proceder contra los diputados por sus tratos y particulares acciones durante el tiempo de su encargo y un año más después de concluido: Que cuando se haya de proceder civil o criminalmente, de oficio, o a instancia de parte, contra algún diputado, se nombrara por las Cortes un tribunal, que con arreglo a derecho substancie y determine la causa, consultando a las Cortes la sentencia antes de su ejecución: y que las quejas y acusaciones contra cualquier diputado se presentarán por escrito a las Cortes, y mientras se delibere sobre ello, se retirará el diputado interesado de la sala de sesiones, y para volver esperará orden de las Cortes.

El temor de los diputados a la vuelta de Fernando VII, con absoluto desconocimiento de cuál iba a ser el ideario político —liberal o absolutista— que presidiera el nuevo régimen, late en cada

uno de los renglones de ese decreto. Los parlamentarios tenían pánico a que el regreso del monarca desde Bayona conllevara entre sus primeras decisiones perseguir penalmente a todos aquellos diputados que, en su ausencia, hubieran osado defender en las Cortes de Cádiz las ideas liberales que aspiraban a desplazar los fundamentos del Estado absoluto.

La lectura de ese decreto, debidamente contextualizado en el momento histórico que permitió a los constituyentes de Cádiz proclamar la inviolabilidad de los parlamentarios, hace perfectamente entendible el fundamento de una prerrogativa que lo que buscaba era, de manera exclusiva, proteger la libertad de opinión —y de voto— de los diputados cuando se hallan en el ejercicio de sus funciones y evitar detenciones arbitrarias que pudieran alterar los equilibrios parlamentarios en el momento de la votación de un asunto de especial trascendencia.

¿Sigue teniendo sentido este privilegio? ¿Es necesario resguardar a los diputados y senadores de hoy frente a querellas interpuestas por posibles injurias o calumnias vertidas en la Cámara? ¿El juez que pretenda investigar a un parlamentario puede ser considerado como un elemento perturbador en las tareas parlamentarias?

El enfrentamiento político como cobertura para el insulto descarnado

El parlamentarismo español muestra ejemplos históricos de intolerancia y de odio que, en algunos momentos, presagiaron el enfrentamiento civil que siguió a amenazas proferidas entre diputados en la sede de la soberanía nacional.

Pero no hace falta retroceder demasiado en el tiempo para descubrir diatribas, de uno y otro signo, que son expresivas de un clima de tensión que ha elevado en los últimos años la temperatura de los debates parlamentarios. Los límites de la descalificación

personal han sido cuestionados por quienes consideran que la inviolabilidad como blindaje del libre discurso político no debería nunca conferir impunidad frente al insulto injurioso o calumnioso.

Sin ir más lejos, Cayetana Álvarez de Toledo, diputada del PP, llamó al entonces vicepresidente del Gobierno, Pablo Iglesias, «hijo de un terrorista»; una vicepresidenta del Gobierno del PSOE mandó a la «mierda» al jefe de la oposición del PP; en el transcurso de una intervención de Íñigo Errejón alguien le espetó: «vete al médico»; la ministra Irene Montero atribuyó a los bancos del PP «promover la cultura de la violación»; una diputada de VOX señaló como único mérito de la ministra Montero «haber estudiado en profundidad a Pablo Iglesias»; el diputado Jaume Asens, de Unidas Podemos, reprochó a la ultraderecha: «¿Quién cabe en su España diminuta? No cabemos ni la mitad. Esos veintiséis millones que los exmilitares de VOX querían fusilar»; una diputada de VOX llamó «bruja» a otra diputada y comparó a Sánchez y Bolaños con «Hitler y Goebbels», y una diputada de ERC llamó «corrupto» al rey emérito y dijo del Tribunal Supremo que era un «tribunal facha», pues el sistema judicial español estaba integrado por «tribunales golpistas».

En fin, «tontopollas», «caradura», «fascista», «en mi coño y en mi moño solo mando yo…» son solo algunas de las expresiones que han adornado en los últimos años los discursos —y las interrupciones— pronunciados en el órgano parlamentario.

En principio, una reivindicación incondicional del derecho al honor, de la división de poderes y del principio de exclusividad jurisdiccional —solo a los jueces y tribunales corresponde la investigación, enjuiciamiento y ejecución de los delitos— conduciría al lector a concluir que esas prerrogativas, tan justificadas en el paréntesis histórico que precedió a la vuelta de Fernando VII, carecen hoy de sentido. La injuria y la calumnia, al entender de muchos, no deberían perder su carácter por el hecho de que sean proferidas en un determinado entorno y durante el desarrollo de un debate político.

Desde esta óptica, podría entenderse que la defensa del ideario de cualquier parlamentario no exige injuriar ni calumniar a ningún rival político. Que desde el atril o el escaño de la Cámara Legislativa se puede defender todo sin necesidad de menoscabar la honorabilidad de los contrincantes o de cualquier otro ciudadano o autoridad pública.

El parlamentario que hoy defiende una proposición de ley en la que, por ejemplo, se postula la limitación de la inviolabilidad del rey, el tránsito hacia un régimen republicano o la independencia de una parte del territorio sabe que no necesita moderar su tono o dulcificar su mensaje de ruptura ante el riesgo de que el disgusto regio pueda costarle su inhabilitación.

Pero, del mismo modo, es también entendible que imponer límites a la palabra pronunciada en defensa de una opción política que ha obtenido representación parlamentaria, podría producir un efecto inhibitorio en la plenitud expresiva del diputado o senador.

La libertad de expresión garantizada a cualquier ciudadano por la Constitución adquiere una dimensión especial cuando busca salvaguardar el debate de las ideas en el órgano depositario de la soberanía nacional. Solo la discusión libre, sin cortapisas ni límites anticipatorios a lo que verdaderamente se quiere expresar puede asegurar que el mensaje llega al ciudadano sin trabas o limitaciones que le resten espontaneidad.

Y así lo han entendido la mayor parte de los países de nuestro entorno. La existencia de inviolabilidad parlamentaria es una constante que no puede ser despreciada en el momento del análisis acerca de su justificación y procedencia.

La Ley Fundamental de Bonn, texto constitucional vigente en Alemania desde el 23 de mayo de 1949, reconoce las prerrogativas de inviolabilidad e inmunidad a los parlamentarios e incluso va más allá. Permite al Bundestag obligar a la suspensión de cualquier procedimiento en marcha contra un miembro del órgano legislativo. En Francia, la inviolabilidad viene siendo proclamada en los textos constitucionales vigentes desde 1789. En Portugal, con una

Constitución aprobada en 1976, se reconocen también estas prerrogativas procesales. En Italia, desde la Constitución de 1947, a la inviolabilidad reconocida a los parlamentarios se suma la capacidad del Parlamento de suspender incluso la ejecución de una sentencia firme dictada contra un diputado.

Basta, pues, un recorrido superficial por estos modelos comparados para percatarnos de que la inviolabilidad de diputados y senadores que reconoce nuestra Constitución —su capacidad para defender con la palabra su ideario político, incluso transgrediendo la norma penal que protege el honor de las personas— no es una extravagancia jurídica ni una reliquia histórica carente de justificación.

De hecho, los integrantes del Parlamento Europeo cuentan también con un estatuto jurídico que les protege frente a cualquier injerencia no justificada de otras instituciones, y gozan de las mismas prerrogativas que asisten a los miembros del órgano parlamentario que constitucionalmente se reconozca en su país de origen.

En un debate parlamentario sobre la corrupción que afecta a una u otra opción política, pronunciar la palabra «corrupto» dirigida al contrincante político nunca podría generar responsabilidad penal. En una sesión de control en la que se exigieran responsabilidades por una catástrofe natural mal gestionada a la vista de los recursos disponibles, etiquetar al rival político como «homicida» por no haber impedido tan elevado número de muertos no debería tampoco legitimar una querella por calumnias por parte del responsable gubernamental que se sintiera ofendido por haber sido destinatario de ese vocablo.

En suma, la inviolabilidad parlamentaria, que como todas las reglas derogatorias muy difícilmente puede despojarse del aroma de privilegio, adquiere sentido si busca asegurar la irresponsabilidad penal por las opiniones emitidas en el ejercicio de la función legislativa y, en algunos casos también, en actos externos que sean

reflejo o continuación del debate político en torno a una determinada materia.

La inviolabilidad parlamentaria, más allá de su origen histórico, adquiere hoy plena vigencia. El debate político no pierde su esencia, sino que, por el contrario, se aproxima a ella, si es un debate vehemente y enconado. Reivindicar la honorabilidad frente a improperios o descalificaciones, tan usuales en la disputa política, puede introducir indeseables cortapisas para la agilidad de la función parlamentaria.

La inviolabilidad de la que gozan en España diputados y senadores, siempre que se interprete como una prerrogativa funcional indispensable, no es un privilegio frente al resto de la ciudadanía.

Cuestión distinta es que la pérdida de los modales imprescindibles para el desarrollo de un debate sea reconducida por quien legalmente tiene capacidad para ello, esto es, por quien asuma la presidencia del órgano parlamentario. El reglamento de cada una de las cámaras legislativas —Congreso y Senado— cuenta con mecanismos jurídicos para exigir la rectificación al diputado o senador que con su discurso menoscaba la honorabilidad de su contrincante político.

Por consiguiente, no debe ser el derecho penal el que intervenga para reprochar los insultos vertidos en un debate parlamentario. La disputa parlamentaria ha de ser reconducida por el presidente de la Cámara Legislativa y hacerlo, sobre todo, desde una posición institucional que no deje huellas sospechosas de sectarismo.

El reconocimiento y el respeto a su papel va estar condicionado por los términos en que haga valer su condición de árbitro moderador de un debate entre representantes de la ciudadanía, en el que todos —de uno y otro signo político— han de contar con las mismas armas y ser destinatarios de los mismos límites.

INMUNIDAD: UN BLINDAJE DE DIPUTADOS Y SENADORES FRENTE A LA DETENCIÓN ARBITRARIA PARA MODIFICAR JUDICIALMENTE MAYORÍAS PARLAMENTARIAS

Para hacer más fácil nuestra valoración acerca del carácter privilegiado —o no— del estatuto de los parlamentarios, vamos a descomponer lo que en el plano teórico sería el contenido de la inmunidad parlamentaria y nos vamos a limitar aquí a la inmunidad entendida como la prohibición de que los diputados y senadores sean detenidos, salvo en caso de flagrante delito. En los epígrafes sucesivos nos centraremos en la necesidad de «suplicatorio» para inculpar o procesar a un parlamentario y, por último, nos referiremos al aforamiento.

¿Representa un privilegio esta limitación a la capacidad de jueces y tribunales de acordar la detención de un parlamentario exclusivamente en aquellos casos en los que sea sorprendido en flagrante delito?

También ahora la norma general —cualquier ciudadano puede ser detenido cuando se den los presupuestos legales para ello— queda desplazada por una regla constitucional que, desde luego, limita las facultades judiciales para privar de libertad a un diputado o senador.

En un primer momento, podría entenderse que es razonable que un ciudadano —sea o no parlamentario— solo pueda ser preventivamente privado de libertad en el momento en el que es sorprendido cometiendo un delito. Sin embargo, no es así. Hay muchas otras razones que justifican la detención de un sospechoso. La ley autoriza, por ejemplo, la detención preventiva de aquel que, debidamente citado por el juez, desoye el llamamiento y se constituye en rebeldía. El riesgo de emprender fuga para eludir la persecución judicial o el peligro de destrucción de pruebas importantes para el esclarecimiento del hecho imputado justifican la detención de cualquier ciudadano.

¿Cómo se explica, pues, la limitación impuesta a los jueces cuando se trata de un diputado o senador y no de la detención de cualquier otro ciudadano?

La razón histórica vuelve a ser indispensable para conocer su fundamento y, sobre todo, para imponer límites a la forma de actualizar su vigencia. En efecto, la tentación de iniciar un proceso penal que permita la detención de un diputado, por ejemplo, el día en el que se debate la investidura del presidente del Gobierno, puede acarrear como efecto la pérdida de un voto indispensable para alcanzar la mayoría de apoyo.

Esta idea late en el origen histórico de la inmunidad, entendida como prohibición de privar de libertad a un diputado o senador, salvo el caso en que cualquiera de ellos fuera sorprendido en flagrante delito.

La inmunidad, en suma, circunscribe su sentido a una preservación «cuasiaritmética» de la Cámara. Se trataría de reaccionar frente al intento de que, por la pugna política, se impida al Parlamento constituirse conforme a sus consolidadas mayorías, alterando así su composición y funcionamiento.

Solo así puede entenderse el significado de esta prerrogativa que, pese a definir una singularidad frente a las reglas que permiten la detención de cualquier otro ciudadano, puede encontrar una justificación histórica en la necesidad de evitar la activación de un proceso penal sin otra finalidad que impedir la constitución legítima del Gobierno, o la aprobación de cualquier otra iniciativa legislativa mediante la indebida retención de uno o varios de los componentes de la Cámara Legislativa.

Sin embargo, aferrándonos a esta explicación histórica, no parece fácil justificar la pervivencia de una prerrogativa que, en principio, parece inconciliable con las garantías constitucionales que limitan el poder de los tribunales. En efecto, el cuadro de garantías que acompaña el trabajo de los jueces hace difícilmente imaginables situaciones patológicas de cooperación —consciente o inconsciente— de los órganos judiciales en móviles políticos encaminados a un

cambio en la forma de gobierno o a obstaculizar mediante la detención de un parlamentario la aprobación de un proyecto de ley.

El juez que, sin otra cobertura que una acusación falaz, resuelve la detención de un diputado o senador e impide que aquel deposite su voto en la Cámara Legislativa, se está deslizando de forma más que evidente por los terrenos de la detención ilegal y el delito de prevaricación.

El «suplicatorio»: la justicia tiene que pedir ayuda para inculpar o procesar a un diputado o senador

Como ya hemos anticipado, otra de las garantías que integran la inmunidad protectora de diputados y senadores es la exigencia de «suplicatorio» para acordar su inculpación o procesamiento.

Una puntualización inicial es obligada. La Constitución de 1978 solo concede la inmunidad que exige la petición de suplicatorio a diputados y senadores. Significa esto que los parlamentarios autonómicos no cuentan con esta prerrogativa.

Perseguir judicialmente a un diputado autonómico de cualquiera de las asambleas legislativas no impone al juez la solicitud de suplicatorio. Sí cuentan los diputados autonómicos, reconocido así en los respectivos estatutos de autonomía, con la garantía de la inviolabilidad por las opiniones expresadas y los votos emitidos durante el ejercicio de sus cargos.

A las dificultades que venimos advirtiendo acerca de la necesidad de actualizar estas prerrogativas de tanto calado histórico, se añade ahora el carácter ambivalente de las expresiones «inculpación» y «procesamiento».

¿De qué actos procesales estamos hablando y para cuya práctica el juez ha de instar la previa autorización al Parlamento?

En el capítulo 10 intento aclarar el significado de una y otra expresión —investigado, imputado, inculpado, procesado, acusado…

—. A lo allí expuesto conviene remitirse. Baste añadir ahora que lo que impone el texto constitucional como presupuesto a la inculpación o el procesamiento no es otra cosa que una garantía en el momento en que el juez toma la decisión de convertir al diputado o senador en parte pasiva del procedimiento, es decir, cuando ya puede afirmarse que la causa penal iniciada en su día ha llegado a un punto en el que el juez ha asumido como propios los indicios racionales de criminalidad que justificaron la apertura del procedimiento.

En el momento en que el texto constitucional fue redactado todo era más sencillo cuando se trataba de interpretar esa prerrogativa. Los modelos procesales entonces vigentes se ajustaban a la existencia de un «auto de inculpación» y un «auto de procesamiento». En aquellos años, un procedimiento llamado de «diligencias preparatorias» exigía del juez dictar «auto de inculpación». Y el procedimiento ordinario por los delitos más graves —«procedimiento por sumario»— imponía el dictado de un «auto de procesamiento».

Por consiguiente, el juez de instrucción sabía perfectamente qué acto procesal exigía instar la autorización de las Cortes Generales con carácter previo. Los esquemas procesales por los que, hoy por hoy, discurre la investigación penal no conocen una resolución formalmente llamada «auto de inculpación». Sigue vigente, sin embargo, el «auto de procesamiento» en los procedimientos más graves.

El significado constitucional de la inmunidad no puede depender en su esencia ni en su entendimiento de las coyunturales vicisitudes que afecten al sistema procesal y a los modelos de procedimiento. Todo ello obliga, en definitiva, a propugnar un sentido a la inmunidad parlamentaria con independencia del momento referencial que ofrecían las normas procesales vigentes en el instante de su formulación.

Precisamente por eso, el vocablo «inculpación» al que se refiere el texto constitucional, con independencia de uno u otro modelo

procesal, ha de ser interpretado ahora poniéndolo en conexión con el momento en que el juez ve claro que la responsabilidad penal del parlamentario, con todo el carácter indiciario que se quiera, ya se dibuja con la nitidez que precede al juicio de acusación.

La mera apertura de diligencias o el simple inicio de cualquier acción jurisdiccional no parecen proporcionar, sin embargo, un criterio seguro para reclamar la necesidad de instar la autorización de las Cortes. La inmunidad despliega su eficacia garantista no frente a la apertura de un incipiente procedimiento penal, sino respecto de un juicio de inculpación que, en el devenir de aquellas diligencias, aparezca como inevitable. Frente a una denuncia infundada, presentada ante el órgano judicial y dirigida contra un diputado o senador, el juez no está obligado a hacer coetáneas la incoación de las diligencias y la solicitud del suplicatorio al órgano legislativo.

Cualquiera que sea el sentido y el alcance que quiera atribuirse a los vocablos inculpación y procesamiento, la finalidad constitucional no parece que pueda identificarse con la introducción de un presupuesto habilitante para la mera incoación de un procedimiento penal. No bastan la denuncia o la querella contra el diputado o senador, ni siquiera que aquellas den lugar a la apertura de una causa penal. La inmunidad impone la petición de autorización solo para «inculpar» o para «procesar».

En síntesis, la simple formalización de una denuncia contra un diputado o senador no exige activar la autorización constitucionalmente exigida. En la Sala Penal del Tribunal Supremo se reciben a diario denuncias y querellas formuladas preferentemente por acciones populares que dan lugar a la incipiente incoación de diligencias que no determinan la petición de suplicatorio. Solo cuando la apertura de la investigación alcance un punto en el que la imputación supera un inicial juicio de verosimilitud, se podrá solicitar del órgano legislativo el suplicatorio para proceder a la llamada del parlamentario que ha de ser formalmente investigado.

Por tanto, es la declaración del parlamentario sobre el que ya el juez ha razonado su indiciaria participación en el hecho delictivo denunciado la que exige como presupuesto la autorización de las Cortes Generales. La citación para comparecencia del diputado o senador asistido de abogado con el fin de proceder a su interrogatorio es la que implica un cambio sustantivo en su anterior estatus procesal.

Con esa citación se adquiere, desde luego, la condición formal de inculpado. Pero puede suceder que, con carácter previo al dictado de esa resolución, el juez considere necesaria la práctica de diligencias que implican no ya una inculpación formal, sino el desarrollo de actos inequívocos de inculpación material. Piénsese, por ejemplo, en la intervención de dispositivos electrónicos de comunicación telefónica o telemática, en la aprehensión de documentos o piezas de convicción, o en la entrada o registro de una oficina o del propio domicilio del diputado o senador. En tales casos, la autorización del Congreso es presupuesto de legitimidad de cualquiera de esas decisiones de injerencia. La adopción de una de esas medidas sin haber cursado con anterioridad el suplicatorio generaría la nulidad de esos actos de investigación.

El voluntarioso diputado que acude a declarar ante el Tribunal Supremo sin esperar a la petición del suplicatorio

La garantía que concede el suplicatorio no siempre ha jugado a favor del parlamentario que se ve inmerso en un proceso penal. No faltan casos en los que el cúmulo de información que se difunde acerca de la incoación de un procedimiento que puede afectar a un responsable político lleva a este a la conclusión de que está siendo ya condenando ante la opinión pública sin haber tenido todavía la oportunidad de defenderse.

En tales casos, la posibilidad de anticipar su declaración ante el juez le ofrece una inmejorable ocasión para dar las explicaciones exculpatorias que considere oportunas. Y es que el ritmo de la investigación penal, con el consiguiente acopio de los elementos de cargo que pesan sobre el responsable político, no siempre justifica una inculpación temprana que conduzca a instar el suplicatorio y, a partir de ahí, para abrir las puertas del procedimiento al responsable político al que se atribuye un delito.

Con esta finalidad, esto es, con el deseo de que diputados y senadores pudieran defenderse desde el primer momento de la incoación del proceso penal, sin esperar a que ya fuera inevitable su inculpación o procesamiento, se reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el año 2002.

Desde entonces, el diputado o senador no necesita la «supreprotección» que encierra el suplicatorio. Puede acudir voluntariamente a declarar ante el juez del Tribunal Supremo que haya sido designado instructor y puede reivindicar, así, su inocencia, incluso antes de una petición formal de suplicatorio.

Cada caso ofrecerá una u otra alternativa. Será la naturaleza del hecho perseguido y, sobre todo, el cálculo estratégico del responsable político acerca de los efectos de esa declaración temprana, los que impongan sus razones y condicionen la decisión.

Como en tantas otras ocasiones, esa resolución exigirá del afectado un ejercicio de ponderación entre las ventajas de poderse explicar por primera vez ante el juez y los efectos que para la opinión pública puede acarrear esa voluntarista y anticipada decisión de convertirse en parte pasiva de un procedimiento penal en marcha y para el que todavía no ha sido llamado a declarar por el juez.

La petición de suplicatorio no autoriza al Parlamento a valorar la inocencia o culpabilidad del diputado o senador

La quiebra del principio de igualdad entre el político y el ciudadano no se materializa en el enunciado abstracto del precepto que concede esa inmunidad, sino en el momento en el que esa prerrogativa es o no concedida por el órgano parlamentario.

En efecto, de lo que se trata, a la vista del arraigo histórico de las prerrogativas parlamentarias, no es tanto cuestionar su misma existencia como la utilización que en cada caso pueda hacerse de ellas.

El juez o tribunal que quiera inculpar a un diputado o senador tiene que pedir con carácter previo autorización a la Cámara Legislativa. El problema no es tanto que esa petición sea rechazada, sino las razones esgrimidas para blindar al político y cerrar cualquier exigencia de responsabilidad criminal por un hecho delictivo que está siendo objeto de investigación.

El diputado o senador al que se atribuya, por ejemplo, un delito de conducción en estado de embriaguez no debería nunca ser sustraído al enjuiciamiento con la argumentación de que los parlamentarios riojanos deben gozar de un margen más generoso de medición del índice de alcohol en sangre. Este ejemplo, al que no falta un punto de frivolidad, sirve para reparar en la importancia de conectar la respuesta exoneratoria de los parlamentarios al verdadero fundamento de la prerrogativa que otorga la exigencia de suplicatorio.

Y ese fundamento histórico, nada fácil de actualizar, quebraría si el órgano legislativo se planteara discutir con el Tribunal Supremo, por ejemplo, la concurrencia de pruebas que respaldarían la inculpación que se pretende respecto de un diputado o senador.

La valoración del material indiciario sobre el que se apoya un suplicatorio nunca será de la incumbencia de las Cortes Generales. Consideraciones acerca de una motivación política en la persecución de uno u otro diputado convertirían una prerrogativa constitucional en una extravagante e inadmisible patente de impunidad.

El debate sobre la concesión del suplicatorio instado por el Tribunal Supremo nunca puede ser concebido como una oportunidad

al alcance del órgano parlamentario para hacer valer un enfrentamiento institucional entre dos poderes del Estado.

El quebrantamiento del principio de igualdad entre el político y el resto de los ciudadanos socavaría los fundamentos de la propia convivencia. Incluso esa erosión de la igualdad podría también producirse entre los propios parlamentarios. Estremece pensar qué sucedería si el entendimiento de esta prerrogativa llevara a una práctica conforme a la cual, en función de las mayorías y los acuerdos estratégicos, unos diputados vieran concedido el suplicatorio y otros resultaran acorazados frente al deseo de la justicia de abrir las puertas del juicio oral.

Hasta ahora no ha habido razones para la preocupación. Con alguna excepción muy singular, las Cortes Generales nunca han abierto una controversia acerca de la procedencia o improcedencia de la petición de suplicatorio por el Tribunal Supremo.

Es de esperar que la deslegitimación con la que políticamente se ha criticado al Tribunal Supremo, hasta el punto de pretender explicar sus resoluciones como expresión de *lawfare*, no sirva para justificar la próxima o futura denegación de suplicatorios que conviertan al diputado o senador investigado en un sospechoso blindado en su impunidad por sus correligionarios.

El respeto entre los poderes del Estado a sus respectivas parcelas funcionales, manteniendo así el equilibrio que hace posible la convivencia en una sociedad democrática, constituye un inderogable punto de partida para la estabilidad constitucional.

Y ello es así hasta el punto de que una hipotética denegación del suplicatorio solo debería implicar un punto y aparte en la exigencia de responsabilidades al diputado o senador perseguido por la justicia. La prerrogativa dura lo que dura el cargo. De ahí que, desaparecido este, perdida la condición de diputado o senador, el órgano judicial podría activar la investigación que resultó paralizada por la decisión de las Cortes Generales.

Conviene hacer aquí una puntualización para aclarar el verdadero alcance y la diferencia de tratamiento entre las

imputaciones delictivas que afecten al honor de los parlamentarios y que se hayan producido durante el debate —este es el ámbito propio de la inviolabilidad— y aquellas otras que se susciten a instancia del juez que, en el ámbito de una investigación penal, considera indispensable inculpar o procesar a un parlamentario, acto procesal para el que requiere formalizar un suplicatorio dirigido al Congreso o al Senado.

La inviolabilidad que constitucionalmente se reconoce a diputados y senadores para expresar con libertad sus votos y opiniones actúa como una causa de justificación que elimina la existencia misma del delito. Dicho con sencillez. El insulto entre parlamentarios deja de ser insulto y no puede ser perseguido *a posteriori*.

Pero no sucede lo mismo con otros delitos que nada tienen que ver con la opinión expresada y respecto de los cuales la Cámara Legislativa ha podido cerrar cualquier posibilidad de investigación judicial mediante la denegación del suplicatorio. En estos casos, el delito imputado por el juez —sea una estafa, una malversación o un delito de violencia sobre la mujer— podrá ser objeto de inculpación y procesamiento una vez el sospechoso haya perdido la condición de diputado o senador.

EL AFORAMIENTO: ¿PRIVILEGIO O DESVENTAJA?

Prescindiendo de matices técnicos que no resultan ahora indispensables, el aforamiento representa una rectificación de las normas generales de la competencia judicial.

Es probable que esta respuesta engendre un nuevo interrogante.

¿Y qué es la competencia judicial?

Para hacernos una idea, partamos de la base de que el conocimiento de los asuntos que ordinariamente son conocidos por los distintos juzgados y tribunales no se distribuye entre los jueces

conforme a normas caprichosas. Cada órgano judicial tiene definido de antemano su espacio de actuación. En ocasiones, esa distribución se verifica en función de la naturaleza del hecho que es objeto de tratamiento jurisdiccional.

El ciudadano entiende que no es lo mismo resolver una demanda de divorcio o una disputa familiar por el reparto de una herencia que investigar quién ha sido el autor de la muerte violenta de un policía, o si la operación frustrada de venta de una urbanización ha estado presidida por el engaño del promotor que estafó a los ilusionados inversores.

Por consiguiente, la distribución de los asuntos de los que conocen los juzgados se materializa dividiendo entre ellos —normalmente atendiendo a su naturaleza— los temas que van a ser objeto de conocimiento, valoración y, en su caso, sentencia.

Conforme a esta idea, el mapa de la jurisdicción española está integrado por distintos órganos judiciales:

a. Juzgados y tribunales civiles, que conocen de las demandas de esta naturaleza suscitadas, entre otras materias, en relación con reclamaciones patrimoniales entre ciudadanos, procedimientos matrimoniales, de filiación, cuestiones hereditarias, discusión de lindes, compraventas, hipotecas, etc.
b. Juzgados y tribunales penales, básicamente distribuidos entre órganos de investigación de hechos en apariencia constitutivos de delito y órganos de enjuiciamiento de esos hechos cuando ya han sido objeto de acusación.
c. Juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo, llamados a conocer las reclamaciones de los ciudadanos frente a la Administración del Estado. De lo que se trata, pues, es de definir los límites de la Administración Pública en el ejercicio de sus potestades.
d. Juzgados y tribunales de lo social, centrados en el examen de las reclamaciones surgidas entre trabajadores y empresarios.

e. Juzgados y tribunales de lo militar, para la investigación y enjuiciamiento de los delitos cometidos en el ámbito castrense y otro tipo de reclamaciones nacidas con ocasión de la relación de sujeción de los militares con sus respectivos cuadros de mandos.

Existe, por tanto, una distribución «en horizontal» de los asuntos en función de su naturaleza. Su respectivo espacio de conocimiento está predefinido y dibuja incluso un derecho constitucional que no puede ser vulnerado, a saber, el derecho al juez predeterminado por la ley.

Pero, al propio tiempo, los órganos judiciales se organizan «en vertical», en atención a su jerarquía respectiva. Como es sabido, las resoluciones judiciales son impugnables por el ciudadano al que afectan, si está en abierto desacuerdo con el desenlace del procedimiento.

Ese escalonamiento, con carácter general, se estructura a través de órganos colegiados —tres o más magistrados— que revisan las decisiones de los órganos inferiores, y culmina en el Tribunal Supremo, que constitucionalmente ocupa la cúspide jerárquica de la administración de justicia.

La investigación de los delitos cometidos por un aforado

Con alguna salvedad de escasa incidencia estadística en la jurisdicción civil y en la militar, el aforamiento que va a centrar nuestra atención tiene su ámbito natural en la jurisdicción penal, es decir, allí donde se investigan los delitos y allí donde se imponen penas privativas de libertad o restrictivas de derechos.

Esto hace explicable que la sensación ciudadana de privilegio del aforado se haga más palpable. El riesgo de que el juez de guardia acuerde el ingreso en prisión de un sospechoso parece

mucho más probable que la posibilidad de que esa decisión sea acordada por un magistrado del Tribunal Supremo cuando investiga a un responsable político.

Y, efectivamente, los datos estadísticos que reflejan el número de prisiones acordadas en el Tribunal Supremo frente a lo que expresa el día a día de los juzgados ordinarios —valga esta expresión impropia— arrojan un porcentaje infinitamente mayor, en términos absolutos y relativos, a favor de los juzgados.

Hechas estas precisiones iniciales, un nuevo interrogante se apodera del lector: ¿está justificada esa rectificación de la competencia para investigar los delitos cometidos por un ministro, un diputado, un senador o el presidente del Gobierno?

En el plano teórico, la alteración de las reglas generales de competencia suele razonarse con la afirmación de que no basta con distribuir el conocimiento de los asuntos penales por razón de la materia, sino que es necesario complementar esas normas con otro criterio: el que atiende a la función que desempeña la persona investigada. El aforamiento que determina que un ministro o un diputado sea investigado y, en su caso, enjuiciado por el Tribunal Supremo no se concede a modo de privilegio personal, sino funcional. No es «fulanito de tal» el que «escapa» de los juzgados ordinarios, sino el ministro de la Presidencia, el de Sanidad o el de Fomento quienes van a ser sometidos al ámbito de conocimiento del Tribunal Supremo.

Por consiguiente, la primera idea que hay que subrayar es que, cuando hablamos de aforamiento e identificamos su existencia con un privilegio, de existir este, no se trataría de un privilegio personal, sino eminentemente funcional. Lo que atribuye singularidad a la investigación y al enjuiciamiento de los delitos cometidos por los aforados solo puede explicarse por razón del cargo que en ese momento ostenta. No se busca proteger a quien con nombre y apellidos ocupa un ministerio, sino salvaguardar la función pública que este desempeña.

Soy consciente de que esta primera conclusión puede despertar una sonrisa irónica en el lector. Lo personal y lo funcional, cuando el cargo público se enfrenta a una investigación penal, son indisociables. Quien es llamado por el Tribunal Supremo a responder de un hecho aparentemente delictivo es cierto que acude a una cita que se verifica por razón de su cargo, pero también lo es que como sospechoso se libera de los riesgos e inconveniencias de los que no escaparía cualquier otro ciudadano de a pie.

Sea como fuere, podríamos coincidir en la idea de que, cuando la rectificación de la competencia se determina en atención al cargo y no a la persona, esa decisión puede estar jurídicamente justificada. De hecho, los padres de la Constitución de 1978 así lo entendieron y atribuyeron la investigación, procesamiento y condena del presidente del Gobierno, los ministros, los diputados y los senadores a la Sala Penal del Tribunal Supremo.

Es entendible que la exigencia de responsabilidades penales al presidente del Gobierno, a los diputados y a los senadores se imponga mediante un procedimiento ante el Tribunal Supremo, pero carece de toda lógica que ese mismo régimen sea aplicable a una pléyade de cargos públicos que hoy se benefician del aforamiento.

La relevancia funcional del presidente del Gobierno y de sus ministros no necesita de grandes argumentos justificativos. Valiéndonos de un símil médico podríamos decir que es razonable que el presidente del Gobierno, si tiene que ser intervenido quirúrgicamente, lo sea por el jefe de servicio de cirugía y no por quien acaba de terminar la especialidad. Es probable que ambos facultativos cuenten con la pericia necesaria para enfrentarse a esa intervención. Incluso, no es descartable que el más joven cuente con una preparación actualizada de la que carece el jefe de servicio. Sin embargo, todo aconseja que la responsabilidad por la intervención quirúrgica sea asumida por quien encarna la jefatura.

Sin abandonar esta línea de razonamiento, y sustituyendo la medicina por el derecho, piénsese, por ejemplo, que en el régimen ordinario de enjuiciamiento el juzgado de lo penal es unipersonal, lo

integra un único magistrado que, después de practicadas las pruebas, sentencia valorándolas en conciencia. Esa decisión es recurrible ante otro órgano judicial integrado por tres magistrados. Pues bien, el juicio en la Sala Penal ante el Tribunal Supremo, si llegara a enjuiciar al presidente del Gobierno o a cualquiera de los ministros, se celebra ante siete magistrados, ante los que se practican y valoran las pruebas.

Una legión de aforados con régimen singular

El enunciado de los preceptos constitucionales que otorgan un aforamiento limitado solo a los miembros del Gobierno, diputados y senadores está en abierto contraste con la proliferación de otros muchos aforamientos que no cuentan con respaldo constitucional.

Es lógico preguntarse qué cargos públicos, por su propia relevancia institucional, conocen la excepcionalidad de una norma jurídica que altere la competencia judicial definida con carácter general.

No es nuestro deseo adentrarnos en el examen de todos y cada uno de los problemas jurídicos que plantea la multiplicidad de aforamientos que singulariza nuestro sistema. Sin embargo, puede ser de interés una breve mención a cada uno de ellos, para conocer así la extensión de un mosaico que es percibido por muchos como expresión de un privilegio.

De entrada, el aforamiento más novedoso es el que afecta a la familia real, que a raíz de la abdicación del rey Juan Carlos I fue expresamente regulado por ley, supliendo un silencio histórico. De acuerdo con la norma, las demandas civiles promovidas contra la reina consorte o el consorte de la reina, la princesa o el príncipe de Asturias y su consorte, o como contra el rey o la reina que hubiere abdicado y su consorte, así como la investigación y enjuiciamiento

de cualesquiera delitos que les fuera imputados, serán competentes la Sala Civil y la Sala Penal del Tribunal Supremo.

Esta reforma extensiva del aforamiento de la familia real puede encontrar su explicación ante la necesidad de colmar un vacío legislativo al que hubo de hacer frente en el año 2014, con ocasión de un inesperado hecho histórico que obligaba a regular el estatuto jurídico del rey emérito.

Por otra parte, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, además de contra los miembros del Gobierno, los diputados y los senadores, la Sala Penal del Tribunal Supremo conoce de la instrucción y enjuiciamiento de las causas incoadas, contra: los vocales del Consejo General del Poder Judicial, los magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, del fiscal general del Estado, de los fiscales de Sala del Tribunal Supremo, el fiscal europeo, el presidente y los consejeros del Tribunal de Cuentas, el presidente y los consejeros del Consejo de Estado y el defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los estatutos de autonomía.

Por si fuera poco, los presidentes autonómicos, los consejeros y los miembros de las respectivas asambleas legislativas están también aforados. Algunos estatutos de autonomía otorgan el aforamiento al Tribunal Superior de Justicia de la propia comunidad autónoma. Otros diversifican el aforamiento a la vista del lugar en el que se haya cometido el delito. De esta forma, resulta competente la Sala Penal del Tribunal Supremo, si se trata de delitos cometidos fuera del territorio de la comunidad autónoma, o la Sala Civil y la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, en los casos de delitos cometidos en el ámbito territorial de la propia comunidad autónoma.

Este aforamiento dual es fuente de importantes problemas interpretativos. Y es que los delitos no se circunscriben siempre a un espacio geográfico determinado. Un delito que se planea en una comunidad autónoma puede desplegar sus efectos en otra o incluso en el extranjero. Un delito de financiación ilegal de un determinado

partido político, por ejemplo, cometido por miembros de una asamblea legislativa, puede ejecutarse en su propio territorio, pero también puede ir acompañado de actos delictivos de blanqueo de capitales cometidos fuera de ese ámbito e incluso en el extranjero.

Desbordaría el objeto de este libro exponer las soluciones de las que se ha valido la jurisprudencia del Tribunal Supremo para resolver este problema jurídico. Lo importante es señalar que a la complejidad que añade el aforamiento se suma ahora un problema que introduce inseguridad en la determinación de la competencia definitiva para investigar y enjuiciar un delito concreto.

También cuentan con un aforamiento que rectifica las normas generales de competencia los diputados del Parlamento Europeo. Según la norma que regula el protocolo de inmunidades, mientras la Asamblea está en período de sesiones sus miembros gozarán:

a. En su propio territorio nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país.
b. En el territorio de cualquier otro Estado miembro, de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial.

Gozan igualmente de inmunidad cuando se dirijan al lugar de reunión de la Asamblea o regresen de este.

Por consiguiente, esa asimilación que hace la norma europea a los diputados y senadores españoles les confiere también una inmunidad que incluye la necesidad de obtener un suplicatorio para dirigir el procedimiento contra un miembro del Parlamento Europeo.

Basta un seguimiento de las noticias de los últimos años para constatar las dificultades jurídicas que suscita la interpretación del alcance de esa inmunidad, hasta el punto de que el Tribunal Supremo ha llegado a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con el fin de resolver los interrogantes que provoca un régimen jurídico de excepcionalidad.

Los magistrados, jueces y fiscales cuentan también con un aforamiento diversificado en función de su categoría. Todos aquellos

miembros de la carrera judicial y fiscal que por razón de su categoría no son enjuiciados en el Tribunal Supremo —ya me he referido a ellos con anterioridad— responden de los hechos delictivos que se les imputan ante los Tribunales Superiores de Justicia.

La lista de aforados se ensancha hasta alcanzar no solo al defensor del pueblo —aforado ante la Sala Penal del Tribunal Supremo—, sino a las figuras autonómicas similares, que también cuentan con un aforamiento ante la Sala Civil y la Penal de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia. Es el caso del Ararteko vasco, el diputado del Común canario, el síndic de greuges catalán, el valedor y el vicevaledor del pueblo gallegos, el defensor del pueblo andaluz y sus adjuntos, el síndico de agravios de la Comunidad Valenciana y el justicia de Aragón y su lugarteniente.

Siguiendo con la hornada de aforamientos, resulta de obligada cita el que gozan los jueces del Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, y los miembros del Tribunal Europeo de Cuentas o los representantes de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, equiparable al que se atribuye a los miembros del Parlamento Europeo.

¿Están justificados los aforamientos?

A mi juicio, buena parte de esos aforamientos es manifiestamente prescindible.

En España hemos asistido a una proliferación de aforamientos carentes de cualquier explicación razonable. Del germen inicial limitado al Gobierno y a los parlamentarios hemos pasado a una legión de aforados cuya simple enumeración desprende el aroma del privilegio. Los esfuerzos por justificar un aforamiento inspirado en criterios de razonabilidad resultan inútiles cuando se lee la relación de cargos públicos que cuenta a su favor con un aforamiento.

La falta de un referente comparado en el derecho europeo en el que se repita una regulación tan excepcional lleva a muchos juristas a censurar lo que aquí se ha consolidado como pauta general. No existe en otros países una proliferación de aforamientos como la que se regula en España.

Sin embargo, la referencia al derecho comparado debe tomarse con cierta cautela. A mi juicio, el punto de contraste no puede prescindir de un dato que es clave en la exigencia de responsabilidades.

En otros sistemas es inimaginable que un presidente del Gobierno, un ministro o un senador sigan ocupando ese cargo después de la llamada de un juez para responder de la imputación de un hecho delictivo. Lo impide un sentido elemental de la cultura democrática. El problema del aforamiento no se suscitaría si la inculpación judicial de un responsable político determinara automáticamente su dimisión. Si así fuera, la investigación del hecho delictivo atribuido al responsable político ya no tendría por objeto investigar a un presidente del Gobierno o a un ministro, sino a un ciudadano que ocupó tal responsabilidad y dejó de ejercerla a raíz de la imputación.

Otro dato ha de ser necesariamente ponderado en el momento de valorar la justificación de los aforamientos. Y es que nuestro sistema procesal conoce una singularidad que no tiene parangón en ningún otro país europeo. Me refiero a la acción popular. En el capítulo 5 ya aludo a un uso patológico y profesionalizado de esta forma de participación popular en la administración de justicia, hasta el punto de que en nuestro país hemos asistido a episodios en los que el proceso penal se activa con una finalidad exclusivamente propagandística.

De ahí que algunos encuentren justificación a los aforamientos en la necesidad de proteger a los cargos públicos más relevantes del Estado frente a acciones infundadas que pueden conducir a la exigencia de responsabilidades penales carentes de todo respaldo probatorio.

Sin embargo, este argumento no puede considerarse definitivo. El ejercicio de la acción popular ha de ser siempre fiscalizado por el juez de instrucción. Es a él a quien incumbe decidir acerca de la admisión o rechazo de la querella interpuesta y es a él a quien corresponde abrir o cerrar definitivamente el procedimiento. Sobre el papel, por tanto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede al juez los poderes indispensables para evitar todo ejercicio irrazonable de la acción popular.

Pero la realidad nos enseña que no siempre es así. Por una u otra razón, no faltan ejemplos de procedimientos impulsados con fines ajenos al restablecimiento del orden jurídico alterado por el delito. Todo indica que una protección reforzada de algunos cargos públicos puede tener cierta justificación.

Aunque no de todos los cargos públicos.

En España se ha impuesto una concepción «cuasiprotocolaria» del aforamiento, hasta el punto de que el ámbito de poder de los puestos de relevancia en la estructura del Estado tiene que venir «adornado» con un aforamiento.

A mi juicio, los aforamientos genuinamente constitucionales —miembros del Gobierno, diputados y senadores, y por extensión el que se reconoce a los miembros del Parlamento Europeo— cuentan a su favor con una justificación histórica que es prácticamente común a todo el constitucionalismo liberal. Su permanencia puede ser explicable siempre que su aplicación práctica no pierda de vista el carácter excepcional de una prerrogativa que ha de ser interpretada, siempre y en todo caso, de forma restrictiva. Una interpretación actualizada de esta rectificación de las normas generales de competencia es un desafío que ha de asumir la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que, de hecho, viene asociando su vigencia a lo que dura la permanencia en el cargo.

También creo debidamente justificado el aforamiento otorgado de forma sobrevenida en la reforma del año 2014 a la familia real. Se trataba de una laguna jurídica que había que colmar y que fue objeto de regulación a raíz de la abdicación del entonces rey Juan

Carlos I. No se concede a los miembros de la familia real —con exclusión del rey Felipe VI, a quien la Constitución Española reconoce inviolabilidad— ningún privilegio añadido como con el que cuentan los parlamentarios, que gozan de inmunidad y no pueden ser detenidos sino en los casos de flagrante delito. La ley se limita a aforarlos a las Salas Civil y Penal del Tribunal Supremo.

El aforamiento que nuestro sistema legal concede a los jueces tiene también una explicación razonable. De entrada, está limitado exclusivamente a los delitos cometidos en el ejercicio de su cargo. Es lógico pensar que una querella interpuesta contra magistrados del Tribunal Supremo por la comisión de un delito de prevaricación —dictar a sabiendas o por ignorancia o negligencia una resolución manifiestamente injusta— no debería ser conocida por un órgano judicial del primer escalón jerárquico de la organización judicial.

La justicia o injusticia de una sentencia dictada, por ejemplo, por la Sala Penal del Tribunal Supremo o de la Audiencia Nacional no debería ser valorada por el juez de guardia al que por reparto correspondiera el conocimiento de la querella. No tengo ninguna duda de la alta cualificación técnica de todos los titulares de cualquier órgano jurisdiccional, pero imaginemos que la decisión sobre la corrección técnica de una sentencia del Tribunal Supremo recayera en un juzgado ocupado por un juez en su primer destino. Ver con normalidad esta atribución competencial supondría voltear el significado jerárquico de la planta judicial española.

Sea como fuere, más allá de la justificación histórica o actualizada con la que pueden explicarse algunos aforamientos, el panorama no es precisamente ejemplar. La necesidad de una interpretación restrictiva en el momento de definir su alcance es obligada, si no se quiere violentar el principio de igualdad entre todos los ciudadanos.

Las quejas del aforado frente a su privilegio

No deja de llamar la atención el hecho de que aquellos responsables políticos que han gozado de un aforamiento y que, en consecuencia, han sido investigados y enjuiciados por la Sala Penal del Tribunal Supremo expresen en juicio, y en los recursos promovidos contra la sentencia condenatoria, el quebranto del principio de igualdad.

Esa quiebra del principio de igualdad se habría producido —según reivindican los afectados— por la desaparición de su derecho a recurrir la sentencia condenatoria, en la medida en que las decisiones del Tribunal Supremo no son recurribles ante una instancia superior, con la excepción de lo que pueda disponer el Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales.

Piénsese que cualquier ciudadano enjuiciado al margen del aforamiento puede defenderse ante el juzgado o tribunal que conoce del asunto en primera instancia. Si el acusado está en desacuerdo con la sentencia dictada, puede interponer recurso de apelación ante un órgano colegiado. Y si la resolución sigue siendo condenatoria, está facultado para interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

El responsable político aforado se ve así privado de la doble instancia, esto es, del derecho a impugnar la sentencia desfavorable para que sea reexaminada por un órgano jurisdiccional superior.

Esta queja dio lugar a una modificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que matizó el contenido del derecho a la doble instancia en aquellos casos en los que, por razón del aforamiento, la acusación fuera enjuiciada ante un único tribunal.

Sin embargo, la queja sigue siendo recurrente.

El Tribunal Supremo ha precisado, en todos aquellos supuestos en los que ha tenido que dar respuesta a esta reivindicación, que el enjuiciamiento por la Sala Penal representa la garantía de que el primer contacto con el procedimiento va a desarrollarse ante el órgano que cierra instancia. Es difícil imaginar mayor garantía para el justiciable que su causa sea conocida, desde el primero momento, por el tribunal que culmina la organización judicial española.

El debate sigue planteado y expresa la dificultad para hacer entendible un privilegio que el propio destinatario considera una desventaja.

3

LA LLAMADA A JUICIO: ENTRE EL PASEÍLLO Y EL ESCRUTINIO PÚBLICO. PUBLICIDAD Y PUBLICACIÓN DEL PROCESO

LA PUBLICIDAD DEL TORMENTO Y EL SUPLICIO

La publicidad es una garantía del proceso penal. Se trata de una conquista histórica que quiso dejar atrás los procedimientos que se desarrollaban en una atmósfera de clandestinidad y, por tanto, sustraídos a todo control ciudadano.

Lo que acontecía puertas adentro de una sala de justicia solo interesaba a quien la administraba. Los ecos del procedimiento medieval e inquisitivo han tenido reflejos en la literatura y la cinematografía que, una y otra vez, nos ofrecen escenas en las que el reo, encadenado en una mazmorra que pisotea su dignidad, aguarda con desesperanza el desenlace de un juicio que ya sabe de antemano va a suponer su condena.

En otra época, lo que trascendía no eran los debates del juicio o la práctica de las pruebas. La publicidad centraba su interés en la ejecución de la pena. El suplicio al que eran sometidos los condenados se exhibía como la ceremonia que expresaba la irrenunciable fuerza en la aplicación de la ley.

El paseo del condenado hasta el cadalso era la imagen que querían perpetuar quienes administraban justicia. La exhibición del

cuerpo del que iba a ser sometido a suplicio, a la luz del día y a la vista de todos, era la representación de la verdad del crimen.

En algunos pueblos era obligatoria la asistencia a los actos que, en ejecución de la sentencia dictada, conducían a la agonía del condenado. La publicidad, tal y como era entonces entendida, imponía a los demás ciudadanos su presencia en la escenografía del patíbulo.

Al pueblo se le llamaba como espectador. Se le convocaba para que asistiera a las exposiciones y a las retractaciones públicas. Las picotas, las horcas y los patíbulos se elevaban en las plazas de las villas y al borde de los caminos. Se depositaban durante varios días los cadáveres de los supliciados, bien a la vista y cerca de los lugares de sus crímenes. Era preciso no solo que la gente supiera, sino que viera por sus propios ojos, porque ese era el medio de infundir temor al espectador y disuadirle del crimen. El ciudadano tenía que ser testigo y, hasta cierto punto, tomar parte en el castigo. Ser testigo era un derecho que el pueblo reivindicaba.

La presencia en los actos de suplicio era entendida como una garantía del principio de igualdad. Un suplicio oculto, con distintas armas de las que eran empleadas para torturar a cualquier otro delincuente, era interpretado como un suplicio de privilegio. El pueblo quería asegurarse, incluso, de que el suplicio se aplicaba con toda la severidad. De hecho, las protestas podían ser tumultuarias si en el último momento la víctima era hurtada a las miradas.

Así nos lo enseña Michel Foucault, que, en su obra más emblemática, se hace eco de las fuentes históricas que describen la muerte sufrida por Damiens, un ciudadano que fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a «pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París», adonde debía ser «llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano». Después, en dicha carreta, sería trasladado a la plaza de Grève, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado deberían serle

> … atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en esta el cuchillo con que cometió el delito de parricidio, habrá de ser quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento.

Hasta ese momento de máxima publicidad en la ejecución, todo el procedimiento penal se mantenía en secreto tanto para el público como para el propio acusado. La investigación se desarrollaba sin su intervención, sin conocer la acusación, los cargos, las declaraciones, las pruebas. En el orden de la justicia penal, el saber era un privilegio absoluto de la autoridad encargada de la instrucción del proceso.

El culpable se convertía, así, a la luz del día, en el que voceaba y anunciaba su propia condena. La exposición del cuerpo torturado se presentaba como la inequívoca prueba de un procedimiento que había permanecido hasta entonces secreto. Ese cuerpo supliciado permitía a todos conocer el poder de la justicia que se cernía sobre el delincuente.

El suplicio debía ser oído por todos, comprobado por los vecinos del condenado. Expresaba el triunfo de la justicia de los poderosos. Los gritos del condenado formaban parte del teatro de la ejecución. Los excesos del verdugo se integraban en el ceremonial que permitía a la justicia reafirmar su poderío. Un poder que quería perpetuarse incluso después de la muerte, con la quema del cadáver, las cenizas arrojadas al viento o el cuerpo expuesto en los caminos que rodeaban el lugar en el que el delito había sido cometido.

Esa forma inicial de concebir la publicidad en el proceso penal ha ido evolucionando hasta nuestros días.

El pensamiento ilustrado reaccionó ante la falta de proporcionalidad de las penas y contempló el espectáculo del suplicio como una muestra de severidad por parte del poder político

que se situaba a la misma altura que el delincuente cuyo delito quería castigar.

Pero no fue fácil.

La primera vez que se utilizó la guillotina, *La Chronique* de París refiere —así lo expresa J. Laurence— que el pueblo se quejaba de que no veía nada y cantaba: «¡Devolvednos nuestros patíbulos!».

En una evolución lenta, pero dirigida a superar el atavismo histórico de la violencia ejercida por el poder político como forma de respuesta al delito, el principio de publicidad adquirió otra dimensión.

LA PUBLICIDAD COMO FORMA DE CONTROL DEL CIUDADANO FRENTE A LA ACTIVIDAD DE LOS JUECES

La publicidad es un logro del primer constitucionalismo liberal, que desplazó la aceptación tradicional de una justicia de gabinete y la sustituyó por una forma de administrar justicia en la que el conocimiento público de los debates actúa como verdadero instrumento de control y fiscalización de cualquier tentación de parcialidad. El principio de publicidad, en definitiva, no es ajeno a la necesidad de legitimar el trabajo de los jueces, que solo cuando sus decisiones son contempladas críticamente por la ciudadanía reduce, hasta desaparecer, el espacio para la arbitrariedad.

Se ha dicho que la publicidad permite al pueblo ser «el juez de los jueces» (Benthan). Ya es clásica la cita de Mirabeau, el revolucionario francés al que se atribuye la frase «no me importa que me enjuicien mis enemigos con tal de que lo hagan públicamente». En realidad, como recuerda Alba Rosell y demuestran las actas de la sesión celebrada en la Asamblea Nacional Francesa el día 8 de diciembre de 1789, sus palabras fueron otras:

> … el interés de los acusados será suficientemente satisfecho por la publicidad del proceso. Ellos no reclaman nada más; que les den jueces sospechosos,

prevaricadores, enemigos, poco les importa. La publicidad del proceso es el único medio de defensa que ellos reclaman.

Sin publicidad, por tanto, se resiente una de las claves del enjuiciamiento penal. Con carácter general, excluir la publicidad de los debates del juicio representa restringir uno de los principios estructurales del proceso.

DE LA PUBLICIDAD A LA PUBLICACIÓN DEL PROCESO PENAL

Ninguna duda existe, por tanto, acerca del significado del principio de publicidad como garantía del proceso penal. De hecho, la Constitución Española incorpora el mandato de que la actividad procesal sea pública, sin otras excepciones que las que puedan establecer las leyes. Y este mandato ha sido prácticamente constante desde el primer texto constitucional aprobado en las Cortes de Cádiz de 1812.

Sin embargo, en el actual estado de cosas, la publicidad, entendida como garantía frente al procedimiento inquisitivo de carácter secreto, se está deslizando paulatinamente hacia algo bien distinto, la «publicación» del proceso, hasta el punto de que se alientan juicios paralelos que pueden erosionar de forma irreparable el derecho del acusado a la presunción de inocencia.

Sobre el proceso penal confluyen derechos de muy distinto significado. La investigación de determinados hechos, ya sea por su naturaleza, ya por la condición pública de sus protagonistas, genera una expectación social que, con mucha frecuencia, convierte las decisiones judiciales en titulares de los medios de comunicación. Frente a ese legítimo interés ciudadano por «conocer» y de los profesionales de los medios de comunicación por «informar», se alza el derecho del imputado a que su imagen no sea asociada de forma irreversible a la de un criminal camino del cadalso.

Estoy absolutamente convencido de que la percepción de que la publicidad ya no es una garantía concebida para la protección del ciudadano, sino un añadido que intensifica el impacto negativo que acompaña el paso por un tribunal de justicia, es compartida por todos aquellos que, en su calidad de acusados, cada mañana esperan en los pasillos de un juzgado el inicio de las sesiones del juicio oral.

Creo no equivocarme si afirmo que una encuesta en la que se preguntara a cualquier acusado si prefiere un juicio público o un juicio clandestino llevaría a la práctica totalidad de los encuestados a optar por la segunda alternativa.

¿Pero no habíamos dicho que la publicidad es una garantía estructural del proceso penal?

Algo está pasando.

Y lo que sucede es que el imputado acusado de pederastia o de difusión de pornografía infantil nunca verá en la publicidad una garantía frente a la arbitrariedad del juzgador. Contemplará su espera en la sede del juzgado o el momento en el que tome asiento en el banquillo de los acusados como un instante que preferiría ocultar a todas las miradas.

Una sensación similar puede apoderarse del acusado por un delito de estafa o apropiación indebida al que el fiscal imputa haber hecho suyo el dinero de ilusionados inversores que querían adquirir una vivienda y que han visto cómo sus ahorros acaban en el bolsillo del promotor. Responder a una acusación por cualquier delito y hacerlo con la publicidad que garantiza la fiscalización ciudadana supone someter al acusado al inevitable escrutinio social.

El impacto de la publicidad del proceso suma un efecto mucho más intenso cuando el investigado es un personaje público que provoca la atención mediática.

Forman parte de nuestra retina las imágenes de algunos personajes públicos camino del juzgado para responder de la acusación por el delito que les imputa el juez. Ese paseíllo ofrece a los más exaltados la posibilidad de proferir gritos e imprecaciones de

los que luego se hacen eco los medios de comunicación como fiel ejemplo de la indignación colectiva.

En ocasiones, incluso, esas imágenes no son obtenidas cuando ya está abierto el juicio oral, sino cuando se acaba de abrir la fase de investigación y se están practicando las primeras diligencias. El policía que ayuda con su mano a que la cabeza de una persona con grilletes en las muñecas no choque con la parte alta del vehículo en el que es introducido ofrece, probablemente sin proponérselo, una imagen para la historia.

Y no debería ser así.

La investigación penal es incompatible con el fisgoneo colectivo

Para entender el sentido del principio de publicidad es indispensable —prescindiendo de matices técnicos que enturbiarían la claridad del mensaje— partir de una nítida diferencia entre las dos fases del proceso penal.

Una primera que abarca todos los actos de investigación que practica el juez de instrucción —declaraciones de los imputados y testigos, examen de documentos, entradas y registros en domicilios particulares, análisis periciales…—, y una segunda etapa en la que, de resultar procedente, se abre el juicio oral para que las acusaciones y las defensas, con contradicción y publicidad, hagan valer, respectivamente, su petición de condena y los argumentos de contraste mediante los que el abogado defensor reivindica la inocencia de su patrocinado.

Nos ocupamos ahora de la primera de esas etapas.

La fase de investigación, con carácter general, es de naturaleza reservada. Los interrogatorios a los que el juez somete a los investigados y a los testigos que puedan aportar datos para el esclarecimiento del hecho no admiten la presencia de terceros ajenos al proceso. El acceso a los actos procesales que se están

practicando durante esta fase está expresamente limitado a aquellos profesionales —fiscal y abogado— que han asumido la defensa de los intereses públicos y/o privados que a cada uno de ellos incumbe. Se excluye, por tanto, la presencia de cualquier otro ciudadano o profesional que no sea parte en ese procedimiento.

Quien tuviera interés o simple curiosidad, por ejemplo, en asistir a la declaración de una persona de relevancia pública a la que se acusa de un delito de tráfico de influencias, o de cualquier otra naturaleza, vería frustrado su propósito. Nunca podría tener acceso a la práctica de esa diligencia.

Esta restricción de la publicidad durante la fase de investigación tiene toda la lógica. Como apunto en el capítulo 10, la condición de investigado no debería exponer a alguien al fisgoneo y al reproche de sus conciudadanos. El investigado es llamado por el juez, entre otras razones, para que pueda defenderse de los hechos que la Policía, el fiscal o cualquier otra acusación, le atribuyen. La citación como investigado supone un primer e indiciario juicio de verosimilitud por parte del juez respecto de la realidad de los hechos denunciados, pero no convierte al investigado en un delincuente que oficialmente pueda ser tratado como tal por sus conciudadanos.

De ahí que las limitaciones al principio de publicidad estén absolutamente justificadas durante la fase inicial del proceso penal. El juez de instrucción solo maneja indicios. Una fotografía del investigado custodiado por los agentes de Policía que lo han engrilletado destroza la imagen de quien, conforme avanzan las investigaciones, puede quedar definitivamente exonerado.

Sin embargo, la experiencia nos muestra la frecuencia con la que los medios de comunicación se hacen eco no solo de esas fotografías, sino incluso del vídeo que recoge la declaración de un investigado ante el juez de instrucción.

Se trata de una anomalía con la que convivimos con absoluta naturalidad. La razón es bien sencilla. Y es que el carácter reservado, incluso secreto, si así lo ha declarado el juez, de esas diligencias no neutraliza —antes, al contrario, intensifica— el interés

ciudadano por conocer la marcha de las investigaciones. El interrogatorio de una persona de relieve público durante su comparecencia ante el juez —su seguridad, la firmeza de sus respuestas, sus dudas o el momento en que se desmorona y reconoce los hechos que son objeto de imputación— encierra un interés informativo que nunca podrá ser restringido por una resolución judicial.

El periodista que obtiene cualquiera de esos documentos o archivos videográficos parte de la convicción de que con su publicación está contribuyendo a consolidar una sociedad mejor informada, en la que cada ciudadano podrá contar con los elementos de juicio indispensables para tener opinión propia sobre los hechos que están siendo investigados.

Por esta razón, la difusión de las fotografías o del vídeo activan el conflicto entre la libertad de expresión y la difusión informativa y el derecho a la intimidad de quien ha sido captado en esas imágenes. El conflicto no puede ser resuelto, desde luego, con reglas cerradas que ofrezcan solución a cada uno de los supuestos imaginables. Habrá que ponderar cada caso concreto para resolver la convergencia de uno y otro derecho, sacrificando el que en las circunstancias de cada momento resulte más debilitado.

El examen de la jurisprudencia civil, que ha valorado situaciones de esta naturaleza, refleja como desenlace más frecuente que la prevalencia del derecho de información impone el sacrificio del derecho a la intimidad personal. Cuando las imágenes no incorporan ninguna manipulación que determine un sesgo peyorativo hacia el ciudadano investigado, o que intensifique el daño asociado a la comparecencia ante el juez mediante añadidos prescindibles, la publicación nunca podrá ser considerada lesiva a la honorabilidad del demandante.

Por si fuera poco, el quebrantamiento del deber de confidencialidad que atañe a cualquier funcionario responsable de la filtración, para el caso en el que se iniciara una investigación para conocer su origen, contará siempre con la interesada complicidad del

profesional de la información, deseoso de ocultar y proteger sus fuentes y amparado por su derecho constitucional al secreto profesional.

El juicio oral: luz y taquígrafos

No deja de ser significativo que el primero de los preceptos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal dedica a regular este momento disponga que «los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad».

El escenario en el que el fiscal, las acusaciones y las defensas se enfrentan para hacer valer sus respectivas tesis ha de estar, necesariamente, expuesto al conocimiento público.

Como ya he comentado con anterioridad, no es imaginable un juicio oral en el que se excluya la presencia de ciudadanos que, por una u otra razón, quieran seguir el desarrollo de los debates. Pero hecha esta afirmación, surge de inmediato la necesidad de singularizar supuestos en los que la publicidad tiene que ser necesariamente modulada.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al juez o tribunal a acordar que todos los actos o sesiones del juicio, o solo algunos de ellos, se celebren a puerta cerrada, cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público, o sea indispensable para la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes y, de forma especial, el derecho a la intimidad de la víctima. Puede adoptar esta decisión, en definitiva, cuando resulte necesaria para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que pudieran derivarse del desarrollo ordinario del juicio conforme a las reglas generales de publicidad.

También está facultado el juez o tribunal para adoptar medidas concretas tendentes a proteger la intimidad de la víctima y de sus familiares. Puede:

a. Prohibir la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección.
b. Prohibir la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares.

Pese a todo, estas restricciones tienen un marcado carácter excepcional. Con la cobertura de estas medidas no puede ampararse una decisión no suficientemente motivada que lleve a obstaculizar el interés público en el seguimiento de un proceso penal. Es lógico pensar que la naturaleza de algunos hechos delictivos —piénsese, por ejemplo, en delitos contra la libertad sexual— justifica una resolución excluyente de la presencia de terceros en la sala de juicios mientras declara la víctima. Pero esa decisión no tiene por qué afectar al interrogatorio del agresor.

Es perfectamente entendible, por ejemplo, que la persona que ha sufrido una agresión sexual por la que es llamada a juicio como testigo para respaldar la acusación tenga especial interés en que su imagen no se divulgue y, por supuesto, para que su testimonio no tenga que ser prestado en presencia de un público especialmente atento a los detalles más escabrosos.

Narrar los hechos que dan pie a la acusación representará evocar la lacerante vivencia de un episodio que, en no pocas ocasiones, habrá marcado la vida de la víctima. En estos casos es razonable que el presidente del tribunal pueda introducir límites a la presencia del público en la sala de enjuiciamiento.

Con carácter general, más allá de una resolución concreta del juez o presidente que quiera preservar estos derechos, queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección. También está prohibida la divulgación de datos que puedan facilitar la

identificación de esos menores o personas con discapacidad, de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares.

¿Por qué solo algunos juicios pueden ser seguidos en su integridad por televisión?

La decisión acerca de que un juicio sea o no difundido mediante una señal de televisión incumbe con carácter exclusivo al juez ante el que se celebra o al presidente de la sala de enjuiciamiento, si se trata de un órgano colegiado.

No hablamos ahora de la grabación de todos o algunos de los actos que se desarrollan a lo largo del proceso y que pasan a formar parte del material digitalizado que es objeto de consulta en la deliberación de los magistrados ante quienes se ha desarrollado. Esos archivos son analizados también en ulteriores instancias, para el caso en que la sentencia final fuera recurrida en apelación o casación. Son, por tanto, grabaciones concebidas exclusivamente para su examen por los jueces, fiscales y abogados que han de valorar las pruebas practicadas.

De lo que ahora se trata es de autorizar la presencia de las cámaras de televisión durante el completo e íntegro desarrollo del juicio oral. Acordémonos de distintos juicios celebrados en la Audiencia Nacional o en el Tribunal Supremo, algunos de ellos de especial duración, que llegaron a convertirse en un espectáculo mediático de seguimiento generalizado.

La expectación, incluso internacional, que acompañó el desarrollo de los juicios celebrados para el esclarecimiento de los atentados terroristas del 11M o las consecuencias jurídicas del

procés permitieron a la ciudadanía familiarizarse con la escenografía de un juicio oral.

¿Qué cobertura jurídica puede invocarse para avalar la decisión de un juez o tribunal que permite la presencia de las cámaras durante la celebración de las pruebas que integran el juicio oral?

Esa cobertura existe y está expresamente prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En efecto, el juez o el tribunal, previa audiencia de las partes, puede restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio, y prohibir que se graben todas o alguna de las audiencias cuando resulte imprescindible para preservar el orden de las sesiones y los derechos fundamentales de las partes y de los demás intervinientes, especialmente el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o la necesidad de evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso.

Con este objetivo, es perfectamente posible:

a. Prohibir que se grabe el sonido o la imagen en la práctica de determinadas pruebas, o determinar qué diligencias o actuaciones pueden ser grabadas y difundidas.
b. Prohibir que se tomen y difundan imágenes de alguna o algunas de las personas que en él intervengan.
c. Prohibir que se facilite la identidad de las víctimas, de los testigos o peritos o de cualquier otra persona que intervenga en el juicio.

Si nos detenemos en la literalidad del precepto que regula la presencia de las cámaras de televisión durante el juicio oral, puede observarse que la regla general que proclama la ley no es otra que la presencia de los medios de comunicación audiovisual en las sesiones del juicio oral. De hecho, lo que en ese artículo se regula es la posibilidad de que el juez o tribunal, previa audiencia de las

partes, pueda adoptar alguna medida tendente a restringir esa presencia.

La voluntad del legislador en las últimas reformas legales es la de posibilitar, siempre y en todo caso, la publicidad del juicio oral. Las restricciones tienen que estar debidamente justificadas y referirse, de modo preferente, a menores, personas con discapacidad o víctimas de delitos que afecten a bienes personalismos de la víctima y que no deberían estar expuestos a la indiscreción colectiva.

El que un juicio sea o no televisado exigirá la confluencia de un doble interés. De una parte, el de los medios que quieran ofrecer en directo a sus audiencias el desarrollo de las pruebas practicadas para el esclarecimiento de un hecho de seguimiento informativo especial. De otro lado, a la vista de la singularidad del caso enjuiciado, el interés del juez o del tribunal, por intensificar las exigencias derivadas del principio de publicidad y abrir así las puertas del juicio oral.

La «anonimización» de las sentencias: de Paquirri a D. Ernesto

Las sentencias dictadas e incorporadas a las bases de datos jurídicas que permiten conocer la jurisprudencia de los tribunales son objeto de lo que se ha llamado su «anonimización». Se trata de un vocablo no recogido en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, pero que expresa la conveniencia de preservar los derechos de aquellos que, por su condición de acusados o testigos, han dejado buena parte de su intimidad en el juicio.

En el actual estado de cosas, es frecuente preguntarse si esa salvaguarda del derecho a la intimidad y a la protección de datos no está erosionando el mandato constitucional de que las actuaciones judiciales sean públicas, sin otras excepciones que las que prevean las leyes de procedimiento.

Es posible que hayamos ido especialmente lejos. Una cosa es preservar la intimidad —«anonimizar»—, los datos personales de quienes han sufrido el delito y son expuestos en el juicio a una segunda forma de victimización, y otra bien diferente es que todo lo que acontece en una sala de juicio quede alterado, una vez publicada y difundida la sentencia, por la identificación de sus protagonistas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos identifica sus sentencias con el nombre del demandante y el Estado contra el que ejerce su pretensión. En las bases de datos que permiten conocer sus decisiones es fácil encontrar resoluciones que se sistematizan para su búsqueda como los casos Lorenzo Bragado y otros contra España; Alonso Saura contra España, y Olivares Zúñiga contra España.

Las sentencias del Tribunal Constitucional tampoco son objeto de «anonimización». De hecho, son publicadas en su versión original por el *Boletín Oficial del Estado*, poniendo al alcance de todos lo que hasta ese momento se ha preservado de cualquier mirada ajena.

Frente a esta realidad, las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia y todos los demás órganos jurisdiccionales son incorporadas a las bases de datos que permiten su consulta con una alteración voluntaria de la identidad de sus protagonistas.

Esta mutación de los protagonistas de un juicio, incluso de carácter civil, dificulta el trabajo de búsqueda de los investigadores del derecho, hasta el punto de tergiversar las claves de localización de la resolución judicial que puso término al procedimiento.

Recordemos, por ejemplo, un episodio trágico que ha pasado a formar parte de la conciencia colectiva. Sucedió en la plaza de toros de Pozoblanco. Francisco Rivera, *Paquirri*, un consagrado torero casado con una tonadillera perdió la vida como consecuencia de una cornada en la pierna que le desgarró la arteria femoral. Su agonía y las palabras en las que indicaba al cirujano la trayectoria de las cornadas dieron la vuelta al mundo. Una empresa audiovisual

comercializó ese vídeo y obtuvo un importante rendimiento económico por su difusión. La cantante —Isabel Pantoja— demandó en juicio una reparación del daño causado por la difusión indiscriminada de unas imágenes que afectaban al momento de la agonía de su marido.

Pues bien, en la base oficial de datos del órgano encargado de gestionar y digitalizar la documentación judicial (CENDOJ), información que es de acceso público a cualquier ciudadano que tenga curiosidad o interés por saber el desenlace judicial de esa demanda, Isabel Pantoja ya no se llama así. Es María Esther. El torero se ha convertido en D. Ernesto, alias *Paquirri*.

Si alguien estuviera interesado en conocer la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Supremo que puso término al enjuiciamiento de los hechos acaecidos en el año 2017 en Cataluña, se encontraría con la sorpresa de que los protagonistas han rectificado también su identidad. Dña. Carmen Forcadell, presidenta del Parlament, se ha convertida en Dña. Adriana; D. Oriol Junqueras, en aquellas fechas vicepresidente y consejero de Economía y Hacienda, se llama ahora D. Ignacio; D. Raül Romeva, que fuera consejero del Departamento de Asuntos y Relaciones Institucionales y Exteriores y Transparencia, ahora es identificado como D. Luis; D. Josep Rull, consejero de Territorio y Sostenibilidad se identifica como D. Agustín, y Dña. Dolors Bassa, consejera de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias, ha pasado a llamarse Dña. Beatriz.

En el mes de septiembre del año 2014, se presentó ante la Sala Civil del Tribunal Supremo una demanda de paternidad dirigida contra el actual rey emérito. Después de un recurso interpuesto contra su inicial admisión, la demanda fue rechazada por la falta de un principio de prueba que justificara la reclamación de la filiación. Pues bien, el rey emérito es identificado en la base oficial de datos del CENDOJ como D. Mateo.

Son muchísimos los ejemplos que podríamos traer a colación para exponer el sinsentido de una alteración no justificada de la identidad de los protagonistas de cualquier juicio. En algunos casos,

incluso, con unas consecuencias que obligan a reprimir una sonrisa que, sin embargo, no debe ocultar los inconvenientes de esa injustificada «anonimización».

En efecto, en la ciudad de Vigo, en distintas fechas a lo largo del año 2017, el conductor del autobús de una empresa dedicada al transporte público fue sorprendido por las cámaras instaladas en su interior cuando permitía a una usuaria subir al vehículo sin abonar el precio del viaje. En todas las ocasiones, aprovechando las paradas sin pasajeros, las cámaras captaron contactos corporales que la sentencia describió como «tocamientos, caricias y palmadas en el trasero».

Pues bien, la verdadera identidad de este conductor fue anonimizada en la sentencia que se hizo pública y que llegó a ser difundida por los medios de comunicación. El conductor despedido pasó a llamarse Maximiliano y así fue identificado en los periódicos de la ciudad de Vigo que se hicieron eco de la noticia.

El problema surgió —y ha tenido una deriva judicial— cuando la esposa de otro conductor que trabajaba en la misma empresa y que se llamaba Maximiliano —ese era su nombre real— se enteró por la prensa de esa conducta infiel que directamente atribuyó a su marido, el único en la empresa que tenía ese nombre.

En definitiva, es lógico entender que la difusión de la identidad real de la víctima de un proceso penal, civil, laboral o contencioso-administrativo pueda ser restringida con el fin de que el proceso no lleve como añadido una victimización secundaria, ligada a la difusión de los datos que permiten la identificación de quien resultaría afectado por lo que se ha llamado el «núcleo duro de la intimidad».

Pero es más difícil de comprender que, con carácter general, siempre y en todo caso, los protagonistas de un juicio, incluso de alcance histórico, sean sometidos a una rectificación mecánica de su verdadera identidad y que esta pretenda justificarse por la necesidad de salvaguardar su derecho a la protección de datos. El proceso no puede ser público solo en los debates del juicio oral. El conocimiento de la sentencia que ha puesto término al enjuiciamiento forma parte

también del contenido material del principio de publicidad. Las excepciones a esta regla solo deberían admitirse en consonancia con la decisión del juez o del tribunal que, a la vista de la materia objeto de discusión, puede —y debe— fijar alguna restricción a la publicidad de la sentencia, ordenando, si lo considera procedente, la alteración de la identidad de la víctima.

4

LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER: DÓNDE ESTAMOS, DE DÓNDE VENIMOS

La imparable estadística en torno a los delitos de violencia sobre la mujer ha convertido este fenómeno criminal en uno de los problemas sociales de mayor relieve en los últimos años. El maltrato que se proyecta sobre la mujer se presenta siempre como una conducta delictiva pluriofensiva. Quien agrede a la persona con la que comparte su vida o simplemente mantiene —o ha mantenido— una relación afectiva, está ejecutando algo más que una ofensa a su integridad física. Vulnera la dignidad de la víctima, menoscaba su autoestima, erosiona su equilibrio psíquico y, por supuesto, crea una atmósfera en el domicilio compartido cuyos nocivos efectos van a ser respirados por todos los demás integrantes del grupo familiar.

Es entendible, pues, el esfuerzo de los poderes públicos para hacer frente a una conducta criminal que, pese a lo que ha venido siendo una tónica histórica, no debería ser asumida como expresión de un fenómeno violento frente al que solo caben soluciones punitivas.

Hoy existe plena conciencia acerca de la insuficiencia de las medidas penales. El derecho penal solo interviene cuando el mal ya se ha producido. Su aplicación refleja el fracaso de otro tipo de medidas preventivas que deberían haber evitado la agresión que desencadena las lesiones o la muerte de la mujer.

De ahí la importancia de realizar un esfuerzo institucional encaminado a la educación en el respeto a la dignidad de la mujer. Y

de ahí también la necesidad de que los poderes públicos se sientan obligados a tejer toda una red de servicios asistenciales que supla la sensación de desamparo y soledad que padecen las víctimas.

La muerte y las lesiones de la mujer maltratada no pueden ser aceptadas como algo inevitable y propio de la tensión de las relaciones familiares o de pareja. Admitir como irremediable el incremento estadístico de muertes y lesiones padecidas por malos tratos sobre la mujer representa el primer paso para desviarnos de la deseable solución al problema.

Aceptada esta premisa inicial, está fuera de cualquier duda que se ha avanzado de manera más que notable en el tratamiento jurídico y asistencial de la violencia de género. Todos hemos tomado conciencia de que la violencia de género no puede ser valorada exclusivamente como un hecho delictivo a la espera del castigo que se vaya a imponer en un proceso penal. La muerte de una mujer o las heridas padecidas a manos de su pareja son el reflejo de un fracaso social que nos involucra a todos.

Pero mucho trayecto ha recorrido la sociedad española hasta llegar a este punto. La percepción de la violencia de género no siempre ha sido compartida como un problema de primera magnitud. Sin remontarnos a tiempos lejanos, hemos pasado de una distante indiferencia frente a las noticias que se hacían eco de un asunto de esta naturaleza —las noticias de sucesos ofrecían una oportunidad a la malsana curiosidad ante la desgracia ajena— a una aceptación resignada de este fenómeno violento como reflejo de las tensiones generadas por la convivencia.

Pero ahora todo es distinto. Nuestra comunidad está convencida de que estamos ante un problema que exige un tratamiento jurídico no solo sancionador, sino también preventivo y asistencial, que inhiba el espíritu de dominación y desprecio sobre la mujer que de ordinario está presente en el atentado contra su integridad física o psíquica.

El desamparo de las mujeres víctimas frente a la violencia de género es incompatible con los principios culturales que deberían

definir las relaciones familiares en cualquier sociedad. Las conquistas históricas que representan los principios de igualdad, no discriminación y, en fin, el respeto a la dignidad de la mujer no pueden ser desplazados por conductas que reflejan un retroceso inadmisible en la sociedad de nuestros días.

Sin embargo, para valorar hasta dónde hemos llegado y dibujar el horizonte hacia el que encaminarnos puede ser de interés preguntarnos de dónde venimos.

UN RECORRIDO POR LA HISTORIA: EL DESTIERRO DEL ESPOSO QUE ASESINA A LA MUJER ADÚLTERA

La concepción histórica de la superioridad del hombre sobre la mujer no se limitaba, claro es, a una idea compartida socialmente. Tenía un reflejo en las normas penales llamadas a proteger los bienes jurídicos de los que la mujer era titular.

En el código penal de 1944 —inspirado en la literalidad de otros códigos históricos—, la vida y la integridad física de la mujer sorprendida en flagrante adulterio perdía su consideración como bien jurídico protegible, hasta el punto de que la pena impuesta al marido que sorprendía a su esposa en esta situación y daba muerte a los adúlteros era el destierro.

El precepto que daba cobertura a la reacción violenta del marido que asesina a los amantes, vigente hasta el año 1963, regulaba lo que entonces se llamaba el delito de «conyugicidio» o «uxoricidio».

Esto significaba que la muerte de la propia esposa y de su amante, cuando eran sorprendidos yaciendo —este era el término legal empleado para describir el mantenimiento de relaciones sexuales—, solo merecía como respuesta punitiva un cambio de residencia en un área geográfica distante entre veinticinco y doscientos cincuenta kilómetros.

El marido que en Madrid atentara contra su esposa y su amante, si daba muerte a ambos, podría ser condenado, por

ejemplo, a trasladar su domicilio a Aranjuez o a Guadalajara.

La benevolencia de esa respuesta penal se hacía todavía más escandalosa en el caso en el que el homicida no diera muerte a uno o a ambos, sino que les causara lesiones de cualquier clase. Heridas que provocaran, por ejemplo, ceguera, la inutilidad funcional de algún miembro principal o la tetraplejia de una o de ambas víctimas no merecían ningún reproche por el derecho penal. En tales casos, el marido quedaba exento de pena.

Nuestro sistema jurídico renunciaba a proteger la integridad física y psíquica de los adúlteros. La mujer expiaba así su pecado por quebrantar el deber jurídico y religioso de guardar fidelidad a su esposo.

La gravedad de los enunciados legales que hacían posible esa situación conducía a la perplejidad cuando se reparaba en que la misma acción ejecutada por la mujer sobre su marido infiel la exponía a las penas propias del asesinato o el homicidio. El legislador no tomaba en consideración ningún dato que pudiera atemperar las graves penas previstas para los delitos contra la vida o la integridad física.

Solo el marido podía reaccionar violentamente ante el engaño y la infidelidad de la mujer. El privilegio que se le concedía lo era por razón de su género. El derecho penal admitía la respuesta homicida del varón como reacción lógica ante el menoscabo de su honorabilidad. El destierro era la pena más grave imponible por dar muerte a los adúlteros. Lesiones que obligaban al uso permanente de una silla de ruedas no conllevaban ninguna pena para el marido que veía en la violencia la mejor forma de reparar su ofendida dignidad varonil.

Los preceptos que definían esa escandalosa desigualdad no eran, desde luego, enunciados formales carentes de aplicación práctica. La jurisprudencia del Tribunal Supremo muestra numerosas sentencias que reflejan una tolerante condescendencia judicial hacia el marido ofendido por la infidelidad de su mujer.

Sorprende también el tratamiento académico de la época al abordar algunos de los problemas jurídicos que suscitaba su aplicación. Los penalistas discutían entonces si era posible la tentativa del delito, esto es, cuál debería ser el tratamiento penal en el caso en el que los integrantes de la pareja infiel no fueran sorprendidos yaciendo, sino desnudos en el cuarto de un hotel. Se cuestionaba también si en estos casos era necesaria la desnudez o si era bastante un «mero enamoramiento ilícito».

Esta forma de entender la respuesta jurídica a la infidelidad de la mujer, en abierto contraste con las graves penas impuestas a la esposa que reaccionaba violentamente al conocer el adulterio de su marido, va más allá incluso del derecho penal decimonónico.

En el derecho romano, por ejemplo, Constantino legitimó la muerte de los dos adúlteros; Justiniano permitía la muerte del amante e imponía el ingreso en un monasterio para la adúltera; el Fuero Juzgo —año 654— sometía a los adúlteros a la esclavitud del marido ofendido; Las Partidas —siglo XIII— declararon impune el adulterio del marido, y el Fuero de Agramunt —aplicable en Cataluña durante los siglos XII y XIII— exponía a la vergüenza pública a los adúlteros, que eran paseados desnudos por las calles y azotados.

Mozart y Pérez Galdós: la música y la literatura como muestras de una mentalidad histórica

El menoscabo de la dignidad de la mujer no era solo una cuestión jurídica. Socialmente se respiraba una forma de entender la relación entre el hombre y la mujer basada en la aceptación colectiva de la superioridad varonil.

La literatura ofrece numerosos ejemplos que hoy en día no serían vistos como una página artística y que incluso provocarían una reacción prohibitiva. Y no se trata, desde luego, de una literatura marginal, difundida en círculos más o menos reducidos.

Valga una muestra.

Benito Pérez Galdós —a juicio de Ortega y Gasset, la inteligencia más fecunda de la literatura española— escribió una obra inmortal, *Fortunata y Jacinta.* Esta novela ha sido considerada como el relato cumbre de la producción galdosiana. Es el gran retrato de la sociedad madrileña de finales del siglo XIX, a través de unos personajes que reflejan unos estereotipos sociales cuya pertenencia a distintas clases lo condiciona todo en sus vidas.

En ese contexto, uno de los protagonistas, Don José, sospecha de su esposa Nicanora. Cree que le engaña y que el vecindario es conocedor de su infidelidad. Este es el fragmento que recoge el anuncio de su propósito de venganza:

> … Yo haré justicia, se lo juro a usted. Espero cogerlos *in fraganti*, señor Don Juan. Entonces aparecerán los dos cadáveres atravesados por una sola espada… Esta es la venganza, esta es la ley… por una sola espada… Y me quedaré tan fresco, como si tal cosa. Y podré salir por ahí mostrando mis manos manchadas con la sangre de los adúlteros y decir a gritos: «aprended de mí, maridos, a defender vuestro honor. Ved estas manos justicieras, vedlas y besadlas…». Y vendrán todos… toditos a besarme las manos. Y será un besamanos, porque hay tantos, tantísimos…

Pérez Galdós no hace sino reflejar en este pasaje una mentalidad imperante en el tiempo en el que escribe. No es difícil imaginar que un capítulo de este tenor, incorporado a cualquiera de las novelas escritas en nuestros días, haría especialmente difícil su publicación. El editor que demostrara indiferencia ante la difusión de un pensamiento homicida tan explícito se arriesgaría a una campaña en redes sociales que destrozaría toda posibilidad de comercialización exitosa de la obra.

Sin embargo, como ya he explicado en el epígrafe anterior, esa mentalidad reactiva y violenta frente al adulterio no era castigada por el derecho penal conforme a un sentido elemental de la proporción. Si Don José hubiera llegado a consumar su propósito, las muertes de su esposa Nicanora y de su amante le habrían supuesto

la pena de destierro, esto es, un cambio de residencia a más de veinticinco kilómetros de distancia.

Son muchos los ejemplos que ofrece la literatura universal en los que la dignidad de la mujer es pisoteada. La transcripción del anuncio de Don José de acabar con la vida de Nicanora puede ser más que suficiente para reflejar, a partir de una obra maestra, una mentalidad que ha pervivido a lo largo de los años en una sociedad que respiraba machismo.

Pero no solo la literatura ofrece muestras de una forma actualmente inimaginable de concebir la relación entre un hombre y una mujer.

Se ha dicho de Mozart que no es un músico, es la música. Su obra no necesita ser ensalzada para justificar su grandeza. Pervive a lo largo de los siglos como ejemplo de la creatividad artística de la que es capaz el ser humano.

Para saber de dónde venimos puede resultar de interés la transcripción de una parte del libreto de una de sus óperas emblemáticas, *Don Giovanni,* estrenada en Praga en el año de 1787. Se trata del dueto entre dos de los protagonistas de la obra. Masetto y Zerlina. Esta última ha engañado a Masetto con Don Juan y lo ha hecho el mismo día de la boda. Zerlina se ofrece para ser golpeada y castigada por su amado Masetto. Ella entiende la legitimidad de una respuesta violenta por parte de quien ha podido ser la víctima varonil de su infidelidad:

MASETTO

¿Cómo?
¿Y aún te atreves a excusarte?
¿Estar a solas con un hombre,
abandonarme el día de mi boda!
¡Poner en la frente,
de un honrado aldeano,
esta marca de la infamia!
¡Ah!, si no fuese,
si no fuese,
si no fuese por el escándalo,

quisiera…

ZERLINA

Pero si estoy libre de culpa,
si fui engañada por él;
entonces ¿qué temes?
¡Tranquilízate, vida vía!
No me tocó la punta de los dedos,
¿No me crees? ¡Ingrato!
Ven aquí; desahógate, mátame,
haz de mí lo que quieras;
pero después, Masetto mío, después,
hagamos las paces.

Pega, pega, bello Masetto,
a tu pobre Zerlina:
aquí estaré cual corderita
aguardando tus golpes.
Dejaré que me arranques el pelo,
dejaré que me saques los ojos,
y tus queridas manitas
contenta después sabré besar.
¡Ah! ¡Ya lo veo, no serías capaz!
Paz, paz, ¡oh vida mía!
en la dicha y la alegría
pasaremos día y noche.

Pues bien, de aquí venimos, estos son nuestros orígenes.

Es esta la mentalidad imperante a lo largo de los siglos. La reacción que ha conducido al actual estado de cosas ha sido verdaderamente costosa. Lo que hoy vemos con absoluta normalidad ha exigido un importante cambio de mentalidad y una evolución con altibajos y momentos de verdadera controversia.

Nada ha sido fácil hasta nuestros días

«La violencia contra las mujeres es el segundo problema del país, después de ETA. Las cifras producen escalofríos». Esa frase del

entonces presidente del Gobierno resume la sensibilidad política que estuvo en el origen de la primera iniciativa que impulsó en el año 2004 la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

No deja de ser significativo, sin embargo, que la percepción ciudadana no fuera entonces coincidente con esa idea. Una encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS, estudio núm. 2558), correspondiente al mes de marzo del mismo año, preguntaba a los encuestados acerca de los tres problemas que más les afectaban personalmente.

La violencia doméstica se situaba en el lugar número 19 de las preocupaciones de los españoles. El terrorismo, el paro, las drogas, la inseguridad ciudadana, los problemas sociales y la educación eran solo algunos de los muchos asuntos que los encuestados anteponían a la violencia de género.

Pese a que pueda parecer lo contrario, esas respuestas representaban ya un importante avance respecto de momentos históricos anteriores en los que la superioridad del hombre sobre la mujer era admitida con la naturalidad con la que se aceptan las realidades que se entienden como incuestionables.

Cuando ese proyecto de ley pasó el trámite del informe preceptivo elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, la Comisión de Estudios e Informes atribuyó a algunos de sus preceptos la tacha de inconstitucionalidad. La voluntad política de romper con una mentalidad histórica de tanto peso suscitó la duda acerca del acomodo de ese proyecto con principios constitucionales como el derecho a la igualdad.

Podía pensarse que el órgano de gobierno de los jueces se adscribió con ese informe a uno de los bandos de la batalla política que siguió a la publicación del proyecto. Pero no fue así. Una asociación que integra a destacados profesionales del derecho penal —Grupo de Estudios de Política Criminal— apuntó también la inconstitucionalidad que se derivaba del diferente tratamiento

jurídico entre las amenazas del hombre a la mujer y las de la mujer al hombre.

No deja de ser llamativo que sobre la ley de 2004 —no se olvide, el primer texto que ofreció soluciones integrales frente al fenómeno violento en el seno de la relación de pareja— se suscitaron más de un centenar de cuestiones de inconstitucionalidad. Como es sabido, la cuestión de inconstitucionalidad es la fórmula jurídica que nuestras leyes ponen al alcance de los jueces cuando, al aplicar una ley, dudan del acomodo de esa norma a las exigencias constitucionales.

No creo que en la historia de nuestro sistema jurídico-constitucional exista una ley que haya promovido tantos interrogantes acerca de su grado de respeto a la Norma Fundamental. Y creo que identificar ese dato incontrovertible con una posición reaccionaria imperante en la judicatura, que se habría mostrado insensible ante el sufrimiento de la mujer maltratada, no es admisible.

Algo pasa cuando la aprobación de una norma jurídica llamada a atender una necesidad inaplazable en nuestra sociedad —por más que esta no sea consciente de lo que está en juego—, un texto legal que tiene que ofrecer las mejores soluciones jurídicas a un problema históricamente abordado con desidia e indiferencia conformista, no va acompañada de un intenso debate en el seno del Parlamento, allí donde la soberanía nacional concentra su capacidad normativa creadora.

Cuando no hay espacio para las voces críticas, cuando el discurso político sobre las soluciones frente a la violencia de género es monocolor y cuando cualquier llamada de atención se convierte en un atentado contra la monolítica oratoria de lo políticamente correcto, nos estamos alejando de la verdadera solución.

Sea como fuere, el Tribunal Constitucional rechazó esas dudas y afirmó, en una sentencia no exenta de polémica, la plena conformidad de la ley de 2004 con los principios y derechos proclamados en el texto constitucional. A partir de este momento, el

paquete legislativo para la lucha contra la violencia de género ha de ser considerado como el instrumento idóneo para dar respuesta jurídica a los hechos delictivos que se cometan por el hombre en el marco de la relación de pareja. Y así está siendo en el día a día de los tribunales.

De la agravante de desprecio de sexo a la agravante de género: dos formas distintas de entender la dignidad de la mujer

La mejor forma de entender el giro radical que representó la reforma de 2004 es adentrarnos en el estado previgente de opinión en la dogmática: hasta dónde podía llegarse en la definición de los límites del derecho penal como instrumento para reivindicar la dignidad de la mujer.

Sería un error entender que la violencia de género es un problema nuevo, que ha cogido desprevenido al sistema jurisdiccional y que ha desbordado las previsiones normativas existentes con anterioridad.

No es nuestro objetivo adentrarnos en un examen antropológico acerca de las manifestaciones históricas de este problema. Se trata tan solo de remontarnos algunas décadas atrás para observar, ya vigentes los valores constitucionales de 1978, si los principios que hoy se invocan como principios estructurales, como exigencias ineludiblemente impuestas por el Estado de derecho eran entonces punto común de opinión.

¿Había identidad de criterio a la hora de definir lo «políticamente correcto» en relación con la violencia padecida por la mujer?

El código penal de 1944, que prolongó su vigencia más allá del período dictatorial del franquismo, con inspiración en otros textos históricos, consideraba una agravante ejecutar un hecho delictivo «con desprecio del sexo de la víctima».

Con esta agravación los códigos penales históricos incorporaban una protección reforzada de la integridad física de la mujer —eso sí, siempre que no fuera sorprendida por el marido en flagrante adulterio—, entendida en el contexto social en el que esos textos fueron alumbrados como un ser débil, necesitado de una sobreprotección. Prescindiendo de antecedentes más remotos, el código penal de 1822 consideraba agravante en todos los delitos contra las personas «… la tierna edad del reo y el sexo femenino».

El derecho penal, como puede apreciarse, veía en la mujer una víctima potencial que había de ser protegida de un modo especial. El delito se castigaba con una pena que incrementaba su duración por la concurrencia de una agravante que tomaba en consideración exclusivamente su condición biológica.

Sin embargo, todo cambió con la importantísima reforma del código penal de 1983.

El Gobierno surgido de las urnas el año anterior quiso hacer realidad su proyecto en materia de política criminal. Consciente entonces el legislador de que la publicación de un nuevo código penal requería un periodo de reflexión más profundo —de hecho, habría que esperar doce años más hasta la aprobación del código penal—, se abordó una reforma parcial y urgente del texto punitivo.

La filosofía de esta trascendente reforma legislativa estaba expresada en su propia Exposición de Motivos. Allí se anunciaba que

> … el Gobierno ha contemplado la urgencia de abordar una serie de problemas existentes en nuestra realidad penal (…), cuya trascendencia es de tal magnitud que su solución no puede dilatarse por más tiempo, y ello (…) por la gravedad intrínseca de ciertas situaciones.

Añadía el legislador un histórico acto de contrición respecto de la pasada tibieza con la que nuestro ordenamiento jurídico había regulado, desde siglos atrás, la violencia sobre la mujer. La nueva ley buscaba modernizar la respuesta jurídica a un problema social que no estaba siendo resuelto con arreglo a los principios de un derecho

penal moderno, capaz de atribuir a la víctima el protagonismo que merece, tantas y tantas veces olvidado en la historia: «… son principios hoy ajenos a nuestro ordenamiento punitivo, anclado aún en los criterios de determinación de responsabilidad penal propios del pasado siglo…».

Entre las novedades que representó esa reforma de 1983 —algunas de las cuales contribuyeron a la definitiva modernización de nuestro sistema penal—, se incluía la derogación de la agravante de desprecio de sexo. Se dio nueva redacción al precepto que describía la agravante y se suprimió la mención al sexo, manteniendo vigente la agravante solo cuando lo que se despreciaba era el principio de autoridad o la dignidad que mereciera el ofendido. El desprecio al sexo de la mujer desapareció del código penal.

La visión del legislador no dejaba margen para la duda.

Se consideró que la permanencia de la agravante de sexo era una rémora histórica incompatible con los renovados principios a los que se pretendía rendir culto.

La respuesta de la dogmática penal fue entonces absolutamente elogiosa. El alcance de esta reforma, en tan abierto contraste con los instrumentos de los que hoy se vale el código penal para proteger la integridad física y psíquica de la mujer, fue positivamente valorado por los estudiosos del derecho penal.

Sin ánimo exhaustivo, y ciñéndonos a los autores más representativos, Vives Antón y Cobo del Rosal alabaron el «buen criterio» de esa supresión, estimando que era «… concordante con el principio de igualdad ante la ley establecido por nuestra Constitución en su art. 14».

No era esta, desde luego, una opinión aislada. Mir Puig justificaba el criterio legislativo razonando que la agravante de desprecio del sexo «se prevé en función de un sistema de valores que va quedando superado por la evolución social de los últimos tiempos».

En línea similar, prácticamente coincidente con la mayor parte de los autores, Quintero Olivares entendía que

> … amén de la igualdad entre hombres y mujeres declarada por la Constitución, la consideración del desprecio de sexo como agravante entraña una tácita afirmación de inferioridad de la mujer frente al hombre (al revés no se ha planteado nunca, por supuesto), idea que parece de todo punto rechazable.

Como puede apreciarse, la derogación de la agravante de género encontraba justificación en la necesidad de eliminar de la ley penal cualquier atisbo de discriminación por razón del sexo. La condición de mujer no convertía a esta en un ser más débil que el hombre y, por tanto, el derecho penal no tenía que proteger de modo reforzado a la víctima por el solo hecho de ser mujer.

Sin embargo, dos décadas después de haber sido derogada la agravante de desprecio de sexo, la visión acerca de esa igualdad en el tratamiento penal del hombre y de la mujer como víctimas del delito cambió radicalmente.

La mujer tenía que ser protegida frente a su agresor ancestral, el hombre. La violencia de género justificaba una protección incrementada mediante la recuperación de la agravante.

Se acuñó entonces el concepto de «igualdad promocional», que permitiría favorecer los derechos de las personas que estén en inferioridad, en este caso las mujeres, por encontrarse en una situación de «flagrante vulnerabilidad».

El permanente ascenso de las cifras estadísticas sobre la violencia de género ha sido determinante para dar un golpe de timón tan radical en el análisis de este fenómeno violento. Lo que en un principio era visto como una insultante agravación, incompatible con la dignidad de la mujer y de obligada derogación —así lo hizo la reforma legal de 1983—, revivió su valor jurídico al ser restablecida y luego reformada, con uno u otro enunciado, varias décadas después.

Para el legislador de hoy la dignidad de la mujer es perfectamente compatible con una sobreprotección en términos penales que ha sido puesta al servicio de aquellas mujeres que sufren los malos tratos de su pareja. Muchos años atrás, sin embargo, nada era igual.

La respuesta insatisfactoria de la administración de justicia respecto de la mujer maltratada constituía un hecho que se repetía día tras día. Sin perjuicio de reconocer la existencia de casos verdaderamente ejemplares, lo cierto es que, por regla general, jueces, fiscales, médicos forenses y policías han participado de una mentalidad que no se caracterizaba precisamente por la sensibilidad a la hora de dispensar tutela a la víctima.

Pocas diferencias existían en cualquier juzgado o comisaría entre la mujer que iba a denunciar una brutal paliza a manos de su compañero y la que comparecía para denunciar haber sido víctima de un robo. La tradicional ausencia de protocolos, de acuerdos de colaboración entre instituciones, abandonaban a su suerte a la aterrorizada víctima de violencia de género.

Eran mayoría los casos en los que la valiente denuncia de episodios violentos sufridos por una mujer obtenía como respuesta la burocrática puesta en marcha de un proceso judicial, cuya sentencia, de producirse, se dictaba con retraso, ofreciendo una solución casi siempre extemporánea. Todo ello sin contar los supuestos en los que la pena impuesta al maltratador consistía en un arresto domiciliario, que normalmente se traducía en la fijación de un periodo de convivencia forzada en el mismo domicilio, desencadenando así mayores tensiones familiares.

De ahí que todo cuanto ya se ha hecho en materia procesal, regulando la orden de protección, suscribiendo protocolos de cooperación entre instituciones y, en fin, desplegando un mecanismo de protección social y económica de la víctima, merezca el reconocimiento por su acierto.

Cuestión distinta es la confianza mágica en el derecho penal como fórmula permanente y radical de solución ante las deficiencias del sistema. La incriminación penal de las distintas formas de violencia de género, como no podía ser de otra manera, es una necesidad para proteger los bienes jurídicos menoscabados por el agresor.

La pena impuesta a un agresor familiar o a cualquier otro que encuentre en la violencia de género el instrumento para desahogar sus propias frustraciones tiene que ser capaz de disuadir a otras personas que puedan sentir una pulsión similar. Solo así se logra lo que los penalistas llaman el efecto de prevención general que ha de encerrar toda sanción punitiva. La pena sufrida por quien ha sido declarado judicialmente autor de un delito de violencia contra su pareja es una llamada de atención para que todos conozcan las consecuencias penales de pisotear la dignidad de la mujer.

Sin embargo, el derecho penal, como máxima expresión del poder coactivo del Estado, tiene que ajustarse en su aplicación a una serie de principios irrenunciables. Y son irrenunciables porque mediante tales principios se logra la legitimación precisa para el sacrificio de los bienes jurídicos que conlleva la sanción penal. No son, pues, principios ordenadores susceptibles de ser arrinconados invocando la necesidad de máxima eficacia en la persecución de uno u otro delito. Se trata de la verdadera fuente de legitimación del derecho penal.

Principios como los de intervención mínima, carácter subsidiario del derecho penal, principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad y principio de resocialización, encierran en sí mismos las claves para legitimar la intensa injerencia estatal en el círculo de derechos de quien sufre una sanción penal. Cuando entre esos principios se entremezcla la confusa invocación de otros como el de «discriminación positiva» —«igualdad promocional», en palabras de un eminente constitucionalista—, se está abriendo paso a una peligrosísima desnaturalización del derecho penal.

La definición de un delito, la formulación de la conducta desvalorada socialmente y, por tanto, prohibida, nunca puede hacerse a partir de un criterio de discriminación. Quienes equívocamente aluden al aval de instancias jurisdiccionales europeas, que habrían afirmado la validez de un principio de discriminación positiva como instrumento para luchar contra las

desigualdades en el mercado de trabajo, están traspasando al derecho penal sin ningún género de recato, lo que solo puede ser aplicable a otras ramas jurídicas que nada tienen que ver con el orden punitivo.

De ahí la importancia de que cuando se recurre al derecho penal —y en el caso de la violencia de género ese recurso es indispensable— se tengan bien presentes los límites que son propios a esa rama del derecho. No han faltado momentos en los que un incremento en las cifras estadísticas de muertes violentas a manos de la pareja ha sido presentado como un fracaso de la norma penal que, en cuanto incapaz de contribuir al descenso de la cifra de muertes, habría de ser modificada.

Ello es un manifiesto error y representa una huida hacia adelante en un peligroso camino hacia no se sabe dónde. Es claro que los defectos de técnica legislativa, cuando se erijan en un obstáculo para la eficaz aplicación de la norma, deben ser corregidos. No se trata de abanderar la perennidad de las normas jurídicas que demuestran su ineficacia. Pero cosa bien distinta es centrar en reformas penales —normalmente limitadas al incremento progresivo de la pena— los objetivos de una política legislativa que debiera mirar preferentemente a otros frentes.

La frecuente justificación de una reforma del código penal invocando la voluntad política de «eliminar» la violencia doméstica ya encierra un mensaje engañoso. Un poder político encadenado a la pretendida fórmula mágica que ofrecen las reformas penales no es, desde luego, la mejor garantía de éxito en la lucha contra las verdaderas raíces de la violencia en el seno de la pareja.

VIOLENCIA DE GÉNERO Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La sensación de que algo estamos haciendo mal en la lucha contra la violencia de género parece cada día más extendida. Las cifras hablan por sí solas. En los últimos veinte años el número de

mujeres asesinadas a manos de sus parejas nunca ha sido inferior a 45 víctimas. De hecho, con la salvedad del año 2024 —47 víctimas —, el número de asesinatos se ha situado siempre por encima de 50, con picos que llegaron a alcanzar las 80 víctimas. A estas escalofriantes cifras hay que sumar el número de hijos asesinados por sus padres para causar dolor a la madre. En el año 2023, por ejemplo, la cifra de mujeres y menores asesinados en el grupo familiar alcanzó las 112 muertes —56 niños y 56 mujeres—.

La sociedad española se familiariza con las noticias que, día tras día, abren los informativos de los distintos medios de comunicación dando cuenta de un incansable goteo de asesinatos. De vez en cuando, un acontecimiento especialmente llamativo, por una u otra circunstancia, provoca una conmoción que sacude las conciencias de todos. La sensación de que esa muerte pudo haber sido evitada y las preguntas acerca de quién contribuyó a desencadenar el episodio violento alimentan la polémica.

Y cuando un programa de televisión sirve de escenario para representar las escenas preparatorias de un crimen, el debate adquiere una dimensión especial. El papel de los medios de comunicación y su contribución a la lucha contra la violencia de género reabre viejos interrogantes que, de paso, sirven para extender la controversia acerca de la labor de las televisiones en una sociedad mediática, así como de la calidad de algunos programas que hacen de la impúdica exhibición de los sentimientos su principal fuente de ingresos.

Es más que probable que tras ese cruce de acusaciones acerca de lo que debe y no debe hacer un medio televisivo se oculten debates interesados y se ajusten viejas cuentas entre competidores.

Y son muchas las preguntas a las que hay que dar respuesta. Debemos interrogarnos acerca de qué estamos haciendo mal. Dónde están las razones del fracaso de todo un cuadro jurídico y asistencial pionero en la Unión Europea. Debemos preguntarnos si hemos desenfocado el análisis del problema y, en fin, si las expectativas de solución al drama de la violencia de género son infundadas.

¿Tiene solución la violencia de género?

Quizá la simple formulación de este interrogante se aparte con demasiada osadía del discurso políticamente correcto. Cuando me pregunto si la violencia de género tiene o no solución, no pretendo, desde luego, alentar un escepticismo que contribuya a la resignada aceptación del actual estado de cosas.

Todo dependerá, claro es, de qué entendamos por solución. Si el escenario final se identifica con la desaparición de la violencia de género, el problema ya está desenfocado. La violencia intrafamiliar es un fenómeno social que no puede desvincularse de la violencia que, con carácter general, anida en nuestras relaciones sociales.

Ni los poderes públicos, ni los movimientos sociales en defensa de la mujer maltratada pueden abanderar un discurso en el que tenga cabida un futuro «índice cero» que sustituya las trágicas cifras estadísticas que ofrece la actualidad. Afirmaciones como «vamos a erradicar la violencia de género o vamos a eliminar las actuales cifras de mujeres maltratadas» alientan una confianza en las soluciones jurídico-asistenciales que, en modo alguno, está fundada.

Ese tipo de mensajes hace surgir la sensación de fracaso cuando la tozuda realidad se impone y nos ofrece las cotidianas imágenes de sangre y muerte. Ningún político responsable llegaría a afirmar públicamente que con su política de prevención va a acabar con las reyertas violentas, con el tráfico de drogas o con los asesinatos. Es cierto que todo fenómeno delictivo admite un tratamiento preventivo que, con carácter general, suele reportar buenos resultados. Pero de ahí a ofrecer una solución que, en pocos años, convierta la violencia de género en un fenómeno histórico media un gran trecho.

El problema radica, claro es, en los inconvenientes electorales de un mensaje que transmita a la sociedad la cruda realidad. Pese a todo, me parece inaplazable ir operando un giro en la forma en que este fenómeno violento —y, sobre todo, su supuesta solución— está siendo presentado.

Cuando la búsqueda de ese «índice cero» se presenta como el desiderátum que condiciona y subordina toda la acción política en relación con esta materia, se están despreciando otros factores que deberían ser valorados como verdaderamente exitosos. En mi opinión, si quiere transmitirse a la sociedad un mensaje de que algo sí se está haciendo bien, urge incorporar a las estadísticas algunos aspectos que son, desde luego, llamativos y que, hoy por hoy, siguen siendo silenciados.

Así, por ejemplo, la publicación periódica del número de condenados por hechos relacionados con la violencia de género serviría para transmitir a la sociedad una visión de eficacia de nuestros tribunales de justicia que verdaderamente se correspondería con la realidad. Tal vez estemos pasando por alto la práctica eliminación de cualquier vestigio de impunidad.

La sociedad debe saber que en nuestro sistema jurídico todo hecho violento en el seno de la familia se castiga con penas de extrema gravedad. La sociedad tiene que conocer que la efectividad en la investigación policial de la autoría y en la detención del responsable no conocen, prácticamente, excepciones. Es cierto que anualmente la Fiscalía General del Estado incluye en su Memoria un capítulo bien extenso en el que se presentan datos estadísticos de esta naturaleza. Sin embargo, ese documento sigue siendo un informe técnico que solo es noticia el día de su presentación.

Probablemente la falta de familiaridad con esas cifras nos impida constatar un hecho cierto. Y es que más allá de cualquier triunfalismo o del injustificado regocijo corporativo, la justicia funciona. Y lo hace de un modo impecable cuando se trata de enjuiciar al responsable de hechos violentos en el grupo familiar.

Es cierto que durante la fase de investigación de esos mismos hechos —la etapa del proceso que está a cargo de los jueces de instrucción— existe la percepción de que no siempre se acierta. Los ciudadanos se preguntan por qué en lugar de una medida cautelar de alejamiento el juez instructor no optó por la prisión preventiva del sospechoso. Tampoco entienden que buena parte de los asesinatos

de mujeres vayan acompañados de la vulneración de una orden de alejamiento.

En muchas ocasiones la sociedad no alcanza a comprender por qué se pronuncian decisiones judiciales que se apartan de lo que parece sugerir el sentido común. Sin embargo, aun reconociendo que en esta fase del proceso no todo funciona de modo ejemplar, debemos tener en cuenta que la adopción judicial de medidas cautelares restrictivas de derechos está sujeta a una serie de presupuestos constitucionales que actúan como elemento de legitimación de la actividad jurisdiccional. No siempre se puede acordar la privación de libertad del sospechoso, por más que su aparente eficacia rodee esa medida de un especial atractivo para el ciudadano que exige soluciones a toda costa.

Quizá el problema radique en que el acierto o el desacierto en el ejercicio de la función jurisdiccional no pueden enjuiciarse a partir de las categorías que nos proporciona el puro sentido común. No se trata, por supuesto, de blindar las resoluciones judiciales frente a la crítica.

Expresar el desacuerdo con una decisión judicial es un ejercicio de salud democrática. Sin embargo, lo que no parece correcto es que los poderes públicos y los responsables políticos, con el fin de demostrar su sensibilidad a esas críticas ciudadanas, promuevan una catarata de reformas legislativas encaminadas al imposible objetivo de identificar «las soluciones técnicas con las soluciones ciudadanas». Y cuando esto se intenta, el resultado pasa factura.

Urge, en consecuencia, una redefinición de los objetivos políticos —también jurídicos— en la lucha contra la violencia de género. El primero de ellos, por supuesto, ha de estar siempre relacionado con el descenso de la cifra de mujeres asesinadas. Todavía hay un amplio margen de éxito en el terreno preventivo y asistencial.

Ese ha de ser el eje al que se subordine la acción política en esta materia. Sin embargo, esa atención prioritaria no puede hacernos perder de vista otros terrenos en los que se van logrando

resultados positivos que, por desgracia, son engullidos en el tono pesimista con el que se presentan los balances anuales.

Mientras la estadística que trasciende solo centre su interés en si se ha reducido o no el número de mujeres asesinadas, estaremos cerrando los ojos a otros aspectos de la realidad que sí están funcionando satisfactoriamente.

El número de condenas dictadas por los tribunales de justicia y, por supuesto, la cifra de mujeres que han salido para siempre de su particular infierno, acogiéndose a los programas de protección asistencial, son datos que también interesan a los ciudadanos. Y que, desde luego, pueden presentarse como logros de una acción política que, si se aferra de forma exclusiva al número de víctimas, se verá siempre como un trabajo de objetivos frustrados.

Creo que es indispensable aceptar con normalidad un hecho elemental. La experiencia demuestra que las soluciones político-legislativas verdaderamente eficaces han sido siempre aquellas que surgen del contraste de pareceres. La inicial divergencia en el diagnóstico y en la terapia que se debe aplicar es fundamental para el éxito del tratamiento. Cuando los grupos políticos se imitan unos a otros, cuando cualquier intento de voz crítica es acallado por el temor a sus consecuencias electorales, cuando la definición de lo políticamente correcto no admite matices, se está contribuyendo a desfigurar de forma artificial un fenómeno social que, poco a poco, se nos escapa de las manos.

Es responsabilidad de todos reorientar el tratamiento que estamos dispensando a la violencia doméstica. Y en esta materia, como en casi todas, tienen un papel decisivo los medios de comunicación. Quizá sea el momento de preguntarnos si el actual tratamiento mediático de los episodios de violencia sobre la mujer es la mejor manera de contribuir al objetivo que todos perseguimos. Y me temo que mucho hay que cambiar.

Un espectáculo para todos los públicos

En el mes de diciembre del año 1997, el asesinato de Ana Orantes, quemada viva por su marido después de contar su esclavitud en un programa de Canal Sur, planteó hasta qué punto esa entrevista había actuado como desencadenante de la tragedia.

Diez años después, el asesinato de Svetlana, una mujer rusa afincada en Alicante, sirvió de detonante para replantear el problema. La imagen de su asesino en un plató de Antena 3, días antes de matarla, arrodillado ante ella implorando su perdón y ofreciéndole un anillo como muestra de su deseo de contraer matrimonio se ha convertido en la mejor expresión del cinismo patológico que marca la relación entre el agresor y la mujer maltratada.

Mucho se ha escrito acerca de las consecuencias jurídicas que esa forma de enfocar el problema podría acarrear para las cadenas televisivas que ofrecen sus estudios como frívolo escenario para el rodaje de lacrimógenos encuentros y desencuentros.

Cuando la muerte de esas personas ha llegado a producirse, los responsables de la programación recuerdan la existencia de rigurosos controles previos para evitar situaciones de peligro. Está claro que la dificultad del maltratador para aceptar la frustración producida por el rechazo público de la mujer a la que cree dominada está en el origen de la tragedia. También creo que es más que dudoso que en la terapia de liberación de la mujer maltratada deba incluirse la exhibición televisiva de su propia tragedia.

Sería un error, sin embargo, centrar nuestro desacuerdo en ese tipo de programas que abren sus puertas a maltratadores que, bajo la apariencia de amantes que ansían el reencuentro con la mujer querida, ocultan a un criminal incapaz de aceptar el rechazo.

Por más crítica que esa línea de programación pueda merecer, estamos tan solo ante una manifestación —no la más frecuente— del problema. Existen otras formas de contribuir, probablemente de forma inconsciente, a enturbiar las verdaderas vías de solución. Y lo más grave es que se trata de formas ya instaladas en la más absoluta cotidianeidad.

«Para que todo el mundo lo sepa»

Forma parte inseparable del tratamiento informativo de la violencia de género la exposición con todo lujo de detalles de las circunstancias del último de los asesinatos cometidos. Los informativos abren sus noticieros con imágenes de la tragedia acaecida en las horas precedentes.

El formato se repite. Parece existir un protocolo no escrito sobre los términos en los que esta clase de noticias ha de ser presentada: unas imágenes del lugar del crimen con restos de sangre de la víctima; empleados del instituto anatómico forense introduciendo el cadáver en una furgoneta y las habituales declaraciones de vecinos acerca de la apariencia de normalidad de un matrimonio respecto del que nadie esperaba la tragedia.

Ese acontecimiento vuelve a ser resucitado, algunos meses después, para ofrecernos las imágenes de la llegada del imputado a la sede de los juzgados donde su execrable acción va a ser objeto de enjuiciamiento. Los insultos de los familiares de la víctima normalmente no impiden la altanería con la que el acusado accede a la sala de justicia.

Esas imágenes serán siempre una llamada de atención a nuestra conciencia. Su repetición expresa la permanencia de un problema sobre el que hemos de volcar todo nuestro interés. Sin embargo, acaso haya llegado el momento de preguntarnos si es posible un tratamiento alternativo a ese caudal informativo que, queramos o no, va a seguir alimentándose en el futuro.

No ignoro que cualquier sugerencia a un medio de comunicación acerca de cómo ha de abordar el tratamiento informativo de una determinada noticia está condenada al fracaso. No solo es improcedente, sino que puede cercenar, con la mejor de las voluntades, el ámbito irrenunciable que nuestra Constitución otorga a las libertades de expresión y difusión informativa.

Sin embargo, me resulta muy difícil no compartir una reflexión suscitada por el conocimiento profesional de algunos de esos casos

que, tarde o temprano, terminan en el Tribunal Supremo en virtud de un recurso de casación. Muchas son las cuestiones que llaman la atención.

Estas tragedias nunca suelen ser el fruto de una única explosión colérica. El drama de la mujer que ha sufrido la violencia de género conmueve a cualquiera que tome contacto con cada una de las historias que llegan a denunciarse. No es cuestión de un día. La humillación, el maltrato y las vejaciones que conducen a la negación de su dignidad suelen ser el preludio de la tragedia.

Pero también llama la atención la personalidad del maltratador. En la mayoría de las ocasiones se trata de sujetos celotípicos, con marcados rasgos psicopáticos y con una incapacidad patológica para aceptar una relación afectiva en pie de igualdad.

Carecería de sentido extendernos ahora en el perfil psicológico del maltratador. Son otros quienes han de profundizar sobre las raíces sociológicas y psicológicas de la violencia machista. Valga este elemental apunte para destacar el efecto que sobre cualquier potencial agresor puede representar la forma ya habitual de difundir las noticias sobre violencia doméstica.

Y es que cada día me resulta más difícil sustraerme a la idea de que algunos maltratadores experimentan un verdadero efecto imitativo con las imágenes a las que antes me refería. El maltratador habitual encuentra en la soledad de su víctima el mejor escenario para la impunidad de sus fechorías cotidianas. Pero el asesino de su pareja quiere amplificar, en su psicopática personalidad, los efectos de su «hazaña».

Son numerosos los casos en los que la declaración judicial del procesado revela datos que, estoy seguro, encierran un especial significado criminológico. En la mayoría de ellos, el asesino confiesa que cometió el crimen para que «la gente supiera cómo se las gastaba», o que lo hizo para que «todo el mundo se enterara de que con él no se juega».

Al maltratador le basta con que su mujer acepte, mediante la violencia y los mensajes intimidatorios, su obsesiva preeminencia.

Sin embargo, quien mata violentamente a su pareja también está preocupado por su reputación enfermiza. Quiere enviar un mensaje a su entorno más próximo. Quiere dejar bien claro cómo ha sido capaz de reaccionar frente a cualquier intento de liberación de la mujer a la que ha esclavizado.

Estoy seguro de que todo enfoque que convierta al asesino de una mujer en la noticia de apertura de un informativo nacional está haciendo un flaco servicio a la causa que nos motiva a todos.

Esta afirmación no puede ser entendida, ni mucho menos, como una apuesta por el «apagón informativo» en esta materia. Pero ya resulta conveniente que empecemos a preocuparnos por señalar dónde están los límites. No es tarea fácil.

De hecho, es perfectamente posible responder a esta inquietud afirmando que la violencia de género tendrá siempre el tratamiento informativo que reclamen las audiencias. Desde luego, los responsables de los medios están en su pleno derecho a subordinar la presentación de estas noticias a las reglas del difícil mercado que convierte a los telespectadores en únicos soberanos.

Es una opción entre las posibles, legítima como cualquier otra. Pero, en obligada coherencia, los medios que asuman tan entendible regla empresarial habrían de despojarse del ropaje cómodo que les proporciona su condición de aliados en la lucha social contra la violencia de género.

Sé que el esfuerzo está plagado de dificultades. La información sobre los episodios de violencia de género es indispensable. Pero una información que convierta al maltratador en el eje de la noticia puede contribuir a satisfacer la mitomanía patológica de quien ha querido dejar bien claro cómo reacciona frente a quien cuestiona su dominio.

Con arreglo a esta idea, entiendo que toda información que, en las horas inmediatamente posteriores al crimen, identifique con nombre y apellidos al agresor es contraproducente. No se trata, desde luego, de proteger su intimidad. Lo que se busca es precisamente lo contrario. Impedir su objetivo de difundir frente a

todos hasta dónde llega su «valentía» cuando una mujer no acata sus mandatos.

De ahí que no crea en el supuesto efecto benéfico que en ocasiones se asocia a la publicación de las sentencias condenatorias de los maltratadores. Las sentencias que declaran la responsabilidad penal por un hecho de violencia doméstica han de ser publicadas. Pero su difusión debería hacerse —como de hecho se hace cuando se trata de otro tipo de delitos— alterando aquellos datos que permitan la identificación del agresor.

Insisto en que el objetivo no es tutelar una intimidad que no merece ser protegida. Lo que persigue ese anonimato forzado es impedir que el agresor logre el objetivo de ver amplificado su crimen. Todo aquello que convierta al maltratador en objeto de atención informativa puede llegar a convertirse en un factor verdaderamente criminógeno.

En la mayoría de las ocasiones, el asesino que se entrega a las fuerzas de seguridad después de cometido el crimen suele explicar su acción como la respuesta obligada ante determinadas actitudes de la mujer, «… que, pase lo que pase, un hombre no puede consentir». El maltratador quiere despejar incógnitas. Quiere dejar bien claro que ha reaccionado «… como reaccionan los hombres». De ahí que el eco social de su vil acción le reconforta hasta el punto de dar sentido a su conducta.

Urge, en consecuencia, que esa vocación de protagonismo, esa afirmación de la propia hombría no cuente con la complicidad involuntaria de los medios de comunicación. Es inaplazable hacer autocrítica. Preguntarnos si son posibles otras formas de presentación de la noticia.

Estoy convencido de que, tarde o temprano, la tozuda realidad impondrá sus propias razones. No todo tratamiento informativo es adecuado, si se quiere actuar contra las verdaderas raíces de la violencia de género. A veces me da la impresión de que, entre todos, estamos ayudando al maltratador a lograr su perverso objetivo.

Quien asesina a la mujer a la que ha sojuzgado durante años no quiere que su cobarde afirmación de los valores machistas quede en el anonimato. Le interesa la publicidad. Se regodea con la repercusión informativa de su acción.

Quizá ha llegado el momento de que la información sobre la violencia de género desprecie, hasta llegar a anular, al protagonista del crimen. Que trascienda la implacable respuesta de los tribunales de justicia. Que se conozca el número de mujeres que dan el paso y sustituyen su particular cárcel doméstica por la transitoria casa de acogida. Que se difundan los datos sobre nuevos contratos de trabajo firmados por mujeres que han decidido liberarse de su yugo. Pero que quien mata porque ha prometido dejar bien claro «cómo se las gasta» se enfrente al desprecio de todos sus conciudadanos.

5

LA ACCIÓN POPULAR: UN INSTRUMENTO JURÍDICO FRENTE AL ABSTENCIONISMO INTERESADO DEL MINISTERIO FISCAL

LA ACCIÓN POPULAR COMO SOLUCIÓN HISTÓRICA PARA HACER FRENTE A LA DESCONFIANZA HACIA JUECES Y FISCALES

La desconfianza histórica hacia la administración de justicia no se ha debilitado con el paso de los años. El tiempo no ha traído consigo un efecto balsámico capaz de diluir las suspicacias. Antes, al contrario, las sospechas de politización siguen tan vigentes como en los primeros años del derecho codificado.

Algunos pasajes de la tantas veces celebrada Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada en el año 1882 y todavía vigente en su estructura y buena parte de su contenido, reflejan esa desconfianza:

> … educados los españoles durante siglos en el procedimiento escrito, secreto e inquisitorial, lejos de haber adquirido confianza en la Justicia y de coadyuvar activamente a su recta administración, haciendo, como el ciudadano inglés, inútil la institución del Ministerio Público para el descubrimiento y castigo de los delitos, han formado ideas falsas sobre la Policía judicial y se han desviado cada vez más de los tribunales, mirando con lamentable recelo a magistrados, jueces, escribanos y alguaciles, y repugnando figurar como testigos en los procesos.

En el capítulo 1 ya he hecho referencia a un libro escrito por el regeneracionista Lucas Mallada, allá por el año 1890, *Los males de la patria*. La falta generalizada de confianza del ciudadano hacia jueces y fiscales queda reflejada en estas palabras:

> … vulgaridades infundadas serán, pero creía y sigue creyendo la muchedumbre que el favor, la recomendación y el dinero influyen en las sentencias tanto como la razón y la verdadera justicia; que no hay tribunal enteramente libre de la presión de la política y del caciquismo; que ni abogados, ni jueces, ni magistrados ofrecen siempre al público suficientes garantías de formalidad, rectitud, celo y acierto; que inventadas y aplicadas las leyes por los letrados, antes procuran varios de estos dejar a cubierto sus intereses personales que servir con actividad y buen sentido los del público que les paga.

He citado también el conflicto histórico entre el ministro de Justicia Colmenares y el fiscal del Tribunal Supremo Eugenio Díez que, en el año 1871, llevó al cese del entonces fiscal del Tribunal Supremo por haber dictado una instrucción en la que recordaba a los fiscales su deber de actuar siempre con pleno sometimiento a la ley y al derecho.

Mucho ha llovido desde entonces. De etapas históricas de letargo ciudadano en el ejercicio de la acción popular hemos pasado a una actualidad donde abundan procesos penales de relieve mediático en los que la carrera para el ejercicio de la acción penal llega a ser frenética, compitiendo por ser el primero en formalizar la querella o en personarse en el momento del dictado de las resoluciones iniciales que abren el procedimiento.

Pero la desconfianza institucional hacia el Ministerio Fiscal sigue estando presente y percibida como una realidad histórica.

No es descartable que el ciudadano —de hoy y de ayer— al que se le comunica que la denuncia que formuló por unos hechos que considera delictivos ha resultado archivada a petición del fiscal, piense en la existencia de claves ocultas que justifican el cierre de una investigación.

El vecino que denuncia al alcalde del ayuntamiento de su localidad porque considera que la adjudicación del contrato de basuras para la limpieza del municipio eludió el principio de competencia, y está encubriendo un flujo de dinero dirigido al partido que ganó las elecciones, estará normalmente convencido de que la investigación que el fiscal ha de poner en marcha demostrará la verdad de las imputaciones. Si meses después de esa investigación el fiscal pide el archivo del proceso penal iniciado ante un juez, impidiendo así el esclarecimiento de lo que el denunciante considera la verdad, es comprensible que se plantee la duda de si la coincidencia del partido al que pertenece el alcalde con el Gobierno que designó al fiscal general del Estado está en el origen de ese inesperado archivo.

El representante de una asociación ecologista que denuncia el vertido de unos residuos químicos en un riachuelo que atraviesa un espacio natural protegido albergará siempre la expectativa de que, después de un proceso judicial de investigación de los hechos denunciados con la intervención de expertos peritos que acreditan la realidad del daño ecológico, sus responsables serán enjuiciados para responder de sus actos. De ahí que, tiempo después de formalizada la denuncia, la notificación de una resolución judicial de archivo a petición del fiscal pueda llevar a la asociación denunciante a cuestionarse el porqué de ese imprevisto cierre de las diligencias.

La pregunta de si hay razones metajurídicas que puedan explicar lo que parece inexplicable constituye el primer paso para alimentar la duda sobre la rectitud del fiscal y, de modo especial, sobre su grado de compromiso con los valores constitucionales que deberían justificar su actuación.

La acción popular en su origen se justificó ante la necesidad de crear un instrumento jurídico al alcance de cualquier ciudadano que quisiera impulsar el castigo a aquel a quien considera autor de un delito y, lo que es más importante, hacerlo aunque el fiscal rechace investigar el hecho o acusar a quien se va a sentar en el banquillo.

Situaciones como las descritas son las que llevan al ciudadano a preguntarse si la solicitud del fiscal interesando el archivo de un proceso judicial debe suponer, siempre y en todo caso, una petición vinculante para el órgano judicial que, en ausencia de un acusador dispuesto a mantener la petición de condena, ha de cerrar la causa penal e impedir el enjuiciamiento del denunciado.

Es en este contexto en el que el debate sobre el papel de la acusación popular como freno a la interesada inacción del fiscal adquiere su verdadero sentido. Y esta es la razón histórica que explica que la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 previera la regulación de la acción popular como fórmula jurídica de contrapeso, consolidada a lo largo de los años, frente a la complaciente pasividad de un fiscal más interesado en la defensa del Gobierno que le ha nombrado que en la salvaguarda de los intereses públicos.

La acción popular representa una singularidad única en los sistemas procesales de nuestro entorno. Ningún país europeo regula la acción popular ni permite la participación del ciudadano en el proceso penal con capacidad para una actuación autónoma frente a lo postulado por el fiscal. De esta manera, la petición de archivo de la causa penal por el órgano de la acusación pública conduce ineludiblemente al cierre de las investigaciones o, en su caso, a la posibilidad de sentar en el banquillo a un conciudadano.

En todos los sistemas europeos el denunciante solo puede limitarse a transmitir al fiscal o al juez la noticia de la existencia de un hecho que puede revestir caracteres de delito. Ahí se agota su función. Una vez puesto en marcha el proceso penal, la decisión sobre el archivo de la causa se escapa a su control. Es el fiscal el que tiene que impulsar el procedimiento. Su petición de archivo, con la consiguiente falta de acusación, determina la clausura de las investigaciones.

En los sistemas europeos en los que la investigación de los delitos incumbe al fiscal y no conocen la figura española del juez de instrucción, el poder del acusador público es omnímodo.

No es esto lo que sucede en España. De hecho, en nuestro proceso penal no solo la acusación popular puede activar una propuesta acusatoria frente a quien el fiscal considera inocente. Nuestro sistema no conoce el monopolio de la acusación pública, esto es, la exclusividad del Ministerio Fiscal para decidir la clausura del proceso penal. En principio, junto al fiscal, pueden formular la acusación varios protagonistas y hacerlo con autonomía frente a la tesis de la acusación pública.

Son varios —quizá demasiados— los posibles invitados al proceso penal.

De este modo, un ciudadano o una asociación que, sin haber sido directamente ofendidos por el delito, busquen restablecer el orden jurídico alterado por esa infracción tienen la posibilidad de ejercer la acción popular con absoluta autonomía funcional frente al fiscal.

También puede activar el proceso y hacer valer una acusación autónoma la víctima o quien haya resultado directamente perjudicado por el delito. En este caso, la llamada «acusación particular» es la que sirve de vehículo para hacer valer una pretensión de condena.

Cabe también una intervención más limitada que la ley reserva no a los afectados directamente por el delito, sino a quienes solo buscan una reparación del daño causado. Este es el papel reservado al «actor civil».

La perversión de un modelo histórico: cuando la dialéctica de la política se hace dueña del proceso penal

Nuestro interés se centra ahora en el acusador popular, esto es, en el ciudadano o la persona jurídica —asociación, partido político, sindicato, corporación pública— que muestra su deseo de activar una acusación, incluso en abierta discrepancia con el fiscal que

estima que lo procedente, al no detectar indicios de delito, es el cierre de la causa.

Así delimitada la aproximación a una institución tan característica de nuestro sistema procesal, cualquier lector verá en ella innumerables ventajas. Todo instrumento para contrapesar el poder del fiscal tendría que ser bien recibido. La experiencia demuestra que la cabeza jerárquica del Ministerio Público no siempre ha permanecido ajena a las presiones políticas o de otra naturaleza que en un momento determinado puedan haberse hecho valer para preservar intereses que podrían verse comprometidos por la apertura de un proceso penal.

No han sido pocos los casos en los que la apertura de un proceso penal para responder de un hecho indiciariamente atribuido a un acusado ha sido impulsada de modo preferente por la acusación popular. Responsables políticos —de uno y otro color— que malversaron fondos, ministros y secretarios de Estado que adoptaron decisiones delictivas para luchar contra el terrorismo, banqueros inicialmente acusados de concebir fórmulas financieras para defraudar a Hacienda o una infanta de la Corona española son ejemplos recientes de la exigencia de una responsabilidad que fue más allá incluso de lo que solicitaba el Ministerio Fiscal.

Una aclaración resulta obligada. La acción popular no siempre ha sido concebida como un instrumento procesal al servicio de la justicia. En su nombre se han cometido verdaderos atropellos al derecho a la presunción de inocencia. Pero también en su nombre se ha hecho posible el enjuiciamiento de quienes parecían estar blindados por el poder político.

El papel que nuestro sistema histórico le ha reservado es precisamente ese: el de permitir un punto de contraste en la valoración que ha de verificar el juez para decidir sobre la apertura o el cierre de un proceso penal. Identificar la acción popular con la vía que ha permitido a lo largo de más de un siglo mantener encendida la luz de la justica en los casos de inacción por el Ministerio Fiscal tampoco sería justo.

La actuación diaria de los fiscales en su tarea de promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad es modélica. Como ya he apuntado en el capítulo 1, no son más de diez juicios al año los que ponen a prueba la imparcialidad del fiscal general. El día a día del trabajo de los fiscales no está bajo sospecha.

Pero es precisamente en el desarrollo de esos diez juicios en los que el papel de la acción popular adquiere un valor singular. La estadística de la actividad de la Fiscalía General no permite extraer conclusiones referidas a una inactividad del fiscal que haya sido neutralizada por el impulso de la acción popular.

Es en el ámbito de esos procesos penales, cuyo interés trasciende a la ciudadanía y en los que la frontera entre la justicia y la política se difumina por momentos, cuando el papel de la acción popular adquiere un peso específico.

Su sola presencia tiene un valor que condiciona de forma más que saludable las decisiones del Ministerio Fiscal. Su abstención, sobre todo en los casos en los que es deliberadamente impuesta por una orden superior, tiene como punto de contraste el deseo de un ciudadano, ajeno a toda conexión con el poder político, de promover un proceso penal para el castigo de aquel a quien considera culpable.

Sea como fuere, quien se sumerja en el análisis de todos aquellos casos, algunos de ellos de relieve histórico, concluirá necesariamente que no siempre la actividad del acusador popular puede estimarse encomiable.

Junto al ejercicio honesto de la acción penal por un ciudadano simplemente interesado en la prevalencia de los valores jurídicos de la convivencia, coexisten clamorosos ejemplos que permiten ya hablar de un «uso patológico» de la acción popular.

Esa perversión de lo que tendría que ser un instrumento al servicio de la participación ciudadana en la administración de justicia se ha hecho mucho más visible e intensa en los últimos años, a raíz de una decisión del Tribunal Constitucional que permitió el ejercicio de la acción popular a las personas jurídicas.

En la literalidad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la propia Constitución Española, el ejercicio de la acción popular estaba reservado para los «ciudadanos», referencia singularizada que fue interpretada durante más de cien años como una intencionada exclusión legislativa de su ejercicio por asociaciones, corporaciones, partidos políticos o sindicatos.

La flexibilidad interpretativa que llevó al Tribunal Constitucional a ampliar el ámbito potencial de los sujetos de la acción popular era perfectamente explicable. De un lado, porque solo una interpretación microliteral del precepto que hablaba de «ciudadanos» podía llevar a entender que la agrupación de «ciudadanos», en cualquiera de los formatos que permite una persona jurídica, quiso ser vetada por el legislador.

No hay razones que puedan explicar que un ciudadano interesado en acusar penalmente a los responsables de una organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes pueda hacerlo cuando actúa con su nombre y apellidos y, sin embargo, no pueda cuando lo hace en su condición de representante legal de una asociación de madres contra la droga.

A esa interpretación que superó el estrecho corsé de la literalidad de la ley se añadieron otras razones que han llevado a justificar el cambio en el entendimiento histórico —siempre individual— del ejercicio de la acción popular.

En efecto, la persona jurídica que por primera vez reivindicó su presencia en un proceso penal para formular acusación contra un responsable político vinculado al terrorismo de ETA fue la Agrupación de Víctimas del Terrorismo. Era difícil detectar un interés más próximo en la prevalencia del derecho que el que representaban las víctimas de un fenómeno violento que, en aquellas fechas, cada semana cometía varios asesinatos.

Sin embargo, esta bienintencionada jurisprudencia abrió la caja de pandora que ha llevado a una situación nada satisfactoria.

Como norma ya habitual, el PP se persona como acusación popular en los asuntos que afectan a la corrupción del PSOE y este

hace lo propio con aquellos otros sumarios en los que es el PP o alguno de sus dirigentes el que está siendo objeto de investigación.

Este escenario es demoledor para el prestigio de las instituciones, empezando por el órgano judicial que ha de dar respuesta a las pretensiones de uno y otro partido, que siempre quedará atrapado en un fuego cruzado del que va a resultar inevitablemente dañado. Y es que ninguno de los contendientes aceptará que la decisión judicial que le perjudica es la expresión de una serena y racional valoración jurídica de los hechos. Las críticas de uno u otro, en función de a quién beneficie o perjudique el desenlace, van a horadar la *auctoritas* del órgano constitucionalmente llamado a resolver las controversias entre ciudadanos.

La permisividad legal con los partidos políticos como ejercientes de la acción popular produce también un efecto colateral que no es inocuo. No han faltado casos en los que partidos políticos de reducida —o inexistente— implantación en el órgano parlamentario obtienen en los tribunales de justicia el altavoz que les falta en el Congreso de los Diputados.

Pero, sobre todo, el principal problema nace de las dificultades de la clase política para criticar y valorar resoluciones judiciales en un escenario —el que posibilita el proceso penal— que nada tiene que ver con la discusión propia del foro parlamentario. El juez que quita la razón a un partido político se expone siempre a una implacable crítica que ve en la resolución de cierre una maniobra política ajena a los principios que han de informar el ejercicio de la función jurisdiccional.

Algo similar sucede con los sindicatos cuando se convierten en actores de un proceso penal que siempre va a ser valorado con las claves del enfrentamiento sindical, ajeno por completo a las razones que determinan la solución que ofrece el juez o el tribunal al conflicto suscitado.

Por si fuera poco, la experiencia pone de manifiesto que, bajo el aparente interés de una asociación por lograr la investigación y el

enjuiciamiento de un hecho delictivo, se agazapan motivos espurios difícilmente confesables. El ejemplo de una asociación de usuarios de banca que ofrece un pacto económico al banquero al que acusa a cambio de retirar la acusación es un caso paradigmático.

En línea similar, no han faltado accionantes populares que se han personado en un proceso penal debidamente retribuidos por un medio de comunicación que solo busca obtener noticias de primera mano sobre lo que acontece de puertas para adentro en una causa de especial impacto mediático.

La inaplazable necesidad de una reforma que no subvierta su sentido constitucional

La necesidad de una reforma legal que ponga límites al ejercicio de la acción popular no es discutida prácticamente por nadie. El problema que dificulta la solución y que está en la causa de todos los fracasos prelegislativos es la falta de unidad de los dos grupos parlamentarios mayoritarios y con posibilidad de llevar a cabo reformas estructurales del proceso penal.

Cualquier intento de cambio o transformación tiene que partir de una premisa inicial. La acción popular es un valor constitucional que los constituyentes de 1978 incorporaron a nuestra Carta Magna. Es ahí donde se garantiza la acción popular como fórmula para hacer posible la participación del ciudadano en la administración de justicia.

Esa participación tiene mucho que ver con el deseo de los constituyentes de fijar elementos llamados a inutilizar cualquier tentación del Ministerio Fiscal que pusiera al servicio del poder político su poderoso y extenso ámbito funcional.

El tratamiento constitucional de la acción popular impone una serie de límites al régimen procesal de su ejercicio y condiciona cualquier intento de reforma legal que, ya anticipo, me parece

inaplazable. En las próximas páginas nos ocupamos de ello. Pero conviene subrayar desde ahora que el concepto de «acción» es un concepto preconstitucional, de profundo arraigo histórico y con un alcance actualizado por el Tribunal Constitucional.

Accionar en defensa de intereses colectivos mediante el ejercicio de la acción popular es instar la apertura de una investigación o incorporarse a una ya iniciada. Precisamente por ello, el acusador popular no puede ser degradado durante la fase de investigación a la condición de «libre oyente», atento a las decisiones del fiscal que, si postula el cierre del procedimiento, bloqueará incluso la capacidad del juez para esclarecer el hecho denunciado.

Quien ejerce la acción popular ha de estar en condiciones de postular todo aquello que considere indispensable para la investigación y que el juez estime procedente. Es contrario al significado histórico y constitucional de la acción popular una actuación subordinada, adherente, que solo puede conducir a la neutralización de su iniciativa y, con ella, al exclusivo monopolio de un fiscal que, en casos señalados, puede estar bajo sospecha.

La autonomía funcional de la acción popular no debería estar en cuestión, aunque sí puede modularse —como luego veremos— en aquellos casos en los que es la propia víctima del delito, en coincidencia con el criterio del fiscal, la que pide el archivo del procedimiento.

Por las mismas razones, una vez incoado un procedimiento y activada una investigación por hechos de apariencia delictiva, la expulsión de quienes ya han adquirido por una resolución judicial anterior la condición de parte acusadora contribuiría a reforzar las dudas sobre la legitimidad de una petición de sobreseimiento por parte del fiscal.

Conduce a esta idea el simple examen de la ubicación sistemática de acción popular en el texto constitucional. Mientras que el Ministerio Fiscal se describe en uno de sus artículos como el órgano llamado a promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, en el precepto inmediatamente posterior se garantiza la

acción popular como forma de participación del ciudadano en la administración de justicia.

Una primera consecuencia se deriva de la regulación constitucional. Las voces que de forma precipitada han llegado a pedir su derogación prescinden, tal vez por desconocimiento, de esta exigencia. Nuestro sistema procesal ha de contemplar necesariamente la acción popular, pero ha de hacerlo «… en la forma y respecto a aquellos procesos penales que la ley determine». Así lo expresa el precepto constitucional.

Ello significa que la Constitución ha dejado la puerta abierta para que sea el legislador ordinario el que defina los presupuestos, requisitos y límites a su ejercicio.

Esa libertad en la delimitación del alcance práctico de la acción popular ofrece un amplio margen a cualquier pretensión reguladora. Algunas de las propuestas desactivadoras de la acción popular, pero en apariencia respetuosas con el mandato constitucional, sugieren aceptar su ejercicio únicamente en la investigación de delitos que carecen de toda presencia estadística en la criminalidad. Conforme a esta idea, admitir la acción popular en aquellos procesos en los que se investigan delitos referidos —pongamos, por ejemplo— a las radiaciones ionizantes, los delitos contra la comunidad internacional o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado podría ser una fórmula, a la vista de la excepcionalidad de delitos de esa naturaleza, que dejara prácticamente sin vigencia el ejercicio de la acción popular.

Sin embargo, una reforma en tal sentido nacería lastrada por una voluntad «cuasiderogatoria» del enunciado constitucional. El desuso de la acción popular como instrumento de fiscalización de la interesada dejación funcional del Ministerio Fiscal sería la consecuencia inmediata de una decisión orientada en esa dirección.

Sí sería conveniente elaborar un limitado catálogo de delitos en los que la acción popular encontrara su campo natural de juego. Se trataría, claro es, de delitos concebidos para proteger los intereses colectivos o difusos, esos intereses en los que no hay un titular

predefinido y excluyente porque todos estamos interesados en su preservación. Es el caso, por ejemplo, de los delitos cometidos por los funcionarios públicos —principalmente, malversación y cohecho —, los delitos contra el medio ambiente y la ordenación del territorio, los delitos contra las instituciones del Estado, la financiación ilegal de partidos políticos y el terrorismo.

Es en este ámbito en el que la tentación inhibitoria del Ministerio Fiscal puede ser más intensa. Y es en ese catálogo de delitos donde se generan conflictos que pueden proyectar la sospecha de la ciudadanía acerca de las motivaciones por las que la Fiscalía General del Estado relaja su interés en activar una investigación dirigida a esclarecer aquello que desprende el aroma del delito.

Esta propuesta encaminada a incluir en la ley procesal una enumeración de delitos compatibles con el ejercicio de la acción popular, de suerte que los que no quedaran incorporados en ese catálogo quedarían reservados al monopolio del Ministerio Fiscal, ha sido recogida en alguno de los infructuosos trabajos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La falta de vigencia de esta solución se deriva del fracaso que encadenan las distintas comisiones técnicas que han sido creadas en los últimos años para superar el modelo histórico.

En la búsqueda de fórmulas legales que hagan realidad un adecuado equilibrio entre la necesidad de permitir la legítima presencia de un acusador popular y evitar su desviación de lo que deberían ser los principios que justifican su actuación se han sugerido soluciones que no siempre son viables.

Se ha dicho, por ejemplo, que todos los casos imaginables de aprovechamiento de la acción popular para fines espurios se evitarían si se impusiera legalmente una actuación que se adhiera a lo peticionado por el fiscal. Se trataría de acabar con esa autonomía funcional que en algunos casos está en el origen de la anomalía.

Una asociación personada para hacer valer su ideario de lucha contra la corrupción no podría nunca activar una investigación que el

Ministerio Fiscal cerrara al estimar que los hechos no son constitutivos de delito. Del mismo modo, tampoco podría «sentar en el banquillo» a un ciudadano a quien considerara responsable de prácticas corruptas, si esa petición no fuera también formalizada por el fiscal.

Esa fórmula no parece, sin embargo, conciliable con el espíritu constitucional que reguló la acción popular. Lo que se reconoce al accionante es el derecho a ejercer la acción penal. Y el concepto de acción penal no puede identificarse con una actuación procesal mutilada, subordinada, siempre y en todo caso, a lo que solicite el Ministerio Fiscal.

Una presencia de la acción popular que limitara su participación en el proceso penal a adherirse sin remedio a las decisiones de la acusación pública privaría a esta institución de su verdadero sentido.

Se ha dicho también que el verdadero papel del acusador popular debería ser el que se desarrolla en juicio oral. De esta forma, solo en aquellos casos en los que el fiscal inste la apertura del juicio, se abriría la puerta a la acción popular.

Tampoco ahora esta propuesta ofrece una solución satisfactoria. El juicio oral está íntimamente condicionado por el desarrollo de la fase de investigación. Excluir de la primera fase del proceso al actor popular y abrirle la puerta cuando ya está tomada la decisión sobre quiénes pueden ser o no acusados, después de una investigación en la que no ha podido intervenir, tampoco resulta asumible.

Los trabajos preparatorios de la reforma del proceso penal español, elaborados tanto por el PP —año 2011— como por el PSOE —año 2013—, tienen puntos de coincidencia que facilitarían acabar con lo que venimos describiendo como el «uso patológico» de la acción popular. Pero ninguno de esos trabajos ha llegado a convertirse en una ley publicada en el *Boletín Oficial del Estado*.

Cualquiera de las reformas pasaría, a mi juicio, por una prohibición absoluta de que los partidos políticos y los sindicatos puedan ejercer la acción popular. El activismo político y sindical tiene su propio escenario. Son el Parlamento y la empresa su lugar

natural. Las armas de la política no son idóneas para inspirar la actividad procesal exigida en la fase de investigación o enjuiciamiento que es propia del proceso penal. Esa prohibición a formaciones políticas y sindicatos tendría que ser incondicional, sin matices.

Las restantes asociaciones ciudadanas quizá aconsejen un tratamiento diferenciado. De hecho, la prohibición legal de su presencia en el proceso penal podía ser fácilmente eludida mediante la sustitución de la persona jurídica por uno de sus dirigentes. No parece que haya mucha diferencia entre el ejercicio de la acción popular por una asociación de ciclistas víctimas de accidentes de tráfico y el ejercicio de la misma acción, a título individual, por el presidente de ese colectivo.

En mi opinión, lo que resulta indispensable en una hipotética reforma es exigir legalmente a esas asociaciones una conexión material con lo que constituye el objeto del proceso. Si lo que se está enjuiciando es un desastre ecológico, bienvenida sea una asociación para la defensa del medio ambiente. Si lo que se cuestiona es la existencia de un delito contra el orden urbanístico, bienvenida sea una asociación para la conservación y la defensa del paisaje. Y si lo que se investiga es un delito de blanqueo de capitales, la presencia de una asociación para la defensa de la transparencia en las finanzas podría estar más que justificada.

La superación del actual estado de cosas exigiría también reforzar los poderes del juez para expulsar del procedimiento, cualquiera que fuera el estado en el que este se encuentre, a toda acción popular que demuestre con sus peticiones y escritos que su presencia no responde a la defensa de los intereses que justifican su condición de parte acusadora.

Acabar con los profesionales de la acción popular ha de constituir una prioridad legislativa. El proceso penal se aparta de sus principios legitimadores cuando se convierte en un espacio fácil para la intimidación o el chantaje. Del mismo modo, se produce ese distanciamiento cuando el lenguaje del derecho se sustituye por el

lenguaje de la política o cuando el juez que pone término al procedimiento, en función de cuál sea el sentido de su desenlace, se convierte en enemigo/amigo de uno u otro de los partidos políticos que han contendido en el proceso.

El deterioro institucional que esas situaciones producen, cuyo efecto negativo se ha multiplicado en los últimos años, es ya irreversible. La acción popular no puede ponerse al servicio de intereses ajenos a la recta administración de justicia.

La aportación de un banquero al ejercicio de la acción popular: la doctrina Botín

La atribución inicial de varios delitos contra la Hacienda Pública a quien fuera presidente de una de las más importantes entidades bancarias del mundo dio lugar a un proceso penal que fue resuelto en última instancia por la Sala Penal del Tribunal Supremo y que sirvió para fijar límites al ejercicio de la acción penal.

Unos límites que, por cierto, siempre fueron interpretados como un privilegio concedido a la cara más visible del poder financiero español. La percepción colectiva de que hay una justicia para ricos que hace de mejor condición a los adinerados se incrementó a raíz de la definitiva decisión de cierre que acordó el Tribunal Supremo.

El hecho de que la resolución no fuera unánime entre los magistrados que integraban en aquellas fechas la Sala Penal alentó la compartida sensación en algunos círculos de que se trataba de una sentencia que quebrantaba el principio de igualdad. El «no todos somos iguales ante la ley» fue un mensaje que obtuvo una gran difusión en una época en la que, en ausencia de redes sociales, eran los medios convencionales los que se encargaban de hacer llegar a todos el análisis de una sentencia de gran relevancia.

Sin embargo, una lectura detenida de la sentencia que impidió que el señor Botín se sentara en el banquillo de los acusados debería

despejar las suspicacias.

Los hechos que finalmente no abrieron la puerta del juicio oral estaban relacionados con un producto financiero opaco que la entidad bancaria ofrecía a sus clientes y que permitía blindar rendimientos económicos frente a la Hacienda Pública, siempre interesada en someter esas cantidades, como es lógico, a la correspondiente tributación.

Una vez que esos productos se revelaron, a juicio de la Agencia Tributaria, como un instrumento para la defraudación a gran escala, se inició un proceso penal cuya fase de investigación tuvo como objeto esclarecer si la cúpula del banco podía haber incurrido en algún tipo de responsabilidad al ofrecer esa herramienta financiera.

Cuando el proceso penal llegó al umbral del juicio oral, el fiscal solicitó el archivo de la causa al considerar que no había razones para formular acusación contra el señor Botín. La Abogacía del Estado, que se había personado en la causa penal en defensa de los intereses de la Agencia Tributaria, también consideró que los hechos no eran constitutivos de delito y, sobre todo, que la entidad bancaria ya había regularizado todas sus deudas, abonando las cantidades debidas con los consiguientes recargos.

Sin embargo, una asociación de usuarios de la banca que venía ejerciendo la acción popular quiso formular y sostener la acusación contra el señor Botín por las responsabilidades penales en que había incurrido.

El juez de instrucción, a la vista de esa doble petición de archivo del fiscal y de la Abogacía del Estado, desoyó la petición del acusador popular y clausuró el procedimiento.

Esta decisión de cierre fue recurrida ante el Tribunal Supremo, que confirmó la resolución de archivo al entender que la acusación popular, en casos de esta naturaleza, no tiene legitimación para formular una acusación autónoma y desvinculada del Ministerio Fiscal.

El abogado que defendía los derechos de la asociación de usuarios reivindicaba el carácter autónomo de la intervención del

accionante popular, de suerte que una petición de archivo del fiscal o de la Abogacía del Estado nunca sería obstáculo para impulsar la acusación y el castigo del denunciado.

El Tribunal Supremo justificó su decisión de archivo al entender, con el apoyo complementario de una interpretación literal de un precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que cuando el Ministerio Fiscal y el perjudicado por el delito expresan un criterio convergente contrario a la acusación no puede haber un tercero que se erija en defensor de unos intereses patrimoniales —que ya cuentan con la Abogacía del Estado como defensor institucional— para promover el castigo de quien es considerado inocente por el fiscal y la Abogacía del Estado.

Cuando el fiscal, en su calidad de defensor constitucional de los intereses públicos tutelados por la ley, insta el cierre de una investigación penal y al mismo tiempo el defensor de la víctima o perjudicado por el delito descarta la acusación, la acción popular no tiene un espacio reservado para sí.

Siempre que el fiscal y la acusación particular, cada uno de ellos en defensa de los intereses cuya protección les incumbe legalmente, postulan el archivo de una causa penal, el papel del accionante popular queda por completo neutralizado.

Decidir si un ciudadano —sea o no un acaudalado banquero— ha de soportar una acusación por haber defraudado impuestos a la Hacienda Pública corresponde al defensor institucional del patrimonio de la Agencia Tributaria y, por supuesto, al Ministerio Fiscal llamado a la defensa de los intereses públicos tutelados por la ley. Pero, cuando ambos coinciden en que no hay razones para que ese ciudadano soporte una acusación que le lleve al banquillo, su criterio compartido no puede ser excluido por el protagonismo de la acción popular.

Convertir a la asociación de usuarios de la banca que ejercía la acusación popular en defensora ocasional de la Hacienda Pública habría obligado a salvar la contradicción que supondría que, en caso de condena, fuera puesta a disposición de la Agencia Tributaria una

cantidad de dinero que no podría ser formalmente recibida, al no existir una deuda liquidable frente a las arcas públicas.

ACCIÓN POPULAR SÍ, PERO CON LÍMITES RESPETUOSOS CON SU SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL

Como ha quedado expuesto, la acción popular es una de esas realidades que no provocan la unanimidad valorativa. Las opiniones fluctúan entre aquellos que ven en ella un instrumento irrenunciable para contrapesar la querencia progubernamental del Ministerio Fiscal y aquellos otros que entienden que su presencia ha abierto el proceso penal a fines e intereses ajenos a dicho proceso.

Algunos de los hechos acontecidos en las últimas décadas avalan ambas formas de analizar el problema. Las hemerotecas muestran elocuentes ejemplos de procesos penales de relevancia histórica cuya realidad no podría explicarse sin el activo y encomiable papel de quienes ejercieron la acusación popular. Pero también ofrecen casos bien recientes de personas que, con la falsa cobertura del desinteresado y altruista ejercicio de la acción popular, alimentaron una maquinaria de chantaje que fue objeto de investigación.

Quizá por ello me sitúo entre quienes ven en la acción popular un instrumento de fiscalización de la desidia del poder político a la hora de perseguir determinadas infracciones penales, pero reconocen la inaplazable necesidad de superar el laconismo legislativo del que hace gala, desde su redacción originaria, la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pero cualquier reforma que se pretenda no podrá distanciarse del mandato constitucional, que no ha querido el monopolio del fiscal en el ejercicio de la acción penal. Relegar al accionante popular a la condición procesal de «invitado adherido» a las peticiones del fiscal, limitar su participación en el proceso al juicio oral, de modo que su presencia en la fase de investigación sea la de un sumiso y

dócil oyente, y, en fin, acordar su expulsión en procedimientos ya iniciados implicará un sensible alejamiento de la previsión constitucional.

Cualquiera de estas medidas contribuiría a poner bajo sospecha la decisión de archivo del juez, vinculado por la petición de cierre de la acusación oficial, con el consiguiente efecto de deslegitimación del trabajo del Ministerio Fiscal.

6
El delito de odio: ¿está prohibido odiar?

¿Se puede ir a la cárcel por odiar?

> Pachacho @pachachox «Lo del Madrid se veía venir, no puedes plagar un equipo de negros de la manera en la que lo has hecho como si fuese un documental de La 2, necesitas un mediocentro blanco intelectual que sepa contar más de 10 números y saberse mínimo 15 letras en orden del abecedario».

El odio forma parte inseparable del impulso atávico que lleva a una persona a delinquir. La profunda hostilidad —el odio, al fin y al cabo— suele estar en el origen de un hecho delictivo. El labrador que asesina a hachazos a un vecino por una discusión sobre linderos que se remonta a muchos años atrás es obvio que actúa empujado por un odio que puede llegar a ser generacional.

Pero ahora hablamos de otra forma de odio: el que se proyecta sobre personas o grupos por razón de su etnia, religión, sexo, ideología, identidad sexual, aporofobia, enfermedad, situación familiar o discapacidad.

Así entendido, el discurso del odio y su tratamiento como delito ha adquirido una dimensión inédita hasta hace bien poco. De hecho, no tenía una presencia destacada en las estadísticas judiciales. Se cuentan con los dedos de la mano las sentencias dictadas en las últimas décadas para castigar delitos de odio. Sin embargo, las redes sociales se han convertido en el campo abonado para la difusión de mensajes de esta naturaleza, hasta el punto de que la preocupación

por un adecuado tratamiento jurídico de estos hechos es común a todos los países europeos y trasciende a las fronteras nacionales.

Son muchos los factores que han convertido las redes sociales en el repositorio de mensajes cruzados de odio, hostilidad y aversión. El efecto multiplicador que las redes telemáticas tienen en la difusión de esos mensajes forma parte de la propia configuración de unos algoritmos que están precisamente concebidos para replicar hasta el infinito el potencial número de lectores que acceden a esos contenidos.

Se ha dicho que media humanidad está conectada, de una otra forma, a alguna de las redes sociales. Según datos publicados sobre la utilización de las redes en el año 2024, Facebook cuenta con un número de usuarios activos mensuales de 3.000 millones. Instagram admite alrededor de 2.000 millones mensuales. Twitter (X) reconoce la existencia de 1,3 billones de cuentas nominales, aunque solo 237,8 millones pueden considerarse cuentas activas. YouTube admitió en el mismo año 2.500 millones de usuarios activos que invierten más de un billón de horas al día en ver vídeos.

El usuario de redes sociales interesado en que sus mensajes capten la atención de otros internautas sabe lo que tiene que hacer. Un mensaje sereno, marcado por la sensatez analítica, no atrae a lectores dispuestos a hacer *clic* o a replicar el mensaje. La prudencia no puntúa en Internet. Cuanto más ácido es el mensaje que se quiere transmitir mayor interés genera entre otros usuarios. El internauta que ha convertido la web en su entorno telemático cotidiano y aspira a redoblar la atención —a favor o en contra— de sus mensajes sabe perfectamente que el odio le posiciona en la red.

Los algoritmos que gobiernan las redes sociales están programados para estimular hasta el infinito aquellos contenidos con capacidad potencial para convertirse en *trending topic,* en la noticia o el comentario que más se difunde y atiende en las redes. Precisamente por eso, el mensaje despreciativo, el que hace visible para todos sus destinatarios el odio de su emisor hacia un grupo

social determinado es el que tiene más posibilidades de convertirse en viral.

Se consolidan, así, esos liderazgos marcados por el número de seguidores que, como es lógico, incrementa la repercusión de cualquier discurso de odio. Son líderes que, conscientes de su capacidad para influenciar en la opinión de otros usuarios, multiplican el recorrido de mensajes, opiniones o valoraciones personales que fuera de las redes sociales nunca llegarían a ser atendidos.

EL ANONIMATO COMO MÁSCARA DEL ODIO

La humillación del otro, de efecto tan pernicioso en la dignidad de las personas y en la formación integral de los menores, se ve facilitada por el anonimato que permiten las redes y que, hasta ahora, sigue siendo nota definitoria —para algunos irrenunciable— de la aldea global.

Desbordaría los límites naturales de este capítulo adentrarnos en el encendido debate acerca del anonimato de Internet. Como es sabido, el internauta, el miembro activo de las redes, no tiene por qué ser conocido por su nombre y apellido. En Internet todos somos una IP (Internet Protocol), una serie numérica de treinta y dos bits que identifica el ordenador desde el que cada usuario se conecta a las rutas telemáticas.

El acceso a las redes sociales puede hacerse ofreciendo los datos personales que identifican con nombre y apellidos a una persona o con la información que describe a cualquier cargo o corporación pública. Pero también puede verificarse mediante la utilización de apodos *(nickname)* que ocultan la verdadera identidad. De hecho, la regla general es que muy pocos internautas volcados en la difusión de mensajes de odio o de naturaleza injuriosa exponen sus datos personales al conocimiento público.

Asociar esa clave cifrada a la identidad de cada usuario, esto es, conocer sus nombres y apellidos y la dirección desde la que se emiten los mensajes de odio, exige instar una petición en tal sentido a la operadora de telefonía que hace posible la conexión.

Además, no la puede solicitar cualquier persona, ni siquiera cualquier autoridad. El cuadro de garantías que define nuestro sistema constitucional exige, como apuntamos más adelante, una autorización judicial. Pero tampoco basta con el simple voluntarismo del juez que extiende un documento habilitante con un sello con virtualidad para exigir un «cúmplase». Es menester que el juez dicte una resolución en la que valore la información que le ofrece la Policía y, sobre todo, que es suficiente para justificar esa intensa intromisión del Estado en el círculo más íntimo del internauta.

Y ello no siempre es posible.

La ocultación de la verdadera identidad permite una navegación mucho más audaz a la hora de suscribir mensajes que se deslizan y coquetean con los límites del delito.

Y es aquí donde surgen los problemas.

De entrada, hemos de familiarizarnos con una idea previa: Internet no es el escenario de la amabilidad entre iguales. En ocasiones se convierte en el escupidero de muchos internautas cuyo sentido de la realización personal se inicia con la descalificación ajena.

Ese escenario en el que la condición humana se expresa sin cortapisas por razón del anonimato explica las dificultades iniciales para perseguir los mensajes intrínsicamente inaceptables, con independencia del vehículo formal en el que se haga llegar a terceros.

La tendencia al odio, la aversión hacia alguien cuyo mal se desea puede apoderarse del estado de ánimo de cualquier persona. Desde esta perspectiva, es obvio que el derecho penal —así lo han entendido los tribunales— no puede impedir que el ciudadano odie. Las leyes no pueden prohibir, sin matices, sentimientos de odio. Entre otras razones porque el pensamiento no delinque y porque no

todo enunciado discriminatorio lanzado a las redes con la máscara del anonimato puede considerarse delictivo y no amparado por la libertad de expresión.

Pero este punto de partida, que se perfila como una premisa inderogable, es perfectamente compatible con la necesidad de criminalizar no sentimientos, sino acciones ejecutadas con el filtro de esa aversión que desborda la reflexión personal para convertirse en el impulso que da vida a conductas que ponen en peligro las bases de una convivencia pacífica.

¿Es deseable un Internet sin anonimato para identificar a los activistas del odio?

En la realidad actual, Internet sigue rindiendo culto al anonimato. Las redes telemáticas, una vez superado su origen histórico, concebido con fines militares para hacer frente a un escenario de guerra fría y de ruptura de las comunicaciones convencionales, se identifican con la aldea global como espacio de libertad e intercambio de ideas.

Pero Internet es también una potente máquina de difusión de noticias falsas. Una alteración de la verdad que contribuye a oscurecer la realidad que quiere ser transmitida. Son mensajes que solo persiguen —algunos de ellos robotizados para alcanzar la máxima difusión— enfrentar a colectividades y dinamitar la paz social.

Pero acabar con el anonimato del internauta para poner término a los mensajes de odio o, en general, para luchar contra las noticias falsas o los ciberdelitos no puede ser la fórmula a la que abrazarse incondicionalmente. La libertad de expresión es una de las características que identifica un sistema democrático. De ahí que en aquellos países en los que la persecución política del disidente forma

parte del día a día, la suscripción con nombre y apellidos de un mensaje crítico puede exponer al internauta a graves consecuencias.

La web sigue siendo el mejor vehículo para la difusión de ideas y de noticias que den cuenta de lo que realmente se está viviendo en una determinada parte de esa «aldea global» que suscita el interés colectivo.

Son también una buena muestra del valor asociado a Internet los mecanismos de censura —cuando no eliminación— que practican los regímenes dictatoriales interesados en que nada de lo que acontece en su espacio de dominación sea conocido.

China ha elaborado dispositivos de censura de contenidos para evitar las críticas al Gobierno y a los valores sobre los que se sostiene el régimen político vigente. El bloqueo de direcciones IP y la neutralización de DNS —los nombres de dominio que facilitan la navegación en Internet— son algunas de las fórmulas empleadas para ejercer el control político de la web. Evocando el monumento emblemático de la República Popular China, los internautas ya hablan del Gran Cortafuegos como instrumento para hacer posible el aislamiento frente al efecto contaminante que es propio —se razona — de un Internet sin límites ni control.

Rusia ha iniciado desde hace unos años un proceso de ruptura con la aldea global que identifica Internet. Con el apoyo de reformas legislativas ya vigentes, las autoridades rusas aspiran a la creación de un «Internet soberano», una red no contaminada por otras formas de ver y concebir el mundo.

Está en juego, pues, el ejercicio de las libertades ideológica y de expresión. Buena parte de la información de conflictos bélicos como el que enfrenta a Rusia y Ucrania o a Israel con sus vecinos puede seguirse al minuto desde las redes sociales. El ciudadano que solo se nutre de la información que difunden quienes se encuentran en el centro del conflicto probablemente esté en mejores condiciones, una vez efectuado el filtrado de lo que son fuentes no creíbles, para entender las verdaderas causas y los efectos del enfrentamiento.

En nuestro país, la libertad para constituirse en fuente emisora de mensajes e información sobre un hecho concreto y la difusión de esos mensajes está amparada por el texto constitucional.

El intento del poder político por controlar y, siempre que fuera posible, neutralizar la crítica que censura sus decisiones forma parte de la realidad de las cosas. Precisamente por eso, el discurso encaminado a acabar con el anonimato en Internet ha de ser valorado con especial y reforzada cautela.

A mi juicio, la identificación del internauta, con la lamentable excepción de aquellos países que solo toleran una web debidamente censurada, es una aspiración deseable que el paso del tiempo demostrará necesaria. Pero no se trata de acabar con el anonimato para controlar la red. De lo que se trata es de acabar con el actual estado de cosas, en el que el significado y la valoración de una determinada conducta no se mide por el contenido de lo que se publica, sino por el medio en el que aquella se ejecuta.

En efecto, un periodista profesional que reflejara en un medio de comunicación escrito, difundido entre un número más o menos limitado de lectores, un mensaje que proclamara su desprecio a los enfermos de ELA por la carga económica que representan para el sistema sanitario, se expondría a reclamaciones judiciales, civiles o penales, para hacerle responder de esa afirmación. Sin embargo, ese mensaje cliqueado en la red y multiplicado por miles de usuarios se hace difícilmente perseguible. Es muy costoso conocer el origen exacto de quién remitió el primero de los mensajes y, por supuesto, es tarea inabarcable intentar extender las acciones jurídicas a todos aquellos que diseminaron ese mismo mensaje en la red o incluso lo enriquecieron con añadidos más humillantes.

Esa idea tiene que prevalecer. La existencia de una conducta antijurídica no puede hacerse depender del medio en el que se ejecuta y adquiere notoriedad. Las razones que permiten desvalorar un mensaje no pueden mutar a la vista del medio convencional o telemático en el que se esparce.

No hace falta bucear en la web para toparse con mensajes que, como vengo insistiendo, sirven de vehículo para la expresión de un odio que contamina la convivencia:

> «Han tenido que cerrar el cementerio de las niñas de Alcaser para que no vaya Irene Villa a por repuesto».

> «Esperemos que Cristina Cifuentes muera antes de las doce, será un puntazo que muera en el aniversario del pistoletazo a otra rata».

> «Las personas con discapacidad son infrahumanas y no deberían ser vistas en público».

> «Hay que castigar a los musulmanes, no estamos haciendo lo suficiente para librarnos de esos animales asquerosos».

> «Combate la sinagoga satánica del sionismo, arráncala de raíz. Protege a tu familia para proteger tu nación».

Donde algunos ven el legítimo ejercicio de la libertad de expresión otros advertimos proclamas que no deberían contar con el respaldo constitucional que otorga aquel derecho. Sin adentrarnos en el debate acerca de si ese mensaje tiene relevancia penal o, por el contrario, debería ser objeto de un tratamiento jurídico en la jurisdicción civil a instancia de las personas o grupos directamente aludidos, lo cierto es que el aroma de antijuridicidad que desprenden es más que evidente.

Pero en todos los casos el problema práctico es el mismo: ¿cómo empezar una demanda civil, por ejemplo, contra los miles —en ocasiones, centenares de miles— de internautas que se han hecho eco de ese mensaje y han contribuido a su difusión? ¿Cómo identificar al «internauta cero» que activó el primero de los mensajes? ¿Cómo descubrir a quien se agazapa bajo un *nickname* y ofrece una identidad que no permite identificar sus datos personales?

Es en este contexto en el que hay que abordar e intentar ofrecer soluciones para evitar algunas de las indeseables consecuencias del anonimato en las redes. A mi juicio, una campaña global para, siempre y en todo caso, impedir el acceso a Internet a quien no esté debidamente identificado puede abrir la puerta para la persecución del disidente. Son muchos los que desde el anonimato están luchando para desenmascarar las arbitrariedades de los sistemas políticos autoritarios.

La identificación de los usuarios de las redes sociales no debería hacerse a partir de una regulación prohibitiva. Es mucho más fácil —y descartaría el riesgo de persecución del discrepante— la adopción de medidas que, tomando en cuenta la arquitectura técnica de la red, estimularan al internauta a hacer visible su propia identificación.

Hace ya varios años, Lawrence Lessig propuso la creación de una arquitectura de identificación robusta para hacer viable técnicamente el acceso a la web. Y hacerlo a través de decisiones que estimulen la navegación acompañada de certificados de identificación que, sin imponerse obligatoriamente, fueran necesarios para una navegación sin límites.

Algunos de los ejemplos manejados por Lessig para incentivar esa forma de acceso a la red son muy ilustrativos. Así, se podrían legalizar reducciones fiscales para quien haga su declaración de impuestos a través de Internet mediante certificaciones de identidad utilizables para otros servicios. La obtención de reducciones significativas en el comercio electrónico para quien negocie con un certificado que identifique al internauta en cualquier otro ámbito podría ser otro ejemplo, o el acceso gratuito a páginas oficiales para todos aquellos internautas que navegaran con identificación real.

Soy consciente de que aspirar a una red con actores «a cara descubierta» puede encerrar un acto de ingenuidad que, por si fuera poco, no excluye dosis de riesgo para los internautas que operan desde países no democráticos. Pero la idea de que la red puede regularse por sí sola, sin injerencias que faciliten en casos concretos

la inmediata identificación del internauta, puede contribuir a la destrucción de la propia red.

Las dificultades de la justicia para perseguir delitos cometidos sin nombre y apellidos

Las leyes llamadas a proteger nuestros datos y la jurisprudencia que ha interpretado estas normas vienen entendiendo que el derecho a la intimidad no solo incluye la defensa de los datos personales que nos identifican, sino de aquellos otros que, siendo en principio aparentemente neutros, pueden permitir nuestra identificación. Dicho con otras palabras, el derecho a la protección de datos comprende no solo aquella información que identifica por sí sola a una persona, sino la que permite identificarla a partir de esa información inicial.

Un usuario de las redes que de forma contumaz y reiterada difunde mensajes de desprecio y animadversión hacia un grupo social o étnico solo puede ser inicialmente identificado por la dirección IP, que no dice absolutamente nada acerca de su identidad. Pero esa serie numérica que identifica el dispositivo desde el que se conecta a Internet puede ser asociada a sus datos personales —nombre y domicilio— cuando la operadora cede la información requerida.

Pues bien, esa cesión que terminaría con el anonimato no es fácil. Su conexión con el derecho a la protección de datos obliga a las operadoras a preservar esa información y a cederla solo a petición del juez que estuviera investigado la posible comisión de un delito y, en algunos casos excepcionales, a los agentes a los que la ley faculta para reclamar esa información.

Pero no cualquier delito puede justificar la cesión.

De acuerdo con la ley, solo la investigación de los delitos graves permite al juez reclamar los datos para identificar a quien emite los

mensajes de odio. Se impone, por consiguiente, un esfuerzo valorativo para determinar si la gravedad del mensaje justifica o no el requerimiento a la operadora y la cesión de los datos.

Se hace preciso, pues, un previo cribado, nada fácil, entre todos los mensajes de odio para diferenciar aquellos que, por la corteza de sus expresiones, justifican una investigación penal y la identificación de su autor.

Solo el análisis individualizado de cada caso permite dibujar las líneas que separan el odio —sí, el odio— amparado por la libertad de expresión y aquel otro que merece un tratamiento penal.

No todos los mensajes expresivos de la animadversión o el recelo hacia un grupo social o étnico pueden considerarse delictivos. Solo aquellos que tienen virtualidad para crear un riesgo que active mecanismos inductivos o provocadores de sentimientos de violencia o de discriminación hacia ese segmento poblacional pueden ser —deben ser— penalmente perseguidos.

El Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE) elabora un informe anual sobre la monitorización que lleva a cabo de los mensajes de odio. Los ejemplos inundan las redes sociales. Aquí van algunos:

a. una foto de musulmanes rezando en una mezquita para los que se pide «napalm»;
b. un mensaje en el que puede leerse: «negros, negros, portaos bien o a recoger algodón si queréis vivir aquí»;
c. una invectiva contra inmigrantes latinoamericanos: «fuera de España todos estos vagos que solo vienen a practicar su tercermundismo mental»;
d. un mensaje antisemita en el que, con evocación del Holocausto y con un sonriente emoticón, se equipara al judío con el jabón, con implícita alusión a prácticas infames llevadas a cabo en los campos de exterminio del III Reich;
e. un recado contra personas procedentes del norte de África: «yo pondría de moda cazar al moro en España. Dar de hostias a

> todos los moros que veáis por ahí. Que se vayan a su puto país. Por asesinos, violadores, ladrones, parásitos. Tenéis toda la razón del mundo, por cada hostión bien dado que les deis. Por ser una secta satánica».

En el año 2024, el número de mensajes de odio contra la comunidad LGBTIQ+ se incrementó en un 101 %, según datos ofrecidos por la consultora española LLYC. El índice alcanzó hasta el 130 % dicho año.

La definición de los límites negativos cuando lo que se pretende es castigar al que odia representa un verdadero desafío. El odio es un sentimiento que forma parte de la condición humana. Odiamos porque somos personas, porque somos esclavos de nuestros sesgos familiares, educativos y de la propia experiencia vital acumulada a lo largo del tiempo.

El castigo penal de un sentimiento encuentra dificultades que afectan a algunos de los principios y los derechos que ordenan nuestra convivencia. Es una obviedad —pero hay que recordarla— que el pensamiento no delinque. Por consiguiente, el odio que no se exterioriza es inmune a cualquier intervención del Estado dirigida a castigar a quien odia.

El tratamiento jurídico del odio exige un análisis que no pude desligarse de la libertad de expresión. Este derecho justifica y protege constitucionalmente opiniones que pueden ser muy críticas con una u otra realidad social.

De lo que se trata, pues, es de determinar el alcance de lo intolerable. Y una vez definidos los límites de lo socialmente inaceptable, jerarquizar aquellas expresiones que exigen por su gravedad la intervención de un juez penal.

El odio trasciende las fronteras: los esfuerzos de la Unión Europea para enfrentarse a los mensajes delictivos

El problema que suscita el discurso del odio es, desde luego, un problema global. Trasciende las fronteras de uno u otro país. Así lo ha entendido la Unión Europea que, en el año 2022, ha aprobado un reglamento para regular un mercado único de los servicios digitales. Se trata de una norma bien intencionada, pero que desprende el aroma de esa concepción burocrática que está lamentablemente presente en buena parte de la producción normativa de la Unión Europea.

La norma busca generar un deber reactivo por parte de las operadoras y proveedoras de servicios cuando detecten o tengan conocimiento por terceros de la existencia de mensajes de odio u otros contenidos delictivos en las redes.

La pasividad de quienes ofrecen los medios técnicos para incorporarse a la red ha estado desde siempre en el origen de la polémica acerca de hasta dónde llega la responsabilidad de los proveedores.

Extender esa responsabilidad a quien se limita a facilitar la estructura técnica para la navegación en Internet sería similar —argumentan sus detractores— a exigir responsabilidades jurídicas a un bibliotecario por el contenido de los libros que almacenan sus estanterías.

Precisamente por eso, lo que ha hecho el nuevo reglamento ha sido imponer de forma inequívoca una reacción corporativa desde el momento mismo en el que llega a su conocimiento la existencia de páginas o contenidos que pueden ser constitutivos de delito o, al menos, tener una significación antijurídica.

De entrada, incorpora una serie de preceptos para imponer unas pautas de diligencia debida en la reacción de las operadoras ante la denuncia de contenidos ilícitos. Se trata de crear, con un enunciado en el que se mezclan el eufemismo y la ingenuidad de sus creadores, «un entorno en línea transparente y seguro».

Se regulan, así, canales internos para la gestión de reclamaciones impidiendo que estas queden en saco roto y tengan como respuesta la indiferencia del proveedor de servicios. Esos canales permitirán la notificación de sospechas de delitos cometidos en la web.

El pleno convencimiento de que estamos ante un fenómeno que no conoce de fronteras ha llevado a arbitrar un instrumento de cooperación entre Estados a través de la orden europea para la actuación contra contenidos ilícitos y la entrega recíproca de información.

La novedosa figura de los «alertadores fiables» se suma a los esfuerzos de las instituciones europeas para crear un cuadro jurídico en el que los códigos de conducta y la cooperación entre Estados eliminen la vigente visión de Internet como un espacio idóneo para delinquir y, además, hacerlo con la distante indiferencia de las operadoras.

La lectura de este reglamento, expresión de la conciencia compartida de que estamos ante un problema que hay que abordar sin dilación, no alienta, desde luego, el optimismo.

Los dilatados plazos de su entrada en vigor —en España han sido prácticamente dos años desde su publicación— y la molicie con la que el legislador nacional suele activar y dar respuesta a los compromisos comunitarios no invitan precisamente al entusiasmo.

Otras dificultades se añaden al *tempo lento* de la creación normativa en la Unión Europea. En efecto, el número de países involucrados en las tareas legislativas, con un procedimiento que no se caracteriza por su agilidad, está provocando que muchos de esos instrumentos normativos, inicialmente idóneos para hacer frente al problema que pretenden regular, lleguen tarde para ofrecer soluciones.

Sin ir más lejos, el Reglamento de Inteligencia Artificial, presentado a la opinión pública como la primera ley nacida para encauzar un fenómeno cuyo ritmo de evolución no admite más dilaciones, ha nacido al mundo jurídico después de superar una fase

de negociación especialmente dura entre los grupos parlamentarios, la Comisión y el Consejo de la Unión Europea. Pues bien, ninguno de sus preceptos incluye referencias al ChatGPT, hoy por hoy, una de las fuentes más controvertidas de vulneración de los derechos a la propiedad intelectual respecto de aquellos contenidos que alimentan sus respuestas.

Esta disfunción cronológica generada por la lentitud de los procesos legislativos comunitarios dificulta sobremanera la aprobación de instrumentos normativos verdaderamente ágiles y capaces de ofrecer soluciones inmediatas a los problemas sociales que quieren ser abordados.

Centrándonos en el reglamento que aspira a crear un mercado único de los servicios digitales, otro problema se vislumbra en el horizonte. Me refiero a la utilización de esta norma como coartada política para irrumpir en el control de las redes. Cuando el poder gubernamental invoca la necesidad de reaccionar frente a los excesos de Internet y lo hace mezclando el discurso del odio con la difusión de noticias falsas —*fake news*— deberían encenderse las señales de alarma.

Los sistemas dictatoriales no tienen cabida en la Unión Europea. Pero el día a día está demostrando que en algunos de los Estados empiezan a asomar tics que son más propios de regímenes autoritarios.

Ni la lucha contra el discurso del odio ni, por supuesto, la conveniencia de limpiar la red de noticias falsas deberían ser aducidas como excusas para la fiscalización interesada de la web. La batalla alegada contra esos dos fenómenos puede hacer surgir en los poderes públicos la tentación de neutralizar los espacios digitales de la disidencia política.

El casuismo jurisprudencial sobre el castigo de los delitos de odio: de las galletas Oreo rellenas de pasta de dientes a la Selección española de fútbol

La criminalización del odio es bien reciente. Su castigo no ha sido la tónica habitual en los códigos penales históricos que han tenido vigencia en nuestro país. Es ya entrado el segundo milenio cuando distintas reformas penales, con el apoyo de iniciativas supranacionales en el mismo sentido, condujeron a la minuciosa y casuística regulación del delito de odio.

Con anterioridad, en el año 1995, se reformó tímidamente el código penal español para hacer frente «… a la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi».

Pero resulta una obviedad que el odio penalmente relevante no es solo aquel que aviva el antisemitismo como forma de rechazo a un grupo étnico-religioso. Hoy son muchos los colectivos destinatarios de encendidos mensajes de aversión que se explican exclusivamente por la pertenencia de las víctimas a algunas de las minorías sociales.

Hasta hace pocos años, el mensaje de odio solo podía tener como destinatarios generalizados a los lectores de un periódico o a los oyentes de una radio. Pero hoy las magnitudes de audiencia que introducen las redes sociales no guardan relación alguna con el impacto histórico de esos mensajes.

Según datos publicados por la UNESCO en el año 2023, en el cuarto cuatrimestre del año anterior se habían suprimido 4,7 millones de contenidos de odio que habían sido divulgados en Instagram. Por la misma razón, fueron eliminados 85.247 vídeos en YouTube y 300.000 en TikTok. Facebook neutralizó 35,1 millones de contenidos de odio y Twitter señaló que a lo largo de 2022 se habían detectado 1.628.281 contenidos que violaban su política sobre incitación al odio.

Un paseo por la respuesta penal de nuestros tribunales en los casos de delitos de odio ya enjuiciados puede ser especialmente elocuente de estas dificultades.

No es nuestro objetivo convertir este capítulo en un repertorio de jurisprudencia sobre el tratamiento penal de los delitos de odio. La selección de estos precedentes solo busca apuntar algunos casos —hay otros muchos— que demuestran la importancia de atender al análisis concreto de cada hecho enjuiciado.

El Tribunal Supremo, por ejemplo, no consideró delito de odio, aunque sí condenó al autor como responsable de un delito contra la integridad moral de la víctima, el caso del *influencer* que, para aceptar el desafío sugerido por los seguidores de su canal de YouTube, hizo comer a un vagabundo unas galletas Oreo a las que previamente había quitado la nata del relleno para sustituirla por pasta de dientes. El momento en el que la víctima ingería esas galletas, sin saber que su verdadero sabor había sido alterado, fue grabado por el acusado y difundido en la red.

El enjuiciamiento de este hecho tan reprobable estuvo marcado por las importantes dificultades jurídicas que surgen cuando se pretende hacer frente a fenómenos sociales inéditos con un añejo cuerpo jurídico que se ve desbordado por la nueva realidad.

En efecto, sin entrar en otras consideraciones jurídicas de interés en otro contexto, sí sería conveniente subrayar, por ejemplo, el intenso debate que se suscitó en el Tribunal Supremo a la hora de imponer al condenado la pena de prohibición de volver al lugar del delito, que venía asociada a la pena privativa de libertad con la que fue castigado el hecho.

La sentencia no fue unánime. El criterio mayoritario de los magistrados fue que ese delito se había cometido en la red y, por consiguiente, la prohibición de volver al lugar del delito debía implicar la prohibición de seguir gestionando el canal de YouTube con el que el acusado se ganaba la vida. El delito —razonaban— se había inducido en la red, se había ejecutado para hacer frente a un

desafío de otros internautas y, una vez grabada la ingesta de las galletas adulteradas, se había difundido en la red.

Los magistrados que disintieron de ese criterio y formularon un voto particular discrepante entendían que el lugar del delito al que no podría volver el condenado no era otro que el espacio de la vía pública en el que fue grabado el vídeo. Sustituir con imaginación jurídica las lagunas provocadas por el retraso del legislador en hacer frente a las nuevas realidades podía ser contrario al principio de legalidad.

Sí fueron condenados por un delito de odio los seguidores radicales de un equipo de fútbol que, con ocasión de la instalación en Barcelona de una carpa desmontable de apoyo a la Selección española, y con la voluntad de hostigar y humillar a los voluntarios que allí se encontraban —así lo declaró probado el órgano judicial—, irrumpieron de forma súbita en la carpa gritando «putas españolas, fuera de aquí, os vamos a matar, putos españoles de mierda, perras españolas, iros a vuestro país, hijos de putas». Al destrozo de mobiliario siguieron las agresiones físicas que causaron lesiones a los jóvenes que habían instalado la carpa.

En otros precedentes, la frontera entre el delito de odio y el ejercicio del derecho a la libertad de expresión ha sido fijada atendiendo, entre otros factores, al carácter aislado y de escasa difusión de los mensajes controvertidos.

Es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo que anuló la condena impuesta por la Audiencia Nacional en atención al contenido de los siguientes mensajes:

—31 marzo 2013: «Todos los de Intereconomía como Miguel Ángel Blanco»;

—30 octubre 2015: «Me meo en la AVT»;

—17 junio 2014: «Quiero un *selfie* con la nuca de Miguel Ángel Blanco»;

—5 agosto 2014: «Responder Esperanza Aguirre, Asesina de niños se te queda corta. Que vuelvan los GRAPO y ETA y te den tu merecido, escoria»;

—30 septiembre 2014: «Bienvenido octubre, bienvenido GRAPO»;

—9 diciembre 2014: «Ataques al PP. Lástima que las bombas no estallaron. Y que no hubiera nadie dentro. Espero que al menos esto provoque un efecto llamada»;

—7 enero 2015: «Joder, en vez de tirotear a Charlie Hebdo ya podrían haber ido a la redacción del *Mundo* o *El País*, mucho más productivo».

El Tribunal Supremo, aun reconociendo la desmesura de esos mensajes, consideró que se trataba de expresiones aisladas cuyo conocimiento general no había sido el resultado de su publicación, sino de la localización posterior por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que en el ejercicio de su trabajo de ciberpatrulleo denunciaron el hecho. El limitado recorrido de los mensajes y su amplia secuencia cronológica llevó a concluir que «su escasa difusión y el leve impacto causado hace que, a pesar del mal gusto de las expresiones, deba quedar fuera de la tipicidad penal. Además, la llamada a la acción no es real, no es seria, en la medida en que la apelación se hace a organizaciones terroristas, felizmente, desaparecidas».

El juzgado de lo Penal al que correspondió su conocimiento no apreció delito de odio en un mensaje divulgado en la red Facebook a raíz de la muerte de un joven torero:

Muere un tal Iván de profesión asesino de toros en Teruel (en su casa lo conocerían a la hora de la siesta); yo que soy un ciudadano muy «educado» hasta el punto de ser maestro me alegro mucho de su muerte, lo único que lamento es que de la misma cornada no hayan muerto los hijos de puta que lo engendraron y toda su parentela; esto que digo lo ratifico en cualquier lugar o juicio. Hoy es un día alegre para la humanidad. Bailaremos sobre su tumba y nos mearemos en las coronas de flores que te pongan ¡¡cabrón!!

El juzgado rechazó la denuncia de familiares del torero fallecido. Y lo hizo con el argumento de que «… este tipo de manifestaciones demuestran muy poco de quien las sostiene y sobrepasan los lindes de la crítica para cubrir el campo de la infamia». El juez pedía un esfuerzo de contextualización de esas expresiones en las que

> … se arremete contra una familia que está sufriendo en carne viva la pérdida de un ser muy querido en la flor de la vida y, lejos de respetar ese momento de dolor, cuan moderno inquisidor el autor se cree con derecho a regodearse en la desgracia ajena.

Sin embargo, el hecho de que

> … no se otorgue a la familia una respuesta penal en el sentido interesado, no significa en modo alguno que no se ha producido un perjuicio gravísimo, y que el ordenamiento de algún otro modo, no por el precepto legal invocado, debe reparar la situación de regodearse en el dolor ajeno que ha tenido que lamentablemente sufrir la familia.

La absolución fue justificada por la necesidad de balancear los derechos en juego y por no dictar una condena que podría acarrear un efecto inhibitorio para cualquier internauta que quisiera ejercitar su derecho a la libertad de expresión. En palabras de la sentencia absolutoria,

> … este juzgador entiende perfectamente que la tauromaquia en el mundo moderno pueda ser objeto de críticas, debiéndose considerar en principio todas ellas legítimas. Una condena penal draconiana sobre una persona que ejerce una crítica a una actividad tan discutible como la tauromaquia podría generar en la comunidad un efecto de desaliento o retraimiento a la hora de ejercer sus libertades de opinar.

Este breve recorrido por algunos de los pronunciamientos judiciales que han dado respuesta a denuncias por delitos de odio no busca alentar la polémica sobre su corrección jurídica o su

insuficiencia como instrumento de reparación del daño causado por esos mensajes. Lo que pretende es poner de manifiesto las dificultades para salvar la convergencia de derechos de tanta importancia para la convivencia como el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la dignidad de las personas, derecho este último vinculado a su propia integridad moral.

Estoy seguro de que buena parte de los lectores, a la vista de la literalidad de los mensajes transcritos, se habrá preguntado cómo es posible que esas frases tan infames no hayan determinado la condena de sus autores.

Sin embargo, solo reparando en el significado del derecho penal como instrumento para el castigo de las conductas más reprobables cometidas en la comunidad y, de modo especial, pensando en la existencia de otras soluciones jurídicas igualmente reparadoras —como la demanda civil para la obtención de una indemnización por el daño moral causado—, puede entenderse el sentido de esas resoluciones.

El derecho penal es el último recurso al alcance de una sociedad para sancionar conductas inasumibles. El que un hecho no haya merecido la condición de delito no significa, desde luego, que la justicia permanezca indiferente y desatienda la necesidad de una respuesta adecuada. La jurisdicción civil responde a principios legitimadores que pueden adaptarse mejor a las reclamaciones que buscan reparar el daño causado por el mensaje de odio.

Eso no significa que el derecho penal deba abstenerse de la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de odio. Como ya ha quedado expuesto, el verdadero desafío de los jueces consiste en dibujar los límites de lo intolerable, de aquellos mensajes que necesariamente han de ser abordados en el marco procesal adecuado para la imposición de las penas privativas de libertad o pecuniarias que son propias del derecho penal.

Pero no es de fácil diseño la línea que separa el odio constitutivo de delito frente al odio solo abordable mediante una reclamación civil que aspira al resarcimiento económico.

Solo un examen particularizado de cada caso, de su contexto, sus protagonistas, el alcance de lo difundido y, en fin, su capacidad para actuar como mecanismo inductivo de otras conductas peligrosas para la pacífica convivencia puede legitimar la intervención del derecho penal con preferencia excluyente frente al orden jurisdiccional civil.

7

ENTRAN POR UNA PUERTA Y SALEN POR LA OTRA: LA NECESIDAD DE ENTENDER LOS LÍMITES Y REGULAR ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA

La frase «entran por una puerta y salen por la otra» ha sido durante mucho tiempo expresión de la indignación ciudadana ante la falta de eficacia de la administración de justicia para dar respuesta a hechos delictivos que, pese a su constatada reiteración, no conllevan la privación de libertad del sospechoso.

La ciudadanía no entiende, por ejemplo, que alguien que acaba de sustraer una cartera aprovechando un descuido del propietario sea conducido al juzgado de guardia y a las pocas horas se encuentre en libertad. No puede llegar a comprender que quien después de una discusión de tráfico ha propinado un puñetazo a su oponente fracturándole varias piezas dentarias no sufra las consecuencias inmediatas de su acción.

Los medios de comunicación dan cuenta de delincuentes que han sido detenidos más de cuarenta veces y, sin embargo, vuelven a ser puestos en libertad por el juez de instrucción, tolerando de esta forma una profesionalización del delito a la vista de la falta de consecuencias punitivas.

El problema nace cuando se ve en la prisión preventiva una forma de expiación anticipada o, simplemente, un medio para contrarrestar el impacto que en la percepción colectiva provoca la ofensa de determinados bienes jurídicos. Es entonces cuando la

opinión pública expresa su desacuerdo e indignación con las decisiones judiciales que acuerdan la libertad del detenido.

Es alarmante la frustración ciudadana, estimulada por muchos medios de comunicación, cuando no se hace realidad el ideal de una «justicia ejemplarizante». Se genera entonces un derrotismo en el que se sumerge la sociedad cuando un tribunal descarta la privación de libertad solicitada por el fiscal. Estas decisiones, presentadas ante la opinión pública como disfunciones generadas por una incorrecta aplicación de la ley, pasan a formar parte de la normalidad del escenario que sirve al ciudadano para informarse sobre la actividad de jueces y tribunales.

En ocasiones como estas corremos el riesgo de que una política criminal que dé rienda suelta al sentimiento vindicativo de la sociedad distancie la función jurisdiccional de sus principios legitimadores. Buena parte de la ciudadanía sigue todavía anclada en el retribucionismo ciego. El derecho penal no puede ser concebido como un instrumento jurídico llamado a satisfacer el ansia de venganza con informaciones sensacionalistas, con noticias que distribuyen la anticipada etiqueta de culpabilidad a quienes, hasta ese momento, deberían seguir siendo considerados inocentes.

La sombra histórica de la venganza privada vuelve a pasearse entre nosotros, dificultando sobremanera la búsqueda de ese delicado equilibrio entre una respuesta proporcionada a la gravedad del delito y las expectativas de una ciudadanía que solo busca una solución ejemplar, disuasoria, que desaliente por su dureza a todo el que abrigue un propósito delictivo.

Una política criminal que no sea capaz de contener el ímpetu colectivo que pide arrinconar la medida de la proporcionalidad se aleja de los postulados constitucionales que dan sentido a cualquier decisión que implique una restricción de libertad.

Los datos estadísticos publicados por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias dejan bien claro, año tras año, que en España existe una población reclusa de carácter preventivo nada despreciable. Los debates acerca de la indulgencia de los jueces a la

hora de acordar la prisión preventiva de cualquier detenido prescinden de unas cifras que son equiparables a los marcadores de países de nuestro entorno.

Según los últimos datos estadísticos disponibles del Consejo General del Poder Judicial, que toman como fuente las cifras ofrecidas por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, en diciembre del año 2023 el número de presos preventivos en prisiones españolas era de 9.908, de los cuales 9.289 eran hombres y 619 eran mujeres.

Es lógico el contraste con los datos referidos a reclusos que ya han sido sentenciados por resolución firme y que, por tanto, se hallan cumpliendo condena. El número total de penados ascendió en ese año a 45.429, de los cuales 42.119 eran hombres y 3.310 eran mujeres.

Sea como fuere, estoy convencido de que solo el conocimiento exacto de lo que significa la prisión preventiva, de sus presupuestos y de sus consecuencias permitirá llegar a entender —no a justificar— el actual estado de cosas y, en la medida de lo posible, ofrecer fórmulas alternativas que mejoren la situación actual.

Un punto de partida se impone como ineludible: la prisión preventiva es una medida excepcional que solo se justifica cuando concurren unos presupuestos de legitimidad, entre otros, la duración de la pena asociada al delito imputado, cuya ausencia hace rechazable cualquier petición en tal sentido.

LA PRISIÓN PREVENTIVA ES SOLO UNA MEDIDA CAUTELAR, NO UNA CONDENA ANTICIPADA

Si no se acepta esta incontrovertible premisa como punto de partida, el enfoque crítico sobre la supuesta lenidad de los jueces al dejar en libertad a detenidos sospechosos de cometer un delito se desenfoca sin remedio.

El recurrente argumento de que «… lo que pasa en España con la libertad de los detenidos sospechosos no tiene parangón en otros países» no es, en absoluto, correcto. En Estados Unidos, por ejemplo, con un sistema judicial del que tantas cosas hay que imitar y tantas otras de las que huir con pavor, la prisión preventiva es una medida absolutamente excepcional, hasta el punto de que una acusación por asesinato no impide al sospechoso comparecer ante el jurado en libertad, después de haber pagado, en algunos de los casos, una sustanciosa fianza.

Ese escenario del acusado por graves delitos gozando de libertad provisional, del que con tanta frecuencia nos ofrece imágenes el cine norteamericano, no tiene parangón en España. En nuestro sistema, los delitos intencionales contra la vida, a la vista de la gravedad de las penas asociadas, determinan, como regla general, la prisión preventiva del acusado.

En cualquier caso, al analizar la legitimidad de la prisión preventiva, no deja de ser llamativo el marcado contraste entre esa opinión ciudadana que reivindica mayor rigor en los jueces y el criterio de los procesalistas más acreditados que, una y otra vez, insisten en la necesidad de no olvidar que la prisión preventiva es solo una medida cautelar, no una condena anticipada.

Valga por todas la opinión de uno de los más clásicos tratadistas que, allá por el año 1872, en un celebrado opúsculo escrito bajo el título *Inmoralidad de la prisión preventiva,* veía en esta medida restrictiva de la libertad, cuando se alejaba de sus estrictas razones de necesidad, «… un acto de auténtica tiranía», y lamentaba «el celo convertido en libido» de los funcionarios públicos que «… se apresuran a encarcelar por la menor sospecha» (Carrara).

En efecto, la primera idea que no puede ser abandonada al analizar el verdadero alcance de la prisión preventiva es su carácter de medida cautelar. Como su propio nombre indica —aunque soy consciente de que con ello puedo ofender la cultura jurídica de muchos lectores—, la restricción de libertad que representa tiene siempre carácter provisional.

Y tiene carácter provisional porque solo se justifica como una medida que abre un compás de espera para la celebración del juicio oral. Durante la fase de investigación del proceso penal, una de las funciones esenciales del juez de instrucción es asegurar la presencia del investigado cuando sea llamado a juicio. Por consiguiente, hay que insistir en la idea de que no se incluye entre los cometidos del juez de guardia sentenciar a aquellos detenidos que día a día son puestos a su disposición ni adjudicar marcas de culpabilidad o inocencia.

El juez que instruye una causa penal no incluye en su ámbito de competencia pronunciarse acerca de si el sospechoso es o no culpable. Su trabajo se agota en recibirle declaración, interrogar a los testigos del hecho y acordar las demás diligencias de investigación que considere indispensables, adoptando las decisiones necesarias para asegurar la presencia del acusado cuando sea llamado a juicio y, en la medida de lo posible, trabar los embargos que permitan garantizar que las consecuencias pecuniarias del hecho delictivo van a ser también reparadas.

Por ello, lo que ha de hacer el juez a cuya disposición se ponen los detenidos por la Policía judicial no es un juicio de culpabilidad, sino un pronóstico puramente indiciario sobre la consistencia del hecho que se imputa a ese carterista o conductor agresivo que ha golpeado a otro después de una trifulca generada por el tráfico rodado.

No basta con haber cometido cualquier delito: los límites impuestos por el principio de proporcionalidad

El juez de instrucción que ha de resolver sobre la prisión o la libertad provisional de cualquier detenido tiene que constatar la existencia de indicios suficientes de criminalidad para justificar la

atribución de la autoría del delito. Y, además, debe exponerlos y razonarlos para respaldar la decisión que adopte.

Pero no basta con que el delito imputado se dibuje con cierta nitidez, aunque sea indiciaria. Es necesario que califique jurídicamente el hecho imputado. El juez de instrucción, por tanto, ha de traducir en términos jurídicos los hechos que han justificado la detención del sospechoso por la Policía. Ha de decidir si estamos en presencia de un delito de hurto, de robo, de apropiación indebida, de lesiones… o de cualquier otra naturaleza.

Si todo fuera tan sencillo sería difícilmente explicable una decisión de libertad cuando el juez ya está seguro, aunque sea con la conjetura que es propia de la fase inicial de la investigación, de que el detenido que ha sido puesto a su disposición es autor de alguno de esos delitos.

El problema se complica algo más.

No todo delito que se vislumbre con cierta facilidad en el momento de las primeras diligencias puede justificar la prisión preventiva. La Ley de Enjuiciamiento Criminal impone entre los requisitos ineludibles para adoptar esta medida que el delito que se imputa al detenido, denunciado o querellado esté castigado con pena privativa de libertad cuyo máximo sea igual o superior a dos años de cárcel.

Se flexibiliza este tope cuantitativo en aquellos supuestos en los que el investigado o encausado tiene antecedentes penales por delito intencional o pertenece a una organización criminal, en cuyo caso la referencia de los dos años de prisión se modula atendiendo a las circunstancias singulares del investigado.

Pero, incluso en estos casos, el rango constitucional del principio de proporcionalidad impedirá que la prisión preventiva se acuerde por una conducta sancionada con pena no privativa de libertad o con una pena de esta naturaleza, pero que, en atención a su escasa duración, sea previsible que la medida cautelar va a convertirse en una pena anticipada que quedaría ya cumplida antes del comienzo del juicio. Por tanto, los enunciados legales que excepcionan de los

límites generales aquellos casos en que se trate de delincuentes habituales o integrantes de una organización criminal no confieren «carta blanca» al juez para decidir el ingreso en prisión provisional, ni pueden ser interpretados con desconexión del principio de proporcionalidad, sin cuya concurrencia se desvanece la legitimidad de cualquier medida restrictiva de derechos.

Una primera conclusión ha de proclamarse a partir de la exigencia de este presupuesto. Y es que la prisión preventiva está excluida de todo el catálogo de delitos —y no son pocos— que están castigados, por citar solo algunos ejemplos, con una pena de multa, trabajos en beneficios de la comunidad o con una pena de inhabilitación, que solo restringe el ejercicio de determinados derechos.

Es perfectamente entendible que a quien se investiga por haber cometido un delito castigado con pena de multa no se le puede ingresar en prisión provisional. La pérdida de libertad no ha sido contemplada por el legislador como una pena imponible por el delito cometido. Por tanto, el sospechoso no puede ser recluido provisionalmente, mientras se tramita la investigación, por un hecho delictivo que, si llegara a ser enjuiciado y mediara condena, sería sentenciado con una multa.

El mismo razonamiento vale para aquellas otras figuras delictivas que sancionan con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad el delito cometido y no pueden ser investigados con el imputado en prisión. Lo propio sucede con otros muchos delitos que son castigados en el código penal con una pena privativa de derechos —inhabilitación—, pero que no contemplan la cárcel como respuesta.

Por ejemplo, la sustracción de vehículos de motor es un delito de los que contribuyen a generar la sensación compartida de inseguridad ciudadana. Pues bien, si el autor no ha empleado violencia o intimidación, no tiene intención de apropiárselo de modo definitivo y lo abandona o restituye en un plazo de cuarenta y ocho

horas, la pena que se le impone es de trabajos en beneficio de la comunidad de uno a tres meses y una multa.

Otro hecho delictivo que en los últimos años ha generado quejas acerca de la benevolencia con la que está siendo objeto de tratamiento judicial es la *okupación* de inmuebles. También ahora, si la usurpación de la vivienda, del inmueble o el edificio se produce sin violencia o intimidación, la pena es de multa.

Para entender la decisión del juez de guardia de acordar la libertad provisional de un detenido no puede olvidarse un dato añadido. En buena parte de los casos, quien es sorprendido en el momento de la comisión del hecho delictivo tiene a su favor la degradación de la pena asociada a todos aquellos supuestos en los que el delito no se llega a consumar y queda en grado de tentativa.

En ambos casos —podrían ser invocados muchos otros como ejemplo—, el juez puede individualizar la pena e incrementar su duración, si es un hecho repetido por parte de su autor, pero nunca puede sustituir una pena no privativa de libertad por la prisión provisional hasta que se celebre el juicio.

Es fácilmente comprensible que quien es sorprendido por la Policía en el interior del bar de cuya recaudación quiere apoderarse, o quien no puede despojar a otro de su cartera porque su dueño se percata y reacciona pidiendo ayuda hasta conseguir la detención de ladrón, no puede ser castigado con igual pena que la que habría que imponer a quien logra su propósito. No es lo mismo apoderarse del dinero de otro que intentarlo sin lograr ese objetivo.

Pues bien, en estos supuestos, la pena inicialmente prevista para el caso en que quede acreditado que solo hubo un intento infructuoso de atentar contra la propiedad ajena ya experimenta una significativa reducción en su extensión. Así, por ejemplo, una pena de prisión de seis meses, prevista para el delito consumado, puede quedar reducida a una duración inferior —por debajo incluso de tres meses de prisión— en la hipótesis de que el delito no hubiera llegado a consumarse y el detenido se hubiera limitado a dar los primeros pasos para la ejecución.

Si así sucediera, esto es, si la pena imponible, en su momento, quedara situada por debajo de los tres meses, el código penal obliga al tribunal, cuando vaya a dictar sentencia, a que descarte la pena privativa de libertad y la sustituya por una pena de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente.

Surge entonces el mismo interrogante que planteábamos con anterioridad: ¿cómo va el juez de guardia a ordenar el ingreso en prisión preventiva de un detenido al que, una vez celebrado el juicio, no se le podrá imponer una pena privativa de libertad? Carecería de sentido que antes de la celebración del juicio el investigado sufriera una medida cautelar mucho más grave que la pena que el código penal prevé para el que ya ha sido declarado autor del delito.

Esto explica la inicial puesta en libertad de carteristas profesionales que han hecho de la sustracción al descuido —en el metro o en autobuses públicos— su medio de vida.

Con un razonamiento filtrado por la indignación ciudadana a la que antes he hecho referencia, suele decirse que, si el problema está en la duración de las penas imponibles por delitos que se cometen con frecuencia, el incremento de la duración del castigo resolvería el problema. Allí donde el código penal prevé en la actualidad una pena de multa o no privativa de libertad, sería suficiente con una reforma legal que obligara al juez a imponer una pena de prisión.

Sin embargo, este argumento, de hacerse realidad, identificaría nuestro sistema jurídico con una concepción trasnochada del derecho penal, contraria a un sentido elemental de la proporcionalidad. La naturaleza de las penas, su duración, no puede perder de vista la entidad del bien jurídico que se ofende con el delito. Y esta forma de entender la relación entre el delito y la pena es una verdadera conquista del derecho.

Si una decisión de política criminal llevara al legislador a agravar las penas asociadas a los delitos contra la propiedad, de forma que en la práctica generalidad de los casos la respuesta penal fuera la

pena de prisión, definir su duración concreta nos llevaría a un callejón sin salida.

Si la sustracción de una cartera en el metro es castigada con cuatro años de prisión, es difícil imaginar cómo se castigaría el robo de un maletín en el que se contiene, por ejemplo, un cheque bancario avalado por importe del precio de una vivienda de lujo, cuya adquisición el comprador tenía previsto formalizar horas después en una notaría. Y si a la vista de esa diferente gravedad nos moviéramos ya en un tramo inicial de ocho años, ¿qué pena se reservaría para un robo mediante butrón a una entidad bancaria en el que, además de la relevante cantidad obtenida en la caja, los asaltantes se hicieran con el contenido de todas las cajas de seguridad?

Y si el legislador dispara las penas de prisión con el fin de proporcionar al juez de guardia un instrumento hábil para acordar la prisión preventiva ¿cómo se entiende que dos delitos de robo agravados por el uso de armas puedan tener, por ejemplo, una pena superior al homicidio, castigado con diez años de prisión?

No basta la mano dura

La proporcionalidad es una fuente de legitimidad para definir la capacidad del Estado de privar de libertad a cualquier ciudadano. Para la historia han quedado episodios en los que, por ejemplo, la caza furtiva en un coto real conllevaba la pena de muerte para el cazador.

El incremento gratuito de las penas previstas en el código penal español suele introducir disfunciones aplicativas que obligan a los jueces a ponderar otros elementos que justifiquen un sentido elemental de la proporcionalidad en la respuesta del Estado al delito cometido.

Por consiguiente, la adopción de la prisión provisional para el delincuente detenido por la Policía por hechos delictivos castigados con una pena no privativa de libertad o que, por razón de sus circunstancias, obligue al juez a la reducción de su duración, no permite acordar el ingreso penitenciario del sospechoso en el momento de su puesta a disposición del juez de guardia.

El ámbito ponderativo del juez todavía se reduce más si se piensa que, como norma general, el proceso penal que va a incoarse a raíz de la detención del sospechoso puede llegar a durar ese tiempo o incluso prolongarse.

No es admisible que el tiempo de prisión preventiva se convierta en una condena anticipada. Conviene insistir en que el juez de guardia cuando recibe declaración al detenido solo toma en consideración indicios de criminalidad. Es el tribunal sentenciador el que evidencia la autoría no por los indicios propios de la fase de investigación, sino a partir de las pruebas que se desarrollan en el juicio oral con arreglo a los principios de publicidad y contradicción.

Debemos tener en cuenta, además, que la pena de prisión que puede llegar a imponerse después de un juicio con todas las garantías tiene un recorrido penitenciario que autoriza permisos de fin de semana y la progresión en grado para la obtención anticipada de la libertad. No sucede lo mismo con la prisión preventiva acordada antes del juicio. Quien es objeto de una medida de esta naturaleza no cuenta con ninguna expectativa de alivio o reducción de su privación de libertad.

En consecuencia, que el juez de guardia imponga anticipadamente a cualquier detenido o sospechoso una medida de prisión preventiva que puede durar más tiempo que la pena imponible, si fuera declarado culpable en el juicio que se celebrará varios meses después, está transgrediendo los límites impuestos por el derecho de todo ciudadano a la presunción de inocencia y a un proceso penal justo.

La imposición por un tribunal sentenciador de una pena privativa de libertad que no tiene que cumplirse porque el tiempo ya

transcurrido como preso preventivo es igual o mayor al asociado por la ley al delito cometido no deja de ser una anomalía.

Es evidente —así lo exige la ley— que la duración de la prisión preventiva decidida por el juez debe restarse del cómputo total de la pena finalmente impuesta por el tribunal que enjuicia el hecho. Lo que quiero expresar es que los supuestos de coincidencia exacta entre el tiempo como preso preventivo y el que resulta de la condena son expresión de una metodología inaceptable, conforme a la cual la extensión de la pena se determina atendiendo a «lo comido por lo servido». Se prescinde, así, durante el tiempo de reclusión como preso preventivo del esfuerzo rehabilitador que es inherente a las penas de prisión y se altera el significado puramente provisional que justifica la existencia de todas las medidas cautelares, que tienen solo una finalidad preparatoria del juicio y no retributiva.

LOS RIESGOS QUE PERMITEN AL JUEZ ACORDAR LA PRISIÓN PREVENTIVA

Riesgo de fuga

Como ya he apuntado, para que el juez acuerde la prisión preventiva no basta con constatar la existencia de un delito intencional castigado con pena privativa de libertad cuya máxima duración sea igual o superior a dos años de prisión, o con una duración inferior en los casos en los que el delincuente sea reincidente. Se precisa algo más.

Resulta indispensable que el juez detecte en el encausado una alta probabilidad de que quiera eludir con su huida las responsabilidades asociadas al hecho delictivo que ha justificado su presencia ante el juez. Es lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal denomina «riesgo de fuga».

En efecto, desde el momento en que un ciudadano sospechoso de haber cometido un delito rinde cuentas ante el juez de instrucción puede comenzar a alimentar la tentación de huida.

También ahora se exige del juez que verifique un juicio probabilístico acerca de cuál será la respuesta del encausado en el momento en el que, muchos meses o años después, sea llamado a juicio.

La tentación de sustraerse a la acción de la justicia y a sus consecuencias puede llegar a ser muy intensa en aquellas ocasiones en las que la forma en que se produjo la detención del investigado o las pruebas que indiciariamente respaldarían una acusación del fiscal parecen limitar las posibilidades futuras de reivindicación de la propia inocencia.

De ahí que el juez de guardia ante el que se presenta un detenido, además de comprobar si el delito que indiciariamente se le imputa alcanza el tope referencial de los dos años, debe valorar si el interrogado ha dado o puede llegar a dar alguna razón para sustraerse a toda medida cautelar privativa de libertad.

No es fácil, desde luego, formular un pronóstico de cuya corrección depende la privación temporal de libertad de cualquier detenido.

Hay supuestos en los que el riesgo de huida es más que evidente. La experiencia enseña la existencia de casos en los que la Policía informa al juez de que, en el momento en que se produjo la detención, el sospechoso acababa de salir de una agencia de viajes donde había preguntado por el horario de los vuelos a un país sin convenio de extradición con España.

Pero hay otros en los que el riesgo de fuga tiene que ser deducido de la gravedad de la pena asociada al delito por el que se ha producido la detención. El responsable de un delito contra la vida sabe que, para el caso en que prospere la acusación, el delito de homicidio está castigado con una pena de diez a quince años de prisión; el de asesinato, de quince a veinticinco años, o, en función

de determinadas circunstancias agravatorias, con la pena de prisión permanente revisable.

Es entendible que con esas expectativas ligadas al proceso penal que se pone en marcha se haga mucho más apremiante la tentación de no atender la llamada del tribunal con competencia para imponer una pena de prisión de tanta duración y, en suma, se acepte como mal menor la condición de fugado en busca y captura por la justicia.

Otros datos concurren también en este difícil ejercicio de probabilidades que debe verificar el juez. El detenido que carece de domicilio fijo y de actividad económica o no tiene arraigo familiar es más probable que se deje llevar por la tentación de eludir el llamamiento de la justicia cuando sea requerida su presencia en el juicio oral. Conforme a la misma idea, el extranjero que se halle de paso en nuestro país o que cuente con un núcleo familiar fuera de nuestras fronteras tiene mucho más fácil poner tierra de por medio, si el juez no acuerda su ingreso en prisión preventiva hasta el día del juicio.

Frente a este cúmulo de circunstancias que se deben valorar, el hecho de que el detenido cuente con un trabajo y, por ejemplo, tenga una familia a la que atender hace pesar más la falta de necesidad de una medida anticipatoria de privación de libertad.

En definitiva, todo dependerá del análisis de las circunstancias que concurran en cada caso y que definan los elementos a valorar para adoptar una decisión de tanta trascendencia para la libertad personal de cualquier ciudadano.

El primer elemento, de carácter objetivo, está ligado a la gravedad de la pena; el segundo se vincula a las circunstancias personales del investigado.

Cuando la investigación, por incipiente que sea, ofrezca indicios de la posible comisión de un hecho delictivo de especial gravedad, es previsible que quien intuye que, una vez concluida la investigación de la causa e iniciada la fase de juicio oral, va a ser

acusado por un delito castigado con una pena de especial gravedad, sienta la tentación de desoír el llamamiento judicial.

Es un dato objetivo que el temor del investigado a responder de una acusación por delito que lleve aparejada una pena de esa duración facilitará siempre a la acusación y al juez instructor el esfuerzo para motivar la procedencia de la medida de prisión preventiva.

Tampoco ahora pueden sentarse reglas generales. La realidad ofrece numerosos casos en los que hechos delictivos que llevan al fiscal a una acusación con penas elevadas no implican necesariamente el ingreso en prisión. Hay ocasiones en las que el peso de las circunstancias personales del investigado puede más que el dato objetivo de la duración de la pena asociada al hecho inicialmente imputado.

Hay que subrayar, una vez más, que el riesgo de fuga, por sí solo, no justifica la prisión preventiva cuando se trata de un delito castigado en la franja inferior a los dos años de prisión y, por supuesto, cuando impone una pena de naturaleza económica —multa— o que restringe otros derechos ajenos a la libertad personal del detenido.

Si se prescinde de este dato, se oscurece el entendimiento del alcance y de la virtualidad de la prisión preventiva como instrumento para hacer frente a la delincuencia más convencional.

Riesgo de destrucción de pruebas

Acreditada la existencia de un delito susceptible de ser castigado con el límite referencial de dos años —al menos en el plano indiciario que es propio de la fase de investigación del proceso penal—, la adopción de la prisión preventiva puede fundamentarse ya sea en el riesgo de fuga al que he aludido antes, ya sea por el peligro de que el detenido, una vez puesto en libertad, inicie la

destrucción de las pruebas que pueden tener un significado incriminatorio.

Quien asesina a machetazos es probable que tenga deseos de ocultar cualquier resto de ADN del arma que empleó para la ejecución de los hechos. El investigado por la Policía judicial por razón de su vinculación a una organización criminal dedicada al blanqueo de capitales es bien seguro que, desde que sea puesto en libertad, ordenará las operaciones financieras indispensables para borrar el rastro de su delito.

De ahí que, en esos casos, por regla general, sea estadísticamente más frecuente la medida de prisión preventiva que la libertad provisional del interrogado por el juez.

Sucede también que en determinadas ocasiones la investigación policial, dilatada en el tiempo y necesitada de confirmación a lo largo del proceso penal, ya haya puesto a disposición del juez buena parte de los elementos incriminatorios que han aflorado durante la primera etapa indagatoria. En estos casos, el riesgo de destrucción de pruebas decae y la prisión preventiva deja de tener sentido.

Puede suceder, sin embargo, que la falta de respuesta, por ejemplo, a la pregunta acerca del lugar en el que se ocultó el contrato o el testamento que sirvió de instrumento para cometer un delito de estafa o apropiación indebida sea interpretada por el juez instructor como la búsqueda de una oportunidad para, una vez alcanzada la libertad, proceder a la destrucción de tan relevante elemento incriminatorio.

La prisión preventiva, por tanto, no se justifica por el silencio, sino por el riesgo fundado de destrucción de pruebas. Quien está acusado, pongamos por caso, de un delito informático en cuya investigación todavía no ha podido ser aprehendido el dispositivo de almacenamiento puede verse dominado por la tentación lógica, inmediatamente después de su puesta en libertad, de proceder al borrado de la información que alberga.

El silencio del investigado acerca de la existencia de ese soporte podría conducir al juez a acordar su prisión preventiva de forma

paralela al dictado de una resolución de entrada y registro en su domicilio o lugar de trabajo para intervenir esa pieza de convicción. Tampoco ahora la prisión preventiva se justifica por el ejercicio del derecho a no declarar, sino por el riesgo de que la libertad pueda ser puesta al servicio de la eliminación de las pruebas incriminatorias.

Sea como fuere, el riesgo de destrucción de pruebas no puede ser alterado en su verdadero significado y pasar a servir de apoyo artificial al juez para decretar prisiones preventivas improcedentes, y hacerlo con una fórmula estereotipada que no se detenga en el análisis pormenorizado de las razones que dan pie a pensar, en ese caso concreto, que, si se acuerda la libertad provisional del encausado, todas las pruebas que puedan permitir llegar al esclarecimiento del hecho serían destruidas.

Conviene remarcar que no es suficiente el riesgo de destrucción de pruebas para acordar la prisión preventiva. Como venimos razonando, el catálogo de delitos que no prevé como castigo una pena privativa de libertad con una duración determinada en torno a los dos años de prisión, sino que asocia a la acción delictiva una pena de multa o de otra naturaleza, no autoriza la decisión judicial de restringir provisionalmente la libertad del detenido o querellado.

Surge así otro de los argumentos que contribuyen a alimentar el descontento de la masa crítica que ve en la benevolencia de los jueces el principal factor de inseguridad ciudadana.

Riesgo de que el investigado cometa nuevos delitos mientras esté en libertad a la espera de juicio

El riesgo de reiteración delictiva es otra de las razones que hacen legítima la decisión del juez de ingresar en prisión preventiva al sospechoso. También ahora hay que insistir en que no basta la constatación de ese dato. Es preciso que el delito que se imputa a la persona que declara ante el juez y la pena que ese delito tiene

asociada cumplan las exigencias cuantitativas y cualitativas que ya he comentado anteriormente.

El hecho delictivo que en atención a los indicios ofrece todos los elementos para calificar jurídicamente la conducta denunciada tiene que estar castigado con una pena de prisión que, además, ha de tener una duración cuyo máximo sea igual o superior a los dos años de internamiento.

Es cierto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando se trata de delincuentes reincidentes, sobre todo en los casos de violencia de género, rebaja el listón de los dos años de cárcel.

Tiene toda la lógica. Y es que quien de forma habitual somete a malos tratos a su pareja afectiva y ha sido puesto a disposición del juez por propinarle una paliza a su compañera, es más que previsible que la vuelta al domicilio común siga presidida por las sevicias que han venido dominando la convivencia en los últimos tiempos.

Pero no pasemos por alto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal sigue exigiendo que la pena inherente al delito que se imputa al detenido sea, siempre y en todo caso, privativa de libertad. Y como he apuntado con anterioridad, no todos los delitos que pueden alimentar la sensación de inseguridad ciudadana están castigados conforme a esos parámetros.

Este recordatorio es de especial importancia en la medida en que da respuesta, una vez que se conoce su alcance, a la queja acerca del porqué quedan en libertad delincuentes que han sido condenados con anterioridad en numerosas ocasiones.

No basta con presentar un perfil de habitualidad en el delito. La respuesta del Estado en la investigación y el castigo de los delitos es irrenunciable, proporcional. El delincuente habitual no puede ser enjuiciado por lo que ya hizo meses o años atrás. Por esas fechorías ya cumplió pena. La pérdida de libertad tiene que acomodarse a lo que en el momento de la decisión del juez se está investigando. Todo ello, claro es, sin perjuicio de que la imposición de la pena que se considere procedente por el tribunal de enjuiciamiento, después

de celebrado el juicio, se mueva en sus márgenes superiores para tomar en cuenta el contumaz desprecio del detenido a las normas penales que protegen bienes jurídicos esenciales para la convivencia.

Lo más habitual, llegados a este punto, es cuestionarse cómo es posible que delincuentes multirreincidentes eludan con tanta facilidad la prisión preventiva. De nuevo se hace obligado subrayar que la prisión preventiva no es una medida de seguridad para neutralizar cualquier pulsión delictiva del detenido.

La privación de libertad impuesta por el juez de instrucción a cualquier sospechoso es una medida cautelar, provisoria, que solo se manifiesta y se hace evidente en el marco de una investigación penal concreta. Busca asegurar la comparecencia del investigado a todas las llamadas que se le hagan durante la investigación y en el momento del enjuiciamiento. Dicho en términos más asequibles para el lector lego en derecho, la prisión preventiva no es una medida que, a manera de redada policial, persiga «limpiar las calles» de delincuentes.

No es esto y nunca puede ser esto, a menos que los jueces abdiquen de la previsión constitucional y de muchos años de civilización jurídica.

En el capítulo 11 me refiero a la existencia cada vez más extendida de algoritmos con capacidad para decidir el riesgo de recaída en el delito a partir de la combinación de datos que relacionan el historial delictivo, el contexto familiar y económico en el que se han desarrollado la infancia y la juventud del sospechoso, y la información obtenida en redes acerca del perfil de cada uno de los investigados.

Creo que la privación de libertad de una persona nunca deberá dejarse en manos de una máquina. Ante la objeción recurrente de que el perfil ideológico del juez influye de forma decisiva en la adopción de la prisión preventiva habría que puntualizar que ni siquiera los algoritmos están libres de sesgos raciales, sexistas y de otra naturaleza, que alejan su decisión de ese ideal de justicia que

algunos quieren sustraer a los jueces y hacer recaer en robots previamente programados para ello.

Lo que se viene llamando «justicia predictiva» ha de estar siempre reservada a la decisión judicial. La información que deberían proporcionar los dispositivos informáticos no puede ir más allá de ser un instrumento complementario, nunca vinculante ni sustitutivo del poder decisorio del juez ante el que ha sido trasladado un detenido.

Un riesgo que ya no vale: la alarma social causada por el delito

Hace ya varias décadas la Ley de Enjuiciamiento Criminal admitía la prisión preventiva cuando esta era acordada porque concurrían la investigación de un delito grave y la alarma social que hubiera generado la comisión del delito.

Bastaba, por tanto, con que, además de la existencia de un proceso penal iniciado para la investigación de un delito grave, el delito hubiera impactado en la conciencia colectiva generando una sensación de alarma compartida.

En el año 2003, sin embargo, una sentencia del Tribunal Constitucional motivó una importante reforma de la ley procesal por la que la alarma social fue eliminada como parámetro valorativo para decidir acerca de la privación de libertad del sospechoso.

Tiene toda la lógica que la extendida difusión del hecho delictivo, su tratamiento por los medios de comunicación y, a partir de ahí, su valoración emocional por el resto de la sociedad —en eso consiste, al fin y al cabo, la alarma social— no fueran considerados como fines legítimos para decidir privar de libertad provisionalmente al detenido que comparece ante el juez como investigado por un delito.

El concepto de alarma social no es unívoco. Determinados delitos modulan su impacto en función del lugar en el que se cometen, de ahí que su exclusión como regla valorativa, pese a su

ya histórica invocación por los jueces de instrucción para respaldar una decisión de prisión provisional, deba considerarse, a mi juicio, especialmente positiva.

La decisión del juez no puede basarse en su propia iniciativa: la indispensable petición del fiscal u otra parte acusadora

Hasta aquí hemos visto los requisitos normativos de carácter objetivo —la gravedad del delito— y otros que miran de modo preferente al perfil del encausado.

De ellos me he ocupado en los epígrafes anteriores, tratando de ajustar su significado y alcance a las exigencias derivadas de un sistema constitucional como el nuestro, marcado por el respeto a los derechos fundamentales que ponen límite a cualquier tentación de retroceder a épocas históricas en las que la ley del más fuerte era el único fundamento para reparar el orden convivencial alterado por el delito.

Todavía falta otro elemento más sin el cual el juez no puede adoptar una medida cautelar de prisión preventiva.

En efecto, la privación de libertad que autorizan nuestras leyes durante toda la fase de investigación —o parte de ella—, y en espera de la llamada a juicio, solo puede ser acordada cuando el fiscal u otra parte acusadora solicite el ingreso en prisión. Así se introdujo en nuestro sistema en la reforma correspondiente al año 2003.

Como es observable, la decisión del juez no es suficiente por sí sola para justificar el ingreso en prisión. Es más, el titular del órgano judicial que resolviera acordar la prisión preventiva de un detenido, sin el respaldo de una petición oficial del fiscal o de otra parte acusadora, se enfrentaría a una más que previsible exigencia de responsabilidades, incluso penales.

Todo apunta, pese a los términos en los que el legislador trató de justificar la reforma en la exposición de motivos de la ley, que

esta restricción fue introducida en nuestro sistema para limitar el poder de los jueces y reforzar la posición institucional del Ministerio Fiscal.

En síntesis, frente a las críticas de quienes enfatizan la «inadmisible generosidad» de los jueces que abdican de su obligación legal y acuerdan la libertad provisional de investigados que son puestos a su disposición, conviene dejar claro que no es posible acordar la prisión preventiva para la investigación de cualquier delito. Tampoco basarse en la alarma social que ese delito pueda haber generado en el entorno social en que se ha cometido. Solo el riesgo de destrucción de pruebas, el peligro de que el sospechoso emprenda la huida y eluda la investigación de un delito grave y, en fin, la posibilidad de que la libertad provisional pueda ser aprovechada para volver a cometer nuevos delitos justifican una medida provisional de privación de la libertad personal.

Pero todavía falta algo más, a saber, la necesidad de que medie la petición del fiscal instando la adopción de una medida cautelar. Si esta instancia no se activa en el momento en el que el juez ha de resolver la situación que afecta a la libertad personal del sospechoso, su restricción no podrá ser acordada.

LA PRISIÓN PROVISIONAL ADMITE SOLUCIONES ALTERNATIVAS

La experiencia de muchos años demuestra que el dilema libertad-prisión admite otros enfoques y autoriza, desde luego, fórmulas alternativas.

El valor de estas otras soluciones se diluye cuando la ciudadanía ve en la prisión preventiva una forma anticipada de expiar el daño ocasionado por el delito, un remedio que inicie la purificación del delincuente que ha de enfrentarse a un futuro juicio.

El contenido de los epígrafes anteriores busca explicar precisamente que no es eso lo que puede esperarse de la prisión preventiva. La privación de libertad durante la investigación del

delito no se basa en un juicio de culpabilidad, no busca comenzar el cumplimiento de una condena más o menos aproximada en el tiempo e incluso previsible por el delito cometido.

Requiere un análisis de los indicios que enfrentan al sospechoso frente a la responsabilidad por la comisión de un delito grave y, como venimos insistiendo, solo busca garantizar la presencia judicial del investigado en el momento en que sea llamado a juicio y, en su caso, neutralizar el riesgo de fuga, de destrucción de pruebas o de reiteración delictiva.

Comparecencias apud acta: la sustitución de la celda por la firma

La prisión preventiva, sin necesidad de argumentos adicionales, representa la más grave de las decisiones que pueden adoptarse en el curso de una investigación penal. Por eso, es lógico plantearse de qué otro modo es posible que se haga realidad la presencia del acusado cuando la citación judicial llame a su puerta.

La ley autoriza otras soluciones, algunas con cobertura legal y otras necesitadas de una reforma que conceda a los jueces la posibilidad de evitar el más radical de los efectos desde el punto de vista de la libertad individual.

En la jerga jurídica se habla de comparecencias *apud acta* para referirse a la decisión del juez de imponer al investigado el deber de acudir con la periodicidad que se le señale a la sede del propio juzgado que le está investigando o a otras dependencias judiciales o policiales y, una vez ahí, proceder a la firma del documento que asegura y acredita esa presencia.

La solución más extendida es la que exige una presencia quincenal, normalmente el primero y el decimoquinto día de cada mes. Pero sería perfectamente posible —pese a su absoluta excepcionalidad— una obligación diaria e incluso de mañana y tarde.

Esta medida permitiría someter a un control periódico al investigado mediante el cumplimiento de una obligación que, en caso de ser menospreciada, además de la posible comisión de un delito de quebrantamiento de medida cautelar, determinaría la prisión provisional inmediata ante el evidente riesgo de fuga.

Todo apunta a que el más que defectuoso modelo de gestión del grado de cumplimiento de esta obligación es lo que está impidiendo su utilización con mayor frecuencia. Quien tenga ocasión de acudir a un edificio judicial cualquiera de los días 1 y 15 de cada mes podrá contemplar las largas colas que se forman de los presos preventivos que acuden a cumplimentar su deber de firmar.

Estoy seguro de que si todos los jueces de instrucción acordaran, por ejemplo, una obligación de comparecencia diaria —siempre será una solución alternativa mucho más deseable que el ingreso en prisión—, se produciría un caos en la sede del edificio judicial en el que tuviera que comparecer el investigado.

De ahí que una mejor organización y seguimiento del deber impuesto por esta medida haría posible una alternativa a la prisión preventiva muy eficaz y mucho menos gravosa, de cara a asegurar la futura presencia en juicio.

Aunque la profesionalidad de los agentes y los funcionarios encargados del seguimiento de esta medida está más que acreditada, también es cierto que no faltan órganos judiciales que, desbordados por el trabajo cotidiano y por la irrupción en cada guardia de varias decenas de detenidos candidatos a la imposición de una comparecencia *apud acta,* descuidan el control de la presencia o ausencia intermitente del investigado.

Un esfuerzo presupuestario y organizativo para aliviar esta dificultad puramente operativa cambiaría la percepción comunitaria de que solo la prisión preventiva puede asegurar la presencia del investigado en el juicio oral.

Arresto domiciliario

El arresto domiciliario también cuenta con respaldo legal como solución alternativa para evitar la prisión preventiva. De lo que se trata es de sustituir el ingreso en prisión por la permanencia controlada en el propio domicilio del investigado.

Es una obviedad que esta medida no puede concebirse como una fórmula general para ofrecer remedio al ingreso carcelario. El investigado por un delito de violencia contra la mujer no puede ser recompensado con su vuelta al lugar en el que ha venido sometiendo a su pareja; el narcotraficante que dirige una organización criminal dedicada a la introducción clandestina de droga no puede seguir contando con una comunicación domiciliaria a través de Internet que le permita continuar impartiendo instrucciones; el pederasta que acumula en su ordenador miles de archivos pornográficos con víctimas infantiles entendería como un premio volver al entorno que ha hecho posible alimentar su perversión.

Sin embargo, son otros muchos los casos imaginables en los que una restricción de la libertad consistente en no poder salir del domicilio habitual puede ofrecer soluciones tan eficaces —y menos onerosas— que la que implica la prisión provisional. Defraudadores que han reparado el daño causado, delincuentes toxicómanos en período de tratamiento y desintoxicación o exhibicionistas son solo algunos de esos ejemplos.

El legislador no ha visto en el arresto domiciliario un remedio alternativo aplicable con carácter general cuando el juez de instrucción lo considere conveniente. Lo limita a un caso muy concreto relacionado con la salud del investigado. Solo autoriza al juez a decretar la restricción domiciliaria de la libertad «… cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud».

Quizá sería conveniente una fórmula más abierta que ensanchara los presupuestos de aplicación del arresto domiciliario. Son imaginables muchos casos en los que el ingreso en prisión

puede conllevar un redundante efecto aflictivo perfectamente evitable para lograr los fines del proceso.

Pero la pregunta surge por sí sola: ¿cómo asegurar que quien asume el deber de permanecer en su domicilio no cae en la tentación de abandonarlo?

También aquí son los problemas operativos los que imponen sus propias razones. La vigilancia del cumplimiento de la prohibición que implica el arresto domiciliario queda normalmente en manos de la Policía judicial. La falta de medios personales y materiales para un eficaz seguimiento de todas las restricciones de esta clase acordadas por los jueces de instrucción fomentan el escepticismo de quienes creen que solo la prisión preventiva puede asegurar la presencia del acusado cuando sea requerido para comparecer en el juicio oral.

Sin embargo, una regulación futura más detallada y generosa en sus exigencias como medida cautelar privativa de libertad añadiría un efecto inhibitorio frente a la tentación de escapar del domicilio. La vulneración de la resolución del juez podría implicar inmediatamente la comisión de un delito de quebrantamiento de condena, sin perjuicio de la posibilidad de sustituir el arresto domiciliario, una vez incumplido, por la medida que inicialmente se trataba precisamente de evitar, esto es, la prisión preventiva.

Con independencia de ello, sumar a la resolución que acuerde el arresto domiciliario la utilización de algún medio tecnológico de geolocalización del investigado haría mucho más atractiva esta medida de perfiles tan estrechos en la actualidad.

Medios tecnológicos de control: una pulsera para no ir a la cárcel

La tecnología que hace viable la geolocalización de cualquier persona se perfila hoy en día como una de las soluciones alternativas más prácticas y eficaces para evitar la prisión preventiva y hacer de esta una solución limitada a casos especiales.

Cualquiera de estos dispositivos permite conocer con exactitud la ubicación del investigado a lo largo de todo el día. El investigado que tenga que responder en el futuro a un llamamiento judicial va a ser monitorizado para que su localización al minuto pueda hacerse realidad.

También ahora son razones materiales, no ajenas a las habituales restricciones presupuestarias, las que impiden que un remedio tan eficaz despliegue todos los efectos favorables que son imaginables.

No hay pulseras para todos. Esta es la gran paradoja que está retrasando nuestro sistema y que hace que los jueces de instrucción no se hayan familiarizado con una medida tan ventajosa.

Además, se da la circunstancia de que carece de cobertura legal una medida tan restrictiva de la libertad de cualquier ciudadano para determinar su ubicación y que esta no trascienda. O, por lo menos, es más que dudoso que un juez de instrucción en la actualidad pueda imponer el dispositivo de geolocalización como fórmula sustitutiva de la prisión provisional.

En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla en uno de sus preceptos la posibilidad de que el juez acuerde la utilización de esos dispositivos —fundamentalmente un GPS— cuando la investigación del delito exija conocer la localización del sospechoso en momentos en los que puede aportar datos decisivos para el esclarecimiento del hecho investigado.

Conocer, por ejemplo, en qué lugar va a producirse el intercambio de una partida de drogas entre los miembros de una organización criminal puede hacer aconsejable que la Policía esté en condiciones de seguir los vehículos en los que esa operación delictiva va a efectuarse.

La autorización judicial permitiría adosar a cualquiera de los automóviles en los que se van a desplazar los investigados un mecanismo de geolocalización que aparece como indispensable para rastrear la huella del delito.

Un dispositivo de geolocalización permitiría también, por ejemplo, conocer dónde oculta un sospechoso de estar integrado en una organización terrorista las armas y los explosivos con los que prepara los atentados que se cometen con el fin de subvertir el orden constitucional.

Pero estos casos son bien distintos de los que ahora ocupan nuestra atención. La pulsera sustitutiva de la prisión preventiva no persigue rastrear al sospechoso mientras comete un delito u oculta las pruebas del que ya ha cometido. De lo que se trata es de asegurar su localización para tener la seguridad de que, cuando sea llamado, va a comparecer ante el juez de instrucción o ante el tribunal que enjuiciará el delito que se le imputa.

El grado de eficacia de esta medida, una vez fuera regulada su utilización práctica por el legislador, es más que considerable. Frente al argumento de que, desde el momento en que el investigado prescinda de su uso o decida su inutilización, se habría frustrado el fin que justifica la restricción de la libertad hay que subrayar que cualquiera de esas dos acciones conllevaría la comisión de un delito de quebrantamiento de la medida cautelar impuesta. Y, por supuesto, cargaría de razones al juez que acordó su implantación para sustituirla por la medida mucho más onerosa de prisión preventiva.

Una futura regulación de esta medida alternativa debería tomar en consideración, entre otros aspectos, la conveniencia de que ese dispositivo no sea visible para terceras personas. Se evitaría, así, el señalamiento de todo investigado que tuviera que portarla. No se olvide que, hasta que medie una sentencia firme que declare lo contrario, todo imputado por un delito cuenta a su favor con el derecho constitucional a la presunción de inocencia, que, al fin y al cabo, es una regla de tratamiento procesal y, por supuesto, de carácter social.

Fórmulas de mediación y justicia restaurativa: cuando la víctima tiene más interés en que le sea reparado el daño causado por el delito a que el investigado ingrese en prisión preventiva

La justicia restaurativa abre nuevos horizontes en el trabajo de los juzgados y tribunales. La experiencia acumulada viene enseñando que el índice de litigiosidad que provocan las relaciones humanas no puede ser abarcado por los jueces y fiscales para ofrecer una respuesta satisfactoria y, sobre todo, en un tiempo aceptable.

En efecto, la decepción colectiva ante el insufrible lapso de tiempo que existe hasta llegar al momento de la celebración del juicio está más que justificada. Los pacientes ciudadanos que esperan una respuesta judicial —ya sea como parte activa o pasiva en el proceso— han de armarse de valor para no desesperar ante el transcurso de un largo plazo que, en la mayoría de las ocasiones, es de incertidumbre y desasosiego.

Son muchas las razones que han conducido al actual estado de cosas. Todas ellas son analizables y, por supuesto, mejorables. Pero lo que está fuera de cualquier duda es que la realidad viene ofreciendo modelos alternativos para huir de soluciones jurisdiccionales que son complejas, costosas y que se dilatan sin remedio en el tiempo.

El arbitraje y la justicia restaurativa son dos buenos ejemplos.

Sin embargo, el proceso penal, que es el instrumento jurídico para la investigación y eventual castigo de los delitos, se mueve en unos principios y valores en los que el arbitraje no tiene cabida. Es lógico. Su incuestionable utilidad encuentra su principal espacio en las controversias civiles y mercantiles. El comercio internacional y la negociación de importantes transacciones económicas invita a sus protagonistas a que acepten una cláusula de sumisión a un arbitraje que dirima las controversias interpretativas acerca de lo que es objeto de negociación y pacto.

Sin embargo, la justicia restaurativa, que hasta hace bien poco centraba su limitada aplicación en el proceso civil, ha ensanchado su campo aplicativo hasta el punto de ser objeto de regulación por su aplicación al proceso penal.

Y es aquí donde su conexión con el proceso penal y, en nuestro caso, con la prisión preventiva puede ofrecer un margen de aplicación especialmente aprovechable.

De hecho, la más reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la búsqueda de la eficiencia en el servicio público de la administración de justicia, dedica varios preceptos a regular un procedimiento de justicia restaurativa con plena proyección sobre el proceso penal.

De lo que se trata es de hacer posible, siempre de forma voluntaria, una aproximación entre la víctima y el denunciado con el fin de llegar a un acuerdo que permita un desenlace del juicio penal que se mueva en los parámetros de una conformidad entre partes.

Es perfectamente imaginable la existencia de hechos delictivos en los que la ofensa sufrida por la víctima excluirá cualquier contacto con su victimario. Pero son también concebibles delitos económicos en los que un acuerdo de reparación mediante un procedimiento de justicia restaurativa puede llegar a facilitar el fin del proceso mediante una sentencia de conformidad.

En estos casos, ese acuerdo influirá de modo decisivo en la aproximación valorativa acerca de la gravedad del hecho investigado. Una estafa de la que resulta imputado un promotor inmobiliario, con múltiples perjudicados que han visto frustrada la ilusión de adquirir su vivienda, transforma su gravedad inicial —que ha podido incluso aconsejar la prisión preventiva del querellado— si durante el período de investigación se llega a un acuerdo económico de reparación de todos los afectados.

La reciente reforma legal da pie para facilitar acuerdos de conformidad que permitan alcanzar en la delincuencia económica —de modo preferente, aunque no exclusivo— acuerdos que supongan el logro anticipado de los fines del proceso. Si así fuera, las medidas

cautelares de carácter personal —la prisión preventiva— y de naturaleza real —el embargo— pueden ver reducida su finalidad drásticamente.

De la profesionalidad de los mediadores y del riguroso control judicial de los acuerdos de conformidad dependerá el éxito de una nueva forma de concebir la solución de conflictos sociales que, como todo indica, va a permitir un nuevo prisma analítico de la prisión provisional.

8

JURADO: LA JUSTICIA DE NUEVE HOMBRES SIN PIEDAD

En el año 1995 se incorporó a nuestro sistema jurídico un modelo de enjuiciamiento de cuya realidad los españoles solo teníamos la referencia ofrecida por inolvidables películas de Hollywood, en las que la culpabilidad o inocencia del acusado se ventilaba ante un órgano colegiado integrado por ciudadanos carentes de formación jurídica.

Su entrada en vigor estuvo marcada por la polémica. Se dijo entonces que se trataba de una extravagancia difícilmente ajustable a nuestro sistema procesal, inspirado en otros modelos y principios jurídicos.

Sin embargo, el legislador puso en marcha un procedimiento especial regulado en su ley específica que después de tímidas reformas sin gran alcance ha seguido marcando las claves de esta forma de impartir justicia.

El número de ciudadanos que debía integrarse en el tribunal del jurado se fijó en nueve. Otros dos serían suplentes, para el caso en el que alguno de ellos resultara impedido para la deliberación final. El desarrollo del juicio lo dirigiría un juez (magistrado-presidente), que asumía entre sus funciones más relevantes la de elaborar las preguntas a los jurados sobre los hechos que habían sido enjuiciados y a las que debería extenderse el veredicto; la de pronunciar las instrucciones que habían de ser tenidas en cuenta para el proceso de valoración de las pruebas que habían presenciado y, finalmente,

el redactado de la sentencia, dando formato jurídico al desenlace del juicio expresado en el veredicto.

Un repaso por la literatura jurídica que acompañó a la ley del jurado es bien indicativo de la división entre los penalistas acerca de dos cuestiones básicas. De una parte, la necesidad de un procedimiento que pone en manos de inexpertos en derecho la libertad del acusado y que es totalmente ajeno a nuestra forma histórica de entender la administración de justicia; de otro lado, la opción por un modelo que, a juicio de algunos, es perfectamente mejorable.

De las dos cuestiones nos ocupamos en los siguientes epígrafes.

LOS TEMORES DEL LEGISLADOR ANTE LA EXPERIENCIA HISTÓRICA

La entrada en vigor de la Ley del Jurado se produjo con un notable retraso respecto de las previsiones constitucionales. Fue una clara expresión de la pereza legislativa a la hora de desarrollar los mandatos de la Carta Magna. Tuvieron que pasar diecisiete años para que el legislador fuera consciente de que la implantación del jurado no admitía dilaciones.

En efecto, en la regulación constitucional del poder judicial se incluyó un precepto que preveía que el jurado sería una forma de participación del ciudadano en la administración de justicia. Se imponía, así, al Parlamento un deber de desarrollo legal que introdujera esta fórmula de enjuiciamiento.

Por consiguiente, el margen de maniobra al alcance del legislador era inexistente. Tenía que regular el jurado, pero, eso sí, hacerlo «… en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine». Esta era la literalidad del precepto constitucional que anunciaba la implantación del jurado. Es decir, jurado sí, pero con el alcance y la extensión que le quisiera atribuir la ley que lo desarrollara.

Da la impresión de que la Constitución de 1978 quiso hacer borrón y cuenta nueva en el momento de reinstaurar la institución del jurado. Su futura regulación sería obligada, pero con un amplísimo margen de actuación en el momento de optar por uno u otro modelo.

Las razones de esa ruptura con la sombra de la historia son perfectamente entendibles.

Prescindiendo de antecedentes lejanos, vinculados al enjuiciamiento de los delitos de prensa y cuya instauración ya fue anunciada por el Estatuto de Bayona de 1808 y la Constitución de Cádiz de 1812, la experiencia práctica del jurado en España toma como verdadera referencia la Ley del Jurado de 1888, que fue suspendida por la dictadura del general Primero de Rivera en 1924. La Segunda República reinstauró un modelo de jurado que, con el paso del tiempo y a raíz del enfrentamiento bélico, derivó en un ejercicio sectario de participación política y sindical en los tribunales de justicia de aconsejable olvido.

EL DESENCUENTRO HISTÓRICO ENTRE EL MINISTERIO FISCAL Y EL JURADO

El restablecimiento de una ley que diera participación a la ciudadanía en las tareas de enjuiciamiento fue alentado institucionalmente por responsables políticos que apostaron por los efectos beneficiosos que su implantación podría tener en la justicia española.

En el discurso pronunciado en el Senado por Romero y Girón, en las sesiones correspondientes a los días 24, 25 y 26 de enero de 1883, en defensa del establecimiento del jurado para los juicios criminales, el orador reprochó a los senadores antijuradistas su elitismo en la concepción del ejercicio de la función judicial:

> … Quitaos las caretas, fuera caretas y decid: por la política, porque queremos un sistema represivo y preventivo, porque queremos un peso de

> autoridad social sobre todas las autoridades, no queremos nada que huela a pueblo, ni a la generalidad, ni a la conciencia pública. Nosotros somos los pontífices del pueblo, de la generalidad, de la conciencia pública y de la justicia, decidlo de una vez.

Fechas atrás, Montero Ríos, ministro de Gracia y Justicia, con ocasión de la solemne apertura de los tribunales celebrada el 16 de septiembre de 1872, subrayó la necesidad de que todos contribuyeran al éxito del procedimiento penal que nacía con un incierto futuro:

> Es también necesario que los tribunales de derecho no vean en el jurado una institución rival, creyendo que viene a usurparles en su mengua una parte de lo que hoy constituye su competencia. (…) Recibid, pues, de buena voluntad a la nueva institución; recibidla con la afectuosidad de un hermano y no con la frialdad repulsiva de un rival. Encargaos de dirigirla e inspirarla en sus primeros pasos, aconsejándola leal y afectuosamente para el más cumplido desempeño de sus funciones, que en esta noble tarea os prestará generoso e importantísimo auxilio el tan ilustre Ministerio Fiscal que comparte hoy con vosotros los rudos trabajos de la justicia. Evitad los unos y los otros con escrupuloso cuidado todo lo que pueda lastimar o rebajar la dignidad de quienes van a concurrir con vosotros a las funciones más solemnes, más necesarias y más trascendentales de la vida social. Tened siempre presente en vuestra conciencia la responsabilidad inmensa en que habríais de incurrir ante el país si por vuestros actos o por vuestras omisiones la institución del jurado, en vez de contribuir al enaltecimiento de la justicia y al progreso moral, intelectual y político de las clases sociales, produjese los amargos frutos de la impunidad del crimen, de la corrupción, de la ignorancia y de la servidumbre del pueblo.

Sin embargo, esas palabras conciliadoras del ministro de Justicia no lograron el efecto deseado. De la aplicación insatisfactoria del nuevo procedimiento se hicieron eco a lo largo de los años las Memorias de la Fiscalía General del Estado.

Como es sabido, la Memoria de la Fiscalía General del Estado es un documento que refleja la actividad del Ministerio Fiscal a lo largo del año. Su lectura se lleva a cabo en un solemne acto institucional

presidido por el rey, que normalmente se celebra en la primera quincena de septiembre. En sus páginas se refleja la aportación de todas las fiscalías territoriales que valoran, entre otros muchos contenidos, la experiencia práctica acerca de las novedades legislativas que afectan al trabajo del fiscal. Se trata, pues, de un documento de excepcional valor, si lo que se quiere es tener conocimiento del impacto de una u otra reforma procesal.

En la Memoria de 1894, pocos años después de la entrada en vigor de la reforma de 1888, este pasaje refleja el estado de opinión de la justicia profesional frente a los veredictos del jurado:

> Los fiscales aseguran que, hoy por hoy, el jurado, en general, no funciona bien. Los defectos que marcan son: ignorancia, falta de independencia, resistencia a ejercer el cargo, lenidad en ciertos delitos que llega hasta dejarlos impunes, y severidad extremada en otros; y partiendo de esto, algunos de aquellos funcionarios piden la reforma urgente de la ley y de la manera de constituirse el jurado, pues, según ellos, el vicio está en el origen, o sea, en las primeras listas que se confeccionan; y otros creen que la opinión pública lo mira con recelo, que no inspira confianza a los mismos que eran sus más ardientes partidarios y defensores, y entienden que ha llegado el momento de que se suspenda.

No deja de ser significativo que apenas siete años después de su entrada en vigor, los fiscales instaran la suspensión de su vigencia.

Las desavenencias entre el Ministerio Fiscal y el jurado se mantuvieron a lo largo de los años y tienen exacto reflejo en las Memorias de la institución. El paréntesis temporal de su supresión por el general Primo de Rivera fue visto con sumo agrado corporativo.

La entusiasta celebración de los fiscales quedó así reflejada en la Memoria del año 1924:

> Nadie que enjuicie imparcialmente podrá negar que la suspensión del jurado fue acogida con aplauso general por la opinión pública y fue una de las medidas que más confianza en la actuación del Directorio Militar inspiraron: a

tal descrédito había llegado el funcionamiento de los tribunales de hecho. Y es innegable, también, que cuando ya va a vencer el año de la suspensión, si se ha manifestado alguna opinión favorable al restablecimiento del jurado, ha sido mantenida por personas, respetables sí, pero cuyo interés es conocido, ya que se trata de defensores de los reos que obtienen resultados muy diferentes con el jurado o sin él o de hombres públicos, escritores y ateneístas que, en esta cuestión, como en otras análogas, posponen las enseñanzas de la realidad a doctrinas jurídicas o políticas determinadas…

El grado de identificación de la jefatura del Ministerio Fiscal con la decisión del dictador se expresa sin matices en este pasaje:

… A partidarios y enemigos del jurado conviene hacer notar que el Directorio Militar, al resolver sobre el funcionamiento de los jueces de hecho, no se dejó arrastrar por ninguna corriente y no fue en busca de aplausos populares, sino que se limitó a decretar lo que en el momento convenía a los intereses públicos y a los intereses propios de la justicia, aplazando para momento oportuno la resolución definitiva que haya de dictar.

De ahí que, una vez restablecida su vigencia por la Segunda República, las invectivas volvieron a hacer acto de presencia.

Algunas de las opiniones incorporadas a la Memoria del año 1934 recuperan el tono demoledor de otras ocasiones:

Solamente un fiscal se muestra partidario y acérrimo defensor de esta institución; varios muestran su conformidad ideológica con él, pero censuran su actuación, y la inmensa mayoría tiene para el tribunal popular los más duros calificativos, proponiendo bastantes su desaparición (…). Dice el de Málaga que en sus manos la balanza de la justicia se trueca en la balanza del mercader, por su actuación desastrosa y contumaz, añadiendo que por amor a la justicia y hasta por propio decoro humano debe desaparecer; dando lugar, según afirma el fiscal de Zamora, a que se diga entre los maleantes que más vale matar que herir, por el funcionamiento cada vez más lamentable del jurado, que llegará a ser causa de desmoralización social con sus veredictos absurdos.

Por si fuera poco, un año después los fiscales vuelven a reflejar en la Memoria de la institución un pensamiento radicalmente crítico sobre su vigencia:

> El fiscal de Teruel dice que en el jurado se reúnen la prevaricación, el amaño y el miedo, con la pasión política y los odios locales, siendo un soberano irresponsable frente a la evidencia de la culpa; el de Granada, que los veredictos revelan incomprensión o venalidad; el de Málaga, que el jurado absuelve siempre con sorpresa de los mismos defensores; el de Huesca, que merece franca condenación, porque es siempre injusto, muchas veces cínico y en ocasiones desconcertante…

El rechazo institucional de la institución no se detiene ahí:

> … el de Cáceres (argumenta) que es institución, sin esperanza de remedio, ignorante, inculta y propicia a todos los sobornos; el de Bilbao lo llama nefasta institución, de la que cuanto se diga es poco para condenarla; el de Murcia, que tiene el jurado crueles injusticias, y en su obrar intervienen todos los factores, excepto la justicia y la equidad; el de Huelva lo califica de absurdo y escandaloso; el de Albacete, lo señala como punto negro de la justicia; el de Jaén, que allí funcionó con oprobio y escándalo; y así podría seguirse recogiendo este triste florilegio del jurado, formado precisamente por quienes le ven y le sienten bien de cerca, por quienes contrastan sus errores a diario, por lo que sufren en sus sensibilidad de hombres de ley de justicia, las grandes decepciones que produce el presenciar el espectáculo de lo injusto, sin medio eficaz de remediarlo.

Estos fragmentos, expresivos del criterio institucional del Ministerio Fiscal acerca de los efectos perversos de la institución del jurado, son indispensables para situar al lector en el momento histórico en el que, muchos años después, los redactores de la Constitución de 1978 decidieron reinstaurar esta forma de participación de la ciudadanía en la función judicial.

Podrá decirse que la opinión del fiscal no agota la valoración de la institución. Se podrá argumentar también que el órgano que históricamente ha asumido el ejercicio de la acusación pública veía a

los ciudadanos integrantes del jurado como intrusos en su parcela funcional, de ahí la mordacidad de esas valoraciones.

Sin embargo, fuera del ámbito institucional abarcado por las Memorias que han sido transcritas, no es fácil encontrar opiniones en el terreno académico que manifiesten su adhesión entusiasta a un modelo de enjuiciamiento que presentaba grietas importantes.

Es más que probable que los constituyentes de 1978, cuando se ocuparon de la redacción de la arquitectura del poder judicial y de la administración de justicia, tuvieran bien presente que el jurado histórico, al fin y al cabo, había sido derogado en España por una dictadura en 1924 y restaurado años después por un sistema constitucional. Nuestro país, cuatro décadas después, abandonaba un régimen totalitario y daba sus primeros pasos hacia el establecimiento de una sociedad democrática.

Exaltar el papel del ciudadano en la administración de justicia era, pues, perfectamente comprensible. Si a ello se añade la desconfianza hacia unos jueces educados en los principios que definieron el régimen político previgente, las razones para introducir el contrapeso de una justicia popular se hacen más que evidentes.

DECISIONES DEL LEGISLADOR QUE HAN CONTRIBUIDO A PERJUDICAR EL MODELO

Como ya he anticipado, la Constitución de 1978 se limitó a anunciar el mandato que imponía a los poderes públicos regular el jurado como forma de participación ciudadana en la administración de justicia. Fue muchos años después, en 1995, cuando la Ley del Jurado dio sus primeros pasos.

Soy conocedor de que el proyecto de ley que fue tramitado por el Parlamento había sido redactado por las mejores manos. La formación jurídica y la capacitación técnica de su principal inspirador está fuera de cualquier duda. Su encomiable carrera profesional avala las razones para el encargo. Sin embargo, como tantas veces

sucede, una buena obra jurídica no mejora en su tramitación parlamentaria, antes, al contrario, puede ser empeorada por aportaciones de quienes carecen de los conocimientos necesarios para abarcar la realidad que se pretende regular.

Nos alejaríamos del objeto de este libro si abordáramos todos y cada uno de los problemas que se han venido suscitando en relación con las distintas fases del procedimiento por jurado. Nuestro interés, más allá del enfoque técnico abordable en otro formato, se va a centrar en el análisis de algunos de los puntos con mayor incidencia en las disfunciones del modelo.

Algunos de los delitos sobre los que ha de pronunciarse el jurado exigen conocimientos jurídicos difíciles de abarcar

A diferencia del modelo norteamericano en el que, fuera de los casos de conformidad pactada con el fiscal, la sentencia que pone término a un procedimiento criminal está siempre dictada por el jurado, en España el legislador quiso que se pronunciara solo sobre un catálogo de delitos predefinido por la propia ley.

Esta decisión está cargada de lógica, pues es respetuosa con la tradición histórica del sistema procesal español y acorde con un esquema procesal en el que la sentencia emanada de un juez profesional es el desenlace estadísticamente más frecuente para poner término al procedimiento penal. Nada tiene que ver con el margen de maniobra tan amplio del que dispone el fiscal americano, que prácticamente es soberano para alcanzar cualquier acuerdo con el investigado y evitar así la celebración del juicio oral.

Por tanto, el jurado español solo puede enjuiciar un catálogo de delitos que ha sido seleccionado por la propia ley. Este fue uno de los desafíos a los que tuvo que hacer frente el debate parlamentario que precedió a su aprobación.

A mi juicio, se cometieron algunos errores.

Coincido plenamente con la decisión legislativa de excluir ciertos delitos de forma expresa, como la prevaricación. En una aproximación bien elemental, el delito de prevaricación consiste en el dictado de una resolución injusta, palmariamente contraria a derecho. Es entendible que a los ciudadanos que se convierten en jueces por un día no se les exija que se pronuncien acerca de la corrección jurídica de una sentencia o resolución dictada por un juez o funcionario. El acomodo al derecho de una decisión de esta naturaleza tiene que ser siempre resuelto por la justicia técnica.

Es también comprensible que se excluyan los delitos contra la libertad sexual. Exigir a la víctima de una ofensa de esta naturaleza que evoque y explique ante nueve ciudadanos los detalles de las crueldades padecidas puede suponer una victimización añadida a la ya experimentada en el momento del delito.

De ahí que me parezca muy acertado el criterio de residenciar en el jurado el enjuiciamiento de los delitos contra la vida —homicidio y asesinato—, pero solo en aquellos casos en los que el atentado contra la vida se hubiera consumado. Dicho con otras palabras, siempre que el agresor diera muerte a su oponente. Decidir sobre la culpabilidad o la inocencia —no culpabilidad— de quien ha acabado con la vida de su contrincante comprende elementos intuitivos que, si son bien encauzados durante el desarrollo del juicio mediante la adecuada explicación por el magistrado que preside los debates, pueden ser captados con acierto por el ciudadano-juez.

Sin embargo, discrepo de la idoneidad del resto de los delitos que, según la ley, conforman la competencia del jurado.

Los delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos —infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraude y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios e infidelidad en la custodia de presos— normalmente incorporan en su descripción elementos normativos de carácter jurídico que exigen

una valoración que no siempre está al alcance del ciudadano ajeno a los conceptos propios del derecho administrativo.

Por ejemplo, para saber si el alcalde de un ayuntamiento cometió un delito de malversación de caudales públicos cuando, concertado previamente con un constructor, favoreció a una empresa frente a otras que presentaban mejor oferta es necesario llegar a una primera conclusión acerca de si esa adjudicación fue irregular, esto es, si vulneró las normas jurídicas que disciplinan los concursos para la adjudicación de obras públicas. El jurado tendrá también que discernir si hubo un perjuicio contable para el ayuntamiento, cuestión no siempre fácil. Será también preciso decidir si el alcalde es o no un funcionario y si puede ser considerado como tal a efectos penales. Tendrá que pronunciarse acerca del tratamiento jurídico que merece el constructor que, en su condición de particular no integrado en la corporación, puede haber perjudicado a los fondos públicos. Por si fuera poco, el jurado deberá también ser instruido acerca de la influencia que en el proceso penal puede tener una resolución de archivo en el Tribunal de Cuentas del procedimiento llamado de «reintegro por alcance». Y eso hay que explicárselo a nueve ciudadanos ya abrumados por el escenario en el que se desarrolla su función y por el peso de la responsabilidad para la que han sido convocados.

El delito de negociaciones prohibidas a funcionarios impone a quien ha de resolver sobre el alcance delictivo del hecho imputado el manejo del régimen de incompatibilidades regulado por el derecho administrativo para evitar la colisión de intereses con la función pública. Solo así podrá el jurado integrado por ciudadanos ajenos al mundo del derecho decidir, por ejemplo, si el asesoramiento lucrativo de un inspector de hacienda a una empresa que está siendo objeto de investigación por el fisco puede implicar un delito castigado con pena de prisión e inhabilitación, o ha de limitarse a una infracción disciplinaria sin consecuencias penales.

Para condenar a un notario acusado por el fiscal de haber cobrado cantidades ilegales en concepto de aranceles que la ley no

autoriza, será indispensable explicar al jurado —y que este lo entienda— cuál es el régimen arancelario al que se someten los notarios cuando cobran por las escrituras otorgadas. Pues bien, calificar una conducta como constitutiva de un delito de exacciones ilegales —que consiste en reclamar derechos, tarifas por aranceles o minutas no debidas o en cuantía superior a las requeridas legalmente— obliga al jurado un análisis de la corrección tributaria del pago exigido.

A mi juicio, además de ser perturbadora esa atribución competencial al jurado para que enjuicie los delitos cometidos por funcionarios públicos, también lo es la inclusión en su ámbito de los delitos de amenazas —chantaje—, omisión del deber de socorro y allanamiento de morada.

Es cierto que estos delitos no exigen, en términos generales, conocimientos jurídicos que condicionen su aplicación. El ciudadano no jurista es capaz de percibir si una expresión amenazante ha perturbado la tranquilidad y la sensación de seguridad del amenazado.

Lo mismo puede decirse de aquellos casos en los que el jurado es llamado a pronunciarse acerca de si el conductor que atropelló a un ciclista y se dio a la fuga, agravando así el abandono de la víctima, quebrantó un deber de solidaridad que el legislador ha considerado delictivo.

El delito de allanamiento de morada, también atribuido por la ley al conocimiento del jurado, se regula en nuestro código entre los delitos contra la intimidad, de ahí que exponer a la víctima al escrutinio de nueve conciudadanos no parece una buena decisión legislativa.

La inidoneidad para su enjuiciamiento por el jurado se deriva de su condición de delitos menos graves, castigados con una pena que no justifica, por sí sola, la puesta en marcha de un procedimiento tan costoso como es el del jurado.

Ser ciudadano-juez debería exigir algo más que saber leer y escribir

A mi juicio, el tribunal del jurado debería estar compuesto por ciudadanos a los que se exigiera una preparación elemental que se situara por encima del primer escalón de formación de nuestro sistema educativo.

El legislador del año 1995 no lo entendió así.

Al regular los requisitos para poder ser llamado a un tribunal del jurado, consideró que, además de ser español mayor de edad y encontrarse en el pleno ejercicio de sus derechos políticos, era suficiente con «saber leer y escribir».

Considerar suficiente para el ejercicio de la función judicial «saber leer y escribir» está en acusado contraste con las exigencias generales de cualquier otra profesión que implique participar en el ejercicio de funciones públicas.

Para llegar a esta conclusión puede ser suficiente la lectura de las órdenes de convocatoria de las plazas para acceder a trabajos municipales que se cubren por concurso u oposición. Por ejemplo, para ser jardinero en el Ayuntamiento de Madrid es indispensable, además de cumplir otros requisitos, haber completado la Educación Secundaria Obligatoria (ESO).

Es llamativa la diferente exigencia del umbral formativo en el que se sitúa la normativa municipal —prácticamente generalizada en todas las corporaciones— para incorporarse a la función pública y la confianza del legislador español en el momento de reglar las condiciones para ser «juez por un día».

Podrá decirse que no es lo mismo fijar unos presupuestos para el acceso a la función pública, que convierte en funcionario o contratado laboral al aspirante, que regular la condición de miembro del tribunal del jurado, que se limita a una intervención puramente episódica en un proceso penal concreto.

Efectivamente, no es lo mismo.

El papel de todos aquellos que, con una u otra aportación, contribuyen al mejor funcionamiento de los servicios públicos es

encomiable. El bombero, el administrativo, el barrendero y, en fin, cualquier otro funcionario o contratado laboral que se incorpora profesionalmente a la prestación de un servicio público ha de acreditar un nivel de conocimiento que le sitúe con capacidad para decidir y resolver los dilemas a los que cotidianamente ha de enfrentarse.

Pero un ciudadano llamado a ser «juez por un día» tiene en sus manos la libertad de un acusado al que, en la mayor parte de los casos, le será solicitada por el fiscal una pena privativa de libertad.

Y no cualquier pena privativa de libertad.

Piénsese, por ejemplo, que entre los delitos que han de ser enjuiciados por el jurado se encuentra el de asesinato que, en función del modo de ejecución y de la condición de la víctima, puede estar castigado con una pena de entre 15 y 25 años de cárcel o, incluso, con prisión permanente revisable.

En defensa del modelo actual que solo exige del juez popular que sepa leer y escribir, podría decirse que para decidir si una persona es o no inocente no se necesita otra formación educativa.

Pero no es así.

Al ciudadano que se convierte en juez a raíz de su incorporación al tribunal del jurado no se le pide solo que se pronuncie sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado a partir de una percepción puramente intuitiva. Se le exige también que motive las razones de su decisión, que valore las pruebas presentadas por la acusación y la defensa para concluir la autoría del delito.

Y es evidente que para ese trabajo se encuentra en mejores condiciones quien está en posesión de una titulación elemental que le permite un ejercicio ponderativo que, ni siquiera para los jueces profesionales, resulta tarea fácil.

En no pocos juicios en los que se ventilan muchos años de privación de libertad, el tribunal —profesional o integrado por ciudadanos jurados— tiene que valorar una prueba indiciaria, esto es, un conjunto de elementos inculpatorios que de forma aislada no permiten concluir la autoría, pero que, debidamente

interrelacionados, ofrecen un cuadro probatorio suficiente para la condena.

La valoración probatoria no siempre cuenta con el reconocimiento de los hechos por parte del acusado, lo que facilitaría sobremanera la decisión inculpatoria. En otros casos, lo que se impone es un ejercicio ponderativo que tenga en cuenta la presunción de inocencia y que permita asegurar el derecho a un proceso justo, sea por un tribunal profesional o ciudadano.

La necesidad de que los ciudadanos que se incorporan a un tribunal del jurado acrediten una formación elemental, más allá de su capacidad para leer o escribir, ya fue reivindicada en la experiencia histórica de este tribunal.

Quien haya vivido la experiencia de leer cualquier objeto del veredicto sometido a la consideración de los jueces legos —es el documento clave para hacer posible el desenlace decisorio— concluirá la importancia de tener una capacidad de entendimiento que solo la puede ofrecer una lectura ágil y enteramente comprensiva de lo que se está preguntando.

Cuando fue aprobada la Ley del Jurado de 1995, su exposición de motivos —el texto en el que el legislador explica las líneas clave de la reforma— anunciaba que el documento que el juez profesional debía someter a los ciudadanos legos para hacer posible su decisión era una «articulación secuencial del objeto del veredicto». Efectivamente, es así como se presentan las preguntas a las que los ciudadanos han de dar su respuesta. Pero se entenderá con facilidad que para captar el alcance de esa «articulación secuencial» se necesita algo más que saber leer y escribir.

Es probable que tras el debilitamiento del nivel de exigencia impuesto a los jurados para entender lo que se les está preguntando se esconda una decisión de política legislativa encaminada a huir de un modelo aristocrático del jurado que excluya anticipadamente a una franja de la ciudadanía, por fortuna cada vez más reducida, por su limitación formativa.

Creo que fue un error.

El modelo no se escora hacia una concepción elitista de la administración de justicia por el hecho de imponer un umbral formativo que, a mi juicio, es acorde con la relevante función pública que se exige del ciudadano llamado a integrar un órgano judicial de enjuiciamiento.

La experiencia enseña, además, que en muchos casos el proceso deliberativo contenido en el acta que refleja la justificación del veredicto ha estado inspirado por el protagonismo de alguno de sus integrantes, casi siempre aquel que tiene una formación universitaria que le permite liderar intelectualmente al resto de los componentes del jurado.

En definitiva, me parece indispensable, para garantizar la saludable permanencia de un modelo de enjuiciamiento que abre sus puertas a la ciudadanía, elevar la exigencia de formación de los integrantes del jurado y situarla al mismo nivel mínimo que la que se impone para la prestación profesional de cualquier otro servicio público.

Culpable-no culpable: esta es la cuestión

Con el encomiable deseo de reforzar las garantías del enjuiciamiento, el modelo español exige de los ciudadanos-jurados algo más que una respuesta monosilábica. No basta, a diferencia de lo que vemos en las películas estadounidenses, con pronunciarse sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado.

El legislador quiso que el jurado, como cualquier otro tribunal técnico, explicase las razones de su decisión. Esta exigencia tiene toda la lógica. La motivación judicial de una condena es clave. El órgano judicial que condena al acusado y le priva de libertad tiene que explicar los elementos probatorios en los que basa su decisión.

Nuestro sistema constitucional no ampara decisiones puramente olfativas, sin otro respaldo que la simple intuición de quien tiene en

su mano la libertad del acusado.

Y este es el gran desafío al que se somete al ciudadano lego. Motivar es razonar en términos jurídicos.

Decidir, por ejemplo, que la muerte se produjo en legítima defensa porque el acusado fue objeto de una agresión previa precisa de un razonamiento que recorra los requisitos de la eximente de legítima defensa, tal y como se regula en el código penal. Y ese razonamiento impone, entre otros presupuestos, un juicio de proporcionalidad que no es fácil de explicar.

No faltan casos en los que el jurado aúna en su decisión argumentos conceptualmente irreconciliables. La jurisprudencia conoce anulaciones de la sentencia recaída en un procedimiento por jurado por el hecho de que la absolución de un homicidio imprudente se justifica mediante la eximente de legítima defensa.

Como es sabido, el homicidio imprudente es aquel que se ocasiona por negligencia, por la infracción de un deber de cuidado. El autor ni siquiera se representa la muerte como consecuencia de su acción u omisión. Para que nos entendamos, homicidio imprudente es el que se causa «sin querer», como consecuencia de una conducta que no ha respetado la diligencia exigible a cualquier persona.

De acuerdo con esta idea, es evidente que quien mata imprudentemente no puede matar en legítima defensa. Quien se defiende golpeando a su víctima con una silla que impacta en su cabeza y le ocasiona la muerte no quiere matar, pero se ve obligado a ello porque es su propia vida la que está en juego debido a la previa y continua agresión del fallecido.

Homicidio imprudente y legítima defensa, pues, son irreconciliables.

Lo mismo puede decirse de algunos veredictos anulados por el Tribunal Supremo en los que se ha llegado a hacer compatible un homicidio imprudente con una agravante de ensañamiento.

De nuevo conviene recordar que quien mata «sin querer» no puede ensañarse con su víctima. Quien mata con ensañamiento

quiere acabar con la vida de su oponente y ejecuta conscientemente todos los actos encaminados a ese fin.

Estos ejemplos no deberían ser tomados como argumento para descalificar el jurado. En modo alguno. En la actualidad, el índice de sentencias dictadas en el procedimiento por jurado y confirmadas por el Tribunal Supremo es muy elevado. Alcanza niveles estadísticos próximos al desenlace de otras decisiones emanadas de jueces técnicos.

Sin embargo, las deficiencias hasta ahora observadas podrían ser subsanadas con poco esfuerzo. Bastaría para ello una voluntad legislativa ajustada a una experiencia práctica que no puede ser desdeñada.

Con ese objetivo, debería liberarse a los ciudadanos legos del deber de motivar jurídicamente su decisión. Soy consciente de la necesidad de matizar esta afirmación tan concluyente. En efecto, es más que evidente que responder con un monosílabo a la pregunta acerca de la inocencia o culpabilidad del acusado abriría las puertas a la arbitrariedad. Si nos contentáramos con ese formato monosilábico estaríamos infringiendo la Constitución, que incluye entre los derechos del justiciable la indispensable necesidad de que las resoluciones judiciales —provengan de un juez técnico o de un ciudadano lego en derecho— sean motivadas, esto es, expliquen las razones del desenlace.

Pero nada impediría, para hacer realidad la previsión constitucional, que el esfuerzo de motivación se dejara en manos del juez que preside y dirige el procedimiento.

El magistrado-presidente no delibera con los jurados, pero ha presenciado todas las pruebas desarrolladas en el juicio y tiene a su alcance instrumentos jurídicos para que la exigencia constitucional de motivación quede suficientemente garantizada.

De hecho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado hasta llegar a flexibilizar la exigencia de motivación por los miembros del jurado, admitiendo el trabajo complementario del

magistrado-presidente en la explicación de las razones de una sentencia condenatoria o absolutoria.

De lo que se trataría, a mi juicio, es de convertir esa interpretación jurisprudencial, impuesta por la necesidad de liberar a los jurados de grandes esfuerzos argumentales para explicar su decisión, en una realidad que tuviera acogida en una futura reforma.

Una decisión monosilábica sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, que fuera acompañada por una motivación jurídica redactada por el magistrado-presidente y que explicara las razones técnicas de la absolución o condena, mejoraría significativamente el modelo y lo alejaría de decisiones, tan excepcionales como incomprensibles, que alimentan las voces antijuradistas que rechazan en bloque cualquier forma de participación ciudadana en la administración de justicia.

Las instrucciones del juez a los miembros del jurado

Otro punto que, a mi juicio, exigiría una reforma legal se refiere a un acto procesal al que no siempre se le presta debida atención. Se trata de la regulación del momento en el que el magistrado que ha presidido el desarrollo del procedimiento se dirige a los ciudadanos del jurado que han de dictar el veredicto para darles las instrucciones a las que deberán ajustar su decisión.

1. Las claves de la desorientación ciudadana o cómo explicar a no juristas el derecho a la presunción de inocencia

La ley exige que, antes de que los jurados se retiren a deliberar, el magistrado que ha presidido el juicio les ilustre acerca de lo que se espera de ellos y les recuerde la importancia de ajustar su decisión a las garantías que disciplinan el proceso penal. El derecho

a la presunción de inocencia y otras reglas que deben estar presentes en el proceso de deliberación han de ser ahora subrayadas por el juez.

Se trata de un mensaje didáctico en el que el juez tendría que evitar toda alusión, directa o indirecta, acerca de cuál es su criterio profesional después del desarrollo de las pruebas. El modelo de jurado como forma participativa del ciudadano en la función judicial es incompatible con una justicia teledirigida por jueces técnicos que condicionan y pastorean al jurado.

El juez tiene capacidad legal para disolver el jurado si observa, a lo largo del desarrollo de las pruebas practicadas en el juicio, que estas son manifiestamente insuficientes para condenar al acusado. Pero si no hace uso de esta facultad y permite la deliberación del jurado no puede sustituir la decisión ciudadana e imponer su criterio profesional.

De ahí la importancia de la exquisita neutralidad que se exige del magistrado-presidente y lo difícil de su tarea.

Como es advertible, la función pedagógica del magistrado es indispensable. De la coherencia de su mensaje dependerá, en buena medida, el acierto de la decisión ciudadana.

En los primeros comentarios doctrinales que se escribieron con ocasión de la vigencia de la Ley del Jurado de 1888, el presidente de la Audiencia Provincial de Madrid —González del Alba— llegó a publicar que las instrucciones del magistrado-presidente al jurado eran «… la obra más difícil que se podía encargar a una inteligencia humana».

Es probable que estemos ante una afirmación hiperbólica motivada por alguna experiencia profesional no satisfactoria. Pero lo cierto es que nos sirve para subrayar la importancia de un mensaje pedagógico que, si está bien formulado, permitirá a los ciudadanos-jurados sentirse seguros de su tarea.

El derecho a la presunción de inocencia, su contenido y alcance, los efectos que ha de tener en la valoración probatoria la «duda razonable», el valor de la prueba indiciaria y, en fin, las claves para

la interpretación de la prueba testifical no son fáciles de explicar en los pocos minutos que siguen a la conclusión de la actividad probatoria.

Con el objeto de aclarar el alcance de la presunción de inocencia, instruir a los jurados en la idea de que «… cualquier duda ha de conducir a la absolución del acusado» puede apoyar la falsa idea de que, por ejemplo, una duda en torno a la hora o el lugar en el que llegó a cometerse el delito debe conducir a un pronunciamiento absolutorio.

Hay muchos casos en los que la duda se adueña de quienes tienen que dar por probado o rechazar una acusación del fiscal. Y esa falta de certeza no es exclusiva, desde luego, del ciudadano que ocasionalmente es llamado a enjuiciar un hecho delictivo. Pero la duda que ha de llevar a la absolución es la que afecta a la suficiencia de las pruebas para condenar, no aquella que solo afecta a aspectos no nucleares de la autoría.

Por ejemplo, no pocos juicios por delito de asesinato —incluso, algunos que han despertado la atención mediática y que han desembocado en una sentencia condenatoria— han permitido conocer con exactitud el día —a veces, el mes— en el que el acusado dio muerte a la víctima. Se desconoce incluso el instrumento con el que le golpeó la cabeza y, por si fuera poco, el cadáver de la persona asesinada todavía no ha aparecido.

La complejidad de las instrucciones al jurado es advertible en casos concretos que han sido objeto de recurso y que han dado la oportunidad al Tribunal Supremo de conocer el distanciamiento de algunas instrucciones sobre cómo debería ser una intervención explicativa de lo que jurídicamente se espera de los ciudadanos llamados a decidir.

Por ejemplo, algunos de los discursos comienzan por explicar la diferencia entre prueba directa, prueba indirecta, prueba indiciaria, testigos de referencia y declaración del coimputado. Se adentran luego en el valor y la licitud de las pruebas practicadas y lo hacen,

además, con un tono universitario que difícilmente podrá ser asimilado por el jurado.

Ha habido magistrados que para exponer el valor probatorio de un informe pericial han leído a los ciudadanos —que minutos después van a decidir sobre la prisión o libertad del acusado— fragmentos de un anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sentencias del Tribunal Supremo. En algunos casos, han «enriquecido» su discurso con alusiones al valor jurídico de los votos particulares incorporados a la sentencia mayoritaria.

La explicación de la forma de valorar el contenido de escuchas telefónicas que se practicaron a los sospechosos durante la investigación ha llevado a otros a referirse al «valor críptico» de esos mensajes y a la necesidad de los ciudadanos de ser «… muy prudentes» con la declaración de un testigo protegido.

Es más que seguro que, si se hiciera un muestreo entre todos los jueces que han presidido o presidirán en el futuro un procedimiento con jurados y se les invitara a formular unas instrucciones para ilustrar a los ciudadanos acerca de cómo han de encauzar su valoración sobre los hechos, no todos lo harían de forma fácilmente entendible para quienes minutos después tienen que integrarse en un grupo con ocho conciudadanos más con los que por primera vez se mantiene un contacto.

Es cierto que el Consejo General del Poder Judicial, desde la entrada en vigor de la Ley del Jurado, viene realizando cursos de formación especializada, con el fin de familiarizar a los jueces con un modelo de procedimiento que nunca habían tenido ocasión de aplicar. Pero, aun así, ofrecer esas instrucciones no es nada fácil.

La experiencia viene indicando que la torpeza en transmitir esas instrucciones que el juez ha de dar a los jurados para que puedan encauzar con acierto su deliberación puede estar en el origen de veredictos, cada vez más excepcionales, que provocan la perplejidad colectiva.

Hay que avanzar hacia instrucciones estandarizadas en las que, con el apoyo de las infinitas posibilidades que conceden las nuevas tecnologías, el ciudadano vea con claridad y con una comprensión que esté a su alcance lo que de él verdaderamente se espera.

Cada vez que subo a un avión y contemplo las instrucciones de seguridad que la tripulación auxiliar ofrece a todos los pasajeros para la hipótesis de un aterrizaje de emergencia, vienen a mi mente las instrucciones que el magistrado-presidente ha de dirigir a los jurados. ¿Es imaginable pensar que las compañías aéreas permitieran a cada azafata explicar con sus propias palabras, sin otro apoyo que su buena voluntad, qué hacer en una situación de emergencia que obligara a usar las mascarillas de oxígeno o los chalecos salvavidas? No tengo ninguna duda de que, en más de una ocasión, cundiría el pánico entre los viajeros antes de iniciar incluso la maniobra de despegue.

La realidad práctica está reivindicando cada día unas instrucciones comunes confeccionadas por expertos que aborden de forma fácilmente entendible los grandes conceptos de la valoración probatoria. Sería muy apreciable la proyección de un vídeo, elaborado con la ayuda de profesionales, que de respuestas a las preguntas que de forma generalizada se plantean todos los ciudadanos convertidos en juez por un día.

2. Las explicaciones del juez y el riesgo de condicionar el veredicto del jurado

El peligro de dejar las instrucciones abandonadas a la interpretación del magistrado-presidente que se dirige a los miembros del jurado tiene otra cara que también complica su práctica. Me estoy refiriendo al riesgo de que el juez deje entrever cuál sería el veredicto que, a su juicio, implicaría la respuesta jurídica correcta.

El veredicto del jurado, después de escuchar las instrucciones del juez, ha de ser el resultado de una deliberación autónoma, imparcial, carente de cualquier forma de dirigismo o inaceptable tutela por parte de la justicia técnica.

Tantos ejemplos de instrucciones perturbadoras del trabajo normal de los jurados llevaron incluso a derogar su exigencia en el año 1931. Su justificación tomaba como respaldo la opinión de quienes habían analizado el funcionamiento práctico de este procedimiento:

> … Y aunque no se puede negar que la machacante pesadez de unos, la tendenciosa, aunque involuntaria inclinación de otros, y la falta de preparación de alguno por no reunir condiciones oratorias han debido de ser causas decisivas de su abolición, es lo cierto que, con presidentes preparados, codiciosos de sus deberes, fáciles en el decir con justeza y bien persuadidos de su importante papel, se evitarían muchos veredictos revisables (Núñez de Cepeda).

El legislador de 1995 ha querido resucitar la vigencia de esas instrucciones, tan denostadas en etapas históricas. A mi juicio, su entendimiento equilibrado es absolutamente indispensable no ya para el éxito de la institución, lo cual es bien obvio, sino para preservar el modelo vigente de críticas radicales basadas en veredictos sorpresivos que, según todo indica, tienen mucho que ver con la deficiente formulación de esas instrucciones.

El magistrado-presidente no puede sentirse tentado a iluminar el camino del jurado hacia su propia verdad, a apartar a los ciudadanos del riesgo de una sentencia contraria a la conclusión probatoria a la que haya llegado el juez técnico. No puede verse llamado por la ley a equilibrar el debate, ni a reforzar con su propia diligencia argumental las deficiencias dialécticas o deductivas del fiscal o de las restantes partes acusadoras.

Tampoco puede ver en su cometido una llamada de atención acerca de la atendibilidad o el rechazo de los argumentos defensivos. Nada de eso puede tener cabida en las facultades del

magistrado que personifica la justicia técnica. Su verdadero cometido funcional —nada fácil, por cierto— se agota en sistematizar, ordenar, eslabonar la toma de contacto del jurado con lo que constituye el hecho justiciable.

La polémica histórica ha venido acompañando —ayer y hoy— a la práctica cotidiana de las instrucciones que la ley impone al magistrado-presidente. No se trata de postular su derogación. El correcto entendimiento de su ejecución constituye la norma general. Sin embargo, la gravedad de las penas asociadas a algunos de los delitos que se enjuician por el jurado —homicidio y asesinato— convierten los errores que pueden llevar a la anulación del procedimiento en una caja de resonancia hábilmente aprovechada por quienes rechazan esta forma de intervención del ciudadano en la administración de justicia.

Por eso, instrucciones sí, pero con un formato estandarizado que no abandone el éxito de esas indicaciones y la imparcialidad del magistrado que las pronuncia a su particular capacidad pedagógica para hacerse entender.

9
PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE: ¿CADENA PERPETUA ENCUBIERTA?

La reivindicación de mayor dureza en las penas impuestas a los delincuentes condenados por delitos contra la vida o la libertad sexual forma parte del día a día. El asesinato de una niña que ha sido previamente violada por su agresor o el atentado terrorista que mata a varios transeúntes y que causa graves heridas a otros muchos alimentan una opinión ciudadana que exige el máximo rigor en la respuesta judicial que sigue al enjuiciamiento de esos hechos.

Sin embargo, los medios de comunicación ofrecen con frecuencia noticias que dan cuenta de la imposición de unas penas que no responden a la gravedad del delito cometido. Por si fuera poco —se alega—, es práctica habitual que los jueces rebajen la pena inicialmente pedida por el fiscal y las demás acusaciones. La sensación de injustificada benevolencia se apodera de muchos. ¿Cómo es posible que la crueldad que refleja el delito cometido no conlleve la condena «para toda la vida» del acusado?

A esa decepción inicial, coincidente con el conocimiento público de la pena impuesta después de un juicio seguido con expectación, se suma un segundo desengaño que se dilata en el tiempo, a saber, la percepción de que la duración de la pena prevista en un inicio ha quedado reducida de forma drástica, convirtiendo en puramente simbólica su extensión nominal.

Los permisos de fin de semana de los que empieza a disfrutar el condenado o el acceso al tercer grado y la consiguiente libertad

condicional irritan a quienes ven en esa forma de ejecución de la pena unos privilegios penitenciarios injustificables.

En efecto, cada cierto tiempo, en coincidencia con un crimen cuya crueldad estremece la sensibilidad de todos, se reabren viejos y apasionados debates acerca de qué hacer frente a algunas formas de delincuencia. La sensación de que la administración de justicia no castiga adecuadamente los hechos delictivos de mayor gravedad se impone en la opinión pública.

Se alimenta, así, la indignación de una ciudadanía incrédula que no entiende la indulgencia de los tribunales al sancionar conductas singularmente execrables. La puesta en libertad de un terrorista al que los jueces han condenado a más de mil años por una veintena de asesinatos o la facilidad con la que un pederasta elude cuentas pendientes con la justicia alientan la controversia inacabada acerca de cómo castigar determinados delitos.

El ciudadano se pregunta si en el origen de esas decisiones, casi siempre inexplicables, está el funcionamiento deficiente de la administración de justicia como servicio público. Se plantea si la culpa de esa temprana libertad o de ese asesinato claramente evitable la tiene el legislador que define las penas o el juez irresponsable que ha incumplido el deber de diligencia exigible en el ejercicio de la función jurisdiccional.

El ciudadano, en fin, no sabe si se trata de un problema ligado a la deficiente organización de los juzgados o si está relacionado con el descontrol de la administración penitenciaria a la hora de conceder los permisos carcelarios y avanzar de grado al condenado.

Pero, con frecuencia, esa opinión pública desorientada por el cruce de diagnósticos y la variopinta oferta de soluciones se ve tentada por los atractivos de una solución que alivia sus interrogantes y colma su sentido de justicia. La cadena perpetua se convierte en la medida predilecta de una ciudadanía que así lo expresa de forma abrumadoramente mayoritaria siempre que es preguntada acerca de la conveniencia de su instauración.

La reclusión de por vida aparece, a ojos de muchos, como la fórmula ideal para evitar la sensación de impunidad y para actuar, a su vez, como medida de seguridad encaminada a evitar futuras recaídas en el delito.

Ese abismo entre la percepción colectiva acerca de cómo deberían ser las cosas y el catálogo de soluciones ofrecidas por el código penal es más que evidente. Pese a todo, dejemos claro desde el primer momento que un modelo de derecho penal identificado con la idea popular de venganza nunca puede ser un ideal hacia el que encaminarse.

CRIMEN Y CASTIGO

El proceso penal representa en la historia un avance frente a fórmulas de reparación del daño causado por el delito que se basaban exclusivamente en la ley del más fuerte. La venganza privada constituía la única respuesta posible al alcance del ofendido. La consecuencia inmediata no era otra que la permanencia de una sociedad tremendamente injusta que abandonaba a las víctimas a su propia suerte.

La construcción de un derecho penal desvinculado del sentimiento de represalia es una conquista histórica y, como tal, forma parte del patrimonio de nuestra civilización jurídica. De ahí que las voces que piden una mayor proximidad entre nuestras leyes y el sentimiento popular de indignación que producen algunos crímenes están propugnando de forma irreflexiva un viaje de retroceso en el túnel del tiempo.

Nada nos impide, sin embargo, reconocer que el hecho de que el responsable de varios asesinatos sea condenado a más de un centenar de años y salde sus cuentas con la justicia después de dieciocho años de reclusión no puede ser contemplado como una aceptable singularidad de nuestro sistema.

Algo ha tenido que fallar en la ejecución de la pena y, por supuesto, en sus controles administrativos y jurisdiccionales para que así acontezca. Que extinguido ese periodo de tiempo las declaraciones públicas del recluso sean la mejor muestra de que, por si fuera poco, el fin constitucional de la reinserción social ha sido un clamoroso fracaso solo añade desorientación al ciudadano que trata de buscar el porqué de algunas decisiones de los poderes públicos que no acaba de comprender.

Cuestión distinta es que, para evitar ese efecto, la cadena perpetua se convierta en la única fórmula mágica capaz de restablecer la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia.

En mi opinión, nuestro sistema jurídico ofrece soluciones que hacen innecesario el intenso e inacabado debate acerca de la viabilidad de la cadena perpetua. Solo hay que aplicarlas debidamente, con precisión y, sobre todo, con responsabilidad por parte de jueces, fiscales y autoridades penitenciarias.

El deseo colectivo de venganza forma parte de la realidad de las cosas. No faltan en la historia modelos en los que la represalia del grupo familiar era la única fuente legítima en la solución de los conflictos sociales más graves. Más adelante, cuando los poderes públicos, con uno u otro formato, asumieron como propia la persecución de los delitos, la respuesta penal a algunas formas de delincuencia seguía impregnada de esa idea de venganza o expiación, tan característica de una concepción religiosa del delito. La trascendente obra de Cesare Beccaria, que en el siglo XVIII reivindicaba algo tan elemental como la proporcionalidad entre el delito y la pena, sentó las raíces de un derecho penal moderno.

Pues bien, cuando se debate apasionadamente acerca de la duración y la forma de ejecución de las penas, olvidar que el código penal de un Estado democrático no puede construirse en el vacío, sin las referencias culturales e históricas de las que ese texto es heredero, puede llevarnos a un retroceso de consecuencias imprevisibles.

Un código penal elaborado a impulsos de la rabia popular por la proximidad de un crimen cuya brutalidad ha sobrecogido a todos corre el riesgo de avalar soluciones penales impropias de nuestros días. No se puede legislar «en caliente», con el impacto todavía reciente de una tragedia a la que se pretende hacer frente mediante una reforma en el *Boletín Oficial del Estado*.

Creo innecesario puntualizar que mi crítica a esa forma tan extravagante de legislar no significa, en modo alguno, una defensa de la falsa benevolencia como nota definitoria del derecho penal moderno.

Tampoco quisiera que ese mensaje fuera interpretado como una censura al papel de las víctimas en el nuevo derecho punitivo. Participo de la idea de que las víctimas han de ser rescatadas del olvido, incluso dogmático, al que han sido históricamente sometidas.

La victimología como ciencia ya emancipada de la criminología y los avances que en esta materia ha impulsado la Unión Europea son fiel expresión de un nuevo concepto acerca de la posición procesal de las víctimas. De hecho, considero necesarias reformas legales que permitan la presencia del ofendido por el delito en determinadas fases del proceso —por ejemplo, en la ejecución de las penas privativas de libertad— para que su voz sea siempre ponderada por el juez a la hora de adoptar decisiones que afecten a la liberación definitiva del recluso.

Sin embargo, este enfoque es perfectamente compatible con la necesidad de no convertir a las víctimas en fuente del derecho. En efecto, las víctimas han de tener idénticas posibilidades procesales de alegación y prueba que el resto de las partes en el proceso penal. Han de ser oídas a lo largo del procedimiento. La ofensa que el delito les ha infligido ha de quedar definitiva y eficazmente reparada. Sus legítimas críticas han de ser tomadas en consideración cuando pongan de manifiesto deficiencias normativas susceptibles de reforma.

Pero tan cierto como esto es que la definición de los delitos y de su correspondiente castigo no pueden quedar en manos de aquel a

quien el infortunio ha convertido en ofendido por el crimen. Si no somos conscientes de ello, si el poder legislativo se convierte en mero traductor de ese sentimiento colectivo de venganza, corremos el riesgo de avanzar irreflexivamente hacia un modelo del que nuestros antepasados decidieron abjurar hacer algo más de dos siglos.

Todo indica, pues, que las voces que una y otra vez piden cadena perpetua, sin mayores matices, para los maltratadores, para los pederastas, para los pirómanos o para los terroristas están contribuyendo a quebrar principios íntimamente vinculados a las verdaderas fuentes de legitimación del derecho punitivo.

El ordenamiento penal no puede formular sus enunciados atendiendo a la personalidad o al perfil criminológico del delincuente. La sanción penal ha de anudarse a un hecho, no a su autor. Todo ello, claro es, sin perjuicio de que la pena definida con carácter abstracto y general por la ley penal tome en consideración, en el momento de su individualización judicial, las circunstancias personales del delincuente.

EL FALSO TEST DEMOCRÁTICO SOBRE LA DURACIÓN DE LAS PENAS

La duración de las penas no debe ser utilizada como el patrón de medida para definir los estándares de calidad democrática de uno u otro país. La simplista idea de que el sistema democrático exige como concepto penas privativas de libertad de corta duración no se corresponde con la realidad.

Lo cierto es que ningún sistema penitenciario puede considerarse un éxito desde la perspectiva de la resocialización. Ni los modelos nórdicos, en los que las penas tienen más que ver con la limitación del derecho al ocio del condenado —arrestos de fin de semana— que con la efectiva privación de libertad, ni el sistema de máxima dureza del que hacen gala el modelo norteamericano o el

vigente en algunos países latinoamericanos han resuelto el problema de forma satisfactoria.

No es tarea fácil, desde luego, combinar el castigo que impone una pena privativa de libertad con el fin de resocialización que debería inspirar el paso por un establecimiento penitenciario.

Si convirtiéramos la ausencia de cadena perpetua en un test de la calidad de un sistema democrático, nos veríamos en la paradoja de negar ese carácter a Estados cuya aportación al patrimonio cultural de los derechos humanos y de los valores democráticos es y ha sido a lo largo de la historia mucho más rica que la nuestra. Dejando a un lado Estados Unidos —cuyas singularidades justificarían un tratamiento monográfico—, países como Francia, Italia o Alemania contemplan y aplican con naturalidad la cadena perpetua, sin descartar en algunos casos la posible revisión de la pena una vez transcurrido un periodo de cumplimiento predefinido.

Al margen de ello, la cadena perpetua hace acto de presencia en textos jurídicos relativamente próximos que han nacido con la finalidad de evitar la impunidad de las violaciones más graves de los derechos humanos. Algunos de esos tratados quieren ser expresión de un patrimonio jurídico compartido y de unos valores universalmente admitidos, que faciliten la persecución universal de los delitos.

Es el caso, por ejemplo, del Estatuto de Roma de 1998, por el que se crea la Corte Penal Internacional. En él se prevén como penas para los crímenes de guerra, delitos de genocidio o lesa humanidad la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

España ha ratificado ese texto fundacional sin poder formular objeción alguna al respecto. Y es que, como es sabido, debido a las especiales circunstancias políticas que presidieron su génesis, aquel tratado constitutivo no admite reservas particulares por los Estados suscriptores. Es cierto que el legislador español, al aprobar la ley reguladora de la cooperación judicial española con la Corte Penal

Internacional, ha aclarado en una de sus disposiciones adicionales que la duración de las condenas impuestas a personas sentenciadas por dicha Corte y cuya ejecución hubiera de llevarse a cabo en España no excederá del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española —en la actualidad, cuarenta años—.

Como puede observarse, esa puntualización solo afecta a la ejecución de condenas en nuestro territorio, pero no cuestiona, en absoluto, la imposición de esa pena a perpetuidad, incluso si los condenados fueran españoles, con tal de que no cumplan la pena en España.

No deja de ser significativo que el Estatuto de Roma incorpore entre sus preceptos un mecanismo de revisión obligatoria de la reclusión perpetua, una vez se hayan cumplido los primeros veinticinco años del inicio de la ejecución de la pena, para decidir si es procedente la reducción de la misma.

Pero esa rebaja en la duración de lo que ha sido inicialmente sentenciado como cadena perpetua solo será viable siempre que se den algunos requisitos, sin cuya concurrencia el tiempo de reclusión no se verá disminuido. Así, el recluso ha de manifestar desde el primer momento y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos. De lo que se trata, pues, es de que esa confesión no se limite a una petición voluntarista e interesada de perdón. Tiene que ser eficaz. Ha de ir acompañada de datos que permitan esclarecer hechos de interés para la investigación abierta.

Al propio tiempo, el recluso que después de veinticinco años de internamiento quiera ver disminuida su condena habrá de facilitar de manera espontánea la localización de los bienes sobre los que ejecutar las multas, las órdenes de decomiso o las indemnizaciones impuestas en beneficio de las víctimas. Lo que se persigue es que la liberación del condenado no genere en los afectados por gravísimos delitos el sabor de la injusticia de una excarcelación, que solo puede

verse aliviado por el afloramiento de bienes ocultos rapiñados en perjuicio de quienes sufrieron los crímenes de guerra o el genocidio.

En casos absolutamente excepcionales, cabe minorar la reclusión perpetua cuando concurran otros factores que hagan visible un cambio en las circunstancias que sirvieron para fundamentar la condena.

A mi juicio, la discusión acerca de la viabilidad de la prisión permanente revisable o la cadena perpetua en España no debería apoyarse en un bloque argumental que ve en aquella pena, siempre y en todo caso, la expresión elocuente de un déficit democrático. El derecho comparado demuestra precisamente lo contrario. El hecho de que la cadena perpetua sea aplicada en otros países de nuestro entorno no es, desde luego, argumento definitivo para afirmar no ya la viabilidad, sino la conveniencia de su regulación en nuestro sistema. En efecto, es lógico preguntarse en qué medida un sistema penal que impone la cadena perpetua a los condenados por delitos más graves no está abdicando de su deber constitucional de hacer viable la reinserción social del penado. En otras palabras, hasta qué punto son conciliables el confinamiento carcelario sin fecha de salida y la finalidad resocializadora que, sin excepciones, exige el texto constitucional.

Nuestra Constitución no tolera una fórmula jurídica de cadena perpetua que acerque el sistema penitenciario al infierno que Dante Alighieri describiera en la *Divina Comedia.* Allí el visitante accedía a un recinto cerrado en cuya entrada el dintel de la puerta anunciaba: «Perded toda esperanza». Creo, en definitiva, que cualquier decisión legislativa que cierre la puerta a un control en la evolución del interno y a una valoración de su grado de resocialización toparía con el infranqueable límite de nuestro texto constitucional.

Del mismo modo, entiendo que el establecimiento de una pena cuya ilimitada duración constituyera solo un punto de partida inicial, susceptible de un acortamiento ulterior a la vista de la evolución penitenciaria del interno, no encontraría obstáculo alguno en las previsiones constitucionales. Una fórmula de revisión periódica,

similar a la acogida en el Estatuto de Roma para los supuestos de imposición de cadena perpetua, despejaría cualquier incógnita acerca de la cuestionada compatibilidad de la cadena perpetua en el sistema punitivo español. Y lo que es más importante, no daría por perdida la lucha por la resocialización final de quien a través del delito se ha apartado de los valores jurídicos que hacen posible la convivencia.

Prisión permanente revisable: ¿un eufemismo para la imposición de la cadena perpetua?

En la reforma del código penal de 2015 se introdujo en España la prisión permanente revisable. Su incorporación al catálogo de penas fue especialmente polémica. Muchos consideraron que el modelo procesal abría sus puertas a la cadena perpetua. Mediante una perífrasis se introducía de tapadillo una pena de prisión sin límites, tan ajena —se argumentó en su día— a nuestro sistema democrático.

Los debates parlamentarios que condujeron a esa reforma fueron especialmente agrios. El partido entonces en la oposición promovió un recurso de inconstitucionalidad contra la ley que introducía esa pena y asumió el compromiso de derogarla desde el momento mismo en el que alcanzara el poder, promesa que no ha llegado a ser cumplida hasta nuestros días.

El Tribunal Constitucional dictó sentencia seis años después de la entrada en vigor de la reforma y declaró la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable.

Sin adentrarnos en matices estrictamente jurídicos que desbordarían el objeto de este libro, la prisión permanente revisable creada en España no implica la reclusión perpetua del condenado. Tampoco sucede así en otros países en los que se ahorran el eufemismo y hablan directamente de cadena perpetua. Como ya he anticipado antes, incluso el Estatuto de Roma que creó la Corte

Penal Internacional para la investigación y enjuiciamiento de delitos de extrema gravedad, prevé fórmulas jurídicas de acortamiento de la pena a partir del transcurso de un ineludible plazo de cumplimiento y del acatamiento de otras condiciones que acrediten la renuncia al delito del condenado y su propósito de colaboración con la justicia.

En España, la prisión permanente revisable, precisamente por serlo, autoriza unos límites para revisar su duración. Se convierte, así, un oxímoron —lo permanente deja de serlo, si puede ser revisado— en una realidad punitiva que ya ha sido impuesta por los tribunales en numerosas ocasiones al enjuiciar hechos delictivos de especial gravedad.

De acuerdo con el código penal, la prisión permanente revisable solo permitirá el acceso al tercer grado penitenciario, con la consiguiente posibilidad de rebajar la duración nominal de la pena, una vez hayan transcurrido veinte años de prisión efectiva, si el delito por el que se sufre condena es un delito de terrorismo, y quince años para el resto de los delitos.

Estos plazos de prisión efectiva se incrementan en los casos en los que el condenado haya cometido varios delitos y alguno o algunos de ellos esté ya de por sí castigado con penas de prisión permanente revisable. La duración del internamiento efectivo se amplía hasta los dieciocho, veinte o veintidós años.

De forma expresa, el código prohíbe la concesión de permisos de salida hasta tanto no hayan pasado doce años de prisión, si se trata de un delito de terrorismo, u ocho años en los demás casos.

Del mismo modo, se establecen mecanismos legales de suspensión de la pena cuando el condenado haya cumplido ya veinticinco años de cárcel. Esta suspensión puede acordarse después de un procedimiento contradictorio que se desarrolla ante el juez de vigilancia penitenciaria, con intervención del fiscal y del penado, asistido este por su abogado.

¿Permanente o revisable?

La existencia de estos elementos correctores ha llevado a algunos sectores sociales a echar en falta una condena que sea solo permanente, sin adjetivos que edulcoren disimuladamente su revisión.

No tengo ninguna duda de que un sistema punitivo que no flexibilice la duración de la pena y la adapte a elementales exigencias ligadas a la irrenunciable dignidad humana no es acorde con la Constitución de 1978. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional.

Un modelo penitenciario que imponga, con uno u otro nombre, la reclusión perpetua de una persona entre barrotes y prescinda de mecanismos de ejecución que permitan un control temporal de la evolución del penado y de su resocialización será siempre un sistema entregado a penas inhumanas o degradantes.

En suma, si por reclusión perpetua entendiéramos el bloqueo jurídico de cualquier posibilidad de resocialización del interno, su vigencia chocaría frontalmente con el texto constitucional. Si en la reclusión perpetua, por el contrario, vemos la imposición de una pena cuya duración, después del transcurso de unos mínimos adecuados a la gravedad del hecho cometido, queda subordinada al logro efectivo de esa resocialización ningún obstáculo puede considerarse infranqueable.

Estoy seguro de que no faltarán voces que, ancladas en el histórico retribucionismo, rechacen esa forma de entender la verdadera dimensión de la prisión permanente revisable. Muchos de sus defensores quieren que aquella implique un castigo vital, una pena «para siempre», rechazando sucedáneos que dejan abierta la puerta a su acortamiento.

A mi juicio, recluir a un condenado en un establecimiento penitenciario anunciándole que haga lo que haga, diga lo que diga, se porte como se porte, solo abandonará la cárcel el día de su fallecimiento supone una invitación a imponer por la fuerza en ese recinto las reglas de vida y la ausencia de principios que

precisamente le han llevado a cometer delitos de la máxima gravedad.

El interno que sabe que nunca saldrá de la cárcel es un peligro para otros internos y, por supuesto, para los funcionarios que profesionalmente asumen los deberes de custodia.

El asesino en serie al que espera una vida de pérdida absoluta y definitiva de su propia libertad sabe perfectamente que ese degradante estado de encarcelamiento nunca empeorará. Podrá asesinar a otros internos, resolver con violencia las disputas que suscite la convivencia y todo lo hará sin miedo a nada.

Este argumento no tiene un significado puramente especulativo. Los medios de comunicación narran cada año la existencia de motines carcelarios que se explican precisamente por los permanentes conflictos y peleas entre internos y las bandas en las que estos se integran para lograr el control de la cárcel y la impunidad para sus delitos.

Las prisiones latinoamericanas son un ejemplo del violento desorden al que conduce la pérdida de cualquier esperanza de reencuentro con la vida en libertad. Es seguro que muchos otros factores habrán concurrido para desencadenar estos acontecimientos. La ausencia de cualquier límite a la duración de la prisión preventiva, la pérdida o el extravío de las causas penales en cuyo marco se ha adoptado la reclusión y las disfunciones que se derivan de la transitoriedad que preside el trabajo de muchos jueces y fiscales, que carecen de las garantías de inamovilidad y permanencia, están en el origen de un caos que sirve de espoleta para la revuelta violenta.

En Ecuador, por ejemplo, en el año 2022 murieron al menos 44 reclusos en la cárcel de Bellavista, en la ciudad de Santo Domingo, con ocasión de un enfrentamiento entre bandas rivales que pugnaban por el control de la entrada de estupefacientes en el centro penitenciario.

En Venezuela, un motín que tuvo lugar en la prisión de Los Llanos, en el año 2020, dejó 47 muertos y 75 heridos. Dos años

atrás, en unas dependencias policiales en las que se agolpaban numerosos internos, 66 presos y 2 mujeres que habían ido a visitar a los reclusos murieron en las celdas durante un incendio. Todo indicaba que el fuego fue provocado por los reclusos para obligar a los guardias a abrir las celdas y posibilitar que se fugaran.

Y en Brasil, en el año 2017, un violento motín que tuvo lugar en la cárcel de Manaos desembocó en el asesinato de 56 personas en una lucha sin cuartel por el control del tráfico de drogas en el mismo establecimiento.

El escenario en España, tan mejorable en otros aspectos, ofrece unas cifras bien distintas. Según datos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, en los últimos diez años se han producido 30.424 agresiones entre presos, pero ninguna de carácter mortal. Los motines colectivos y violentos en España ya forman parte de la historia. En el año 1990, en la cárcel alicantina de Picassent, un grupo de internos secuestró a cuatro funcionarios y a dos maestras que prestaban sus servicios en el establecimiento penitenciario. El enfrentamiento con la Guardia Civil en el momento de la liberación de los rehenes ocasionó el fallecimiento de un preso y otros dos resultaron heridos.

Sería un análisis reduccionista asociar la paz en los establecimientos penitenciarios españoles a una única causa vinculada a la expectativa de mejora que tiene el interno desde el primer día de su ingreso. Son muchos otros los factores que pueden estar en el origen del motín violento. Pero es indudable que la desesperación ante la falta del más mínimo resquicio para tener una futura vida en libertad introduce un innegable factor criminógeno en la cárcel.

Precisamente por eso, prisión permanente revisable sí, pero con fórmulas jurídicas que equilibren de forma armónica una elemental idea retributiva, siempre asociada a la gravedad del delito cometido, y la esperanza de que la vida en libertad todavía espera al delincuente que demuestra un reencuentro aplazado con el respeto a los bienes jurídicos menoscabados por el delito.

LA BUROCRACIA PENITENCIARIA

La seriedad de nuestro sistema penitenciario depende de otros muchos factores que no siempre son debidamente considerados. En efecto, el modelo penitenciario español presenta, a mi juicio, importantes deficiencias que están en el origen de muchos de los problemas actuales, en ocasiones, ficticiamente ligados a la existencia o ausencia de la cadena perpetua o de la prisión permanente revisable.

La ley penitenciaria aprobada en el año 1979 supuso un hito jurídico de dimensiones históricas. Algunas de sus aportaciones, consideradas modélicas en Europa, permitieron recordar algo tan elemental como que la condena a una pena privativa de libertad deja intacta la dignidad del recluso.

La idea de que el tiempo de cumplimiento de una pena es susceptible de acortamiento en función de la conducta del recluso sirvió para estimular el buen funcionamiento de las prisiones y para evitar históricas situaciones de tensión con sanguinarios motines.

La progresión en grados de los internos y el disfrute de beneficios penitenciarios que preparen su reingreso en la sociedad fueron concebidos como verdaderas soluciones para hacer realidad los ideales de reeducación y reinserción social proclamados ese mismo año por la Constitución de 1978.

Este aspecto del modelo ha de ser mantenido en el futuro. La relación de sujeción del interno con el centro penitenciario en el que extingue su condena está adecuadamente tratada en la ley penitenciaria. Los principios programáticos que definen ese régimen son elogiables y han sido considerados ejemplares en otros sistemas. No estoy tan seguro, sin embargo, de que pueda decirse lo mismo de algo tan importante como el modelo administrativo de ejecución de las penas privativas de libertad. La vigencia y eficacia de esos valores admite otras formas de seguimiento y, sobre todo, de control para evitar las arbitrariedades.

En la actualidad, quien adopta todas las decisiones referidas a la progresión de grado de los internos, al otorgamiento de permisos penitenciarios y, en definitiva, quien decide sobre la efectiva duración de la condena impuesta por los tribunales es la administración penitenciaria.

La profesionalidad de los funcionarios de prisiones integrados en los órganos de la administración penitenciaria es, en términos generales, encomiable. Son perfectamente imaginables las dificultades a las que tienen que hacer frente en el ejercicio cotidiano de su trabajo.

El Consejo de Dirección, la Junta de Tratamiento y los Equipos Técnicos centran su tarea en conocer de cerca la evolución de los reclusos. Este conocimiento es indispensable para la progresión de grado y, de modo especial, para la concesión de los permisos penitenciarios a los internos, de tanta importancia para valorar su proximidad al ideal de resocialización. Los informes técnicos aportados por psicólogos, mediadores y educadores son clave para el dictado de las resoluciones que hacen posible esa evolución hacia el futuro escenario de libertad.

Sin cuestionar su sacrificado trabajo, lo cierto es que no existe en nuestro país una verdadera ejecución jurisdiccional de las penas privativas de libertad. Esa ruptura entre el juez o tribunal que dictó la sentencia y el modo en el que esta se ejecuta me parece especialmente perturbadora. Que sea el Ministerio del Interior o la consejería autonómica correspondiente el que decida el cómo y el *quantum* de la pena ni siquiera me parece el modelo más respetuoso con el patrón constitucional. Nuestra ley fundamental atribuye a los juzgados y tribunales el ejercicio de la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

Aquí se encuentra una de las claves de las deficiencias del sistema. La percepción de que existen «paraísos penitenciarios», en función de las autoridades administrativas —centrales o autonómicas — que dirigen y controlan la ejecución, es una idea más extendida de lo deseable.

Podría contraargumentarse que el juez de vigilancia penitenciaria es un órgano jurisdiccional que garantiza cualquier exceso por parte de la administración carcelaria. Pero esta afirmación exige algún importante matiz. En efecto, la figura del juez de vigilancia penitenciaria no soluciona el problema. Su presencia no convierte el modelo de ejecución en un modelo judicial. Su función es exclusivamente revisora de las decisiones que la administración penitenciaria adopta sobre un interno.

Solo en los casos en los que el propio interno o el Ministerio Fiscal formulen algún recurso contra la decisión administrativa entrará en juego la función jurisdiccional. Quiere ello decir que si el interno o el Ministerio Fiscal —los únicos con capacidad impugnativa — no formulan recursos, la primera y la última palabra estará siempre en manos de un órgano administrativo.

Creo inaplazable la modificación del sistema, aunque soy consciente de las escasas probabilidades de éxito de mi propuesta.

La experiencia demuestra que el control de la ejecución de las penas privativas de libertad es poder. Y ese espacio de control no es fácilmente renunciable por parte de cualquier Gobierno. Pese a todo, estimo necesario reforzar el papel del órgano sentenciador en la ejecución de las penas privativas de libertad. El «control remoto» de la ejecución no favorece el logro del fin constitucional de la reeducación.

En la actualidad, desde el momento mismo de la sentencia condenatoria, el acusado se convierte en un expediente administrativo, cuya tramitación y desenlace pasa a manos distintas de las de aquellos jueces que valoraron y condenaron su conducta. Toda pena impuesta en sentencia encierra un juicio de proporcionalidad entre la acción delictiva realizada y la pena impuesta. La revisión incontrolada de ese juicio por las autoridades administrativas no contribuye, desde luego, a la seriedad del sistema.

Creo, además, que un futuro procedimiento de vigilancia penitenciaria tendría que dar voz a las víctimas del delito. Su criterio,

acertado o no, debería ser siempre ponderado en el momento de la liberación definitiva del recluso. Carece de sentido que quienes pueden ejercer sin límite la acusación particular durante el proceso sean abruptamente expulsados de la ejecución. Al fin y al cabo, esta no es más que una fase de ese mismo proceso.

En definitiva, considero que la mejora del sistema penitenciario no puede depender de artificiosas controversias que se presentan como la clave de nuestros problemas. La eficacia del modelo está más relacionada con otras cuestiones todavía no suficientemente debatidas. Más de cuatro décadas de vigencia de la ley penitenciaria deberían permitirnos abordar sin complejos la reforma de un modelo que burocratiza la ejecución de las penas privativas de libertad. Un modelo, en fin, que sustituye a los jueces que dictaron sentencia por funcionarios no siempre debidamente controlados.

Y mientras el debate gire exclusivamente en torno al carácter perpetuo o cuasiperpetuo de la prisión permanente revisable nos estaremos alejando de las verdaderas fuentes del problema. Que nos demos cuenta de ello será indispensable para que los errores pasados no vuelvan a repetirse. También para que los errores venideros encuentren solución antes de que sea ya demasiado tarde.

10

IMPUTADO, INVESTIGADO, PROCESADO: DISTINTAS FORMAS DE ESTAR EMPAPELADO

Hace ya algunos años llegó a mis manos un libro que me permitió descubrir a un personaje fascinante. Se trataba de Melchor de Macanaz, el primer fiscal general del Estado, designado por Felipe V allá por el año 1713. Era un libro escrito por Carmen Martín Gaite *(El proceso de Macanaz, historia de un empapelamiento)*. No hablo de una novela histórica, sino de una aproximación biográfica basada en documentos custodiados en el Archivo Histórico Nacional. Muchas razones justificaban la atracción por Melchor de Macanaz, un personaje olvidado de la historia de España del que solo existían escasísimas menciones bibliográficas. Una de ellas estaba incluida en *La historia de los heterodoxos españoles*. Muchos años después, Fernando García de Cortázar iba a resucitar el recuerdo de ese fiscal general en su libro *Los perdedores de la historia de España*.

Su efímero mandato —poco más de un año— ya sugiere un interés especial por este personaje. Pero, sobre todo, el hecho de que su primer dictamen jurídico de competencia —en el que se atrevió a discutir el omnímodo poder de los tribunales eclesiásticos— le hiciera caer en desgracia, obligándole a un exilio en tierras francesas que se prolongó durante cerca de cuarenta años, añade curiosidad a su biografía. Siempre he pensado que las peripecias vitales de Melchor de Macanaz han marcado una institución que está permanentemente sometida a convulsiones políticas que convierten

el cargo de fiscal general en uno de los más difíciles de nuestro sistema constitucional.

Más allá del interés histórico y de la enriquecedora lectura de esa biografía, me ha parecido de especial interés el título de ese libro, que evocaba el proceso penal al que fue sometido Macanaz y que la autora sintetizaba como la «… historia de un empapelamiento». Como se ve, Macanaz fue «empapelado». La historia de su proceso es la historia de un «empapelamiento». El preciso uso del lenguaje por parte de su autora sugiere una reflexión acerca de los términos con los que nuestra lengua designa al ciudadano que, por una u otra circunstancia, se convierte en sujeto pasivo de un proceso penal.

Según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (en adelante, *DRAE)*, «empapelar» es «formar causa criminal a alguien». Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no conoce el término empapelar, tampoco habla del «empapelado» ni de «empapelamiento». La falta de mención de estos vocablos es entendible. El propio diccionario se encarga de precisar que se trata de una acepción coloquial. De ahí que no tenga acogida en el derecho procesal codificado.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, texto decimonónico alabado por su técnica legislativa y su rigor en el uso del lenguaje, se ha valido en sus distintas versiones de otros términos a los que no siempre se le atribuye el mismo sentido en los debates doctrinales sobre el proceso penal. No es nuestro objetivo adentrarnos en la polémica. Se trata tan solo de subrayar que las palabras investigado, imputado, inculpado, encartado, involucrado, procesado, acusado y condenado son algunos de los términos empleados por los juristas para designar los distintos momentos que definen el estatuto procesal de un ciudadano sometido a proceso penal. Con vocación de síntesis, se trata de términos que, en uno u otro pasaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, han definido históricamente a aquel a quien el fiscal, la Policía u otro ciudadano atribuyen la comisión de un hecho punible.

¿Qué significa ser citado como denunciado o querellado?

Aun a riesgo de ofender la cultura jurídica del lector, para responder a este interrogante conviene hacer alguna precisión acerca de los tres documentos que formalmente pueden dar lugar a la incoación de un procedimiento penal. Me refiero al atestado, la denuncia o la querella.

El atestado es el documento elaborado por la Policía en el que se recogen los hechos que justificarían la incoación de un proceso penal. De ahí que los atestados se remitan inicialmente al juez de guardia para que, si lo considera procedente, abra una causa penal y practique las diligencias que sean indispensables para esclarecer el hecho de que se trata. Su valor, pues, es el de una denuncia. Los agentes de Policía se limitan a poner a disposición del juez toda la información precisa para que tenga conocimiento de un hecho que, en principio, presenta la apariencia de delito.

Hay atestados que solo acotan de una forma más o menos precisa el hecho denunciado. En otros se recogen ya diligencias preliminares practicadas por los agentes: declaraciones del denunciante y testigos, documentos incriminatorios o piezas de convicción de gran valor para conocer cómo llegó a ejecutarse el hecho delictivo.

Pero el proceso penal puede activarse no solo por iniciativa policial. En efecto, cualquier ciudadano tiene la posibilidad de formular una denuncia. Y puede hacerlo ante la Policía —que, como he dicho, incorporará la denuncia a un atestado que remitirá al juez —, ante el propio juzgado de guardia o ante cualquier funcionario que tenga obligación de ponerlo en conocimiento del juez. En estos casos, la denuncia se limita a describir un hecho presenciado —o que se conoce por referencias— y que presenta indicios de ser constitutivo de un delito.

La denuncia, pues, se limita a ser el vehículo ciudadano de la noticia de un delito.

Quien denuncia agota su función transmitiendo al juez la existencia de un hecho que, en una aproximación inicial, a veces puramente intuitiva, puede ser constitutiva de delito. Es más que probable que, si la investigación sigue adelante y el hecho presenta caracteres de delito, el denunciante sea llamado a declarar en juicio como testigo. Pero se limita a eso, a reivindicar el tratamiento judicial de una conducta que ha causado un daño a su persona, a sus bienes o a la persona y bienes de un tercero. El denunciante, por tanto, puede ser víctima o no, pero en ambos casos se limita a dar cuenta de un hecho que, en principio, es posible que tenga encaje en algún precepto penal.

Distinto es el caso de la querella, que convierte a la persona contra la que se dirige en «querellado». La querella tiene en común con la denuncia que es también el vehículo formal para hacer conocer a un órgano judicial la existencia de un hecho con apariencia de delito. Pero es algo más: el querellante no circunscribe su actuación a eso —anunciar ante el juez la posible comisión de un hecho punible—, sino que añade un mensaje que enriquece su voluntad. Quien formula una querella está expresando su deseo de ser parte acusadora en el proceso penal que puede iniciarse a raíz de su presentación. El querellante advierte de que quiere sumarse al ejercicio de la acción penal como acusador, quiere que se le tenga como parte activa en la causa penal que se va a incoar contra el querellado. El querellante, en suma, reivindica una posición procesal junto al Ministerio Fiscal.

De hecho, si el procedimiento llega a justificar la apertura de un juicio oral, el abogado del querellante ocupará espacio en el estrado junto al Ministerio Fiscal. Asumirá la condición de acusador particular, si es la víctima o el perjudicado por el delito, o la de acusador popular, si se trata de un ciudadano ajeno a los efectos del delito, pero interesado en el mantenimiento del orden jurídico alterado por el delito.

A partir de estas breves notas, ya estamos en condiciones de saber de qué hablamos cuando a una persona se le adjudica la

condición de «denunciado o querellado»*:* se trata de un ciudadano al que se atribuye un hecho delictivo. En ambos casos, la imputación de un delito puede provenir de la Policía, de un ciudadano que ha formulado una denuncia o de cualquier otro que se haya querellado.

El debate político se permite muchas licencias gramaticales, pero si nos moviéramos en términos estrictamente jurídicos, la imputación que utiliza como vehículo formal un atestado, una denuncia o una querella no debería implicar consecuencia alguna para la honorabilidad del afectado. Denunciar es gratis, no cuesta nada. Querellarse sí exige un desembolso económico para el querellante, pues la querella tiene que estar obligatoriamente firmada por un abogado y un procurador. Pero el gasto que representa para el querellante el pago de profesionales llamados a redactar la querella no suma nada distinto a lo que venimos diciendo. La dignidad y la honra del querellado no tienen por qué verse erosionadas. En el fondo, se trata de un ciudadano que atribuye a otro, con fundamento en su valoración parcial de los hechos, la condición de delincuente.

El porcentaje estadístico de denuncias y querellas que son directamente archivadas es elevadísimo. Algunas de ellas, sin ser rechazadas desde el primer momento, justifican unas diligencias iniciales que luego, descartado el carácter delictivo de los hechos, llevan a la clausura del procedimiento.

Lo verdaderamente relevante es que el simple hecho de que un ciudadano denuncie o se querelle contra otro no debería ser ni siquiera una noticia destacable. En no pocas ocasiones, detrás de una denuncia o querella, que se sabe anticipadamente que cuenta con pocas probabilidades de prosperar, late una voluntad difamatoria o un exclusivo interés político.

Cuando la imputación se hace valer por la Policía en un atestado, su valor jurídico, por expresa disposición legal, no es otro que el que se dispensa a una denuncia entre particulares. Sin embargo, a nadie se le oculta que la actuación de la Policía, en la medida en que forma parte de la estructura orgánica del Ministerio

del Interior y depende funcionalmente de jueces y fiscales, es valorada por la ciudadanía de una manera distinta. Por tanto, la imputación de un hecho delictivo por la Policía, ya sea actuando de oficio, ya por indicación del juez o del fiscal, abre un escenario distinto, para algunos, un marco de credibilidad reforzada.

Pero esa diferencia del atestado frente a la denuncia o la querella no autoriza a atribuir a las investigaciones policiales un valor privilegiado. La imputación de la Policía en los albores de un procedimiento no debería estigmatizar al ciudadano destinatario de sus pesquisas. Cuestión distinta —a la que dedico el capítulo 3— es que algunas de esas actuaciones sean ejecutadas con el altavoz publicitario que se asegura por la presencia de varios periodistas que captan con sus cámaras algunos de los actos de investigación.

La sociedad española vive momentos políticos especialmente convulsos en los que, con mucha más frecuencia de lo admisible, se convierte la presentación de una denuncia, la interposición de una querella o la elaboración de un atestado en un debate público en el que cada ciudadano, sin otro aval que la opinión del locutor o columnista al que sigue con fidelidad, considera llegado el momento de pronunciarse sobre la culpabilidad o la inocencia de aquel a quien se atribuye el hecho punible. Y lo hace, además, de forma irreversible. Nadie podrá convencerle ya de lo contrario.

Pero no debería ser así.

Si algo caracteriza al proceso penal es su «cristalización progresiva». Con esta locución se quiere expresar que, poco a poco, la investigación penal va acumulando las diligencias que permitirán esclarecer la realidad y la autoría de los hechos denunciados. Y esa realidad final puede no parecerse en nada a lo que en un primer momento justificó la apertura del proceso.

La muerte atribuida inicialmente a un episodio de violencia de género puede convertirse, a raíz de la práctica de la autopsia a la víctima, en una muerte natural producida por un edema cerebral. El tiroteo que la Policía explica como un ajuste de cuentas —en muchas ocasiones, lo es— ha podido obedecer a un acto ejecutado en

legítima defensa. El acoso laboral denunciado por un subordinado frente a su jefe puede ser explicado, después de la correspondiente investigación, como el ejercicio de pautas directivas motivadas y razonables impuestas desde la jefatura, y que han sido aceptadas con absoluta normalidad por el resto de los empleados.

Entre los profesionales de la justicia es usual la expresión «sumario globo» para referirse a aquellas investigaciones que se inician de forma espectacular, acompañadas de detenciones, entradas y registros e intervenciones telefónicas, y que luego, sin embargo, se deshinchan por sí solas.

Es también frecuente etiquetar como «querella catalana» aquella que se formaliza a sabiendas de su poco fundamento penal, pero con la esperanza de que el temor del querellado a ser citado para declarar ante un juez, con el daño reputacional que ello conlleva, le empuje a aceptar un acuerdo o transacción extrajudicial a la que, hasta ese momento, se ha negado.

Los «sumarios globos» y las «querellas catalanas» son dos poderosas razones para no precipitar nuestro juicio valorativo respecto de aquel que ha sido destinatario de una denuncia o querella. Pero, al margen de esos supuestos, hay otra razón, aunque sea puramente estadística, que nos debería apartar de esos precipitados discursos sobre la dignidad de una persona que ha sido denunciada o querellada: en el proceso penal no todo es como parece al principio.

En definitiva, mancillar la honorabilidad de cualquier ciudadano por el hecho de haber sido «denunciado» o «querellado» constituye un inadmisible ejercicio de arbitrariedad. La simple atribución de un hecho punible por parte de un particular —ya sea en forma de denuncia o querella— o por la Policía, mediante el correspondiente atestado, no debería alterar, en modo alguno, la consideración pública de cualquier ciudadano.

El daño que se ocasiona es irreparable y se incrementa exponencialmente cuando esa denuncia o querella trasciende y es objeto de tratamiento mediático. En este caso, el daño es ya

definitivo. La eventual exoneración del denunciado o querellado nunca ocupará el mismo número de páginas ni será objeto de idéntica atención informativa que la que se dedicó a la noticia inicial de la imputación.

Haber sido denunciado o «querellado no autoriza, desde luego, un juicio de valor que convierta al afectado en un potencial delincuente («algo habrá hecho»). La presunción de inocencia es un derecho constitucional, pero debería ser también una regla de tratamiento. El denunciado o querellado sigue siendo inocente hasta tanto una resolución judicial firme diga lo contrario. Y como tal debe ser tratado.

UN PASO MÁS: LA ATRIBUCIÓN POR EL JUEZ DE LA CONDICIÓN DE INVESTIGADO

La palabra «investigado», si ahondamos en un concepto legal que forma ya parte del lenguaje judicial, se reserva a aquella persona a la que el juez —no la Policía, ni el fiscal, ni el ciudadano que denuncia o interpone querella— atribuye indiciariamente la comisión de un delito.

Para identificar a alguien como investigado no basta, por tanto, que su nombre y apellidos aparezcan en un atestado, una denuncia o una querella. El concepto de investigado exige un paso más. Impone al juez un anticipado y provisional juicio de verosimilitud sobre los hechos que han dado lugar al inicio del proceso penal. Dicho en otros términos, cuando el juez de instrucción adjudica a un denunciado o querellado la condición de investigado, lo convierte en parte pasiva del procedimiento penal. En términos coloquiales, podría decirse —con toda la provisionalidad que es propia de la fase de investigación, construida siempre sobre indicios— que la condición de investigado supone que el juez atribuye una incipiente credibilidad a la versión de los hechos que se recoge en la denuncia, querella o atestado.

Una primera idea tiene que ser subrayada. La condición de investigado solo la adjudica un juez. Implica, por tanto, una decisión judicial que marca un antes y un después en el proceso penal. Una investigación judicial puede haberse abierto con la práctica de unas diligencias iniciales y, sin embargo, no existir alguien todavía formalmente investigado.

Esta precisión es obligada para evitar la confusión que se deriva del hecho de que una persona que ya ha sido señalada en una denuncia, querella o atestado sea identificada ante la opinión pública como sospechosa. La condición de investigado —insisto— solo puede adjudicarla un juez, que debe valorar el material indiciario del que inicialmente dispone para, una vez examinada su provisional suficiencia, decidir si dirige o no el proceso penal contra el investigado.

Ya no es la Policía que ha elaborado un atestado, ni un ciudadano que ha formalizado una denuncia o querella quienes otorgan la condición de delincuente a un tercero. Es el juez quien resuelve atribuir al denunciado o querellado la condición de «investigado». Y no lo hace para convertirlo socialmente en sospechoso y que sea tratado por la opinión pública como tal. Lo hace —es importante destacarlo— para que pueda defenderse, con la ayuda técnica de un abogado, de la imputación que se ha formulado en su contra.

Este es el verdadero significado de la resolución judicial que adjudica a alguien la condición de investigado.

Una vez puesto en marcha el proceso penal, puede implicar, por definición, el sacrificio de muchos de los derechos que nuestro sistema constitucional reconoce a cualquier ciudadano. Pues bien, ese marco formal de carácter claramente restrictivo para los derechos fundamentales solo se legitima cuando se respetan el principio de contradicción y el derecho de defensa.

Es así como hay que entender el significado de la condición de investigado. Desde hace más de cien años y hasta una reforma procesal bien reciente, que ha dado al precepto nueva redacción, la

Ley de Enjuiciamiento Criminal lo proclamaba con nitidez: «Toda persona a la que se imputa un hecho punible tiene derecho a defenderse». La imputación era el presupuesto que desencadenaba el derecho a defenderse.

A partir de esta idea, es la resolución de un juez de instrucción que formalmente cita a una persona como investigada la que dibuja un punto de inflexión en la investigación penal. Pero no olvidemos que esa decisión no convierte a un denunciado o querellado en «sospechoso oficial» cuya honorabilidad puede ser pisoteada. En una comunidad con cultura democrática, nadie debe ser socialmente considerado autor de un delito hasta tanto esa autoría haya sido proclamada en sentencia por un tribunal después de un juicio oral contradictorio y en el que el acusado haya podido defenderse. En eso consiste el derecho a la presunción de inocencia. El linchamiento de un conciudadano por el simple hecho de haber sido citado como investigado es contrario a su más elemental derecho a ser tenido como inocente.

Y para cumplir esta exigencia no basta con añadir a una información el calificativo «presunto» para, inmediatamente después, etiquetarlo como delincuente. El día a día enseña numerosos casos en los que, después de subrayar ese calificativo, toda la información que se proporciona sobre el hecho y su hipotética autoría da por cierta una imputación que carece de consistencia y que puede erosionar para siempre la dignidad del denunciado.

¿Es lo mismo estar imputado que investigado?

Durante años, estar imputado era el equivalente a lo que hoy representa estar investigado. ¿Hay alguna diferencia, en términos jurídicos, entre ambos vocablos? La respuesta ha de ser negativa. Reflejan la misma idea. Cuanto venimos diciendo acerca del concepto de investigado es perfectamente aplicable al término que,

hasta la reforma procesal del año 2015, definió la condición de imputado.

La razón de esta reforma tiene una explicación muy concreta. El legislador español asumió entre sus objetivos la introducción de un cambio terminológico con el que el poder aspiraba a cambiar la mentalidad de quienes veían en la imputación de un representante político una causa desencadenante de la dimisión o el cese del cargo público afectado.

Se sustituyó, así, la voz imputado por la de investigado. El legislador lo explica en el preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. Se trata de

> … eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan solo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible.

Se busca, en fin,

> … evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución del vocablo imputado por otros más adecuados, como son investigado y encausado.

No creo que haya muchos precedentes históricos de una ley que aspire a desplazar la connotación negativa de un vocablo —imputado— mediante su sustitución por otro —investigado—. En el fondo, supone confiar en la magia de una reforma legislativa por el simple hecho de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

La modificación legal que ha sustituido la palabra imputado por investigado es perfectamente explicable por este dato. Algunos partidos políticos incluyeron en sus estatutos, en la búsqueda de la

ejemplaridad exigible a todo representante político, el compromiso de que todo aquel que resultara imputado debería presentar la dimisión de sus cargos.

Algunos ejemplos bien concretos de investigados que luego no fueron acusados o que, si lo eran, resultaban absueltos llevaron a una modificación legal impregnada del optimismo de sus promotores. Se pensó que una modificación semántica, la simple sustitución de un término por otro, iba a alterar muchos años de entendimiento colectivo de que todo político llamado a un proceso penal —sea como investigado, sea como imputado— debe renunciar a sus cargos, con independencia del desenlace final del proceso.

Sea como fuere, las noticias siguen hablando del imputado por la dificultad técnica de buscar un contenido propio y diferenciado del que ha sido calificado como investigado. Lo cierto es que no hay ninguna diferencia entre ambas voces. El matiz introducido en la redacción histórica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal intentaba rebajar la carga peyorativa de la voz imputado. Sin embargo, no lo consiguió. Ambas denominaciones pueden usarse de forma indiferente, aunque si queremos seguir la terminología de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deberíamos usar preferentemente la palabra investigado para referirnos a aquel al que se atribuye un hecho delictivo y una participación que el juez de instrucción valora con carácter indiciario.

¿A QUIÉN RESERVA LA LEY LA CONDICIÓN DE PROCESADO?

En una primera aproximación, «procesado» es aquel contra el que ha recaído la declaración formal de procesamiento. El auto de procesamiento es una resolución en la que el juez de instrucción hace explícitos los indicios racionales de criminalidad que recaen sobre el que, hasta ese momento, ha venido siendo investigado. Es en ese acto procesal, además, cuando el juez delimita, entre todos

los hechos que se atribuían al investigado, aquellos que pueden ser objeto de acusación.

Una primera idea tiene que ser remarcada. El auto de procesamiento no existe en todos los procedimientos penales. Solo aquellos que sirven de cauce para investigar los delitos de mayor gravedad conocen ese acto formal que prepara, aunque no de manera definitiva, para el juicio oral.

Por eso, la condición de procesado no va a poder atribuirse a cualquier investigado. Solo aquellos a los que se imputa un hecho delictivo castigado con una pena especialmente grave —normalmente superior a nueve años de prisión— pueden ser destinatarios de un auto de procesamiento. El tráfico de drogas a gran escala, la prostitución infantil, los delitos contra la libertad sexual son ejemplos de hechos delictivos —por citar solo algunos— que son investigados en un marco procesal que puede implicar el procesamiento del investigado.

En debates que tienen como invitados a legos en derecho, es frecuente oír como argumento, incluso para referirse a un delito que por su menor gravedad nunca va a exigir un auto de procesamiento, que todavía el juez no ha advertido indicios racionales de criminalidad porque no ha dictado auto de procesamiento.

Es un error.

Conviene insistir: el auto de procesamiento solo se dicta en el procedimiento ordinario para la investigación y el enjuiciamiento de los delitos más graves. En el resto de los procedimientos no existe auto de procesamiento.

En resumen, ya podemos distinguir con mayor precisión qué se esconde detrás de cada uno de estos conceptos:

a. *Denunciado,* aquel al que el fiscal, la Policía o un ciudadano atribuye la comisión de un delito.
b. *Querellado,* aquel contra quien se ha formulado una querella por el fiscal u otro ciudadano.

c. *Investigado,* aquel al que el juez de instrucción ha atribuido de forma indiciaria y provisional la posible comisión de un hecho delictivo
d. *Procesado,* aquel investigado por un delito de especial gravedad al que el juez de instrucción ha declarado formalmente procesado en un auto dictado al efecto.

EL ACUSADO: UN INVESTIGADO CON PASAPORTE AL BANQUILLO

El significado gramatical de la palabra «acusado» no ayuda a descifrar su verdadero sentido jurídico. Y ello contribuye a la confusión. Según el *DRAE*, «acusado» es «la persona a la que se acusa». Esta definición refleja con claridad la distancia entre el significado gramatical y el sentido técnico jurídico de la voz acusado. Y señala como sinónimo de ese término las palabras inculpado, imputado, procesado, reo.

Es más que evidente, sin embargo, que entre el acusado y el reo, el imputado o el inculpado hay una notable diferencia.

Por tanto, vamos a intentar precisar el sentido técnico jurídico del estatuto de acusado, otra de las formas de asumir la parte pasiva del proceso penal.

En efecto, cuando ya la fase de investigación ha llegado a término, el fiscal o los acusadores particulares o populares pueden formular un escrito de acusación. Mediante el escrito de acusación el —hasta ese momento— investigado, imputado o procesado adquiere el estatus procesal de *acusado*.

La acusación otorga un pasaporte que abre las puertas del juicio oral. La presentación de un escrito en el que el Ministerio Fiscal o las otras acusaciones solicitan la apertura del juicio sitúa el proceso penal en su fase más decisiva, la que se desarrolla en el juicio oral.

Es entonces cuando el fiscal, en su calidad de órgano promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, el ciudadano perjudicado o víctima del delito, o un tercero en el ejercicio de la

acción popular, convierten al sospechoso en destinatario formal de una acusación que incorpora, claro es, la petición de una pena privativa de libertad, una multa afectante al patrimonio del acusado o una limitación de algún derecho que se considere adecuada por su relación con la infracción cometida.

Es importante volver a destacar que, incluso en ese momento, el acusado debe seguir siendo tenido como inocente. La presunción de inocencia —lo he dicho y hay que subrayarlo— es una regla de tratamiento que sigue dispensando protección al sospechoso hasta el momento en el que un órgano judicial dicta sentencia.

En ocasiones, se razona con visible precipitación que el ciudadano que ha sido objeto de acusación y se instala en el banquillo para asistir al juicio oral es alguien que ha sido ya desposeído de su condición de presunto. No debería ser así. Todo acusado, incluso aquel que llega a la sede del órgano judicial esposado y oculta su rostro ante las cámaras de televisión, tiene derecho a reivindicar su inocencia. Incluso ahora con más fuerza que nunca. Es en el juicio oral en el que las acusaciones y las defensas, en posición de igualdad, desarrollan su argumentario para convencer a los jueces o a los ciudadanos que integran el jurado de la viabilidad de su pretensión.

Es un hecho innegable que algunos delitos, por su especial gravedad y por la condición de la víctima, provocan una indignación social que se inicia en el momento de la apertura del procedimiento penal contra el sospechoso, y que se hace mucho más intensa cuando tienen lugar los debates del juicio oral. La publicidad de las sesiones, que admite algunas excepciones para proteger la imagen de la víctima, contribuye a intensificar esa percepción colectiva.

No es la regla, pero todos hemos contemplado imágenes en las que una multitud enfervorecida increpa e intenta agredir al acusado de delitos particularmente graves y cuya ejecución es reveladora de una especial crueldad.

No debería ser así.

La acusación solo se justifica por unos indicios que han de quedar acreditados durante el juicio oral. Es entonces cuando el debate contradictorio adquiere pleno significado. Hasta ese momento, nadie debe sufrir el rechazo de sus conciudadanos. Hasta que el proceso penal no haya culminado con una sentencia condenatoria, todo acusado debe ser considerado inocente.

La absolución del acusado debe ser contemplada como un síntoma de normalidad en el Estado de derecho

El seguimiento mediático de algunos de los delitos que mayor impacto causan en la opinión pública está llevando, en no pocas ocasiones, a una sensación de derrota colectiva cuando el tribunal llamado al enjuiciamiento absuelve a quien con anterioridad había sido acusado de la comisión de delitos de especial gravedad.

Las imágenes de un sospechoso cuando es introducido en un furgón policial o la fotografía de quien se dirige a una sala de justicia con unos grilletes en sus muñecas no contribuyen, desde luego, a extender en la opinión pública la vigencia del derecho a la presunción de inocencia que define a las sociedades democráticas. Todo acusado debe ser tenido como inocente hasta tanto se declare por un juez la autoría del delito que se le atribuye.

No es necesario citar casos concretos en los que la sociedad contrapone a una sentencia absolutoria, obligada por pruebas sobrevenidas de ADN o por retractaciones de testigos que desmoronan lo que se presentaba antes como evidente, la «fuerza de las pruebas» que, para algunos opinantes, se derivarían de un informe policial o del trabajo del fiscal que ha asumido la acusación que luego, pese a todo, no ha derivado en una condena.

Sin embargo, nunca debería valorarse como una crisis del Estado de Derecho la absolución de quien ha sido presentado, con una anticipación inadmisible, como el autor de un delito. Antes, al contrario, ha de servir para hacer más firme la creencia en los

principios que definen una sociedad respetuosa con los derechos fundamentales.

Atribuir prevalencia a la opinión de los agentes que han participado en una operación que está en el origen del proceso penal abierto o dar un valor jurídico preferente a las alegaciones del fiscal puede suponer una alteración del espacio que es propio de cada uno de los protagonistas del proceso. Es a los jueces, solo a los jueces, a quienes incumbe pronunciarse, después de un juicio oral y público, acerca de la culpabilidad o la inocencia del acusado. Y su opinión, sometida a recurso por cualquiera de las partes, es la única que define la suficiencia de las pruebas.

Sea como fuere, estoy convencido de que el ciudadano de a pie, más allá de sutilezas conceptuales, seguirá pensando que, como Melchor de Macanaz, el investigado, el imputado, el procesado o el acusado están, sin género de dudas, empapelados.

11
INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ¿HACIA JUECES ROBÓTICOS?

JUSTICIA PENAL E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La sensación de que la inteligencia artificial (en adelante, IA) está cambiando nuestras vidas se ha apoderado de todos. Los algoritmos están condicionando nuestras decisiones en el trabajo, en la salud, en el ocio y en buena parte de la rutina que envuelve el día a día.

Vivimos un modelo de sociedad que avanza a una velocidad vertiginosa hacia un destino todavía incierto, pero de cuya realidad no es fácil abdicar, a menos que voluntariamente renunciamos a las inimaginables ventajas que nos ofrece la sociedad digital del futuro o, lo que es peor, que aceptemos convertirnos en dependientes tecnológicos, no interesados en el hábil manejo de los algoritmos que son presentados como una fórmula para mejorar nuestra calidad de vida.

En este escenario, en el que ya se ha anunciado un «tsunami digital», es lógico plantearse de qué modo puede afectar a la administración de justicia y, de modo preferente, al proceso penal.

Son muchas las preguntas a las que hay que dar respuesta, pero una de ellas tiene un alcance muy especial: ¿es posible que el trabajo de los jueces, tal y como ha sido entendido históricamente, sea asumido en un futuro bien próximo por robots? ¿Nos dirigimos a una sociedad en la que la función judicial pueda ser ejercida por un algoritmo?

Pero no solo es el trabajo de los jueces el que está en un momento histórico de transformación. La IA ya está siendo utilizada en las fases que preceden al dictado de la sentencia. La labor de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el ejercicio del derecho de defensa y la tarea acusatoria que incumbe al fiscal son solo algunas de las rutinas que están expuestas a un cambio al que, hoy por hoy, es difícil fijar fronteras.

Se ha dicho que el único límite a la IA es la imaginación de sus programadores. Las noticias que dan cuenta de los avances en esta materia abren un horizonte en el que parece que todo puede ser asumido en el futuro por un algoritmo que, según sus incondicionales defensores, multiplicará el rendimiento humano y, por si fuera poco, lo hará sin ninguno de los inconvenientes que pueden atribuirse a quienes históricamente han asumido la difícil tarea de administrar justicia.

Ha dicho Richard Suskind que en los próximos veinte años las profesiones jurídicas van a cambiar más que en los últimos dos siglos. Es lógico, pues, plantearse qué futuro espera a todos los actores del proceso penal.

¿Sobra la Policía?

La investigación penal ha experimentado una transformación radical. Los instrumentos tecnológicos puestos al servicio del esclarecimiento del hecho delictivo están definiendo un sistema de inteligencia forense que, con una ruptura histórica frente a otras formas convencionales de investigación, se vale de algoritmos y del almacenamiento de datos personales, materiales y electrónicos cuyo tratamiento, más allá de los riesgos inherentes a la intromisión en la intimidad de los afectados, ofrece un rendimiento más que apreciable en el trabajo diario.

La Policía española está aplicando un sistema de IA —VeriPol— que hace posible la detección de denuncias falsas con un porcentaje de acierto del 91 %. El sistema se basa en el análisis interrelacionado de las palabras más frecuentes cuando se denuncia falsamente un hecho ante un agente de policía. El modelo detecta las palabras que nos delatan y la probabilidad de falsedad de una denuncia. La aplicación se ha hecho posible después de un análisis de los textos de 1.122 denuncias de 2015: 534 verdaderas y 588 falsas.

Las denuncias que fueron objeto de estudio se refieren tan solo a delitos contra el patrimonio, interpuestas en la mayoría de las ocasiones como un instrumento para defraudar a la compañía aseguradora, que, con carácter general, solo indemniza al beneficiario cuando la sustracción del objeto asegurado se ha realizado con violencia, quedando fuera de cobertura el apoderamiento al descuido, lo que en términos penales se considera un delito de hurto.

No deja de ser llamativo que la IA haya demostrado que, cuando se trata de fabular una historia para cobrar la indemnización de una compañía aseguradora, nuestra imaginación no sea tan fértil como nosotros mismos nos creemos. Existen puntos de coincidencia en nuestras mentiras. Y son los vocablos empleados para dar una fingida coherencia a la denuncia falsa los que nos delatan.

La utilidad de la IA en la investigación policial no se limita a detectar denuncias fraudulentas concebidas para engañar a las aseguradoras. Ofrece también otras ventajas.

Se van consolidando, así, fórmulas operativas que están alterando el entendimiento más clásico de la labor de los agentes. En efecto, la Policía de West Midlands (Gran Bretaña) y la de Amberes (Bélgica) han trabajado en un proyecto común con la finalidad de desarrollar una herramienta capaz de simplificar el laborioso proceso de análisis de los datos que arrojan el escenario del delito y la información inicialmente acopiada. Se trata de VALCRI, siglas de Visual Analytics for Sense-making in Criminal Intelligence

Analysis. Esta aplicación basada en IA analiza y relaciona la información obtenida con la que ya existe en la base de datos de la Policía.

El *modus operandi* de los delincuentes, las versiones de las víctimas, el análisis de las armas empleadas en el delito, la topografía del lugar en el que se ejecutó y, en fin, las estrategias concebidas para lograr la impunidad ofrecen numerosos datos susceptibles de un tratamiento automatizado que revela puntos de coincidencia entre los casos que quieren ser esclarecidos y los que ya han sido investigados con anterioridad. La Policía cuenta, así, con elementos que definen una metodología del delito y de su ocultación, que se repite de forma recurrente y que ahora, gracias a la IA, puede ser de una utilidad incuestionable.

Una comprensible polémica ha seguido a la utilización por agentes de Policía de técnicas de IA puestas al servicio de la investigación de uno de los delitos de mayor impacto estadístico en la red. Hablamos de la pornografía infantil. La organización holandesa Terre des Hommes ha creado una niña virtual —Sweetie— programada para mantener conversaciones *online,* recibir y dar respuesta a pederastas. Fueron localizados más de veinte mil pedófilos que pedían a Sweetie la realización de actos de inequívoco significado sexual mediante la activación de la *webcam*.

Son, desde luego, muchas las cuestiones jurídicas que han de ser abordadas al analizar el funcionamiento de esta herramienta de IA. No es nuestro propósito. Pero sí convendría dejar constancia de dos aspectos esenciales. El primero, que no faltan quienes consideran imposible condenar como pedófilo a quien se limita a un diálogo virtual con un instrumento robotizado que, por definición, no es un niño cuya integridad y desarrollo moral se esté violentando. De otra parte, que el diseño de Sweetie está concebido no para investigar un hecho que ya ofrece algún indicio de criminalidad, sino para hacer surgir en el internauta una voluntad delictiva que inicialmente no tenía.

Sea como fuere, la utilización de Sweetie ha sido asociada a la ventaja que proporciona no ya como herramienta de investigación, sino para paliar los efectos negativos que los delitos de pornografía infantil producen en los agentes que los investigan. Se razona que los agentes infiltrados que hacen del visionado de páginas de pornografía infantil su trabajo cotidiano están expuestos al impacto psicológico que genera la contemplación de algunas de esas imágenes. Ese efecto desaparecería cuando la actitud anímica del agente de policía se sustituya por la frialdad imperturbable del robot.

En nuestro país también se han desarrollado algoritmos de una gran utilidad, aunque su aplicación indiscriminada haya alimentado las suspicacias de quienes advierten de los riesgos de una fidelidad acrítica a lo que no deja de ser un instrumento predictivo que solo tiene en cuenta el historial negativo del afectado, sin tomar en consideración los cambios de rumbo que pueden marcar la vida de cualquier persona.

La aplicación Ris-Can-Vi proporciona un instrumento para la gestión del tratamiento penitenciario de los reclusos y ayuda a la administración penitenciaria catalana a evaluar el riesgo de reincidencia.

El algoritmo desarrollado con el nombre de Vio-Gen ofrece un pronóstico en la evaluación del riesgo de reincidencia en la violencia de género.

Sin embargo, no creo que la IA vaya a suponer la sustitución de la lógica policial que es propia de la investigación criminal por una fórmula en la que sea el cálculo estadístico de operaciones anteriores el que conduzca al esclarecimiento del hecho investigado.

Para la averiguación de un delito los agentes pueden aprovecharse, claro es, de la información automatizada que ofrecen los elementos repetitivos que se presentan con notable frecuencia en el momento de su comisión. Pero, por más audacia imaginativa con la que abordemos el futuro, el esclarecimiento de un hecho delictivo nunca podrá quedar en las manos exclusivas de una máquina inteligente.

La proximidad del equipo policial de investigación a las fuentes de prueba, el análisis de las contradicciones en las que hayan podido incurrir los acusados y, en fin, la valoración interrelacionada de los documentos que puedan haberse obtenido en un registro no son fácilmente encajables en la rigidez matemática del algoritmo.

La investigación de un delito no puede prescindir de las intuiciones personales que van abriendo líneas de trabajo en las que —entonces sí— el apoyo de la IA puede resultar insustituible.

Queda fuera de cualquier duda que el trabajo policial no solo es investigativo. Exige también una labor de aseguramiento del orden público y de prevención de los delitos que nunca podrá ser dispensada por un dispositivo tecnológico.

¿Sobran los abogados?

En pocas materias como esta es tan difícil hacer un pronóstico acerca del ritmo de los avances y la implantación práctica de las novedades que ofrece la IA. Lo que sí podemos hacer es detenernos en algunos de los hechos que sugieren la reflexión y que nos permiten predecir, con un notable esfuerzo imaginativo, hacia dónde caminamos.

¿Es posible sustituir a un abogado que ejerza la defensa por un algoritmo que diga en cada caso al demandado, valiéndose de un pinganillo, cómo responder a las preguntas que se le formulen?

Desde hace ya algunos años, Joshua Browder, director de una aplicación informática llamada DoNotPay, cree firmemente que sí y, para lograr ese objetivo, ha llegado a ofertar el pago de un millón de dólares al abogado que se deje sustituir. Llegó incluso a conseguir de un tribunal el señalamiento de un juicio que serviría de aplicación experimental.

La lógica reacción corporativa frente a titulares de prensa que se referían a Joshua como «el hombre que va a acabar con la

profesión de abogado» ha frustrado el intento. De hecho, la empresa titular del algoritmo ha sido demandada por quienes consideran que está ejecutando actos de intrusismo profesional sin reunir la correspondiente titulación.

Hasta el momento en el que DoNotPay logre la celebración de un juicio prescindiendo de abogado, su actividad comercial se centra en exitosas reclamaciones administrativas y mercantiles que no precisan de la firma de un letrado. El número de casos ya resueltos se cuenta por millones y las cantidades obtenidas en esas reclamaciones alcanzan varios centenares de millones de dólares.

Pese a todo, no veo nubarrones que acechen de modo irremediable el ejercicio de la abogacía. Todo lo contrario. La IA será siempre un instrumento auxiliar de primer orden, cuyo hábil manejo marcará la diferencia entre los profesionales que miran al futuro y aquellos otros anclados en un nostálgico pasado.

La relación entre el abogado y su cliente es insustituible. No puede ser reemplazada por la frialdad de un algoritmo aferrado a su propia estadística como garantía de acierto. En la inmensa mayoría de los casos, el vínculo que une al acusado con el profesional que defiende sus intereses es mucho más que una relación solo explicable desde una óptica comercial de asesoramiento.

La asistencia jurídica impone, es cierto, la elaboración de un cuadro argumental susceptible de ser asumido por un tribunal, pero incluye conceptos que no miran directamente al tecnicismo legal. Insuflar ánimos, alentar esperanzas o resolver las inquietudes del acusado son elementos clave de una buena defensa. Aquel sobre el que pesa una acusación necesita de la proximidad de un abogado de rostro humano. De hecho, buena parte de sus incertidumbres —si llega a saber planteárselas a una máquina— no recibirán una respuesta adecuada, si el único consuelo que esta le ofrece es el acopio estadístico con el que ha sido programado el algoritmo.

Lo que sí resulta indudable es que la mecanización de muchos procedimientos judiciales repetitivos y su tratamiento automatizado

van a exigir de la abogacía un esfuerzo de adaptación de carácter histórico.

Ese empeño por no perder el camino de la digitalización es compartido por la práctica totalidad de los abogados. Abrazarse a la nostalgia de la pluma estilográfica y el papel de oficio ya no es posible, en la medida en que la propia administración de justicia exige la presentación de escritos en formato digitalizado. Basta observar el cambio radical en los métodos de trabajo de los procuradores de los tribunales para apreciar cómo ha evolucionado la oficina judicial de nuestros días.

Por consiguiente, la IA es ya un instrumento insustituible para el ejercicio de las profesiones jurídicas que hacen de la información y del tratamiento de datos su herramienta más habitual. El profesional del derecho no puede seguir trabajando en un entorno laboral en el que ya no hay sitio para el recuerdo de otros tiempos. El ejercicio de la abogacía no puede ser sustituido por la IA, pero esta puede representar el mejor complemento para sus tareas de defensa.

¿Sobran los fiscales?

Recientemente, un medio de comunicación se hacía eco de una noticia difundida con el siguiente enunciado: «China inventa "un fiscal" de IA capaz de presentar cargos con un 97 % de precisión». En ella se daba cuenta de que la Fiscalía Popular de Shanghái Pudong, la mayor de las fiscalías de distrito de China, había puesto en funcionamiento un sistema informático de IA capaz de elaborar los escritos de acusación y presentar cargos contra los sospechosos. El índice de acierto de esos escritos se situaba en torno al 97 %. La presentación de este dispositivo se justificaba por la necesidad de liberar a los fiscales de buena parte de su trabajo rutinario, permitiéndoles, así, centrar sus esfuerzos en asuntos de mayor trascendencia.

La programación de ese «fiscal de IA» había sido posible después de un estudio de más de 17.000 casos que fueron analizados durante cinco años —entre 2015 y 2020—.

Llama la atención de cualquier jurista la naturaleza de esos delitos. No se trataba, desde luego, de simple criminalidad de bagatela, puesto que junto a infracciones penales como la conducción peligrosa se incluían otras figuras como la estafa, el fraude con tarjeta de crédito, el robo y las lesiones dolosas.

El fiscal de IA funciona en un ordenador de sobremesa y la acusación que puede presentar para cada sospechoso se basa en mil «rasgos» obtenidos del texto de descripción del caso generado por los humanos.

El buen funcionamiento de la acusación basada en la IA ha propiciado una ola de entusiasmo entre todos aquellos que piensan ya en la sustitución del fiscal, tal y como se ha entendido históricamente su trabajo, y su extensión a otras ramas del derecho.

Todo apunta a que la IA al servicio de las tareas del fiscal puede aportar un rendimiento más que satisfactorio. La formulación de acusaciones o la petición de archivos por inexistencia del delito inicialmente investigado puede verse ayudada por dispositivos que traduzcan en términos jurídicos la información que les proporciona el órgano de la acusación.

Pero no basta con plantearse el valor instrumental de la IA en el momento de la formulación del escrito de acusación. Hay mucho más, aunque ya anticipo que intentar dar respuesta a otras preguntas nos conduce directamente a un punto de surrealismo del que no es fácil liberarse.

De entrada, cuando el índice de corrección de los escritos del fiscal se sitúa en un 97 %, habremos de entender que el acierto o desacierto de la propuesta acusatoria tomará como elemento de contraste su grado de aceptación por la resolución judicial que ponga término al procedimiento. Si es así, la pregunta surge por sí sola: ¿para qué es necesario el juicio oral? Si el desenlace jurídico al delito imputado ya está certeramente calificado por la IA al servicio

del Ministerio Público, bastará con convertir esa calificación provisional en la sentencia definitiva.

Esta afirmación, que estremece la sensibilidad de cualquier jurista, nos obliga a todos a realizar un análisis más profundo y detenido, capaz de descartar un horizonte al que, con un sobredimensionado optimismo, algunos pretenden conducirnos.

Podría decirse, claro es, que la posibilidad de que se produzca un 3 % de decisiones erróneas justificaría la celebración del juicio oral con el filtro de los derechos y garantías que informan su desarrollo. Pero el riesgo de una justicia robotizada que, desde el primer momento, proporciona con exactitud las claves de lo que debería ser la respuesta jurisdiccional al hecho investigado está ahí y debería servir como alerta para percatarnos de lo que sacrificamos en el camino.

La tentación de convertir en solución final lo que hoy solo es una propuesta provisional del fiscal tendrá también sus incondicionales seguidores. La precisión matemática del algoritmo siempre será preferida frente a la interpretación de los jueces, que en ocasiones no es aceptada por todos.

Es previsible que la progresiva confianza en el algoritmo, capaz de ofrecer soluciones matemáticas, vaya generando una credulidad colectiva hacia una forma de administrar justicia en la que las acusaciones, como punto de partida para el inicio del juicio oral, se formalizan con una precisión estadística hasta ahora desconocida.

En definitiva, en un momento histórico que puede adivinarse bien próximo, si la formulación de las acusaciones por el Ministerio Fiscal se robotiza sería legítimo plantearse si sobran quienes hoy asumen ese trabajo.

Creo, sin embargo, que la labor de los fiscales, que son los funcionarios llamados a promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, tampoco puede ser reemplazada con el voluntarista entusiasmo de las soluciones algorítmicas. La formulación de acusaciones o la petición de archivos en las causas penales es posible que se vea ayudada por dispositivos computarizados. Pero

nunca podrán ir más allá de ser propuestas provisionales pendientes del desarrollo del juicio oral, el verdadero escenario contradictorio en el que un tribunal ha de valorar las pruebas practicadas por acusación y defensa.

La información proporcionada por la IA no perderá, por tanto, su valor instrumental o de apoyo para el manejo de datos jurisprudenciales, pero no debería pretender la sustitución del órgano constitucional llamado a perseguir los delitos de los que tenga conocimiento por razón de su cargo.

¿Sobran los jueces?

Que la IA está siendo de una gran utilidad para el trabajo de los jueces es algo que está fuera de cualquier duda. La información contenida en las bases de datos de legislación, jurisprudencia y de carácter doctrinal ofrece criterios de búsqueda capaces de superar las fórmulas históricas de inspiración artesanal.

Pero constatar esta realidad no es suficiente. De lo que tratamos ahora es de la posibilidad de que la IA vaya mucho más allá de lo que hoy consideramos como un instrumento de trabajo para convertirse en una fórmula sustitutiva de la justicia que actualmente administran los jueces.

¿Nos encaminamos hacia un escenario robótico en el que los algoritmos debidamente programados podrán administrar justicia? De lo que hablamos es de la sustitución de la persona que dicta el derecho por una máquina que haría lo propio, pero a partir de una información tratada mediante fórmulas algorítmicas.

De esta premisa se derivan otros muchos interrogantes todavía no resueltos:

¿Puede un robot ser imparcial?

¿Cómo se articularía —si es ello posible— la responsabilidad de la máquina?

¿Quién controla al programador que selecciona la información que convierte en inteligente la respuesta computacional?

¿El juez-robot es inmune a los sesgos cognitivos, de tanta influencia en la respuesta jurisdiccional ofrecida por el juez-persona?

La creación de un juez dominado por IA está conociendo incluso propuestas técnicas que no dejan de ser llamativas. En la dirección https://ask-rbg.ai/#ask se ofrece el diseño de un modelo de lenguaje, llamado Jurassic-1, alimentado a partir de las sentencias, entrevistas y discursos públicos de la jueza Ruth Bader Ginsburg durante sus veintisiete años de trabajo en la Corte Suprema de Estados Unidos. Se trata, claro es, de un modelo experimental, puramente especulativo, acerca de lo que diría una prestigiosa jueza —ya fallecida— si le fuera planteada esa pregunta, un modelo al que no le falta un toque lúdico. El internauta puede formular una consulta que será respondida por el propio sistema a partir de la información acumulada. El algoritmo «administra» justicia como lo habría hecho Ruth Bader Ginsburg si viviera.

Más allá de este experimento, que solo busca llamar la atención acerca de las infinitas posibilidades que puede llegar a ofrecer la IA en el momento de dictar sentencia, existen otros ejemplos que sugieren la reflexión sobre hacia dónde avanzamos.

Especialmente controvertida fue la difusión del programa COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), concebido en Estados Unidos para conocer con precisión el riesgo de reincidencia penal mediante la valoración de la peligrosidad del investigado. La información proporcionada al sistema sugiere la conveniencia o no de otorgar la libertad provisional y, en su caso, la fijación de una fianza. La polémica sobre la legitimidad de su utilización se ha visto incrementada a raíz de un estudio estadístico que demostró la existencia de sesgos discriminatorios en atención a la raza del sospechoso.

Eric Loomis se había declarado culpable de no atender a los requerimientos de un oficial de Policía después de un robo con intercambio de disparos e intentar huir conduciendo un vehículo de

motor sin el consentimiento del propietario. Aceptó su condena —aunque negó su participación en el tiroteo— con la esperanza de no ingresar en prisión. Sin embargo, el informe del fiscal incluía una evaluación de riesgos operada por el sistema informático COMPAS, desarrollado por la empresa Northpointe Inc, que calificó a Loomis, a la vista de sus antecedentes y otros datos personales que obraban en poder del sistema, como un acusado que encerraba un «alto riesgo para la comunidad».

Ese informe predictivo llevó al tribunal a negar la condena condicional y decidir su ingreso en prisión. La defensa formalizó un recurso alegando que se había vulnerado el derecho al debido proceso. El tribunal rechazó la moción. El tribunal de Wisconsin sentó, como afirmación de principio, que el uso correcto de un sistema de evaluación del riesgo no conlleva, por sí solo, una vulneración del derecho a un proceso justo.

En este supuesto, el algoritmo no decidió sobre la condena de Loomis, pero ofreció al juez un pronóstico de reiteración delictiva basado en datos preexistentes que definían el historial del acusado. Y ese informe predictivo fue asumido por el juez como propio.

Se va, así, mucho más allá.

Ya no se trata de que la IA ofrezca una solución, esto es, resuelva en términos jurídicos el conflicto planteado, sino de que proporcione un pronóstico sobre un comportamiento futuro que todavía, de existir, solo está en la mente del acusado.

He de expresar mi rotundo rechazo a estos algoritmos predictivos, si se interpretan como algo más que un instrumento puramente auxiliar, nunca vinculante —ni siquiera condicionante— al servicio del juez, en quien ha de residenciarse, siempre y en todo caso, la capacidad para afectar a la libertad personal de cualquier ciudadano.

Sustituir la decisión jurisdiccional por una resolución mecanizada que rinde culto a una supuesta precisión matemática quebrantaría de modo irreparable las garantías del investigado, de forma especial, su derecho de defensa. Cualquier decisión que implique la privación

de derechos fundamentales no puede fundamentar su procedencia en el altísimo grado de acierto estadístico del algoritmo que sirve de base —a partir de la información estadística que nutre su funcionamiento— para la privación de libertad o la afectación del patrimonio.

¿Cómo defenderse en procesos futuros de la etiqueta de peligrosidad que adjudica el algoritmo? Esta es una de las preguntas a las que habría que dar respuesta. Ningún jurista puede admitir que quien ha sido tildado como delincuente peligroso, con fundamento —por ejemplo— en más de una docena de detenciones policiales, deba ser tratado como tal hasta el final de sus días.

En la trayectoria personal de cualquier ciudadano pueden sobrevenir circunstancias personales que lleven al abandono de la actividad delictiva y que hagan realidad el reencuentro del delincuente con el derecho y con las normas que rigen y hacen posible la convivencia social. En esto consiste precisamente el ideal constitucional de resocialización. Y es más que seguro que esa información no llegará a alimentar el algoritmo en el que, por definición, tendrán cabida preferente aquellos acontecimientos del sospechoso que sirvan para reforzar su condición de peligroso social.

Con carácter general, la elaboración de perfiles personales susceptibles de tratamiento automatizado para mejor encauzar las ofertas de comercio electrónico es inseparable de la sociedad interconectada en la que se desenvuelve nuestras vidas. Sin embargo, el problema adquiere otra dimensión si se concibe como un acopio de información que se activa cuando el ciudadano comparece ante un tribunal de justicia como sospechoso de la comisión de un hecho ilícito.

Mi experiencia en el ejercicio de la función jurisdiccional me ha enseñado que administrar justicia es algo más que solucionar controversias a partir de los precedentes ya abordados por el órgano jurisdiccional. No me resulta fácil, por ejemplo, imaginar el tratamiento algorítmico a los votos particulares, de tanta relevancia en la evolución de la jurisprudencia española.

Hacer justicia es algo distinto a constatar en términos estadísticos cómo se ha resuelto un problema similar en ocasiones precedentes. De hecho, no son pocos los casos en los que la insatisfacción sobrevenida ante la mecánica aplicación de una jurisprudencia no renovada empuja al tribunal a un cambio de criterio que se aparta de decisiones anteriores.

La misma experiencia demuestra que, con cierta frecuencia, dictar una sentencia exige a los magistrados que la suscriben liberarse del corsé metodológico que ofrece un silogismo. No siempre el análisis del encaje jurídico de la premisa menor —el hecho delictivo que se va a enjuiciar— en la premisa mayor —la ley — conduce a un desenlace justo. Captar los matices de cada uno de los casos sometidos a la consideración del juez impone un esfuerzo analítico que es mucho más fecundo cuanta más libertad metodológica inspire el desenlace.

LA FALSA INDEPENDENCIA DEL JUEZ ROBÓTICO

Estoy seguro de que, si preguntáramos —pongamos, por ejemplo— a un joven acusado de un delito de usurpación de inmuebles —*okupación*— qué perfil de juez preferiría para presidir el juicio en el que se va a ventilar su culpabilidad o inocencia, respondería que lo mejor para sus intereses sería un juez con una sensibilidad social acreditada frente al fenómeno *okupa*.

Una pregunta similar dirigida no a un acusado, sino a un policía que hubiera sido víctima de un delito de atentado al haber sufrido el impacto de una piedra durante el desarrollo de una manifestación, obtendría por respuesta el deseo de que la sentencia estuviera dictada por un «juez de orden», que reaccionara con dureza, dentro de los límites legales, a cualquier ofensa al principio de autoridad.

Uno y otro saben que la sentencia no va a depender de la convicción ideológica del juez. Una resolución absolutoria o de condena no puede argumentarse a partir de la ideología. Tiene que

estar motivada por el análisis de los hechos y la valoración de las pruebas que se hayan desarrollado durante el juicio. Pero también intuyen que el sesgo ideológico puede influir, de una u otra forma, en el desenlace del juicio.

Precisamente por eso, el modelo del juez robótico podría ser presentado de forma interesada como el paradigma de la independencia judicial. Un dispositivo capaz de sustraerse a cualquier condicionamiento ideológico en el momento de dictar sentencia, un ingenio con capacidad de decidir atendiendo de forma exclusiva a la información estadística almacenada será siempre preferible frente al imprevisible juez humano.

Quienes apuestan decididamente por la solución algorítmica como forma alternativa de administrar justicia —Barrio Andrés es un lúcido exponente de esa tendencia— dejan claro que, cuando hablamos del juez-robot estamos refiriéndonos a algo más que un ordenador programado con inteligencia artificial y concebido como un instrumento de apoyo en la trabajosa tarea de documentación y acopio de antecedentes. Los auténticos robots —desde la perspectiva de un futurible ejercicio de función jurisdiccional— reunirían unas características definitorias, desde el punto de vista técnico, basadas en la capacidad de recoger datos mediante sensores (sentir), de procesar los datos en bruto (pensar) y de planificar y cumplir acciones mediante conocimientos e informaciones adquiridas, generalmente en función de objetivos prefijados (actuar).

Frente a los dispositivos dominados por IA con fines instrumentales y que tanto apoyo proporcionan, en general, en el ejercicio de las profesiones jurídicas, de lo que hablamos ahora no es de un objeto programado, sino de un sujeto con capacidad tecnológica para entender, aprender y perfeccionarse.

La justicia robotizada alentaría la esperanza de ofrecer soluciones a conflictos jurídicos en menor tiempo y con más alto grado de previsibilidad, en la medida en que la respuesta robótica sería ajena a sesgos cognitivos, sean ideológicos o de otra

naturaleza. Esos condicionantes que, de forma tan perceptible están presentes en las decisiones judiciales humanas, serían eliminados mediante la frialdad del algoritmo.

Sin embargo, creo que aceptar este enfoque supone un peligroso ejercicio de ingenuidad. El algoritmo tiene sesgos. Son los sesgos que les transmite su programador. La carga de información incorporada al dispositivo será siempre la que previamente ha sido seleccionada por el técnico que convierte un instrumento tecnológico en una computadora inteligente.

Este riesgo existe y ha sido detectado por los poderes públicos. De hecho, la Unión Europea ya ha consagrado en diferentes textos de alcance jurídico el principio de trazabilidad, esto es, la capacidad para analizar la «caja negra» del algoritmo, la que ofrece unas respuestas y no otras. Ha proclamado también con el mismo objetivo el principio de transparencia y ha regulado las auditorías de los algoritmos.

En España ya está plenamente operativa la Agencia de Supervisión de la Inteligencia Artificial, que ha asumido, entre otras funciones, la de controlar los sistemas de alto riesgo de la IA para evitar precisamente sesgos o injerencias inadmisibles en el espacio de privacidad del ciudadano.

Las sentencias dictadas por jueces robóticos podrán ser formalmente correctas. Pero en nuestro sistema jurídico la justicia no siempre se hace realidad por el rígido e incondicional respeto al precedente. Se necesita algo más que estadística para la aplicación del derecho penal. Cada caso objeto de enjuiciamiento ofrece singularidades que exigen para su valoración actos intuitivos difícilmente abarcables por un algoritmo. Son actos vinculados al razonamiento humano, que no es, sin más, imitable por fórmulas de computación.

Desbordaría el alcance de este capítulo cualquier aproximación a los intentos científicos —ya en marcha— de imitar el razonamiento humano a partir de un tratamiento informático de las sinapsis neurológicas. Todo apunta a que la empatía que exige la labor

decisoria de un juez en el momento de valorar, por ejemplo, si el acusado pudo obrar de forma distinta a como actuó, el equilibrio que sugiere el análisis de la proporcionalidad en las penas, la magnanimidad que ha de estar presente al valorar las circunstancias que modifican la culpabilidad del autor y, en fin, la plena conciencia de que se está administrando justicia son, a mi juicio, valores irreproducibles en un algoritmo.

La clemencia no es una virtud programable en un dispositivo de IA. La sentencia dictada por el algoritmo solo es fiel a su precisión matemática para ofrecer soluciones que no tienen otra fuente de inspiración que la estadística con la que el ordenador ha sido alimentado.

El juez robótico es absolutamente insensible a todo ejercicio de persuasión o disuasión desplegado por el abogado de la defensa para hacer valer una tesis que no solo se refiere al dilema absolución/condena, sino a otros muchos aspectos relacionados con la pena que se va a imponer, las circunstancias que concurrieron en el momento de cometer el delito o la indemnización que resulte procedente. La solución algorítmica es una solución cerrada, inquebrantable frente a cualquier línea argumental que se base en el deseo de subrayar las singularidades personales del caso concreto frente al acopio estadístico que da vida al ordenador.

¿Cómo defenderse frente a la «exactitud» del juez robótico?

La adhesión a la fórmula robótica de administrar justicia se basa en la confianza en que el algoritmo, también en el razonamiento jurídico, puede llegar hasta donde no llega la inteligencia humana. No se fatiga, no tiene sesgos ideológicos, no milita en ninguna asociación profesional y todas las causas penales que sentencia se ajustan a un modelo de alta velocidad.

Aceptar este punto de partida revoluciona la forma de concebir la labor de los jueces. Como ya he señalado, la administración de

justicia se organiza de forma escalonada, con el fin de reparar mediante los recursos ante un órgano superior los errores de los escalones inferiores.

Pero los índices de acierto estadístico que se predican del algoritmo están cuestionando la visión histórica de los principios y las garantías que protegen al que va a ser sometido a juicio. Así está sucediendo, por ejemplo, con el derecho a la presunción de inocencia, el principio de publicidad o la doble instancia.

Uno de los pilares básicos del constitucionalismo y del proceso penal es el derecho a la presunción de inocencia. Nadie puede ser considerado autor de un delito hasta que una sentencia firme, después de un juicio contradictorio y con derecho de defensa, así lo declare. Hasta ese momento, todo ciudadano ha de ser tratado como inocente. Este derecho es una regla de tratamiento a favor de todo aquel que está siendo investigado en un proceso penal.

¿Cómo defender esa presunción de inocencia frente a la aureola de exactitud que se predica en términos matemáticos de la decisión robótica? ¿Cómo demostrar que el algoritmo se ha equivocado?

No es difícil imaginar el desafío técnico-jurídico que habrán de asumir los abogados del futuro para lograr una impugnación atendible. El dispositivo, por definición, no se equivoca. Y si se confunde, la acreditación de ese error no podrá hacerse valer frente a un «órgano colegiado» integrado por tres dispositivos más expertos, mejor programados y con capacidad para revisar la solución ofrecida por el primero de los jueces robóticos.

En el capítulo 3 me he ocupado de la importancia del principio de publicidad como garantía del justiciable frente a la tentación de arbitrariedad del juez. ¿Cómo se arbitraría esa exigencia —incluso de alcance constitucional—, si la decisión quedara en manos de jueces robóticos?

El juicio oral que se celebra con publicidad permite a los presentes en la sala de enjuiciamiento y a todos aquellos que puedan seguir los debates por un medio de comunicación contemplar y valorar las decisiones del juez frente a las peticiones de

las partes. La justicia robótica, por definición, convierte en innecesaria esa presencia fiscalizadora. Asistir a un juicio para contemplar, una vez presionada la tecla «Enter», cuánto tarda un dispositivo informático en ofrecer la respuesta que se le demanda carece de sentido.

Algo similar puede decirse de otras garantías que son, hoy por hoy, indisociables del proceso penal. No es objeto de este libro adentrarnos en el sugerente debate doctrinal sobre esta materia. Me quiero limitar a una breve referencia a algunas de esas garantías.

Es el caso, por ejemplo, de la doble instancia. En efecto, la organización judicial se estructura a partir de una estructura piramidal ordenada de forma que las decisiones de un juez unipersonal son revisadas, en caso de recurso, por un órgano colegiado. En principio, el tribunal llamado a resolver la queja frente a una decisión que cualquiera de las partes considera contraria a derecho está integrado por un número impar de magistrados que, al menos con carácter general, son más veteranos y expertos que los que ocupan un juzgado unipersonal.

Los jueces pueden equivocarse. El error en la aplicación de la ley no es algo insólito en el día a día de los tribunales. Sus equivocaciones se subsanan por la vía de los recursos pertinentes.

Sin embargo, este reconocimiento de las limitaciones valorativas y técnicas de un juez humano no puede proclamarse frente a un algoritmo. La verdad del dispositivo es una verdad matemática, científica, estadística. Para cuestionar la solución ofrecida por el ordenador no bastará un discurso jurídico. Será necesario, de modo preferente, un argumentario que ponga de manifiesto los defectos de programación que conducen al algoritmo a un error jurídico.

El entusiasmo sobrevenido por la IA como forma de administrar justicia ofrece otros problemas a los que sus seguidores no están dando respuesta. Los jueces son algo más que funcionarios adscritos a la solución de conflictos sociales. Integran un poder del Estado, el poder judicial, que está constitucionalmente llamado, entre otras funciones, a controlar las arbitrariedades del Gobierno y la

Administración. Sustituir a los jueces por dispositivos algorítmicos programados por los mismos que han de ser controlados conduce a un callejón sin salida.

La independencia de la justicia no puede ser identificada con la independencia de los programadores que dan vida a los jueces robóticos. El algoritmo, por definición, es el ejemplo de lo que nunca debe ser un juez: un órgano computarizado llamado a decidir conflictos y aferrado a una programación que le impide liberarse del marco decisional para el que ha sido programado.

LA LUCHA DE KASPÁROV CONTRA DEEP BLUE*:* UNA REFERENCIA PARA CALCULAR EL TIEMPO DE LA DERROTA DE LA INTELIGENCIA HUMANA

Aceptando una revolución digital que ha abierto las puertas a un futuro plagado de incertidumbres, tenemos que preguntarnos hasta dónde va a llegar esa imparable evolución y de cuánto tiempo estamos hablando.

La duda que hoy se suscita ya no es si la IA tiene o no sitio en el ámbito de la administración de justicia, sino cuál va a ser su alcance y a qué distancia nos encontramos de ese cambio tan radical que conduzca a admitir socialmente que los jueces son prescindibles.

Dicho con otras palabras, a la vista del ritmo evolutivo de los avances de la IA es lógico preguntarse cuán lejos —o cerca— nos hallamos de un escenario en el que tengamos que dar una respuesta ya inaplazable a los grandes desafíos que se presentan ante nosotros. ¿La ruptura con la forma tradicional de administrar justicia, con sus fallos y sus virtudes, es inminente o estamos a una distancia temporal más que considerable de ese escenario futurista?

Como primera idea, vamos a descartar las visiones más radicales de quienes han intentado dar respuesta al interrogante acerca de cuál va a ser el futuro de la humanidad a partir de un mundo dominado por la IA.

Prescindimos, por tanto, de quienes señalan el momento de la «superinteligencia» como el de la derrota de la inteligencia humana, que sería incapaz de competir y neutralizar el poder de las máquinas (Bostrom, Good, Kurzweil).

Tampoco nos identificaremos con quienes creen que «… preocuparse por una IA peligrosa es lo mismo que preocuparse por el exceso de población en Marte» (McAfee).

Tenemos a nuestro alcance un ejemplo que, a mi juicio, resulta mucho más atractivo. Soy consciente de que las diferencias entre programar un dispositivo algorítmico para ganar al campeón del mundo de ajedrez y el trabajo que exigiría la creación generalizada de jueces robóticos, capaces de declarar la culpabilidad o inocencia, son muy acusadas.

Sin embargo, la batalla de Garry Kaspárov —que a sus veintidós años fue el campeón de ajedrez más joven del mundo— contra la IA es especialmente ilustrativa del ritmo al que los avances técnicos, cuando están alentados por una financiación que ve en ese desafío un rendimiento económico, progresan hacia el objetivo de demostrar la derrota de la inteligencia humana frente a la IA.

El propio Kaspárov ha narrado su lucha frente a un tablero en el que sus movimientos no eran fruto de la inteligencia de un rival humano, sino de una programación basada en el tratamiento computacional de las partidas que marcaron la historia del ajedrez. Lo ha hecho en un libro —*Deep Thinking*—, en el que describe las peripecias a lo largo de doce años de enfrentamiento con tableros animados por la IA.

En el año 1985, en la ciudad de Hamburgo, el campeón recibió el ofrecimiento de enfrentarse a una computadora que ejecutara los movimientos de una partida de ajedrez. Aceptó el desafío de jugar contra treinta y dos robots. Ganó a todos.

Después de esa victoria, no eludió sucesivos desafíos ofrecidos por la empresa IBM. Nueve años después, se enfrentó con un nuevo dispositivo que había sido sensiblemente mejorado por sus programadores. Ganó treinta partidas y perdió nueve.

Habían pasado dos años y Deep Blue fue presentada como la computadora que representaría el triunfo de la IA sobre la inteligencia humana. Sin embargo, se impuso Kaspárov en lo que fue celebrado como la exaltación de la inteligencia humana frente a los dispositivos algorítmicos.

En 1997, unas mejoras técnicas introducidas en Deep Blue fueron puestas al servicio de un nuevo campeonato pactado a seis partidas. La última de ellas, la que representó la derrota final de Kaspárov, fue lograda por la máquina en un tiempo récord. Deep Blue se deshizo de su rival en menos de una hora.

Los ingenieros de IBM solo se confundieron en su predicción acerca del tiempo que habría que transcurrir desde la primera derrota —en 1985— hasta el momento en el que la IA se impusiera sobre el razonamiento humano. Habían afirmado que en una década el algoritmo demostraría que es mucho más capaz e inteligente que el jugador que decide sus movimientos sin otra inspiración que su experiencia y sus propias intuiciones. Y fueron necesarios doce años.

En su libro, Kaspárov explica las dificultades para jugar contra un rival «… al que no asustan los flashes de los fotógrafos» y respecto del que «… no puedes captar su nerviosismo».

La inteligencia humana se enfrentaba a un dispositivo que era capaz de valorar su estrategia a partir de doscientos millones de movimientos por segundo.

He traído a colación el ejemplo de Deep Blue para llamar la atención sobre el hecho de que, a mi juicio, la posibilidad de diseñar jueces robóticos no se enfrenta a un problema técnico que tenga que ser resuelto. Hoy es perfectamente viable.

El algoritmo diseñado para la decisión judicial será siempre más inteligente, más trabajador y más previsible que el juez humano. El problema es optar por uno u otro modelo. A largo plazo, pues, no estamos ante un desafío técnico, sino ante un problema de aceptación social de un nuevo esquema jurisdiccional en el que la IA desplaza para siempre la reflexión del juez humano.

¿Es acaso solo cuestión de tiempo?

Que la IA tiene un lugar ya ganado en la administración de justicia como instrumento llamado a complementar el trabajo de los jueces es incuestionable. Dicho esto, sería deseable que todos aceptáramos que la administración de justicia no es un campo abonado para el desafío entre la IA y la inteligencia humana. Diseñar jueces robóticos no es un problema técnico.

Son otros valores los que están en juego.

La maquinización de la justicia conduciría a una sociedad dominada por la idolatría a la estadística, la verdadera alma del algoritmo. Estaríamos alentando una sociedad que abdicaría de una de las notas definitorias de cualquier Estado democrático, en el que el poder judicial —integrado por humanos, no por máquinas— sigue siendo determinante del equilibrio de poderes.

12
EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: RENOVARSE O MORIR

UN ÓRGANO CONSTITUCIONAL EN CRISIS

El solo hecho de preguntarse si el Consejo General del Poder Judicial está politizado supone un llamativo ejercicio de ingenuidad. Más de cinco años de batalla entre el Gobierno y el principal partido de la oposición son la mejor muestra de que al poder político no le es indiferente la composición del órgano de gobierno de los jueces.

Asomarse a la hemeroteca permite constatar el desencuentro entre las dos principales opciones políticas. El enfrentamiento no discurre solo en el terreno en el que habitualmente se desencadenan los grandes conflictos políticos, sino que alcanza al propio órgano de gobierno de los jueces. En su composición se dibujan, y con absoluta nitidez, las dos grandes concepciones políticas que han asumido a lo largo de los últimos años responsabilidades de gobierno.

Son pocos —diría que absolutamente excepcionales— los acuerdos en los que los vocales del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) se pronuncian por unanimidad. La diferente extracción ideológica de cada uno de ellos determina el sentido de su votación cuando se trata de aprobar un informe o de hacer algún nombramiento. Los sintagmas «vocales conservadores», «vocales progresistas» o «vocales de inspiración nacionalista» forman parte del noticiero habitual cuando da cuenta del resultado

de las votaciones que han tenido lugar en la Comisión Permanente o en el Pleno del CGPJ.

Esa división se hace incluso mucho más llamativa cuando la respuesta institucional a un juez o magistrado que pide amparo al CGPJ para proteger su independencia no obtiene una resolución unánime y se bifurca en función de la sensibilidad política de unos u otros vocales. Es una incontestable realidad que la decisión de apoyo estará siempre condicionada por el carácter conservador o progresista del juez que pide respaldo institucional.

Para entender la naturaleza del CGPJ, su previsión constitucional y el abismo que la práctica ha abierto entre lo que es y lo que debería ser, convendría partir de una idea esencial. En efecto, el órgano de gobierno del poder judicial es —y no puede ser otra cosa — un órgano político que la Constitución de 1978 quiso crear con el fin de subrayar la división de poderes y poner término a una época histórica en la que la estructura del Estado español respondía —así lo proclamaba una de las Leyes Fundamentales del Reino durante la dictadura— a los principios de «unidad de poder y coordinación de funciones».

La España que se asomaba al desafío de elaborar una Constitución democrática quiso que los jueces no tuvieran una conexión de dependencia con el poder ejecutivo, sino que constituyeran un poder independiente, el tercer pilar del Estado, junto al poder legislativo y el ejecutivo. Por eso, en el modelo democrático refrendado por todos los españoles, la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

De este modo, el estatuto personal de los jueces y magistrados, su régimen de incompatibilidades, sus nombramientos, ascensos, la inspección de su trabajo y el régimen disciplinario no se vinculan al ministro de Justicia, sino a su propio órgano de gobierno, que no es otro que el CGPJ.

Solo así puede fijarse una primera premisa, sin la cual el debate sobre su controvertida politización se desenfoca. Se trata de una obviedad, pero hay que reiterarla para analizar y entender las claves del desencuentro entre la opinión pública y un órgano constitucional que nació —nadie lo creería— para asegurar la independencia de quienes administran justicia.

En efecto, el CGPJ no dicta sentencias, no administra justicia. Se ocupa tan solo —y no es poco— de garantizar las condiciones que deberían asegurar un ejercicio verdaderamente independiente de la potestad jurisdiccional.

Y es aquí donde surge el problema.

¿Quiénes son los que han de ocuparse de crear los presupuestos que garanticen el ejercicio independiente de la función judicial? ¿Quién nombra a esos vocales que van a administrar uno de los tres poderes del Estado? ¿Con qué criterio son designados quienes durante cinco años van a realizar los nombramientos más importantes del organigrama de la justicia española? Por último, ¿es indispensable la existencia del CGPJ para garantizar la independencia de los jueces y tribunales?

Nadie es perfecto: ningún modelo europeo ha evitado la desconfianza ciudadana sobre la politización de la justicia

La existencia de un Consejo que actúe cómo órgano de gobierno del poder judicial no es, desde luego, una fórmula mágica para lograr la confianza ciudadana en el funcionamiento de la administración de justicia. Ni siquiera el que exista se ha revelado como indispensable. De hecho, no todos los países cuentan con un órgano colegiado de esta naturaleza para ejercer las funciones que en España asume el CGPJ.

En la mayor parte de los Estados de la Unión Europea el modelo constitucional no dibuja, ni siquiera formalmente, una estructura del

Estado en la que uno de sus poderes, como sucede en el caso español, se autotitule «poder judicial». Los equilibrios para lograr el ejercicio independiente de la función jurisdiccional se articulan de un modo distinto, en ocasiones con un sistema de nombramiento de los jueces y magistrados en los que la presencia del poder ejecutivo no se disimula.

Pero incluso aquellos modelos europeos más próximos al nuestro y que optaron por la creación de un órgano de gobierno de los jueces que sirvió de inspiración a la Constitución de 1978, presentan elementos definitorios que alejan el sistema de lo que podría considerarse un modelo ideal, ajeno a cualquier influencia del poder ejecutivo en los nombramientos de jueces y magistrados.

En Francia, por ejemplo, no deja de ser significativo que la Constitución disponga que «el presidente de la República es el garante de la independencia de la autoridad judicial», a quien «auxiliará el Consejo Superior de la Magistratura».

Es cierto que este precepto no puede entenderse sin otros contrapesos que la práctica ha ido desarrollando. Pero el enunciado constitucional no puede ser más explícito. Diseña un modelo en el que la independencia de los jueces se garantiza por el jefe del Estado, con la consiguiente degradación del Consejo Superior de la Magistratura a un papel puramente auxiliar en esa tarea.

Es cierto también que en el modelo francés los jueces son designados por los propios jueces. Pero no prescindamos de otros datos. Hasta el año 1994, el Consejo francés estaba presidido por el presidente de la República, mientras que el ministro de Justicia asumía la vicepresidencia. En la reforma de ese año se optó por un modelo distinto en el que, pese a todo, el ministro puede seguir asistiendo a las sesiones del órgano de gobierno de los jueces, excepto en materia disciplinaria.

El Consejo francés está compuesto de una sala para los magistrados y otra para los fiscales. Es la primera de estas salas la que asume el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo y de los tribunales de mayor rango jerárquico.

No se trata de detenernos en el examen contrastado de cada uno de estos modelos. Es suficiente con llamar la atención acerca de la fórmula de pretendido equilibrio con el que cada sistema trata de compensar la presencia corporativa y la reservada a los consejeros designados por instituciones políticas.

En el caso francés, por ejemplo, cinco jueces y un fiscal compaginan su trabajo con ocho «no jueces». Y, por si fuera poco, lo hacen con una jefatura orgánica asumida por el presidente de la República —todo lo nominal y protocolaria que se quiera— y el ministro de Justicia, que asiste a las sesiones con voz, pero sin voto.

No es difícil imaginar la intensidad que alcanzaría la polémica en nuestro país si el ministro de Justicia tuviera reservado un sillón en el salón de plenos que acoge las sesiones del CGPJ cuando se reúne para designar a los jueces y magistrados del Tribunal Supremo, a los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional o de las Audiencias Provinciales.

Las suspicacias alentadas por la integración del presidente de la República y el ministro de Justicia en el órgano de gobierno de los jueces han erosionado la imagen del Consejo Superior de la Magistratura francés como garante de la independencia judicial. En 2007 se subrayó, entre las líneas maestras de una inaplazable reforma del modelo —que no ha llegado a materializarse—, la necesidad de acabar con la presencia institucional del poder ejecutivo. No han faltado otras reformas parciales que, sin embargo, no han logrado alterar la esencia del modelo.

Las voces provenientes de la carrera judicial que reivindican una mayor presencia corporativa que altere el actual desequilibrio a favor de los vocales de designación política siguen alentando de forma recurrente la polémica en nuestro país vecino sobre la insatisfacción del modelo.

Portugal, otro de los países que optó por la creación de un órgano de gobierno de los jueces —el Consejo Superior de la Magistratura—, ofrece un ejemplo bien elocuente acerca de la permanente aspiración del poder político, presente en cualquier

modelo, por controlar la administración de justicia. En este caso, la Constitución portuguesa de 1976 fue objeto de reforma en el año 1982 para poner fin a lo que se consideró el excesivo poder de los togados.

De este modo, de la inicial configuración del Consejo, en la que todos los vocales eran elegidos por los propios jueces, se ha derivado a un modelo en el que siete de ellos son designados por los miembros de la carrera judicial, otros siete por la Asamblea Legislativa y dos lo son por nombramiento directo del presidente de la República.

Basta una sencilla operación aritmética para percatarnos de la filosofía que ha inspirado esta última reforma. La inicial presencia, casi exclusiva, de jueces designados por los propios jueces —criterio en el que muchos detectan un modelo que se debería imitar por el «saludable efecto purificador» que aportaría la elección de los magistrados por sus propios compañeros— solo tuvo una vigencia de ocho años. Fue inmediatamente neutralizado por una reforma que ha optado por hacer posible una mayoría de vocales nombrados con criterios políticos. Ninguna duda puede haber de que la voluntad de ese órgano colegiado será siempre definida por los electos nombrados por el Parlamento y el presidente de la República.

Todo ello explica que en los últimos años el debate político acerca de la necesidad de una profunda reforma de la administración de justicia se haya instalado también en la sociedad portuguesa. A ello contribuyó de una forma decisiva la ya conocida como «Operación *influencer»,* que trajo consigo la dimisión del primer ministro Costa. Y si bien, de la debilidad de los indicios que acabaron con su carrera política solo parecía responsable el fiscal que había asumido la investigación, el impacto de un proceso penal, todavía en fase embrionaria, ha puesto de manifiesto la necesidad de excluir todo asomo de politización en las decisiones judiciales

En la ansiosa búsqueda de un modelo comparado que pueda servir de ejemplo a la sociedad española, en el eterno debate acerca

de las deficiencias del sistema de designación de los vocales, la experiencia italiana no puede ser orillada.

Italia reconoce al presidente de la República como el presidente del Consejo Superior de la Magistratura. Sin embargo, su composición otorga la mayoría a los jueces y magistrados designados por la propia carrera judicial. En él se integran veintisiete miembros: el presidente de la República, que asume la presidencia; el presidente del Tribunal Supremo, y el fiscal general del Tribunal Supremo. A ellos hay que sumar ocho vocales elegidos por el Parlamento entre catedráticos titulares de universidad en materias jurídicas y abogados con quince años de ejercicio, y dieciséis magistrados elegidos por los propios jueces.

Esa mayoría de jueces, pese a todo, tampoco blinda frente a conflictos políticos que se adueñan de la institución. En el año 1985, por poner un ejemplo, los miembros togados del Consejo Superior de la Magistratura presentaron su dimisión en bloque a raíz de un enfrentamiento con el presidente de la República que, no se olvide, es el presidente del órgano de gobierno de los jueces. Y forman parte de la historia los enfrentamientos entre Berlusconi y el Consejo Superior de la Magistratura, hasta el punto de que el entonces presidente italiano intentó sin éxito distintas reformas, incluso de rango constitucional.

El descontento de buena parte de la sociedad italiana con el Consejo Superior de la Magistratura no ha aminorado su intensidad con el paso del tiempo. De hecho, en el año 2022, el presidente de la República anunció un proceso de reforma legislativa, que incluía una reforma constitucional cuyo objetivo sería una renovación del sistema de elección de los vocales que se integran en el Consejo Superior de la Magistratura.

Por si fuera poco, el conflicto permanente entre el poder político y el poder corporativo, que en este caso alcanza también a la abogacía, ha tenido reflejo en dos decretos legislativos que han visto la luz en el mes de marzo de 2024. La polémica principal ha venido dada por la exigencia de una prueba de actitud psicológica para los

aspirantes a ingreso en la carrera judicial y la creación de un expediente personal que permitirá un seguimiento prolongado de la vida profesional de jueces y magistrados, como medio para conocer su productividad y diligencia. El aplazamiento de una solución para el problema de las «puertas giratorias» hasta el año 2026 ha causado indignación en los colegios profesionales.

En definitiva, la conclusión que permite el análisis de los modelos más próximos al nuestro se impone con toda evidencia: ninguno de los países que han regulado un órgano de gobierno propio del poder judicial ha resuelto de forma satisfactoria las quejas por el funcionamiento de la justicia. La independencia de los jueces y magistrados no siempre se percibe por la sociedad como una indestructible garantía frente a cualquier maniobra del poder político para preservar sus espacios de interés.

Ninguno de ellos ha hecho realidad la aspiración colectiva de una justicia verdaderamente independiente y, de modo especial, de una política de nombramientos judiciales que no esté marcada por la sospecha de clientelismo partidista.

De entrada, se hace obligado reiterar algo que ya he comentado con anterioridad. El Consejo, sea cual sea el modelo que inspire su funcionamiento, no es un órgano judicial, no es un tribunal de justicia, no enjuicia hechos delictivos ni resuelve conflictos de otra naturaleza. Es el órgano de gobierno del poder judicial.

Este poder del Estado —no el órgano de gobierno que lo administra— es el que está integrado por los jueces y magistrados que ejercen la función jurisdiccional, esto es, que dictan sentencias y que suscriben las resoluciones para solventar los problemas sociales que aspiran a una solución jurídica.

Pero por más que queramos centrar adecuadamente lo que es el verdadero y genuino espacio de la independencia, es claro que el acierto en los nombramientos para los más importantes cargos judiciales constituye un presupuesto *sine qua non* para el recto ejercicio de la función decisoria. Cuando los principios de igualdad, concurrencia, mérito y capacidad se ven desplazados por criterios de

oportunidad política para asegurar la complicidad en la interpretación del principio de legalidad el sistema empieza a desmoronarse.

En este contexto, la pregunta surge por sí sola: ¿garantiza el modelo español la independencia de los jueces y magistrados? ¿Puede su política de nombramientos hacer realidad el deseo generalizado de que las vacantes que se corresponden con los órganos judiciales más relevantes sean cubiertas por los mejores juristas y no por los más influenciables?

El modelo español: ¿un CGPJ caducado, prorrogado o definitivamente muerto?

El CGPJ no pasa por sus mejores momentos. Hasta hace bien poco, llegó a calificarse su situación como verdaderamente agónica. Pero nada de lo que está pasando ahora puede entenderse sin la referencia que proporcionan la voluntad de los constituyentes de 1978 y, por encima de todo, la práctica política que durante muchas décadas ha deformado el dibujo constitucional. Y lo ha hecho con la indiferencia de una sociedad aletargada que acepta como normal lo que debería percibirse como escandaloso.

Un recorrido en el tiempo nos permitirá detectar el actual abismo entre el ser y el deber ser de un órgano constitucional incorporado al esquema institucional para romper con cualquier reminiscencia que evocara el régimen político previgente.

En efecto, con la inspiración de los modelos francés e italiano, pero con singularidades fácilmente detectables, la Constitución de 1978 quiso crear un órgano integrado por veinte vocales, más un presidente que lo sería, al mismo tiempo, del Tribunal Supremo y del CGPJ. Para garantizar que uno de los poderes del Estado no se convirtiera en una estructura de resonancias puramente corporativas, dispuso que, entre sus integrantes, además de jueces y

magistrados, existieran otros juristas de reconocido prestigio ajenos al mundo de la judicatura. Abogados, procuradores y juristas del ámbito universitario serían los llamados a integrar y compartir con los jueces y magistrados la composición del órgano de gobierno del poder judicial.

Pero también quisieron los redactores de la Constitución que el equilibrio en la proporción de esos componentes se inclinara a favor de los jueces. De ahí que, de los veinte miembros, doce iban a ser jueces y ocho, juristas ajenos a la judicatura.

No todos ellos serían designados mediante el mismo procedimiento.

El texto constitucional preveía que, de los ocho juristas de reconocido prestigio, cuatro de ellos fueran elegidos por el Congreso de los Diputados y los otros cuatro por el Senado. Los doce vocales de procedencia judicial serían nombrados entre jueces y magistrados, en la forma que estableciera la ley orgánica del poder judicial.

Como puede apreciarse, al menos sobre el papel, el modelo era impecable. Un CGPJ de composición mixta, con jueces profesionales y, por otra parte, con juristas no integrados en la judicatura y que sabrían aportar una visión no corporativa para el ejercicio de un poder del Estado.

En 1985, sin embargo, a los pocos años de rodaje del CGPJ, el poder político consideró que ese modelo, tal y como estaba siendo interpretado, acarreaba el riesgo de que una parte esencial de la estructura del Estado quedara en manos del asociacionismo judicial y, por consiguiente, se plegara a intereses corporativos incompatibles con el ejercicio y la gestión de uno de los poderes del Estado.

Este fue el argumento con el que la primera de las grandes reformas que han afectado al Consejo se justificó ante la opinión pública. El texto constitucional exigía que los doce jueces y magistrados fueran designados «entre jueces y magistrados», pero no imponía que fueran nombrados «por jueces y magistrados».

Este argumentario no fue compartido por la oposición política, que consideró la reforma como una maniobra para controlar la designación de los vocales y, a partir de ahí, influir políticamente en la administración de justicia.

Por consiguiente, a partir del año 1985, todos los integrantes del CGPJ, sean o no jueces, son nombrados por el Parlamento. El primer bloque de ocho juristas lo designa el Congreso y el Senado —cuatro cada uno de ellos— y el segundo bloque —doce jueces— es también nombrado por el Parlamento —seis el Congreso y seis el Senado—.

Esta reforma legal, que representó un audaz golpe de timón a lo que durante un principio se consideró que era la voluntad de los autores de la Constitución, abrió la caja de pandora de todos los males que, lamentablemente, todavía perviven.

La queja de la ciudadanía acerca de la politización del CGPJ, a partir del nombramiento de todos sus componentes por el Parlamento, ha extendido la visión del poder judicial como una parcela del Estado en la que la lucha política tiene como protagonistas a jueces y juristas que deberían hacer de la independencia y la objetividad su rasgo más definitorio.

Ha provocado también como pernicioso efecto que el debate sobre la politización del CGPJ se haya convertido, con superficialidad compartida, en el debate acerca de la politización de los jueces.

Y no debería ser así.

El poder judicial no lo personifica el CGPJ. Los vocales no administran justicia, no dictan sentencias. De hecho, sus decisiones tienen naturaleza administrativa, son decisiones de gobierno de la administración de justicia y son revisables ante los tribunales de lo contencioso-administrativo.

Los veinte vocales que componen el CGPJ no son el elemento definitorio del poder judicial. El poder judicial está integrado por todos y cada uno de los jueces que dictan sentencia, que ejercen la función jurisdiccional, que resuelven conflictos sociales mediante la aplicación del derecho. La independencia, por consiguiente, se

refiere al acto decisorio mediante el cual el juez, después de un proceso de valoración jurídica, dicta sentencia o suscribe cualquiera otra de las resoluciones que se suceden a lo largo del proceso.

Por la misma razón, cuando los vocales que integran el CGPJ deciden quién será candidato idóneo para ocupar, por ejemplo, la presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha o una plaza de magistrado del Tribunal Supremo, no están sometidos al régimen de independencia, inamovilidad y responsabilidad que define el estatuto constitucional de los jueces y magistrados. La designación del candidato que ha de convertirse en titular de cualquiera de esas plazas tiene que estar filtrada por otros principios: idoneidad, igualdad, mérito, capacidad y objetividad.

De ahí que cuando el debate político se instala en cuál ha de ser el procedimiento de designación de los vocales del CGPJ para «acabar con la politización de la justicia» se está contribuyendo a desorientar a la ciudadanía y, lo que es más grave, a erosionar su cultura democrática, que debería actuar como vacuna frente al populismo y la demagogia.

Como ya he apuntado en el capítulo 1, al tratar de la imparcialidad del Ministerio Fiscal, cada día se celebran en España miles de juicios y se abren investigaciones penales por hechos delictivos de mayor o menor trascendencia. El desenlace de esos procesos, más allá del sinsabor que en uno de los litigantes puede provocar el no reconocimiento del derecho que reivindicaba, nunca —casi nunca— es percibido como el efecto de una decisión política. No más de una docena de juicios son los que ponen a prueba la independencia del juez o tribunal que dicta sentencia y, con ello, la identificación del poder judicial con los fines constitucionales que legitiman la tarea de administrar justicia.

Lo ya expuesto nunca debería conducir a la idea de que, en la medida en que los veinte vocales del CGPJ no dictan sentencia, resulta indiferente el sistema de su nombramiento. No es así. Baste pensar que la paralización de la renovación del CGPJ, superada después del transcurso de cinco años y unas intensas negociaciones

entre los dos partidos mayoritarios, representa el mejor ejemplo para identificar el interés político que late bajo esas enconadas discrepancias.

¿Vocales designados entre jueces por los jueces o entre jueces por el Parlamento?

El estado actual de la polémica se ajusta a este epígrafe. La designación de los doce jueces que han de incorporarse al CGPJ, ¿debe hacerse recaer en sus propios compañeros o han de ser nombrados por el Congreso y el Senado? Damos por sentado que los ocho juristas restantes, hasta completar los veinte miembros que integran el órgano, han de ser necesariamente designados por el Parlamento, pues así lo impone el texto constitucional, que señala incluso el porcentaje indispensable (3/5) para obtener la mayoría.

Ya he señalado que el entendimiento inicial de la composición del Consejo dio paso a una reforma en el año 1985 que varió el sistema de designación. A partir de entonces, los vocales llamados a integrarse en el órgano de gobierno de los jueces serían nombrados por el Congreso y el Senado. Tanto los jueces y magistrados —doce miembros— como los otros juristas de reconocido prestigio —ocho— serían designados, siempre y en todo caso, por el Parlamento.

Esta reforma legal, que fue avalada por el Tribunal Constitucional al resolver un recurso de inconstitucionalidad promovido por el entonces principal partido de la oposición, fue en su día y sigue siendo ahora el factor determinante del encontronazo entre partidarios de una designación corporativa o parlamentaria de los vocales.

Para unos, la designación política de todos los vocales del CGPJ ha representado el tiro de gracia para la división de poderes. Traslada al órgano de gobierno de los jueces la batalla y el enfrentamiento que se vive día a día en el Parlamento. Contribuye al

posicionamiento político de los vocales en el momento de la designación de los magistrados del Tribunal Supremo y de otros órganos clave en la administración de justicia.

Los partidarios de la designación parlamentaria de los vocales argumentan, por el contrario, que el poder judicial no puede convertirse en un poder errático, sometido a una inspiración corporativa que, por definición, es incompatible con la naturaleza misma de la estructura del Estado, en la que los tres poderes han de configurarse a partir de la correlación de fuerzas que la ciudadanía designa en los procesos electorales y que, a su vez, determina la composición del Parlamento.

Conforme a esta visión, una composición del CGPJ que sea reflejo de la voluntad política expresada por los ciudadanos no solo no alteraría las esencias constitucionales, sino que refuerza la legitimidad del órgano de gobierno del poder judicial. Por si fuera poco, el hecho de que su mandato sea de cinco años, superando así la coincidencia con la lucha electoral que determina la composición del Parlamento, añade un mecanismo más para neutralizar las críticas acerca de la irremediable politización del órgano de gobierno de los jueces y magistrados.

A lo ya expuesto, los partidarios de la designación parlamentaria de todos los vocales del CGPJ suman un argumento que mira a la extracción sociológica de la mayor parte de la carrera judicial. La defensa de un sistema de nombramiento de los vocales por los propios jueces solo busca perpetuar —se aduce— las mayorías conservadoras en la composición del CGPJ. El oficio de juez y la defensa de la legalidad, por definición, han estado históricamente en manos de funcionarios de mentalidad conservadora. Por eso, el modelo de designación corporativa no es —se aduce— un modelo neutro. En su defensa se agazapa el deseo de fosilizar mayorías conservadoras al mando del órgano de gobierno del poder judicial.

Estas dos concepciones enfrentadas y la imposibilidad de hallar un punto de encuentro convergente entre ambos sistemas están en el origen de una polémica que ya dura demasiado tiempo y que ha

llevado al fracaso de un órgano constitucional que ha tardado más de cinco años en renovar su composición.

El papel histórico de las asociaciones judiciales en la defensa de la independencia judicial y en la búsqueda de las mejores condiciones de trabajo para los jueces y magistrados no puede ser minusvalorado. Su aportación para reforzar la dignidad de las condiciones diarias de trabajo de quienes administran justicia es, sin duda, un hecho incuestionable.

Pero el desencuentro entre partidarios y detractores de ambos modelos no alcanza solo a los responsables políticos que abanderan una u otra visión. El asociacionismo judicial se halla también enfrentado de forma irreconciliable. Las asociaciones creadas para la defensa de los intereses profesionales de la judicatura no contemplan con distancia este debate. Antes, al contrario, toman parte decidida en él. El porcentaje de su respectiva implantación en la carrera judicial y, por consiguiente, las expectativas asociadas a la imposición de uno u otro modelo de designación de los vocales no pueden resultarles indiferentes.

Y es en este contexto cuando aflora, a mi juicio, otro de los males que pervierte el sistema, esto es, la percepción generalizada de que tras los movimientos asociativos de la carrera judicial se agazapa, en algunos casos y, de manera especial cuando el hecho delictivo investigado afecta al titular de un relevante órgano constitucional, una «criptomilitancia» que obstaculiza de forma irremediable la solución del problema.

Pero tampoco es difícil identificar cada una de las asociaciones judiciales con las distintas opciones ideológicas que el debate político ofrece a la ciudadanía. Esta realidad, fácilmente constatable, añade elementos de tensión corporativa que se suman a la polarización que se ha adueñado de la sociedad española.

Sea como fuere, los vocales del CGPJ han asumido el compromiso institucional de elaborar en un plazo al que ya queda poco tiempo de vigencia un informe acerca de lo que consideran el modelo ideal, para evitar el permanente debate sobre la politización

del CGPJ y de los nombramientos de los principales cargos de la carrera judicial.

Ojalá los pronósticos caigan en el error, pero todo apunta a que no será posible un informe unitario en el que los veinte vocales opten por uno u otro modelo. El dictamen final recogerá, una vez más, las dos opciones contrapuestas, quizá matizada alguna de ellas por correcciones con vocación de fórmula intermedia.

ALGUNAS PROPUESTAS ALTERNATIVAS: DE LA DESIGNACIÓN DE LOS VOCALES POR SORTEO ENTRE LOS JUECES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En el actual estado de cosas, no faltan propuestas de reforma que invitan a superar los términos del debate tal y como hoy están definidos. Algunas de esas sugerencias ya advierten de su difícil adaptación al modelo constitucional que tendría que ser reformado.

En el mundo académico se ofrecen alternativas que van desde la designación de los vocales por sorteo entre los integrantes del escalafón de la carrera judicial hasta su nombramiento por un comité de expertos ajeno al ámbito asociativo. El presidente del CGPJ ha llegado a calificar de «aterradora» la proposición de ley presentada por uno de los grupos parlamentarios con el fin de superar la paralización actual.

A mi juicio, ninguna de estas fórmulas contribuiría a la solución del problema.

La designación por sorteo de los vocales de extracción judicial se opone a la más elemental vigencia del principio de mérito y capacidad. No imagino, por ejemplo, un Consejo de Ministros integrado por los agraciados en un sorteo entre los militantes del partido que ha ganado las elecciones.

Del mismo modo, apostar por la designación del rector de una universidad por sorteo entre los integrantes del claustro de profesores supondría contribuir a una extravagancia de consecuencias imprevisibles.

Creo también que deberíamos descartar una reforma constitucional que optara por un modelo alternativo. La estabilidad constitucional es un bien que no merece ponerse en riesgo para emprender reformas que, por más que puedan presentarse como bien intencionadas, corren el riesgo de ahondar en las disensiones políticas que han contribuido al actual momento.

Me resulta difícil imaginar un proyecto de reforma constitucional —con las dificultades que añadiría la actual polarización de la sociedad española— en la que el poder político abdicara de la tentación histórica por controlar el poder judicial y dibujara un «sistema químicamente puro» en el que toda suspicacia ciudadana acerca de la politización de la justicia desapareciera.

Aunque esta afirmación no sea compartida por muchos, y pese a que las propuestas rupturistas están cada vez más presentes en el debate público, creo que el CGPJ, con sus defectos y virtudes, es un órgano constitucional bien concebido por sus creadores.

Su simple existencia es un valor constitucional. Impide, por ejemplo, la tentación de cualquier ministro de Justicia de expedientar y sancionar a un juez incómodo para los intereses gubernamentales. Sirve de obstáculo a la irrefrenable y natural tendencia del poder ejecutivo de interferir en la motivación de las decisiones judiciales. Su mejora no debería pasar necesariamente por una reforma radical que avanzara hacia un terreno desconocido, sin referencia ni apoyo en los sistemas comparados.

No se olvide que la alternativa histórica ha estado definida por el protagonismo del ministro de Justicia en el control de los nombramientos de los cargos más relevantes de la administración de justicia. De hecho, esa influencia tan directa del poder ejecutivo en la administración de justicia sigue estando presente en no pocos sistemas europeos, en los que los contrapesos para aminorar ese dominio político tan directo no son suficientes.

Descartar estas propuestas de reforma no significa, sin embargo, defender un modelo inmovilista en el que todo ha de seguir como hasta ahora. Sería suficiente para percibir una mejora el

compromiso compartido de todas las fuerzas políticas por no adulterar la previsión constitucional, presentando como normalidad institucional lo que no es normal. La práctica política ha generado un entendimiento patológico del funcionamiento del CGPJ y, lo que es más grave, de los términos en los que ha de abordarse el proceso de renovación.

El cambio necesario de los protagonistas de la renovación

Superar el actual estado de cosas no es sencillo. Sin embargo, algunos de los problemas son fácilmente abordables. Su análisis, siempre alejado del airado enfrentamiento político, permitiría borrar una práctica que ya se acepta con naturalidad y que no debería estar integrada en el funcionamiento ordinario de la institución.

Lo más llamativo es que algunas de estas reformas no necesitan siquiera una modificación legal. Bastaría con un compromiso político que adecentara el proceso de negociación y, por supuesto, que evitara las suspicacias colectivas acerca del «manoseo» del órgano de gobierno de los jueces.

La renovación del CGPJ ha venido siendo una tarea asumida por representantes de los grandes partidos políticos —normalmente, dos de sus más destacados dirigentes— que asumen el protagonismo en la designación de los candidatos que van a asumir la condición de vocales. El encargado de esa negociación no siempre se selecciona en atención al cargo que desempeña y a su proximidad con el mundo de la justicia. En algunas ocasiones, es cierto, es el ministro de Justicia, pero en otras es el secretario general de cada uno de los partidos políticos, el consejero de Justicia de una comunidad autónoma o el portavoz del grupo parlamentario.

Esas negociaciones, según acredita la experiencia, desembocan en la designación de veinte vocales. Una vez consensuada esa lista, la selección del presidente del CGPJ se reserva a una conversación

del más alto nivel entre el presidente del Gobierno y el presidente del principal partido de la oposición. Un repaso a la historia de los últimos años demuestra que, con una u otra variación, así es como se ha logrado un acuerdo para la renovación del CGPJ.

Sin embargo, no debería ser así.

Lo que la clase política presenta como un «acuerdo para la renovación», la ciudadanía lo ve como un «acuerdo para la manipulación de la justicia». La puesta en escena invita a esa percepción. Dos políticos intercambian los nombres de los vocales y dos presidentes designan en una última conversación la cabeza rectora del CGPJ. Un órgano que ha sido pactado en su composición a través de esta fórmula muy difícilmente será contemplado como un órgano de gobierno al servicio de la justicia como valor constitucional.

La pregunta es inevitable: ¿es obligada esa forma de proceder o existe una posibilidad alternativa?

No solo no es obligada, sino que la alternativa ni siquiera exige una reforma constitucional. Sería suficiente con respetar lo que establecen la Constitución y los respectivos reglamentos del Congreso y del Senado para proceder al nombramiento y la renovación del CGPJ.

De hecho, el último CGPJ ha demostrado que la alternativa es posible, que son viables otras formas que hagan conciliable el interés político en la designación de la autoridad llamada a encarnar el tercer poder del Estado con la autonomía funcional del órgano de gobierno de los jueces.

En efecto, la designación parlamentaria de los vocales —así se establece en la Constitución y así viene regulándose hasta ahora en la ley que regula el CGPJ— impone el protagonismo de los presidentes del Congreso y del Senado. Es a ellos a quienes compete asumir la iniciativa para la renovación del órgano de gobierno de los jueces.

El esquema constitucional no adjudica ningún protagonismo al ministro de Justicia o al secretario general de uno u otro partido

político. La negociación que se lleva a cabo fuera del Parlamento se aparta de la previsión constitucional y, sobre todo, alienta el recelo de la ciudadanía. Sería deseable, pues, que las dos primeras autoridades del órgano legislativo no abdicaran de una tarea que la Constitución española ha querido que se desarrolle en el ámbito de la negociación parlamentaria.

Se reforzaría, así, la transparencia y, no tengo duda de ello, se «higienizaría» el proceso de negociación para el nombramiento de los vocales.

Sería candoroso pensar, desde luego, que ese cambio de protagonistas aislaría la composición del CGPJ de toda contaminación política. Pero ver en el ejercicio del papel constitucional reservado al poder legislativo una fuente de contagio indeseable supone también desenfocar el problema. Como ya he apuntado con anterioridad, el CGPJ es un órgano constitucional que, ajustado a su misión constitucional, representa un bien indispensable para distanciar a jueces y magistrados de la dependencia orgánica del ministro de Justicia.

Algo similar puede decirse respecto de la designación de su presidente. De acuerdo con la Constitución, su nombramiento corresponde al rey a propuesta del CGPJ. La ley orgánica que desarrolla esta propuesta —el nombramiento regio tiene fundamentalmente un alcance protocolario, conectado a la función constitucional reservada al monarca— prevé que en la primera sesión constitutiva del Consejo los vocales designen al presidente.

La hemeroteca da pruebas sobradas —con la honrosa excepción del Consejo puesto en marcha durante el último año— de que la designación del presidente nunca procede de la voluntad de ese órgano constitucional que inicia su andadura. No han faltado casos en los que los propios vocales no conocen el nombre del presidente al que han de votar, y se ha llegado a abrir un compás de espera en el desarrollo de esa primera sesión, hasta que el líder de cada uno de los bloques ideológicos recibe una llamada telefónica que confirma quién tiene que ser designado.

Otras veces el nombre del presidente se pacta por los partidos políticos y se airea en prensa antes incluso del nombramiento de los vocales, que tendrían que ser los que, conforme a la ley, le deberían elegir.

Este acto iniciático de sumisión al poder político introduce ya un estigma que va a acompañar el día a día de la institución. Las quejas acerca de la desviación que representa esta forma de proceder, respecto de lo que podría considerarse el espíritu constitucional, han llegado incluso a los tribunales.

Esta perniciosa práctica encuentra el mejor ejemplo en un mensaje de WhatsApp en el que un portavoz parlamentario se ufanaba del control político que iba a permitir la designación de quien por aquellas fechas aparecía como el candidato con más posibilidades de asumir la presidencia del CGPJ. Su reacción definió el punto de arranque de una crisis que ha durado demasiado tiempo.

En definitiva, como ya apunté en el capítulo 1 al tratar de las quejas sobre la politización del fiscal general del Estado, tengo la seguridad de que la solución a buena parte de las quejas que hoy se proyectan sobre el funcionamiento del CGPJ es perfectamente alcanzable.

Es posible que algunas de las soluciones impongan retoques normativos que, a mi juicio, nunca deberían llevar a la reforma constitucional. Pero otras muchas pueden ser remediadas con un sencillo cambio de actitudes que no precisa de ninguna modificación legal.

Que la negociación política sea asumida por las respectivas presidencias del Congreso y el Senado y, por supuesto, que la designación de quien va a asumir la cabeza jerárquica del CGPJ se lleve a cabo por los propios vocales en la sesión constitutiva, sin injerencias políticas, contribuirán a hacer más transparente la voluntad del órgano de gobierno de uno de los poderes del Estado.

La fijación inaplazable de un término de expiración del mandato de los vocales del CGPJ

Los vocales del CGPJ son designados por un período de cinco años. La fijación de este mandato, no coincidente con el plazo de duración de una legislatura, quiso acentuar la vida propia del órgano de gobierno del poder judicial frente a los demás poderes del Estado.

Unos meses antes de la expiración de ese término, la ley exige que se active el proceso de renovación que, como ya he advertido y pese a la perversión alcanzada por una práctica que se distancia del texto constitucional, tiene como protagonistas más relevantes a los presidentes del Congreso y del Senado.

El problema surge cuando, alcanzada la duración de los cinco años, las conversaciones políticas para la renovación no fructifican y el desacuerdo impide la elaboración de una lista de veinte vocales que, a su vez, designen en la sesión constitutiva al presidente.

Esta situación no ha sido, desde luego, excepcional en la historia del CGPJ. Por una u otra razón, los cinco años de vida previsible se han prolongado hasta alcanzar más de doce.

Pese a la gravedad de esta insólita prolongación de funciones, el incumplimiento del deber constitucional de renovación del CGPJ, más allá del esfuerzo de sus protagonistas por hallar un culpable, ha sido socialmente asimilado como una anomalía explicable por el contumaz enfrentamiento entre los dos grandes bloques ideológicos que dominan el Parlamento.

Que un órgano constitucional, cuya duración esté fijada en cinco años, pueda doblar el período de su vigencia hasta el punto de «externalizar» la disputa y hacer intervenir a un tercero que no forma parte del mecanismo constitucional de renovación, debería encender todas las señales de alarma. Lo que algunos presentan como un desacuerdo que, cuando llegue el momento estratégicamente oportuno, será resuelto sin mayor problema,

implica incorporar al panorama político nacional una crisis constitucional de primer orden y de efectos imprevisibles.

Y lo que es igualmente grave, la solución legislativa con la que el poder político ha intentado resolver el problema ha agravado, si cabe, la crisis. La decisión de privar al CGPJ de su capacidad para hacer los nombramientos pendientes, hasta tanto el acuerdo de renovación se alcance, supone herir de muerte al órgano de gobierno del poder judicial.

Se ha laminado lo que puede considerarse el núcleo funcional del Consejo, con una más que visible afectación de órganos como el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y las Audiencias Provinciales.

Soy consciente de la simpleza de mi enfoque, pero dar por sentado que una mayoría conservadora o progresista de vocales debe conducir indefectiblemente al nombramiento de magistrados de un determinado perfil, con exclusión de otros que pueden reunir mayores méritos profesionales para el ascenso, supone pervertir el modelo constitucional.

Lo verdaderamente preocupante es que la experiencia histórica del funcionamiento del CGPJ avala la impresión de que así va a ser. El poder político tiene razones para sospechar que una mayoría de vocales de uno u otro signo es absolutamente predecible en el momento de realizar nombramientos.

Pero ese pensamiento asalta a ambos bloques. Quienes se han negado, o pueden negarse en el futuro, a suscribir un acuerdo porque gozan de la mayoría en un órgano ya prorrogado aspiran a imponer nombramientos de un mismo color. Pero los que confían en que la renovación permitirá imponer su propia mayoría y condicionar así los futuros nombramientos incurren en el mismo sinsentido.

Sin embargo, lo que la sociedad espera de los vocales que integran el CGPJ es que designen a los jueces más preparados. La proximidad de un candidato a un determinado movimiento asociativo, o que ha expresado públicamente su identificación con

una u otra opción política, no debería ser nunca la razón legitimadora de la promoción profesional.

Pero sería mirar hacia otro lado y prescindir de los ejemplos que ofrecen las últimas décadas de historia del CGPJ analizar los efectos de la falta de acuerdo para la renovación y no admitir que la paralización derivada del desacuerdo puede repetirse cada cinco años. Por ello, resulta indispensable arbitrar alguna fórmula superadora del actual estado de cosas.

Y esa fórmula existe.

Para su vigencia bastaría con una reforma legislativa que podría constar de un único reglón. Sería suficiente añadir en el precepto de la ley que regula el mandato de los vocales del CGPJ, y que fija en cinco años el período de ejercicio de su cargo, un enunciado con el siguiente contenido: «expirado el término de su mandato, cesarán en el ejercicio de sus cargos».

De ser así, el cese de los vocales, una vez cumplidos los cinco años de ejercicio, sería automático. A partir de ese momento, el interventor del Estado que validara la orden de pago de la nómina podría estar sujeto a una responsabilidad de alcance penal.

El término de su mandato traería consecuencias perfectamente definidas en el estatuto personal de cada uno de los vocales. La vuelta a sus destinos u ocupaciones de origen sería indeclinable y, lo que es más importante, el desacuerdo entre los dos principales partidos políticos no introduciría ese letargo institucional de tan perniciosos efectos.

La situación ha sido, hasta hace bien poco, verdaderamente alarmante y lo seguirá siendo en el futuro. El partido político que se considere víctima del aplazamiento forzado que no ha hecho posible la renovación se sentirá ahora legitimado para alargar estratégicamente el desacuerdo y así contar con una mayoría que facilite nombramientos de un determinado signo.

De ahí que se imponga una reforma cuyos provechosos efectos contribuirán a superar una de las claves —no la única, desde luego—

del actual desprestigio del órgano de gobierno de los jueces y magistrados.